

O SENTIDO POLÍTICO DA TEORIA PURA DO DIREITO*

Leonel Severo Rocha

Professor do CPGD/UFSC

INCURSÕES PRELIMINARES

Crítica do artigo: Conceito de Constituição na Teoria Pura do Direito, de autoria de João Batista da Silva, Revista Arquivos, n.º 1, edição do Ministério da Justiça, 1979.

Trata-se de uma tarefa extremamente difícil a crítica de um texto. Ao examinarmos um texto, sempre corremos, no mínimo, um duplo perigo: o primeiro é o de que, fascinados pelo jogo lúdico ou técnico do autor nas suas associações sígnicas, ficarmos demasiadamente aprisionados a sua faia e, assim, percebemos somente os caminhos por ele indicados, e, nessa delirante viagem não apontarmos os brancos e lacunas ocasionais do inconsciente do texto - tarefa primordial da crítica -; o outro é o de, pelo desinteresse ou pela falta de compreensão do texto, abandonarmos qualquer referência ao seu mínimo núcleo designativo comum e viajarmos por caminhos que longe de refletirem o pensamento do autor, materializam o nosso próprio inconsciente transformando a crítica em auto-crítica.

Essas dificuldades existem devido ao fato de o texto ser uma fala complexa, sem um sentido próprio autônomo. Para obter-se a sua significação hegemônica, necessita-se, além de se recorrer aos aspectos político-institucionais de determinado contexto, recorrer-se

também a sua relação com outros textos. A intertextualidade é uma característica que atravessa todo o texto, dificultando sua interpretação (que de forma pura, torna-se impossível e sempre valorativa), e provocando uma série angustiante de ambigüidades que ameaçam “a priori” a legitimidade de qualquer crítica.

O discurso jurídico é profundamente intertextualizado e, exemplificativamente, pode-se colocar que o texto de uma decisão judicial é ininteligível sem a referência ao texto legal, que por sua vez necessita estar relacionado com o texto doutrinário, com o texto jurisprudencial, e assim sucessivamente em uma cadeia significativa, onde a significação “plena” sempre é obtida pelo recurso a um novo texto. Nesta perspectiva, a crítica para se não verdadeira, pelo menos legítima, precisa levar em conta toda essa gama de ambivalências significativas do texto analisado, principalmente, para procurar evitar o duplo perigo antes mencionado - o da imanência e a exterioridade puras- incursionando dialeticamente por entre os interditos do texto e os seus aspectos ideológicos, que devido a sua intertextualidade, nos forçam a extrapolá-lo em muito.

A crítica de um texto para ter um mínimo de eficácia, deve apoiar-se em um determinado instrumental epistemológico, pois este mesmo apoiado em uma opção inegavelmente valorativa, fornece, apesar da contingência associativa, uma certa coerência lógica interna ao texto crítico. Neste sentido, escolhi como marco técnico a ser utilizado neste texto, a Semiologia Política.

A Semiologia Política é um espaço crítico, onde o discurso deixa de ser visto como mera representação, passando a ser analisado a partir de sua especificidade concreta, e, conseqüente materialização nas relações sociais que o instituem e o são por ele constituídas. Essa perspectiva aproxima necessariamente a análise discursiva da Política, vista como um espaço privilegiado na abordagem. Aênfase na enunciação efetua uma importante “démarche” no discurso político, obrigando a recusadas análises que tem a Política (e o Direito), ora como instrumento de determinadas relações de força, ora como um saber autônomo, deslocando a questão para a ambigüidade incessante do imaginário instituído.

INTRODUÇÃO

Escolhi para “trabalhar” o artigo de João Batista da Silva *:

* A partir de agora JBS.

“Conceito de Constituição na Teoria Pura do Direito”, publicado nos “Arquivos do Ministério da Justiça”, n.º 156, out/dez/1980, Brasília.

João Batista da Silva analisa o conceito de constituição na obra de Kelsen e, para tal, além de suas observações particulares, é obrigado naturalmente a recorrer aos comentadores mais avalizados da teoria pura. Para efetuarmos a crítica a JBS, somos obrigados, então, a engendrarmos um complexo movimento. Por um lado, somos obrigados a analisar o próprio Kelsen, objeto imediato de JBS. Por outro lado, somos levados a analisar as faixas sobre Kelsen, por ele sistematizadas em seu texto. E, por último, dirigirmo-nos, já a partir do lugar de nossa fala, à própria fala do autor sobre a constituição em Kelsen. Esse movimento desloca a problemática temporal da crítica do espaço tempo diacrônico/sincrônico de Saussure, colocando-nos em uma dialética constante entre a fala de Kelsen, a fala do autor e a nossa própria fala, caracterizando o que Claude Lefort chama de “trabalho da obra”.

Tal intertextualidade, aparentemente angustiadora, determinada pela dificuldade de conseguirem-se respostas definitivas aos problemas, é o que há de fascinante no trabalho da obra. É exatamente esse o objeto de nossa crítica, nesta breve abordagem: levantar a partir da genial interpretação kelseniana do Direito Constitucional, não respostas, mas pistas para re-problematizar questões congeladas pelo discurso jurídico dominante hoje no Brasil.

