

DIREITO, POLÍTICA E SÍMBOLO: ELEMENTOS PARA UMA CRÍTICA DO DIREITO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO. (Law, Politics and Symbol: Elements for a Critique of Contemporary Public Law)

*Andityas Soares de Moura Costa Matos*¹

Resumo: Partindo da constatação de que a moderna teoria do Direito e do Estado guarda não apenas semelhanças, mas verdadeiros paralelismos epistemológicos com as construções da Teologia, Hans Kelsen pretende desnudar o sentido ideológico que fundamenta o tradicional dualismo que separa Direito e Estado enquanto entidades autônomas. Com base nas percepções originais de Kelsen —secundadas por outras contribuições mais atuais, tais como o conceito simbólico do político desenvolvido por Claude Lefort e Hans Lindahl, bem como com o auxílio da noção de teologia política de Carl Schmitt— pretendemos demonstrar a função eminentemente conservadora da estrutura dual Direito/Estado, a qual pretende subtrair do controle jurídico parte considerável das ações do Estado, eis que se identificam com as obscuras e sempre arguidas *raisons d'État*. Com isso, pretende-se criticar a própria legitimidade do chamado “Direito Público”, o qual expressaria uma tendência à fuga da regulação jurídica do poder. Por fim, com base na metodologia funcionalista inaugurada por Ernst Cassirer, institutos jurídicos como “vontade coletiva” e “interesse público” serão problematizados de modo a neles surpreender traços teológicos, conservadores e autoritários incompatíveis com a unidade conceitual e substancial posta pelo Estado de Direito.

Palavras-chave: Símbolo. Teologia. Direito e Estado. Direito Público. Ideologia. Metodologia funcionalista. .

Resumen: Partiendo de la presunción básica de que la teoría moderna del Derecho y del Estado no solamente presenta similitudes sino que tiene paralelos epistemológicos genuinos y verdaderos con las construcciones de la Teología, Hans Kelsen intenta mostrar el significado ideológico que se encuentra en el núcleo mismo de la tradición dualista que construye al Estado y al Derecho como entidades autónomas. Tomando en consideración las concepciones originales de Kelsen —las cuales son secundadas por las más recientes contribuciones de Claude Lefort y Hans Lindahl en sus concepciones de lo político y lo simbólico y de las nociones de Carl Schmitt de la teología política— nuestra intención aquí es demostrar el papel altamente conservador jugado por la dualidad de la estructura Derecho/estado, cuyo principal objetivo es colocar fuera del control jurídico una parte considerable de las acciones del estado, las cuales, de esta manera, reflejan la siempre oscura y controvertible *raisons d'État*. En esas condiciones, más adelante, analizaremos la legitimidad misma del llamado “Derecho Público”, lo cual parece apuntar a una tendencia de evitar la regulación jurídica del poder. Finalmente, basado en la método funcional encabezado por Ernst Cassirer, las instituciones legales como “voluntad colectiva” e “interés público” serán problematizadas, con la intención de determinar si contienen rasgos teológicos, conservadores y autoritarios incompatibles con la unidad conceptual y sustancial intrínseca del Estado de Derecho.

Palabras clave: Símbolo, Teología, Derecho y estado, Derecho Público, Ideología, Método funcional.

21

Abstract: Considering the basic assumption that the modern Law and State theory not only bears similarities but also draws true and genuine epistemological parallels to the constructions of Theology, Hans Kelsen intends to lay bare the ideological meaning that lies at the very core of the traditional dualism which constitutes Law and State into autonomous entities. Taking into account Kelsen’s original perceptions —which are seconded by more recent contributions from Claude Lefort and Hans Lindahl’s political and symbolic concept and from Carl Schmitt’s notions on political theology— our intention is now

1 Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil, andityas.matos@fead.br, recebido 23 de agosto de 2011, aceptado 25 de marzo de 2012.

DIREITO, POLÍTICA E SÍMBOLO. . .

to demonstrate the highly conservative role played by the duality of the Law/State structure, whose aim is to remove from under the sway of legal control a considerable part of the State's actions, which, in turn reflect the ever obscure and arguable *raisons d'État*. Here below therefore, we will analyze the very legitimacy of the so-called. "Public Law", which seems to point to a trend towards shunning the legal power regulation. Finally, based on the functional method pioneered by Ernst Cassirer, legal institutions such as "collective will" and "public interest" will be problematised, in order to ascertain whether they contain theological, conservative and authoritarian traits incompatible with the conceptual and substantial unity intrinsic to Rule of Law.

Key-words: Symbol. Theology. Law and State. Public Law. Ideology. Functional method.

* * *

Após denunciar o dualismo Estado/direito em vários artigos dos anos 20, Hans Kelsen atinge o cerne do problema em 1923 no seu ensaio mais ambicioso, *Deus e Estado*. Nele Kelsen demonstra haver inúmeros paralelismos entre os pseudoproblemas da Teologia e da Teoria do Estado. Em ambas as disciplinas se sustenta a existência de dualismos fundamentais que servem não para explicar a realidade, mas para legitimar propósitos políticos conservadores.

