

LUIZ FERNANDO SCHAEFER ANDRADE

**COPÉRNICO E OS JURISTAS:
OS LIMITES E AS CONDIÇÕES CULTURAIS DA TEORIA PURA DO
DIREITO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Orlando Villas Bôas Filho

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP**

2022

LUIZ FERNANDO SCHAEFER ANDRADE

**COPÉRNICO E OS JURISTAS:
OS LIMITES E AS CONDIÇÕES CULTURAIS DA TEORIA PURA DO
DIREITO**

Versão Corrigida

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Orlando Villas Bôas Filho.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2022**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Schaefer Andrade, Luiz Fernando

Copérnico e os juristas : os limites e as condições culturais da teoria pura do direito ; Luiz Fernando Schaefer Andrade ; orientador Orlando Villas Bôas Filho -- São Paulo, 2022.

204

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Teoria pura do direito. 2. Cultura. 3. Transmodernidade. 4. Juridicidade. 5. Contra-Estado. I. Villas Bôas Filho, Orlando, orient. II. Título.

NOME: LUIZ FERNANDO SCHAEFER ANDRADE

TÍTULO: COPÉRNICO E OS JURISTAS: OS LIMITES E AS CONDIÇÕES CULTURAIS DA TEORIA PURA DO DIREITO

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Orlando Villas Bôas Filho.

APROVADO EM:

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. *Copérnico e os juristas: os limites e as condições culturais da teoria pura do direito*. 2022. 204 fls. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Muitos antropólogos conhecidos presumem ou qualificam a teoria pura do direito de Hans Kelsen como parâmetro superado para a descrição da regulação jurídica contemporânea, especialmente em situações de pluralismo jurídico e cultural. Até que ponto esse diagnóstico é acurado? Em outras palavras, quais os limites culturais da teoria pura do direito? São essas, em suma, as questões que o presente trabalho procura responder a partir de uma perspectiva interdisciplinar que adota a antropologia jurídica como principal horizonte de diálogo com outras áreas do conhecimento, como a filosofia do direito e a sociologia jurídica. Para tanto, este estudo realiza uma contextualização da teoria pura do direito no âmbito da sociedade moderna com o propósito de apreender a culturalidade que lhe é própria. Em seguida, os limites dessa teoria são testados mediante a confrontação de suas condições culturais com as descrições de Pierre Clastres e de Étienne Le Roy acerca da política e da juridicidade em contextos sociais significativamente distintos do Ocidente moderno. Diante da transmodernidade expressada de maneira mais ou menos explícita na obra de tais autores, conclui-se que a pertinência sociocultural da teoria pura do direito, entendida como tipo ideal da juridicidade, precisa ser redimensionada: maior do que supõe a crítica generalizada de muitos antropológicos e, ao mesmo tempo, menor do que Kelsen e muitos juristas lhe atribuíram.

Palavras-chave: Teoria pura do direito. Cultura. Transmodernidade. Juridicidade. Contra-Estado.

ABSTRACT

ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. *Copernicus and the jurists: cultural limits and conditions of the pure theory of law*. 2022. 204 p. Dissertation (Master's Degree) – Faculty of Law of the University of São Paulo, São Paulo, 2022.

Many well-known anthropologists presume or qualify Hans Kelsen's pure theory of law as a surpassed standard for the description of contemporary legal regulation, especially in situations of legal and cultural pluralism. To what extent is such diagnosis accurate? In other words, what are the cultural limits of the pure law theory? Those are, in short, the questions the present work seeks to answer from an interdisciplinary perspective that embraces legal anthropology as the main horizon of dialogue with other areas of knowledge, such as the philosophy of law and legal sociology. Therefore, this study performs a contextualization of the pure theory of law within modern society to apprehend its own culturality. Then, the limits of this theory are tested by confronting their cultural conditions with Pierre Clastres' and Étienne Le Roy's descriptions about politics and juridicity in social contexts significantly different from the modern West. Faced with the transmodernity expressed more or less explicitly in the work of these authors, it is concluded that the socio-cultural pertinence of the pure theory of law, understood as an ideal type of juridicity, needs to be resized: higher than the widespread criticism of many anthropologists assumed and, at the same time, lesser than Kelsen and many jurists attributed to it.

Keywords: Pure theory of law. Culture. Transmodernity. Juridicity. Society against the State.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não teria sido concluído sem a presença de pessoas que, direta ou indiretamente, cada qual à sua maneira, ajudaram-me durante o desenvolvimento dele. Para todas elas, deixo aqui um profundo agradecimento.

Aos meus pais, Rosana e Edson, e à minha irmã, Sophia, pois a presença constante deles foi fundamental para que, contrariando todas as probabilidades, o presente trabalho não fosse abruptamente interrompido no momento de maior dificuldade.