Algumas perguntas iniciais poderiam ser feitas. Porque Kelsen? Qual a sua importância para o Direito Constitucional? E, também, qual a aplicação concreta do pensamento kelseniano na teoria jurídica brasileira, principalmente, no Direito Público?

Kelsen é sem dúvida um dos juristas mais importantes, do século XX. No plano científico elaborou uma gigantesca obra - em destaque a Teoria Pura do Direito - que influenciou positiva ou negativamente em quase todos os países. Desenvolveu, também, com mérito, trabalhos em outros campos, como no do legislativo, docente e judicial. No campo legislativo, pode ser considerado autor da constituição austríaca de 1920 (ainda vigente), que, por encargo do chanceler Karl Renner, teve a responsabilidade dos trabalhos da constituição definitiva. No campo da docência, ditou classes desde o ano de 1909, em Viena, e até 1954, nos Estados

Unidos, tendo ministrado cursos sobre os assuntos mais variados, entre outros, sobre teoria Política, Direito Constitucional, Teoria da Administração, Direito Mercantil, Teoria Geral do Estado, Sociologia, Filosofia Clássica ou Antiga, Filosofia do Direito e Direito Internacional Público. No campo judiciário, foi eleito, desde 1921 a 1930, membro do Tribunal Constitucional que havia sido criado pela constituição austríaca em 1920, e que como relator deste Tribunal, exerceu uma grande influência na prática jurisdicional austríaca.

A importância de Kelsen, no Direito Constitucional é de extrema relevância e, pode-se dizer que foi com Kelsen onde os estudos de Direito Constitucional atingiram o máximo rigor sistemático possível, ou seja, talvez Kelsen não tenha atingido o seu ideal de teoria pura, mas que o rigor lógico imprimido ao Direito Constitucional, pela sua análise, é um marco no Direito Público e fato inegável.

O discurso kelseniano não tem, como nenhum discurso, uma denotação pura. Isto força-nos a admitir a existência de vários “kelsens” simultâneos: um Kelsen kantiano, um Kelsen neopositivista, um Kelsen fenomenológico, um Kelsen fascista e um Kelsen democrático. Qual deles é o verdadeiro? Isto não nos importa. A discussão das essências é o prazer dos deuses e o delírio dos mortais. Importa-nos neste momento, é recuperar nas ambigüidades do discurso kelseniano seus potenciais democráticos. O sentido hegemônico de um discurso varia de acordo com as contradições político-institucionais de cada Estado, fazendo com que exista, por exemplo, um discurso marxista na União Soviética, totalmente distinto do discurso marxista da China. Será que a interpretação positivista-comteana brasileira é a mesma da França? Nesta ótica, mesmo quando a significação dominante de um discurso é autoritária, isto não quer dizer que não exista nesse discurso uma certa especificidade - de outra forma seria mero instrumento do poder - que pode ser utilizada criticamente.

No Brasil, existe uma interpretação dominante de Kelsen da qual escolhi o texto de JBS, para analisar, a fim de auscultar as possibilidades da existência de capacidades democráticas na teoria pura do Direito, versão brasileira. Kelsen tem tido uma grande influência no Direito Público brasileiro, sendo uma das matrizes (não de maneira explícita, mas implícita, já que, a maioria dos

autores utiliza-se da matriz kelseniana, mas nega a neutralidade ideológica do TPD) principais do *Direito Constitucional*, em autores como Celso Ribeiro Bastos (Curso de *Direito Constitucional*), Michel Temer (Elementos de *Direito Constitucional*) no *Direito Administrativo*, por Celso Antônio Bandeira de Mello (Elementos de *Direito Administrativo*), e, no *Direito Tributário*, por Geraldo Ataliba (VI Curso de Especialização em *Direito Tributário*).

2. NO CAMINHO DE JBS

2.1 - O conceito kelseniano de constituição, no texto de JBS é apresentado como sinônimo de norma fundamental. O tema da constituição “faz parte integrante da TPD por corresponder justamente ao conceito de norma fundamental (JBS p. 70).

A TPD tem, como uma de suas diretrizes basilares, o dualismo metodológico Kantiano, entre ser/dever ser. É justamente a partir desta dicotomia que JBS coloca a questão da constituição na TPD, pois, como sabemos, entre os juízos de realidade e os juízos de valor, Kelsen, fiel à tradição relativista do neo Kantismo, de Marburgo, optou pela construção de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do dever ser. Tal ênfase, acarretou a superestimação dos aspectos lógicos constitutivos nas análises Kelsenianas, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento.

Nesse sentido, JBS, após relatar em seu texto certos aspectos fundamentais para o entendimento da teoria Kelseniana, como a identificação Direito/Estado, e tendo arrolado algumas críticas tradicionais desta teoria, termina propondo dois conceitos de constituição na TPD: “a) quando embasa a unidade de ordem jurídica em seu automovimento...” e “b) a constituição em sentido jurídico positivo, que surge como grau imediatamente inferior no momento em que dito legislador estabelece normas que regulam o processo legislativo” (JBS p. 81).

2.2- O texto de JBS caracteriza-se pela apresentação de uma excelente leitura da Teoria Pura do Direito.