Se, como quer Schmitt, a imagem metafísica que certa época traça do mundo é o resultado da duplicação de sua organização política,² precisamos nos perguntar sobre os vínculos entre o político e o religioso —bem como acerca das formas de ruptura—,³ o que Claude Lefort faz ao utilizar o conceito de símbolo, elemento central para a compreensão da genealogia sagrada do político. Cabe ao filósofo e ao cientista político, mediante a utilização do conceito de símbolo, desnudar as continuidades e as descontinuidades que marcam a transição do poder político-jurídico da Idade Média até os dias de hoje, relativizando a autodescrição da modernidade enquanto começo absoluto e incondicionado. Nessa perspectiva, Kelsen prenuncia o trabalho de clarificação epistemológica realizado por Lefort, para quem tanto o político quanto o religioso deslocam o pensamento filosófico para a esfera do simbólico, governando e mediatizando com suas articulações internas o nosso acesso ao mundo.⁴

Da mesma maneira que a Teologia do Medievo fundou suas mistificações reacionárias sobre o dualismo Deus/natureza, a Teoria do Estado de feição tradicional insiste em compreender Estado e di-

2 SCHMITT, 2006, p. 43.

3 LEFORT, 1986, p. 277.

4 LEFORT, 1986, p. 261.

ANDITYAS SOARES DE MOURA COSTA MATOS

reito como instâncias separadas. Tal semelhança revela profundas ligações entre o social e o religioso, realidades que se assentam firmemente nas camadas mais recônditas da psique humana. Assim como o indivíduo se sente uma parte não-autônoma do todo social ao qual deve obediência, crença que faz brotar em seu íntimo o sentimento de dependência, da mesma maneira ele é levado a acreditar em autoridades transcendentais instituidoras da realidade em que vivemos. Partindo desse esquema inicial, Kelsen conclui que tanto a sociedade quanto Deus exigem do indivíduo obediência absoluta,⁵ preenchendo o espaço psíquico que deveria ser ocupado pela consciência individual.

A essência da vivência religiosa configura um momento social e a essência da vivência social, um momento religioso,⁶ ambos fundados em bases autoritárias. Engels compreendeu essa verdade evidente ao concluir que: “a essência do Estado, assim como da religião, é o medo da humanidade de si mesma”.⁷ Por isso Durkheim pôde identificar Deus e sociedade em seu famoso estudo *Les Formes Élémentaires de la Vie Religieuse*. Assim, a sociedade é uma expressão de Deus, ou seja, da vivência religiosa e autoritária que caracteriza o campo do social.⁸ Tal constatação confirma-se pela sempre citada passagem da *Filosofia do Direito* de Hegel: “O Estado é o caminhar de Deus no Mundo”.⁹ Da mesma maneira que Hegel, Platão demonstra possuir uma aguda compreensão dos fundamentos místicos da autoridade. Ele expulsa os poetas de seu Estado perfeito¹⁰ porque conhece o poder corrosivo que a arte exerce em prejuízo dos absolutos. O poeta representa um fator desestabilizador de crenças e de certezas na república autoritária de Platão. Capaz de ridicularizar e ironizar os deuses, o artista mina a autoridade política e torna os indivíduos menos suscetíveis à desmobilização de suas consciências individuais. Se Platão e Hegel coincidem na identificação entre Deus e Estado, valorando-a, contudo, como algo positivo e necessário, Kelsen encontrará um inesperado aliado em Nietzsche, que vê no Estado um novo ídolo a ocupar o lugar do Deus assassinado pelos modernos. Agora, cansados da luta, os ven-

5 KELSEN, 1989a, p. 244.

6 KELSEN, 1989a, p. 246.

7 *Apud* SCHMITT, 2006, p. 47.

8 KELSEN, 1989a, p. 247.

9 HEGEL, 1952, § 258, p. 336.

10 PLATÃO, 2001, pp. 449-474.

cedores do velho Deus servem à novel divindade, que tudo lhes dará desde que eles —os muitos-demais, os supérfluos— a adorem.¹¹ Urra o Estado: “Nada há na terra maior do que eu; eu sou o dedo ordenador de Deus”.¹²