Ao Professor Orlando Villas Bôas Filho, pelo entusiasmo com que acolheu, incentivou e orientou minhas ideias durante a interlocução acadêmica que mantemos, desde as aulas de sociologia jurídica no primeiro semestre de 2013 na Faculdade de Direito da USP, passando pela Tese de Láurea que lá defendi, até, finalmente, a conclusão deste trabalho.

Aos Professores Celso Fernandes Campilongo e Fernando Rister de Sousa Lima, pelas sugestões realizadas ao projeto inicial e aos primeiros esboços deste trabalho, as quais acompanharam-no ao longo de seu desenvolvimento.

Este trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001.

LISTA DE FIGURA, QUADRO E TABELA

Figura 1 – Ilustração da dinâmica jurídica de um ordenamento hipotético	53
Quadro 1 – Afinidades entre a teoria pura do direito e a modernidade	93
Tabela 1 – Montagens da juridicidade	136

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. NOTAS METODOLÓGICAS	20
2. TEORIA PURA DO DIREITO: LINHAS GERAIS DE UM PERCURSO TEÓRICO.....	26
2.1 A sociedade da teoria pura do direito.....	26
2.2 O problema da objetividade do direito.....	30
2.3 O programa metodológico positivista.....	34
2.4 Da estática jurídica à dinâmica jurídica	39
2.5 A interpretação jurídica.....	53
3. A CULTURA MODERNA E O DIREITO	62
3.1 O processo de desencantamento do mundo	63
3.2 O direito desencantado no âmbito da modernidade	75
3.3 A teoria pura do direito no contexto geral da modernidade.....	89
3.4 As especificidades históricas da Áustria-Hungria	94
4. REVOLUÇÃO COPERNICANA: LEVANDO AS CULTURAS A SÉRIO	98
4.1 Políticas e culturas	105
4.1.1 Uma política interna antiestatal: o exemplo da chefia indígena	105
4.1.2 Uma política externa antiestatal: o exemplo da guerra indígena	115
4.1.3 Uma juridicidade antiestatal: o exemplo da “lei” indígena	119
4.2 Multijuridismo e culturas	125
4.2.1 Do direito vivo e do pluralismo jurídico à juridicidade.....	125
4.2.2 Os fundamentos da juridicidade	131
4.2.3 As montagens variadas da juridicidade	135
4.3 Transmodernidade (ou transsocialidade) e culturas	143
5. OS LIMITES CULTURAIS DA TEORIA PURA DO DIREITO	160
5.1 Norma jurídica: a culturalidade do direito em sua perspectiva estática.....	160

5.2	Interpretação jurídica: a culturalidade do direito em sua perspectiva dinâmica ...	168
5.3	Teoria e pureza: a síntese de uma culturalidade jurídica	179
CONSIDERAÇÕES FINAIS		189
REFERÊNCIAS		195

INTRODUÇÃO

Pode-se questionar seriamente a respeito do direito? Com uma pergunta análoga dirigida não ao direito, mas ao poder, Pierre Clastres inaugurou o artigo “Copérnico e os selvagens”, publicado originalmente em 1962. Anos mais tarde, esse texto foi incorporado à coletânea *A sociedade contra o Estado* na posição de capítulo inicial. “Pode-se questionar seriamente a respeito do poder?”:¹ quer se trate do artigo ou do livro que o contém, não é por acaso que Clastres tenha escolhido essa indagação para inaugurá-los. Trata-se, afinal, da questão fundante de seu pensamento, o qual se desdobra em dois momentos essenciais. Em primeiro lugar, a proposta de uma reviravolta metodológica na antropologia política: uma revolução copernicana capaz de descentrar a análise do poder das categorias políticas ocidentais. Em segundo lugar, como principal resultado dessa orientação anti-etnocêntrica, a famosa tese de que as sociedades indígenas da América do Sul recusariam o poder político em sua forma estatal de expressão.

Como saber que se constituiu pela observação de sociedades rotuladas como “primitivas”, a antropologia desde então vem ampliando consideravelmente seu potencial de compreensão da alteridade cultural. Em particular, a antropologia jurídica tem criticado o etnocentrismo que transparece na mobilização das categorias jurídicas ocidentais como parâmetro de análise de outros contextos culturais. O principal perigo de tal abordagem consiste na projeção dessas categorias a contextos sociais que delas não compartilham, ocasionando distorções significativas em sua compreensão. É por essa razão que, para muitos antropólogos, o etnocentrismo é um verdadeiro obstáculo epistemológico a ser enfrentado pelas ciências sociais.²

A julgar pelas críticas que muitos sociólogos e antropólogos, entusiasmados com a temática do pluralismo jurídico, explicitamente endereçaram ao positivismo jurídico e, em geral, ao pensamento dos juristas, pode-se refletir sobre o quanto há de etnocêntrico na teoria

¹ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. Tradução Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2013. p. 25.

² Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 35-36 e 40; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito de qual sociedade? Os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica. In: FEBBRAJO, Alberto; SOUSA LIMA, Fernando Rister; PUGLIESI, Márcio (org.). *Sociologia do direito*: teoria e práxis. Curitiba: Juruá, 2015. p. 349-353.

do direito. A extensão desse etnocentrismo pode indicar em que medida seria plausível falar de uma revolução copernicana, tal como a clastreana, para se pensar a regulação jurídica.

Em um artigo intitulado “What is legal pluralism?”, Griffiths criticou intensamente uma perspectiva que ele designa de ideologia do centralismo jurídico (*ideology of legal centralism*), a qual, no âmbito da teoria do direito, encontraria expressão na obra de autores positivistas como Austin, Kelsen e Hart. Segundo Griffiths, trata-se de uma abordagem que, ao focar o direito como um sistema normativo cuja condição empírica seria a facticidade do poder estatal, consistiria em um obstáculo à análise do pluralismo jurídico.³ Esse texto gerou ampla repercussão nos meios anglófono e francófono, de modo que muitos artigos subsequentes passaram a contrastar o pluralismo jurídico com essa “ideologia” etnocêntrica que estaria presente no âmbito jurídico e, em menor grau, no das ciências sociais.⁴

Alguns autores têm questionado essa oposição, ainda que nem sempre contestem o pluralismo jurídico. Benda-Beckman, por exemplo, afirma que o pluralismo jurídico não seria suficiente para refutar essa “ideologia”, na medida em que os juristas negariam a qualificação de “jurídico” às outras formas de expressão da regulação social.⁵ Tamanaha, por sua vez, critica o artigo de Griffiths, sustentando que o conceito de pluralismo jurídico não seria comprometido por aquela suposta ideologia, visto que esta consistiria em uma visão puramente interna do direito estatal que o próprio pluralismo não ameaçaria.⁶ Esses argumentos sublinham, assim, os limites precisos dessa visão positivista acerca do direito, a qual supostamente não extrapolaria seu contexto social mais imediato.

É no bojo dessas discussões envolvendo a antropologia jurídica e a teoria do direito que o trabalho aqui proposto se insere. Assim, as questões centrais a que se pretende responder são as seguintes: Sob o enfoque da antropologia jurídica, o positivismo jurídico

³ Cf. GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, London, n. 24, p. 3 e 38, 1986.

⁴ Nesse sentido: cf. MERRY, Sally Engle. Legal pluralism. *Law & Society Review*, London, v. 22, p. 873-874 e 878-879, 1988; ROBERTS, Simon. Against legal pluralism – some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, London, v. 42, p. 96, 1998; ROULAND, Norbert. *Legal anthropology*. Tradução Philippe G. Planel. London: Athlone, 1994. p. 51-52 e 56-58. Disponível em: <http://ecollections.law.fiu.edu/lawreview/vol10/iss1/5>. Acesso em: 15 nov. 2015. Por outro lado, para contraposições críticas à análise de Griffiths: cf. TAMANAHA, Brian Z. The folly of the ‘social scientific’ concept of legal pluralism. *Journal of Law and Society*, Oxford, v. 20, p. 194-198, 1993; BENDA-BECKMAN, Franz von. Who’s afraid of legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, London, n. 47, p. 46-47, 2002; MOORE, Sally Falk. Legal pluralism as omnium gatherum. *FIU Law Review*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 9-13, 2014.

⁵ Cf. BENDA-BECKMAN, Franz von. Who’s afraid of legal pluralism?, p. 46-47.

⁶ Cf. TAMANAHA, Brian Z. The folly of the ‘social scientific’ concept of legal pluralism, p. 196.

kelseniano perdeu parte de sua pertinência⁷ diante da atual estrutura social culturalmente heterogênea e plural? Quais os limites culturais da teoria do direito kelseniana para a descrição da regulação jurídica contemporânea? A teoria pura do direito está limitada apenas para *além* de seu contexto empírico mais imediato, o ocidental moderno, ou também *no* âmbito dele próprio? As respostas a essas perguntas pressupõem, por sua vez, que se respondam a questões de outra ordem: Que contexto é esse? O que precisa ser entendido como “modernidade” quando se fala em positivismo jurídico? Em síntese, tudo isso equivale a indagar quais são as raízes culturais da teoria pura do direito, as quais assinalam ao mesmo tempo as condições e os limites dessa teoria sob a perspectiva de sua culturalidade.