O autor analisa com rara clareza a dicotomia “Sein/Sollen” imprimida por Kant à Teoria do Conhecimento, salientando a preferência manifesta de Kelsen pela pureza conceitual do entendimento racional “a priori” do “Sollen”. Talvez, JBS, devesse ter observado

que essa oposição foi apreendida por Kant, de Hume, o qual em sua conhecida lei afirma: “não podemos inserir um enunciado normativo de um enunciado declarativo e vice-versa. Isto é, não é uma inferência lógica aceitável, por exemplo, sustentar que se dá o fato p”, então “p” está permitido. P.p. não é logicamente derivável de p”. Nem é possível concluir que se “p” é obrigatório, então efetivamente “p” é verdadeiro: a verdade de “p” não se infere da norma Op.” (Roberto Vernengo, 1976, p. 93). Assim procedendo, JBS poderia justificar com maior eficiência sua recusa às críticas dos que afirmam a intercomunicação dos dois mundos, como os citados, Garcia Maynez, Legaz y Lacambra e Carlos Cossio.

A respeito do entendimento do “Sollen” na TPD, JBS introduza questão através de Mario Losano, para quem “a elaboração do pensamento em torno do “Sollen” levou, desde há muito, ao estabelecimento de três (O3) características para esta categoria: a) indefinível; b) é inteiramente distinto e separado do “Sein”; c) é categoria indivisível” (JBS p. 74). Neste caso, anota que a indivisibilidade tem sido a característica mais criticada do “Solien”, determinando, inclusive, uma interessante polêmica na Argentina entre Carlos Cossio e Kelsen. “Entendia Cossio que não poderia deixar de, em Kelsen, haver identidade entre aquilo que ele chama de norma e a regra de Direito, sendo falsa, por isso, a distinção que o mestre passara a fazer, porque reativaria a concepção do imperialismo jurídico, que a TPD buscara excluir ao purificar a teoria jurídica. Admitindo-se a duplicidade, estar-se-ia baralhando “ser” e “dever ser” “ (JBS p. 74). A resposta de Kelsen satisfaz a JBS que para melhor explicitá-la cedeu lugar à fala do prof. Lourival Vilanova, o qual afirma que o signo dever ser possui várias designações: “ora é modal genérico que sintaticamente, vem como functor que converte um enunciado em proposição normativa. Ora se presta como síntese dos dados – da - experiência; e é justamente neste sentido que Kelsen o toma como imputação. Obtempera, por fim, em resumo ser dado distinguir o uso descritivo e o uso prescritivo do deser-ser; na norma jurídica do Direito positivo, prescreve-se; na proposição jurídica da ciência-do-Direito, descreve-se” (JBS p. 74).

Do ponto de vista da Semiologia, como faz Lourival Vilanova, em outros trabalhos não citados pelo autor, esta questão poderia ser colocada de maneira mais elucidativa. Existem na análise dos

signos três níveis possíveis: o nível sintático, o nível semântico e o nível pragmático. O nível sintático ocupa-se das relações dos signos entre si. O nível semântico das relações dos signos com o mundo. E o nível pragmático com o uso - intenção – dos signos.

Esses níveis também podem ser analisados a partir de dois planos lingüísticos distintos: o plano que se fala e o plano onde se faia do que se fala. O primeiro denomina-se linguagem objeto e o segundo meta-linguagem.

A ciência do Direito em Kelsen é uma operação conceitual, onde o recorte analítico semiológico dos distintos planos e níveis do signo jurídico é utilizado com rara precisão. E é possível dizer-se que sem levar em conta essas rígidas linhas lingüísticas demarcatórias, o pensamento de Kelsen de difícil absorção, torna-se incompreensível.

Kelsen, ao contrário do que pensam seus leitores “desavisados”, por filiar-se à tradição alemã da Teoria do Conhecimento, assume como inevitável a complexidade do mundo em si. Para Kelsen, o social (e o Direito) são devidos às suas heteróclitas manifestações, constituídos por aspectos políticos, éticos, religiosos, psicológicos, históricos, etc. A partir desta constatação é que Kelsen vai procurar, assim como Kant, depurar essa complexidade e elaborar um “topos” científico de inteligibilidade do Direito, ou seja, uma coisa é o Direito, outra bem distinta, a ciência do Direito. O Direito é a linguagem-objeto, a ciência do Direito a meta-linguagem: dois planos distintos e incomunicáveis.

No entanto essa concepção meta-lingüística do real, criada por Bertrand Russell, para superar os paradoxos lógicos, é utilizada por Kelsen em vários momentos, os quais devem ser esclarecidos para evitar confusões.

O primeiro momento kelseniano da meta-linguagem define a norma jurídica como esquema de interpretação do mundo - um fato só é jurídico se for conteúdo de uma norma -, isto é, como condição de significação normativa. Trata-se, assim, do momento (o de imputação, lembrado por Vilanova que a define como uma meta-linguagem do mundo) que dá ao ser sua significação através da imputação de uma conduta que deve ser obedecida, desenvolvendo-se a nível pragmático do signo jurídico (o qual, segundo Vilanova, é prescritivo). O segundo momento da meta-linguagem kelseniana (as meta-linguagens segundo Russell podem ser infi-

nitás) é quando se transforma a meta-linguagem acima descrita-a norma jurídica - em linguagem-objeto da ciência do Direito, que, por sua vez, passa a ser sua meta-linguagem. Aqui, ao contrário, do processo anterior não existe a intenção prescritiva - que segundo JBS dinamiza o Direito -, mas, apenas se procura descrever de forma neutra a norma jurídica, ou seja, a norma jurídica é uma meta-linguagem do ser, e, por estar a nível pragmático do signo, emitir imperativos de conduta, não pode ser verdadeira ou falsa. A ciência do Direito, por sua parte, é uma meta-linguagem da norma jurídica, e, por somente descrevê-la, situando-se a nível semântico-sintático do signo, pode ser verdadeira ou falsa em relação à objetividade da descrição efetuada através de seus modalizadores deônticos lógicos.