Ao contrário dos atuais opositores de Kelsen, Schmitt lia suas obras cuidadosamente para criticá-las. Dessa feita, ele reconhece que “a Kelsen se deve a identificação, desde 1920, com o seu sotaque próprio, do parentesco metódico entre teologia e direito”.¹³ Ainda que as consequências dessa percepção sejam diferentes em Kelsen e Schmitt, parece-nos surpreendente que ambos os teóricos —antípodas em tudo mais— compartilhem uma tese tão polêmica. Em *Teologia Política (Politische Theologie)* —artigo de 1922 que intitularia anos depois um de seus mais conhecidos livros—, Schmitt afirma que todos os conceitos da moderna Teoria do Estado são, na verdade, conceitos teológicos secularizados. Tal conclusão é válida se considerarmos não só a gênese histórica do Estado, nascido graças à transferência da onipotência de Deus para o legislador, mas principalmente a sua estrutura sistemática.¹⁴ O Estado moderno interfere em todos os âmbitos, nota Schmitt. Em certas ocasiões, age como um *deus ex machina*, transformando milagrosamente conceitos e normas; às vezes se assemelha a um cavalheiresco demiurgo, demonstrando sua superioridade diante do indivíduo ao suprimi-lo, mediante indultos e anistias, do campo de ação normativa.¹⁵ Ademais, a noção jurídica de Estado de Exceção é paralela ao conceito de milagre da Teologia. Se considerarmos que o milagre representa um rompimento das leis naturais, podemos ler o mesmo fenômeno juridicamente enquanto quebra das regras normais de organização do Estado, o que dá lugar ao Estado de Exceção. Em ambos os casos uma intervenção direta restabelece a ordem: vinda de Deus, quando se trata do domínio teológico, ou do ditador, no que concerne à seara jurídica.¹⁶ Todavia, aqui cessam as semelhanças entre Schmitt e Kelsen, pois aquele critica este por pretender construir um sistema ju-

11 NIETZSCHE, 1998, p. 76.

12 NIETZSCHE, 1998, p. 75.

13 SCHMITT, 2006, p. 38.

14 SCHMITT, 2006, p. 35.

15 SCHMITT, 2006, pp. 36-37.

16 SCHMITT, 2006, p. 35.

ANDITYAS SOARES DE MOURA COSTA MATOS

rídico-estatal imune à ação do “milagre” jurídico, ou seja, incapaz de descrever e vivenciar momentos de exceção, eis que Kelsen praticaria, pelo menos aos olhos de Schmitt, uma ciência jurídica comprometida com o racionalismo iluminista e a lógica matemática, modalidades de saber que repudiam o excepcional em nome do geral e do universal.¹⁷

Como visto na seção anterior, a identidade psicológica que unifica a atitude religiosa e a vivência social deriva de uma fonte comum, qual seja, a ambígua relação entre pai e filho. O Estado só obtém a submissão do indivíduo —inclusive em detrimento de seus interesses privados— porque é capaz de se mostrar enquanto pai simbólico e assim favorecer emoções que convertem homens em crianças destituídas de vontade e opinião própria.¹⁸ Aí está um dos equívocos de Weber, que limitou a coação característica do Estado ao seu aspecto físico, reservando a coação psíquica às associações de domínio do tipo hierocrático, tais como as igrejas.¹⁹ Na verdade, por conter elementos sacrais, majestáticos e autoritários, a ideia de Estado exige a coação psíquica, que faz nascer no indivíduo o amor à obediência. Ora, esse “amor à obediência”, cuja ambígua justificativa se liga às necessidades infantis de segurança e de expiação do ódio que se sente pelo pai, somente se mantém atuante em contextos coletivos. Por isso as religiões são fenômenos sociais. Uma religião individualista, como aquela do Zaratustra de Nietzsche, é impraticável. Tanto na sociedade quanto na religião não basta que o indivíduo se submeta. É preciso que outros também o façam. O desejo de se submeter representa apenas uma face da moeda. A outra se radica na ânsia de submeter os demais.²⁰ Nenhuma religião —talvez com exceção do budismo— se limita a regular as relações do crente e seu deus. Todas pressupõem a necessidade de submeter outras pessoas a esse mesmo deus. O indivíduo escravizado pela alienação religiosa quer sufocar todo o orbe para que não haja ninguém que lhe seja superior. Em uma tal hipótese, todos seriam igualmente servos. Fenômeno similar ocorre na sociedade: reprimimos o eu individual em troca da repressão

17 SCHMITT, 2006, pp. 39-40.

18 KELSEN, 1989a, p. 248.

19 ORDÓÑEZ, 1989, p. 178.

20 KELSEN, 1989a, p. 248.

DIREITO, POLÍTICA E SÍMBOLO. . .

de todos os demais, de maneira a construir um grupo que só encontra realização plena na glorificação do todo, seja ele chamado de Deus ou de Estado. E para realizar tal intento a violência é o meio mais efetivo. Kelsen compara a situação do fanático que luta por seu Estado, seu deus e sua nação com o primitivo que, uma vez revestido pela máscara do animal totêmico, dá livre curso a sua selvageria, praticando atos que normalmente lhe são vedados.²¹ Toda a história humana não é mais do que a eterna luta entre a ambição de submeter e o desejo de autodeterminação, o que se reflete não apenas na seara política, mas também na da história das ideias.²²