A identificação entre Direito e Estado, efetuada por Kelsen e assimilada por JBS, fica após essa explanação logicamente mais precisa. Pois, da mesma forma que o Direito, o Estado é também uma meta-linguagem normativa do social e como tal suscetível de ser analisado cientificamente, dentro dos padrões da TPD. Para JBS “assim como o Direito, conclui o fundador da TPD, o Estado é também uma ordem normativa da conduta humana ou ainda mais especificamente, ordem coativa da conduta humana, identificando-se Estado e Direito” (JBS p. 78). No entanto, entendo que ficaria mais explícita tal identificação, se relembássemos um pouco a noção de pessoa jurídica em Kelsen.

A pessoa jurídica é em Kelsen constituída pelo conjunto de normas que incidem sobre os âmbitos de validade de uma determinada conduta. Âmbitos de validade, como sabemos, são as projeções materiais das condições de significação normativas sobre o ser. Existem quatro âmbitos de validade em Kelsen: material, formal, pessoal e temporal-espacial. Nesse sentido, no jurídico mundo kelseniano, todos são pessoas jurídicas; a diferença entre os sujeitos de direito estaria nos âmbitos de validade. Um sujeito de direito é pessoa jurídica, quando o seu âmbito de validade pessoal é somente ele. Uma pessoa jurídica é coletiva quando possui um âmbito de validade pessoal (e temporal-espacial) variado. E, nessa linha de pensar, o Estado é uma pessoa jurídica coletiva, onde o âmbito de validade material é a norma fundamental; o âmbito de validade formal é o ordenamento jurídico; o âmbito de validade pessoal é a população; e, o âmbito de validade temporal-espacial é

o território. Identifica-se assim indissolúvelmente Estado, Direito e Sociedade na teoria kelseniana.

JBS examina as críticas que foram feitas à concepção kelseniana de Estado em seu texto. Assim, segundo JBS “para atacar a unidade de Estado e Direito concebida pela TPD, os opositores tinham, de conformidade com o sistema global engendrado por Kelsen, de começar pela crítica à separação dos dois universos, das categorias do ser e do dever-ser” (JBS p. 79). Entre os críticos citados por JBS, Karl Larenz afirma que tal oposição afasta os aspectos teológicos da ciência do Direito; sendo que, para Larenz, esta problemática teria um novo sentido, se optasse pela dialética hegeliana, onde se conciliaria a relação ser/dever-ser em uma unidade concreta indissolúvel. Garcia Maynez, entre outros, não admitia o abandono dos fatores axiológicos-universo do ser - por Kelsen. Dentre os autores analisados por JBS Hermann Heller é o crítico de Kelsen mais incisivo por distinguir radicalmente Estado e Direito. Para ele “o Estado tem conteúdo próprio. E realidade histórico-política e não apenas uma ordem coativa ideal” (JBS p. 79).

Desta forma, JBS re-introduz a tradicional discussão entre as concepções monistas e dualistas sobre as relações entre Direito e Estado. Esta problemática parte da superação das concepções jusnaturalistas que acreditam que o Estado é antecedido pelo Direito. Trata-se da concepção estatal alemã delimitada inicialmente por Gerber, que se propunha a analisar o Direito a partir do Estado. Gerber, que influenciou Kelsen, propunha em 1865 abordar o Direito Público de um ponto de vista exclusivamente jurídico, e não do filosófico nem do político. No entanto, foi Jellinek quem em sua Teoria Geral do Estado (1900) plasmou a doutrina dominante desta Escola: “o Estado e o Direito são coisas bastante distintas, e ele denunciava, como “falta grave”.’, em que muitos incorriam em seus dias, a identificação da doutrina do Estado com a doutrina jurídica do Estado, esta tão só parte daquela” (Nelson Saldanha, 1977, p. 97).

JBS examina, assim, as discussões originadas no seio do neoliberalismo alemão a respeito da autonomia do Direito (da Lei) em relação ao Estado e vice-versa, sem levantar, por exemplo, as críticas elaboradas pelo marxismo ao monismo de Kelsen, as quais Kelsen rebateu no livro “Teoria Comunista do Direito e do Estado”.

Por último, a norma fundamental kelseniana é analisada no texto de JBS de forma insuficiente, devido à superestimação devotada ao conceito de constituição. A primeira questão a respeito da norma fundamental colocada no texto, é a de “saber donde emanam as normas, o que equívale a indagar, em última instância, qual a fonte normativa comum de Estado e Direito, já que ambos são a mesma coisa” (JBS p. 80).

Em Kelsen, a criação de uma norma jurídica sempre é regulada por outra norma jurídica superior; e, assim, sucessivamente, até atingir o topo: o fundamento de validade do ordenamento. Daí, para JBS “dentro de um ordenamento positivo, percebemos que o aditamento da lei ordinária está regulado pela constituição; o modo e a forma de emissão de regulamento e decretos encontram-se previstos e fixados em leis ordinárias todos os atos normativos, em uma palavra vão dar na constituição” (JBS pp. 80-81).

A partir de então, JBS procura responder o problema principal de seu texto: por que a constituição positiva vale? Nosso autor, dizendo-se fiel à manutenção da dicotomia “Sein/Solien”, afirma, novamente através da faia do prof. Vilanova, que “a TPD, então, lança mão de um recurso que consegue manter a coerência do sistema: “o jurista como jurista colocado no interior do sistema, que o interpreta para aplicar, tem de pressupor uma última proposição normativa que qualifique o primeiro fato constituinte de norma (o “Grundfaktum” ou o “Urfaktum”), que será a hipótese limite do fechamento normativo do sistema do Direito positivo. a norma fundamental” (JBS p. 81). Assumindo com Kelsen a norma fundamental como ao mesmo tempo suporte e sinônimo de constituição, JBS é obrigado a elaborar dois conceitos de constituição na TPD: um a nível do “Solien” - no sentido lógico-jurídico; e outro a nível do “Sein” - no sentido jurídico-positivo.

Na verdade, sem afirmar a improcedência desses dois conceitos de constituição, pode dizer-se que a concepção kelseniana de norma fundamental é bem mais sofisticada que esta apresentada por nosso autor. Na TPD aparecem em uma leitura preliminar três designações de norma fundamental— à) como primeira constituição histórica; b) como fundamento de validade do sistema normativo; e c) como pressuposição lógico-transcendental (TPD pp. 267-320).

A norma fundamental como primeira constituição histórica refere-se dentro da estrutura hierárquica normativa ao fundamento último de validade do Direito positivo, que, neste caso, *não. é a constituição*, mas a constituição anterior, que deu vigência à atual e, assim sucessivamente, até encontrar a primeira constituição na história. A norma fundamental como fundamento de validade é a norma, onde as demais da dinâmica pirâmide jurídica vão encontrar seu fundamento último. Já a norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental é um suposto hipotético-cognoscitivo (gnoseológico) que afirma tautologicamente que uma norma é válida porque tem de ser válida.

Esses sentidos da norma fundamental necessitam para ser analisados de uma forma mais coerente, referir-se aos dois planos lingüísticos antes mencionados: linguagem-objeto e meta-linguagem. Pode-se afirmar que, toda a TPD é no fundo uma tentativa de se definir a norma fundamental. Contudo, esta divisão analítica acima mencionada precisa ser esclarecida para que se evitem entendimentos reducionistas sobre a TPD.

Assim sendo, conforme já nos referimos, temos na TPD, de um lado, *o ordenamento jurídico*, o que constitui o nível lingüístico n1; e, de outro, *a ciência do Direito*, o que constitui o nível lingüística n2. Pois bem! O nível lingüístico n1 possui, como condição fundamental de significação, *a última constituição histórica*. E o nível lingüístico n2 possui, como condição fundamental de significação, *a norma fundamental gnoseológica*. E o que é extremamente importante para compreender a sofisticação do pensamento kelseniano, é a existência de um núcleo comum de validade, que interliga, a nível do conhecimento - fenomenologicamente - o “Sein” e o “Sollen” (o nível lingüístico n1 e o n2) constituindo um fundamento de validade comum aos dois mundos: a norma fundamental, enquanto fundamento de validade simultâneo do ordenamento jurídico e da ciência do Direito, ou seja, existe um momento mágico em que a norma fundamental, é ao mesmo tempo o fundamento de validade dos dois níveis lingüísticas do “Sollen”, assim como do “Sein”.

Na verdade, extrapolando o sentido manifesto d TPD, podemos encontrar diversas designações de norma fundamental, Luís Alberto Warat, aponta os seguintes:

“1) Se le atribuye la función de definir el horizonte problemático y las condiciones de posibilidad del conocimiento del objeto de la ciencia del Derecho.

2) Proporcionar la concepción de ciencia jurídica, que permita la producción de un saber sobre el sentido deóntico.

3) Presentar, de un modo indirecto, una explicitación del principio de la pureza metódica, proporcionando las condiciones necesarias para la determinación de la especificidad del conocimiento jurídico.

4) Establecer las condiciones genéricas para una distinción clara entre las ciencias sociales normativas y las ciencias de la naturaleza.

5) Proporcionar un criterio de reconocimiento del sistema de normas positivas como objeto de la ciencia del derecho.

6) Constituir la en una regla de formación genérica de los diferentes discursos del derecho: discurso de las normas positivas y discurso de la ciencia del derecho.

7) Constituirse en fundamento de validez para las normas jurídicas positivas y para su sistematización.

8) Aceptar la imputación como categoría delimitadora del dominio jurídico.

9) Indicar los criterios, a partir de los cuales se puede ver la significación de un acto social como norma jurídica positivada.

10) Establecer el criterio último para la determinación del sentido objetivo de los actos de voluntad en función normativa, mediante la presuposición de una voluntad colectiva delegante del proceso de creación normativa” (Luís Alberto Warat, 1981, p. 52).