Religião, Estado e nação são máscaras totêmicas, *i. e.*, ideologias que encobrem fatos reais. Não é o Estado que destroça corpos humanos na guerra. Isso é trabalho sujo dos seres humanos, em especial daqueles que costumamos celebrar nos livros de História chamando-os de vencedores. Não é Deus quem prende e tortura dissidentes políticos, mas o general X e seus asseclas. Kelsen discordaria de Luhmann, para quem a sociedade não é formada por pessoas, mas por comunicações. Kelsen é um pensador ultrarrealista e iconoclasta que entende não haver realidade para além do indivíduo real de carne e osso. Inevitável a comparação com Nietzsche: “Destruidores, são os que preparam armadilhas para muitos e as chamam Estado; e suspendem por cima deles uma espada e cem cobiças”.²³ É contra mistificações assim que se erguem de um lado o irracionalismo nietzschiano e, de outro, a ciência positivista, que pretende destruir as máscaras totêmicas e enxergar os movimentos desnudos das almas e dos corpos em sua determinação causal,²⁴ levando-nos a compreender que: “La apariencia del Estado como persona inmaterial oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre”.²⁵

Segundo Kelsen, o direito configura uma técnica social que lida com normas jurídicas, elementos que levam os dominados a se comportarem como querem os dominadores.²⁶ São, portanto, atos de vontade que conferem sentido à conduta, representando, em

21 KELSEN, 1989a, p. 249.

22 KELSEN, 1989c, p. 224.

23 NIETZSCHE, 1998, p. 75.

24 KELSEN, 1989a, p. 250.

25 KELSEN, 1974, p. 26.

26 CORREAS, 1989, p. 11.

ANDITYAS SOARES DE MOURA COSTA MATOS

sua essência, formas de dominação.²⁷ Eis o que ensina a teoria pura do direito. Nada mais, nada menos. E por isso é tão odiada. Por nos mostrar nossa verdadeira face, que não é nem um pouco atraente. Por sua vez, a doutrina tradicional personifica o Estado ao concebê-lo enquanto unidade capaz de plasmar a multiplicidade própria das relações jurídicas. Assim como Deus funda o mundo e o unifica, o Estado cria o ordenamento jurídico e o centraliza.²⁸ Ambos —Deus e Estado— são incontroláveis e podem se dar razões que não constam dos códigos do mundo ou do direito, que lhes são anteriores.

A ideia de absoluto, da qual deriva a noção de soberania entendida como poder ilimitado, se liga à pressuposição de um Deus todopoderoso. Segundo Lindahl, Kelsen enxerga no conceito de soberania popular a indistigável continuidade entre a política medieval e a moderna. Deus e a abstração chamada de “povo soberano” cumprem as funções básicas do símbolo descritas por Cassirer: aproximação e distanciamento.²⁹ É o trabalho mediador do símbolo que torna possível nosso estar significativo no mundo. De fato, os seres humanos travam relações porque retrocedem diante da realidade e de seu absolutismo ao mesmo tempo em que dela se aproximam. Tal se dá por intermédio do símbolo.³⁰ Essa tese é comprovada pelas noções de soberania oferecidas por Laband e Jellinek, que a descrevem enquanto representação simbólica do poder unificado do governante, fazendo do Estado, nas palavras de Schmitt, “[...] quase que um indivíduo abstrato, um ‘*unicum sui generis*’ com seu monopólio de poder oriundo da ‘produção mística’”.³¹

Por serem símbolos do absoluto, tanto Deus quanto a soberania admitem apenas conceituações negativas. É impossível definir Deus utilizando predicacões positivas, pois tal pressuporia Seu conhecimento integral, algo vedado aos homens. Só nos resta dizer o que Deus não é, como ensina a teologia negativa dos neoplatônicos. Também a soberania se define negativamente como poder não subor-

27 CORREAS, 1989, p. 13.

28 KELSEN, 1989a, p. 252.

29 LINDAHL, 1996, p. 70.

30 LINDAHL, 1996, pp. 54-55.

31 SCHMITT, 2006, p. 38.

DIREITO, POLÍTICA E SÍMBOLO. . .

dinado a qualquer outro.³² A soberania, ideologia mediante a qual se garante a absolutização e a deificação do Estado, se revela assim enquanto construto jurídico característico de uma concepção de mundo que enxerga no Estado uma realidade supraindividual e irreduzível aos homens que lhe dão realidade. Nesse contexto o Estado não é uma simples forma de organização social e sim uma entidade mística realizadora de valores absolutos.³³ Do mesmo modo que a noção de soberania preenche o *locus* original da liberdade dos indivíduos³⁴ a pretexto de protegê-la, Deus se põe como possibilidade de realização da liberdade humana enquanto livre arbítrio e também como seu negador ao exigir a submissão absoluta de sua criatura. De acordo com Frosini, Kelsen se afasta da leitura teológica da soberania porque define tal fenômeno enquanto simples hipótese legislativa, quer dizer, uma abstração ideológica típica de juristas que, a exemplo de Schmitt, nela vêem uma “situação de fato”.³⁵