2.3 - Nossa trajetória até este momento, tem-se caracterizado por um percurso paralelo ao texto de JBS procurando acentuar algumas discordâncias nossas com o seu texto. A partir de então, procurarei completar o movimento dialético de nossa crítica aprofundando certas questões, nem tanto sobre o texto de JBS, mas sobre os próprios textos kelsenianos, principalmente a TPD, por ele referidos.

A crítica exercida ao monismo kelseniano tem partido de dois pólos principais, em torno dos quais têm-se aproximado as mais diversas tendências: a) os neoliberais, que acentuam a autonomia do Estado e do Direito; e b) os marxistas, que negam a autonomia

do Direito e o reduzem a um mero reflexo.

O primeiro pólo, conforme bem assinalou JBS, nega a identidade Direito/Estado, postulando uma drástica ruptura entre ambos. O argumento é conhecido: o Estado tem um ser histórico e político que extrapola em muito o Direito.. Todavia, nesta ótica, persiste o problema colocado pela teoria do Estado, após Jellinek- o Estado cria o Direito e depois a ele se submete? Isto é, como justificar que o Direito fruto da soberania do Estado, adquira autonomia após este momento genético-constitutivo? Como explicar a capacidade deste Direito de configurar um discurso neutro, onde todos são sujeitos de direitos e deveres recíprocos? E o que é de uma importância capital: como entender o fato da própria legitimidade do Estado identificar-se com a racionalidade do Direito, se o próprio Estado é o que garante o Direito? A resposta é conhecida: o Direito não é sinônimo do Estado, como afirma Kelsen, *mas é sinônimo de poder*. O poder de Estado materializa-se somente através da lei. Assim, a discussão sobre a legitimidade do Estado e do Direito é a mesma -*a origem do poder do Estado*, o que significa, em outras palavras, a discussão sobre a legitimidade da constituição vigente. Nesse sentido, neste jogo de palavras, não vejo muita diferença, entre a doutrina jurídica dominante (onde não se incluem infelizmente as correntes do Direito paraestatal) e a teoria kelseniana.

A repulsa do monismo kelseniano, como se vê, não é o que de fato desejam os juristas. O que os faz recusar a TPD não é a identidade Estado/Direito, pois esta é mantida a nível metodológico pela doutrina jurídica dominante. A recusa ao monismo é elaborada ao nível ideológico. A pureza conceitual Kelseniana tem o inconveniente de não colocar os aspectos políticos do Direito de forma explícita; oposto do que aparenta fazer a Teoria Jurídica que, geralmente, assume-se valorativa, quando na verdade, por manter a concepção, acima mencionada, poder = lei, termina por neutralizar de forma implícita os valores. Assim, podemos dizer que entre os juristas, Kelsen é o mais autêntico. De qualquer forma, a crítica aos aspectos políticos da TPD, construída pela Teoria Jurídica não tem conseguido, como assinala JBS, vencer a dicotomia ser/dever-ser.

O pólo marxista, por sua parte, também não tem realizado críticas muito eficientes ao sistema kelseniano. Os marxistas aprisionados em suas armadilhas conceituais não conseguem, com

raras exceções, pensar o Direito. O Direito sempre é um instrumento de alguma coisa, ou no máximo uma instância de um “todo com dominante”. Assim, ora o Direito é reduzido a um dos elementos da superestrutura de uma determinada formação social, enquanto reflexo da infra-estrutura econômica. Ora, é reflexo dos interesses da classe dominante. Ou, no máximo, é um dos componentes de um modo de produção, onde em última instância é sempre determinado pelo político ou pelo econômico.

Neste sentido, tanto a crítica do pólo neoliberal, quanto à do pólo marxista, são críticas que negam a especificidade política do Direito, e o que é fundamental, não atingem o núcleo da TPD.

Kelsen nega a singularidade política do Direito; todo o seu mecanismo conceitual visa a arquitetônica de um discurso formal, distinto do mundo do ser. Os ataques que a pureza metódica tem sofrido, onde a nível manifesto é acusado de matar a “eidética” valorativa do Direito, a nível inconsciente caracterizam uma profunda adoração pela sua sublimação do desejo. Isto é evidente na defesa veemente feita pelos juristas, pela autonomia do Direito frente ao Estado. Assim como pela alegação da imaterialidade do Direito feita pelo marxismo. *Em ambos os casos a pureza do Direito é extremamente reiterada.*

2.4 – A crítica à TPD deve ser dirigida à singularidade política do Direito. Na TPD, esta singularidade está manifesta desde o seu interior de forma categórica. Kelsen, embora o negue, “não percebeu” que engendrou sua teoria sobre bases teóricas politicamente bem delineadas. Será que o culto à lei (à norma jurídica) norteador da TPD é um postulado científico, ou não será uma das exigências básicas do liberalismo do século XIX? Da mesma maneira a ênfase nos aspectos formais, em detrimento dos materiais (ser), não é uma necessidade política para revigoração do liberalismo (neo) no início de nosso século?

Por outro lado, a oposição ser/dever-ser, base vertebral da TPD, não é uma opção teórica com a qual podemos concordar ou discordar.

Ela é impossível!

É impossível, porque tal oposição origina toda uma série de dicotomias, hoje, totalmente superadas pela Teoria Política, Socio-

logia e Semiologia contemporâneas: forma/matéria, existência/ valor, teoria/práxis, etc

Na realidade, a própria existência dos dois planos lingüísticas, meta-linguagem/linguagem-objeto, que utilizamos para melhor analisar Kelsen, não pode ser aceita. E por que não pode ser aceita? Porque aceitar a existência da meta-linguagem é admitir a possibilidade de que ocorrem signos com a denotação pura - em linguagem vulgar, com sentido unívoco; o que a Semiologia demonstrou amplamente ser um sonho utópico, digno dos adoradores da luminosidade do sol e cegos frente a sombras da vida. Todo signo tem um significado que só pode ser explicitado de acordo com determinado contexto e suas interações político-institucionais.

Kelsen ao propor a neutralidade axiológica da TPD, nada mais faz do que tentar pelo menos, a nível inconsciente, impor seu pensamento político sobre o Direito. Isto fica claro quando, Kelsen, a partir da categoria de imputação dinamiza a norma jurídica, propondo de forma sutil a predominância do “Solien” sobre o “Sein”. Ou seja, no momento em que se rejeita a idéia de meta-linguagem fica impossível a construção de qualquer discurso puro sobre o real. O que paradoxalmente não transforma a TPD num discurso vazio como ingenuamente pretenderam seus críticos mais apressados, mas a redefine como um importante texto jurídico sobre o Estado e o poder, o qual merece ser repensado, a partir das contradições inerentes a nossas sociedades, com toda atenção.

CONCLUSÃO

OS signos da TPD têm sentidos inesperados para os que acreditam no mito da denotação pura. As relações sintagmáticas e associativas da faia de Kelsen, a partir do momento em que se procura analisar sua concretude política, assumem cadeias evocativas com os mais diversos matizes. É evidente, contudo, que existem algumas significações bem definidas, impostas por Kelsen, na TPD: como a ânsia de sistematicidade e conseqüente redução da complexidade do mundo; que é sem dúvida, em uma ótica democrática plural, uma forte tendência autoritária em seu discurso. Todavia não devemos tirar conclusões apressadas sobre a democracia em Kelsen.

Antes de mais nada não podemos deixar de lembrar que as distâncias entre Kelsen e a doutrina jurídica dominante não são tão grandes e afirmar “a priori” alguma coisa sobre a democracia na TPD, pode ser uma autocrítica inconsciente perigosa. Afirmar que Kelsen não se interessou pela democracia, além de criticar indiretamente a doutrina jurídica liberal sobre a democracia, é incorrer no erro histórico do marxismo: despolitizar os conteúdos políticos do Direito. Isto é, assumir em segundo grau que é possível uma teorização sistemática do Direito e, assim, colocá-lo a serviço do poder. Nem o Direito é instrumento do poder, o que não impede sua interação com a política, nem a meta-linguagem sistematizadora das normas jurídicas é possível de forma absoluta. Kelsen é um autor bastante preocupado com a democracia, tendo, inclusive, um livro clássico sobre o tema: “Essência e Valor da Democracia”.

A democracia é em Kelsen um conceito formal relativo, pois, este fiel a sua idéia de ciência desvinculada do “Sein”, é obrigado a edificar um conceito de democracia meta-lingüística do social. Entretanto a democracia é para Kelsen o sistema de governo que melhor favorece a liberdade por referir-se a um querer delegado, por estar ligado à autonomia e autodeterminação política. “Democracia - diz Kelsen - significa identidade de dirigentes e dirigidos, do sujeito e objeto do poder do Estado, e governo do povo pelo povo” (Kelsen, 1934, p. 30). A respeito do relativismo neokantismo de Kelsen, afirma Agustín Squella: “De esta manera, el relativismo axiológico de Kelsen, esto es, la imposibilidad de zanjar por métodos racionales la controversia entre las diversas ideas o doctrinas acerca de lo justo o conveniente en relación con el contenido del orden social, no es absoluto, o sea, ese relativismo es, en sí mismo, relativo, puesto que para favorecer precisamente la concurrencia de todas las opiniones, valora positivamente la democracia y la tolerancia, estimadas ambas como condiciones indispensables para que pueda tener lugar, en el hecho, la confrontación de los distintos puntos de vista y la transacción razonada y pacífica que pone fin a lucha de las opiniones” (Agustín Squella, 1982, p. 132). Nesta ótica, percebe-se uma segura opção manifestada por Kelsen pela democracia; o que impossibilita a tradicional e ingênua assertiva de que Kelsen por defender a neutralidade axiológica do Direito, defendia indiretamente o autoritarismo.

Kelsen contraria a favor da democracia um dos aspectos básicos da TPD: a delimitação do Direito positivo como fonte única da ciência do Direito. Pois, se a constituição for considerada autoritária, percebe-se pelas afirmações de Kelsen no texto “Essência e Valor da Democracia” que ela é ilegítima, por não ser democrática. Isto comprova, mais uma vez, nossa hipótese de que Kelsen e o neoliberalismo jurídico, são membros da mesma família, divergentes internamente, mas unidos umbilicalmente frente aos inimigos externos. Desta maneira, não existem grandes contradições entre o pensamento de Kelsen e o da Teoria Constitucional brasileira, como este trecho de Afonso Arinos pode mostrar: “desde o século passado, a doutrina constitucional nos Estados Unidos assentou as bases da hermenêutica para as constituições escritas e rígidas. Seguindo um dos seus mais acatados tratadistas, eis a mais importante regra de interpretação: a constituição deve ser interpretada segundo os objetivos gerais nela contidos e os grandes princípios do governo que criou, e não pela aplicação estreita de princípios técnicos” (Afonso Arinos, 1981, p. 7).