Os paralelismos entre a Teoria do Estado e a Teologia são infindáveis. Recordemo-nos de mais alguns. A Teologia deve lidar com o problema do erro de avaliação por parte de seus cultores assim como o Estado precisa explicar a injustiça. Em ambos os casos se recorre a um conceito final capaz de transformar erro em verdade e decisão arbitrária em decisão juridicamente válida. De acordo com Adolf Merkl, na seara teológica a “mágica” se opera graças ao dogma da infalibilidade papal e, no terreno jurídico, em razão do instituto da coisa julgada.³⁶ Paralelamente, o indivíduo é tratado pela Teologia e pela Teoria do Estado como ser insubstancial. Sua concretude física é escamoteada e ele passa a integrar a ordem dos conceitos. Uma alma imortal criada à imagem e à semelhança de Deus é um construto que corresponde àquela especial ideologia social³⁷ que opera com a noção de pessoa no sentido jurídico. Ambas as ficções tornam muito mais fácil desconsiderar as condições reais de existência do homem que, como conceito, não sofre, nem sangra ou morre. Essas mistificações abstraem o que re-

32 KELSEN, 1989a, p. 254.

33 KELSEN, 1989c, p. 235.

34 KELSEN, 1974, p. 27.

35 FROSINI, 1991, p. 66.

36 KELSEN, 1989a, p. 263.

37 KELSEN, 1989b, p. 324.

ANDITYAS SOARES DE MOURA COSTA MATOS

almente somos —unidades biológico-psicológicas— e nos enxergam enquanto almas e pessoas jurídicas, permitindo à Teoria do Estado e à Teologia conceberem de modo idêntico as relações entre indivíduo e sociedade por um lado e, de outro, indivíduo e Deus. Tal dá lugar ao universalismo e ao individualismo, posturas comuns às teorias políticas e teológicas que pregam que o indivíduo deve se dissolver no todo —posição dos nazifascismos e do teísmo absoluto— ou se afirmar *qua* essência particular diante do todo —tese característica do liberalismo e do cristianismo ortodoxo.³⁸

As consequências práticas do dualismo teórico Estado/direito são da maior importância, dado que fundamentam sistemas sociais em que há “razões de Estado” invocáveis pelos governantes quando as normas jurídicas não lhes parecem vantajosas. É observável uma tendência psíquica geral, comum tanto a homens primitivos quanto a civilizados, que consiste em se buscar no interesse coletivo a justificação de interesses individuais.³⁹ Construtos como “vontade coletiva” e “interesse público” são apenas eufemismos utilizados pelos detentores do poder para se furtarem à obediência devida ao direito. Todo ordenamento jurídico, mesmo o mais despótico, expressa em maior ou menor grau certos compromissos,⁴⁰ podendo assim gerar sérias limitações aos interesses dos governantes, que então utilizam personificações sem qualquer realidade —Deus e Estado— para lhes imputar as ações anti-jurídicas que praticam. Ao caracterizar em termos político-teológicos os séculos XVII e XVIII, momentos específicos do Estado absolutista, Schmitt aduz que a noção de transcendência de Deus diante do mundo integra o conceito de divino do mesmo modo que a transcendência do monarca em face do Estado —ou do direito, em linguagem kelseniano— faz parte da filosofia estatal própria desses séculos.⁴¹

Converter um ato de força em ato jurídico e fazer surgir direito do não-direito. Eis a metamorfose que os donos do poder precisam realizar. Para tanto, há certas palavras mágicas a serem entoadas à semelhança de cânticos sacramentais: “Direito Público”, “fato do prin-

38 KELSEN, 1989a, p. 264.

39 KELSEN, 1989b, p. 321.

40 KELSEN, 1989a, p. 260.

41 SCHMITT, 2006, pp. 45-46.

DIREITO, POLÍTICA E SÍMBOLO. . .

cipe”, “interesse coletivo”, “paz social”, “ordem pública” e quejandos. A doutrina jurídica tradicional ensina que o poder político capta o interesse coletivo difuso na sociedade e o traduz em normas jurídicas que garantem a felicidade social possível. O processo, contudo, parece-nos bem diferente. Na verdade, os governantes pretendem assegurar seus próprios interesses, motivo pelo qual os travestem com conceitos vagos e imprecisos ao mesmo tempo em que impõem normas jurídicas capazes de garantir seus anseios. Claro que a desculpa sempre renovada reside na nebulosa felicidade coletiva a ser garantida paternalisticamente pelo Estado.