Paremos um momento para refletir! Se está afirmado que a Teoria Constitucional brasileira é kelseniana? A questão não é bem essa. O que se está a dizer é que nesta perspectiva semiológica, em que nos inserimos, que analisa o discurso a partir de sua especificidade política, não existe a separação teoria/práxis, e, nesse sentido, a significação jurídica dominante no social nunca é pura. Temos, então, um complexo de sentidos jurídicos, alguns aparentemente contraditórios, concretizados na realidade social brasileira; o que determina a existência de conteúdos tipicamente kelsenianos, conjuntamente com conteúdos jurídicos positivistas e iusnaturalistas. Esta mescla é o que caracteriza a faia jurídica materializada no Brasil. A unidade desta complexidade é dada pelas relações desta significação jurídica com as relações de poder (econômico-militares) que co-instituem nosso imaginário social.

Tal interação tem possibilitado à Teoria Jurídica brasileira recusar sistematicamente à TPD como suporte de legitimidade e, ao mesmo tempo, aceitá-la como suporte metodológico. Um bom exemplo, pode ser dado pela aceitação feita pela doutrina da temática kelseniana dos órgãos e competências. Kelsen, foi obrigado para rejeitar os aspectos político-ideológicos da noção de Estado, a

ressaltar os conceitos de órgão e competência, jurisdicionando (e neutralizando) todas as atividades administrativas do Estado. Assim sendo, para Nelson Saldanha “os problemas existenciais carregados pelo pensamento constitucional desde os séculos XVIII e XIX se esvaziaram, na Teoria Pura e na Teoria kelseniana do Estado, em prol de conceituações preferentemente formais. O risco, mencionado acima, seria, então, o de uma transformação do Direito Constitucional em Direito Administrativo, dada a centralidade assumida pela teoria dos órgãos, em embargo do interesse basilar de Kelsen pela *norma* e de seus importantes trechos sobre a aplicação do Direito” (Nelson Saldanha, 1981, p. 132). Nelson Saldanha esquece, desta maneira, alguns aspectos decisivos para o entendimento destas questões. O primeiro, de certa forma óbvio, é o fato de que Kelsen não conseguiu elaborar efetivamente uma Teoria Pura do Direito, o que não impediu a utilização de algumas categorias Kelsenianas, como as citadas acima, pela Teoria Jurídica; ou seja, Saldanha critica um Kelsen ideal, esquecendo-se de criticar as apropriações Kelsenianas executadas pela doutrina jurídica- apropriações que recuperam em grande parte a alta complexidade do pensamento de Kelsen. Também, Kelsen não nega a tradição do pensamento constitucional, sendo, ao contrário, um de seus maiores sistematizadores. Se os aspectos políticos materiais a respeito da justificação do poder do Estado são, às vezes, escamoteados, isto não é algo que surgiu somente com Kelsen. Se pensarmos bem esta é uma característica tradicional do pensamento constitucional dominante.

Kelsen, assim como o próprio liberalismo jurídico, necessitam ser analisados pelo que concretamente produzem na significação social, onde participam ativamente do contraditório jogo político e ideológico, no decurso da história. Nesta ótica, a matriz kelseniana, a priori “não pode ser considerada autoritária ou democrática, é a sua efetiva materialidade enquanto significação política, em dada sociedade, que vai delimitar as suas cores. Entretanto, a teoria kelseniana possui, a par dessas relações com o poder, *uma singularidade política* bem precisa, onde existem certos potenciais democráticos que podem ser empregados com a finalidade que o próprio Kelsen desejou: “Puesto que mi vocación es la ciencia, y por consiguiente lo más importante de mi vida, me refiero a esa justicia bajo

cuya protección la ciencia, y con ella la verdad y la sinceridad, puedan florecer. Me refiero a la justicia de la libertad, a la justicia de la paz, a la justicia de la tolerancia, a la justicia de la democracia.”

BIBLIOGRAFIA

- 1) BASTOS, Celso Ribeiro – *Curso de Direito Constitucional*, Edição Saraiva, São Paulo, 1978
- 2) DUJOVNE, León -*La Filosofía Del Derecho. de Hegel a Kelsen*, bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1963.
- 3) FRANCO, Afonso Arinos de Mello -*Direito. Constitucional Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, Forense, Rio de Janeiro, 1981.
- 4) FERREIRA, Pinto -*Teoria Geral do Estado, José Konfino. Editor, Rio de Janeiro, 1957*
- 5) KELSEN, Hans -*Teoria Pura do Direito*, Armênio-Amado, Editor, sucessor, Coimbra, 1976.
- 6) KELSEN, Hans -*Teoria General del Estado*, Editora Nacional, México, 1979.
- 7) TEMER, Michel - *Elementos de Direito Constitucional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982
- 8) VERNENGO, Roberto José -*Curso de Teoria General del Derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.