Há duas claríssimas —porém inconfessáveis— funções para o dualismo Direito Público/Direito Privado: além de isolar as relações privadas do domínio sócio-político, fortalecendo assim ideias como as de autonomia da vontade e de ilimitação da autoridade paternal —arquetipo central para a construção do “amor à obediência”—, o citado dualismo justifica os atos políticos antijurídicos do governo,⁴² que se vê livre de qualquer normatividade convencional ao se proteger sob o manto diáfano do Direito Público. Ora, um Direito Público radicalmente distinto do Direito Privado porque deduzido da especial natureza do Estado personificado representa tão só certos postulados políticos que, por expressarem desejos e interesses privados não admitidos pela ordem jurídica, precisam se revestir de juridicidade.⁴³ Um exemplo entre muitos: a distinção romanística entre Direito Público e Direito Privado foi adotada pela ciência jurídica alemã com o intuito de beneficiar os príncipes reinantes, retirando-os do âmbito de qualquer controle jurídico mediante o uso da fórmula: “*princeps legibus solutus est*”.⁴⁴

No que diz respeito à concepção de um deus separado de sua criação, resta-nos considerar que tal seria incompreensível para um grego ou um romano, ou até para um pensador moderno consequente e honesto como Spinoza, que costumava se referir a *Deus sive natura* — Deus *ou* a natureza.⁴⁵ O dualismo Deus *e* a natureza é uma concepção

42 KELSEN, 1957, p. 140.

43 KELSEN, 1989a, p. 261.

44 MANERO, 1989, p. 143.

45 SPINOZA, 1985, I, prop. 29, esc.

ANDITYAS SOARES DE MOURA COSTA MATOS

própria da Teologia Medieval arquitetada para tentar explicar o problema do Mal. Com efeito, por que existe o Mal em um universo criado por um ser não apenas onipotente, mas também infinitamente bondoso? De modo similar, os que creem em um Estado personificado se questionam por que ele permite a existência da injustiça. A questão teológica foi resolvida pelo gnosticismo e pela cabala judaica de maneira radical, ora negando a autoria do universo por parte de Deus, visto que o mundo material seria produto de um demiurgo caído —tese central do gnosticismo—,⁴⁶ ora explicando, a exemplo do cabalista medieval Isaac Luria, que para preservar a liberdade humana Deus se exilou do mundo após tê-lo criado, não sendo responsável pelos desmandos de suas criaturas.⁴⁷ A resposta oferecida pela Teologia Medieval de recorte ortodoxo é diferente e pressupõe o dualismo intransponível entre Deus e o mundo, o qual se reforça graças à noção de milagre.⁴⁸ O conceito de milagre desenvolvido pela Teologia pretende traduzir a liberdade de Deus diante das leis naturais por ele criadas, assim como as noções de “Direito Público” e “razões de Estado” existem para libertar as autoridades políticas de qualquer obrigação jurídica que lhes seja inconveniente.⁴⁹ Originariamente, Deus e Estado são concebidos enquanto instâncias onipotentes que em certo momento se autolimitaram.⁵⁰ Daí surgiram as leis naturais e a Constituição, entidades externas, diversas e, em substância, inferiores às realidades que regulam, podendo ser, a qualquer tempo, negadas pelos milagres e pelas razões de Estado. Por seu turno, a teoria pura do direito não aceita nenhum dualismo. Nela Estado é ordem jurídica centralizada, nada mais.⁵¹

De acordo com os adeptos da teoria tradicional, a transformação do Estado em direito é similar a um mistério religioso. Dizem que ele antecedeu ao direito e apenas com a Revolução Francesa a criatura pôde controlar o criador. A unidade Estado-direito —conceito essen-

46 Mais sobre o gnosticismo em JONAS, 1963; LAYTON, 2002 e WILLER, 2010.

47 Para referências sobre Luria, cf. o prólogo de María Ángeles Pérez López a GELMAN, 2005, pp. 58-60.

48 SCHMITT, 2006, p. 35.

49 KELSEN, 1989a, p. 262.

50 SOMEK, 1989, p. 766.

51 Tal constatação não é válida apenas para as ordens jurídicas democráticas, pois mesmo o Estado mais despótico do planeta é uma ordem jurídico-normativa. Cf. KELSEN, 1989a, p. 259.

DIREITO, POLÍTICA E SÍMBOLO. . .

cial para o juspositivismo— passa a ser entendida como expressão meramente histórica.⁵² Para explicar essa curiosa metamorfose lança-se mão da teoria da auto-obrigação,⁵³ segundo a qual o Estado se auto-limitaria ao dividir as funções do poder e ao se submeter a uma codificação especial de natureza constitucional. A Teologia Medieval utilizou procedimentos semelhantes para explicar a encarnação de Cristo, figura que expressaria a unidade mundo-Deus tenazmente negada pela ortodoxia, para quem a vinda de Cristo ao mundo seria apenas um fato histórico que em nada afetaria a absoluta separação entre os homens e seu criador. É sabido, contudo, que certas seitas heréticas panteístas acreditavam que Deus habitava no interior de cada homem. Assim, a unidade Deus-mundo se afirmaria constantemente, não havendo que se falar em alienação da criatura em face do criador, mas na progressiva revelação de nossa essência divina, o que obviamente não interessa à autoridade da Igreja, ciosa na manutenção de seus privilégios de mediadora necessária entre os homens e Deus.

Da mesma maneira que o conceito de Deus se dissipa na noção de natureza total proposta pelo panteísmo, um Estado independente do direito é impensável na teoria kelseniana, dado que aquele se liquefaz na tessitura normativa deste.⁵⁴ A teoria pura do direito —monista e antimetafísica por vocação— representa um papel semelhante, no que concerne à doutrina jurídica, àquele característico das heresias combatidas pela Igreja Romana. Sim, eis é uma bela imagem: a teoria pura do direito enquanto heresia. E não há heresia maior do que o ateísmo, cujo símile na Teoria do Estado se encontra na noção de anarquismo. Ambos —ateu e anarquista— não acreditam na existência dos absolutos que oprimem a humanidade.⁵⁵ Surpreendentemente, Kelsen se qualifica como um anarquista no sentido da crítica do conhecimento, pois reconhece que “Dios y el Estado sólo existen si y en la medida en que uno cree en ellos, y quedan aniquilados, junto con su imenso poder que llena la historia universal, cuando el alma humana se libera de esta creencia”.⁵⁶ É quase inacreditável para aqueles que se limi-

52 KELSEN, 1989a, p. 258.

53 KELSEN, 1989a, p. 257.

54 BOBBIO, 1989, p. 73.

55 KELSEN, 1989a, p. 264.

56 KELSEN, 1989a, p. 265.

tam a leituras superficiais da obra de Kelsen encontrar tais palavras impressas sob o seu nome. Para os cretinos e ignorantes —como corajosamente se expressa Juan García Amado no prefácio deste livro— o substantivo próprio “Hans Kelsen” sempre evocou, de modo quase automático —como tudo aquilo que é imbecil— laivos políticos autoritários, cegueira jurídica e insensibilidade ética. Apesar de absurda, tal “interpretação” de Kelsen não é inesperada se tivermos em conta o testemunho de Correias, para quem o êxito jusnaturalista contra Kelsen se assenta não nas cátedras de Filosofia do Direito, mas nas de Direito Civil e quejandos, sendo difícil imaginar um ser mais despreparado para o pensamento filosófico do que um advogado, seja na posição de professor ou aluno.⁵⁷ Durmam agora com um barulho desses: um Kelsen anarquista... Não é que Kelsen negue a existência de ordens jurídico-estatais e pretenda que vivamos fora do manto das formas sócio-organizacionais. De modo semelhante, um rematado ateu não é obrigado a negar a existência de ideias morais que governam o mundo. Na verdade, Kelsen vê no direito um produto provisório da política, interpretando-o enquanto mecanismo, mas sem ingenuidades anarquistas que simplifiquem seu pensamento.⁵⁸

Transformar uma função —centralização da pluralidade normativa— em uma personificação —Estado e direito— constitui um procedimento que tem servido ao longo da história para anestesiar as consciências e manter as divisões sociais. Assim procedem as religiões e seus deuses iracundos. Como já havia feito no ensaio dedicado a compreender o Estado por meio das construções teóricas da Psicologia-Social, Kelsen conclui que para se construir uma ciência pura do direito —ou do Estado, para ele dá no mesmo— é imprescindível superar as hipóteses substanciais que a infestam, a exemplo do conceito de alma imortal característico da antiga Psicologia⁵⁹ e o de força, próprio da primeira Física. De fato, um dos traços mais característicos do pensamento primitivo é a necessidade de encontrar substratos materiais para ideias abstratas,⁶⁰ o que se verifica até hoje na maioria das

57 CORREAS, 1989, pp. 7-8.

58 CORREAS, 1989, p. 13.

59 KELSEN, 1989b, p. 320.

60 KELSEN, 1989b, p. 327.

DIREITO, POLÍTICA E SÍMBOLO. . .

ciências do espírito. Na ciência jurídica cabe à noção personificada de Estado cumprir o papel substancial da alma na Psicologia e o da força na Física. Por isso a ideia de Estado precisa ser eliminada e substituída por uma noção funcional. Assim como a nova Física é uma Física sem forças e a nova Psicologia é uma Psicologia sem almas, cabe à ciência jurídica construir um conhecimento do direito sem pressupor o Estado personificado típico da doutrina tradicional. Ao final, podemos sustentar que a teoria pura do direito é radicalmente anarquista e humanista.

A pureza metodológica da teoria kelseniana se revela na exigência de descrever seu objeto mediante pontos de vista científicos, ou seja, perspectivas que superam as mitologias jurídicas sustentadas por 2.300 anos de domínio do direito natural. Dessa feita, a teoria pura do direito combate o método teológico que supõe um deus criador da natureza, mas que ao mesmo tempo a supera, a contradiz e é totalmente independente dela. Raciocínio idêntico caracteriza a Teoria do Estado conservadora, que enxergando o Estado enquanto instância supra ou metajurídica, pretende tornar compreensível o que é juridicamente incompreensível, levando-nos a crer no “milagre jurídico”.⁶¹ Contra essa alienação das consciências jurídicas se ergue o edifício da teoria pura do direito, uma teoria do Estado sem Estado e, ademais, contrária ao autoritarismo. Ainda que seja pura, quer dizer, capaz de descrever qualquer contexto jurídico —autocrático ou democrático—, a teoria kelseniana, por representar uma expressão do conhecimento objetivo descomprometido com ideologias e mitologias sociais, só pode florescer em ambientes democráticos. Como admite o próprio Kelsen, a democracia —com sua confiança em procedimentos técnicos, sua racionalização dos vínculos sociais e sua aposta na segurança jurídica— se conecta a cenários positivistas, *i. e.*, aqueles nos quais a realidade é entendida enquanto conjunto de fatos empiricamente postos e quantificáveis.⁶² Por seu turno, as autocracias precisam se rodear de ideologias místico-religiosas.⁶³ Nas autocracias não se crê na possibilidade de umca ciência livre de interesses políticos e o ideal da objetividade do conhecimento é abandonado em favor de outros, tal como o de domínio.⁶⁴

61 KELSEN, 1989a, p. 262.

62 KELSEN, 1989c, p. 231.

63 KELSEN, 1989c, p. 232.

64 KELSEN, 1989c, p. 230.

ANDITYAS SOARES DE MOURA COSTA MATOS

Ao tentar se afastar das ideologias —ainda que para tanto tenham que se tornar ideologias sem ideologias— e se aproximar do conhecimento objetivo, as teorias de matriz democrática, a exemplo da teoria pura do direito, passam a ser simples narrativas sociais desvestidas de toda e qualquer justificação metafísica. Ao contrário, teorias jurídicas autocráticas —como as de Platão e de Schmitt— tratam a sociedade e o conhecimento por meio de metodologias fundamentalmente teológicas.⁶⁵

Referências:

- BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 57-77, 1989.
- CORREAS, Óscar. Presentación. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 7-14, 1989.
- FROSINI, Vittorio. Kelsen y las interpretaciones de la soberanía. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 11, n. 31, pp. 61-74, 1991.
- GELMAN, Juan. *Oficio ardiente*. Edición e introducción de María Ángeles Pérez López. Selección de María Ángeles Pérez López e Juan Gelman. Salamanca: Universidad de Salamanca. Madrid: Patrimonio Nacional, 2005.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts: uber Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. 3. Aufl. Stuttgart: Fr. Frommanns, 1952.
- JONAS, Hans. *The gnostic religion: the message of the alien god & the beginnings of christianity*. Boston: Beacon Press, 1963.
- KELSEN, Hans. Dios y estado. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 243-266, 1989a.
- _____. El alma y el derecho. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 319-331, 1989b.

65 KELSEN, 1989c, p. 237.

DIREITO, POLÍTICA E SÍMBOLO. . .

- . Esencia y valor de la democracia. Trad. Rafael Luen-
go Tapia e Luis Legaz y Lacambra. México: Nacional, 1974.
- . Forma de estado y visión del mundo. In: CORREAS,
Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional
Autónoma de México, pp. 223-241, 1989c.
- . *Teoría comunista del derecho y del estado*. Trad. Al-
fredo J. Weiss. Buenos Aires: Emecé, 1957.
- LAYTON, Bentley (org.). *As escrituras gnósticas*. Trad. Margarida
Oliva. São Paulo: Loyola, 2002.
- LEFORT, Claude. *Essais sur le politique: XIX^e-XX^e siècles*. Paris:
Seuil, 1986.
- LINDAHL, Hans. El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder
político en la democracia. In: *Revista de Estudios Políticos*
(Nueva Época), n. 94, pp. 47-72, 1996.
- RUIZ MANERO, Juan. Sobre la crítica de Kelsen al marxismo. In:
CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universi-
dad Nacional Autónoma de México, pp. 111-161, 1989.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falou Zaratustra: um livro*
para todos e para ninguém. Trad. Mário da Silva. 9 ed. Rio de
Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. El concepto del derecho en las teorías
de Weber y de Kelsen. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro*
Kelsen. México: Universidad Nacional Autónoma de México,
pp. 163-193, 1989.
- PLATÃO. *A república*. Trad., introdução e notas Maria Helena da Ro-
cha Pereira. 9. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Hori-
zonte: Del Rey, 2006.
- SOMEK, Alexander. Stateless law: Kelsen's conception and its limits.
In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, pp. 753-774,
2006.
- SPINOZA, Baruch. *The collected works of Spinoza*. Vol. I: *Ethica*.
Trad. and edition E. Curley. Princeton: Princeton University,
1985.
- WILLER, Claudio. *Um obscuro encanto: gnose, gnosticismo e poesia*
moderna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.