Resta apenas precisar o porquê da centralidade conferida às obras de Hans Kelsen e Pierre Clastres nesta proposta de trabalho, explicitando as virtualidades dos problemas nelas implicados para a discussão antropológica do direito. Como afirmado anteriormente, a teoria do direito e o pensamento dos juristas têm sido criticados indistintamente pelos antropólogos, especialmente em virtude do etnocentrismo que transpareceria em ambos. Não há, contudo, *uma* proposta de teoria do direito que tenha a pretensão de exclusividade na descrição do sistema jurídico ocidental, mas muitas delas que concorrem entre si e influenciam parcialmente a dogmática jurídica e a prática decisória, ora prevalecendo uma, ora prevalecendo outra, dependendo da temática em questão. Mesmo no que diz respeito, mais especificamente, ao positivismo jurídico, é possível notar elevada heterogeneidade nessa vertente teórica, manifestada em uma variedade de autores que mobilizam pressupostos

⁷ A noção de “pertinência” aqui mobilizada inspira-se no conceito de “garantias de pertinência” utilizado por Guibentif para realizar uma comparação entre diferentes teorias sociológicas acerca da sociedade moderna. Pode-se dizer que, para o referido autor, atribuir pertinência a uma teoria não significa dar-lhe razão, mas apenas admitir que elas possuem “bases sólidas” na realidade social, na medida em que esta, “irredutível a qualquer discurso singular, seria constituída de tal forma que, abordada sob perspectivas diferentes, exigiria interpretações diferentes e face a esta realidade, diferentes teorias sociológicas reconstruiriam diferentes ‘aspectos’. O termo ‘aspecto’ – em si nada original – reveste aqui um sentido preciso: não se trata de uma parte, de um componente, de um nível da realidade social; trata-se da realidade social na sua totalidade, mas abordada numa determinada perspectiva” (GUIBENTIF, Pierre. Teorias sociológicas comparadas e aplicadas: Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao direito. *Cidades – Comunidades e Territórios*, [s.l.], n. 14, p. 94-95, jun. 2007. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/cct/article/view/9250>. Acesso em 12 jul. 2019). Nada obsta que esse conceito seja abstraído e mobilizado para pensar as relações entre direito e teoria do direito, ou entre esta e o contexto social em meio ao qual a regulação jurídica emerge. Assim, atribuir certa “pertinência social” a uma teoria do direito em particular – como a kelseniana – não necessariamente significa corroborá-la, pois outras pertinências podem ser pensadas à luz de diferentes aspectos de uma sociedade tão multifacetada. Pela mesma razão, analisar a pertinência da teoria pura do direito com relação aos traços mais gerais que Weber atribuiu tipicamente ao contexto moderno, como feito no presente trabalho, não significa afirmar que esse autor a corroboraria sem quaisquer reservas, mas apenas que existem afinidades importantes entre os pensamentos de ambos.

significativamente distintos.⁸ Por essas razões, é necessário selecionar uma teoria positivista específica como o objeto deste estudo.

A ampla difusão da obra de Kelsen, traduzida em mais de vinte idiomas e publicada em países de cinco continentes, é suficiente para justificar sua escolha, pois não deixa dúvida acerca da elevada representatividade que ela tem sobre o positivismo jurídico.⁹ Há, contudo, motivos ainda mais relevantes que justificam essa seleção. Em primeiro lugar, a teoria pura do direito provocou uma reverberação muito significativa no Brasil. Em 1949, Kelsen participou de uma série de conferências no Rio de Janeiro, às quais Rudolf Métall reputou “uma influência permanente no pensamento jurídico do Brasil”.¹⁰ Do ponto de vista quantitativo, tudo indica que a repercussão da obra de Kelsen ainda não cessou de manifestar seus efeitos: segundo levantamento mencionado por Otávio Luiz Rodrigues Jr. e José Antonio Dias Toffoli, apenas entre 1990 e 2017, foram publicados ao menos 50 livros e capítulos de livros e 147 artigos jurídicos no Brasil, dedicados em maior ou menor extensão aos conceitos kelsenianos, sem contar que, entre 1977 e 2013, o Supremo Tribunal Federal brasileiro proferiu ao menos 66 julgamentos colegiados, dos quais 60 entre 2001 e 2013, cujos fundamentos invocam as obras desse autor, mesmo que por vezes de maneira preponderantemente retórica.¹¹ Do ponto de vista qualitativo, é observável o quanto os aspectos significativos da teoria pura do direito, sobretudo de sua perspectiva dinâmica, influenciaram e, em certa medida, permanecem presentes no senso comum dos juristas práticos e até mesmo dos juristas teóricos, ainda que, na maioria das vezes, de maneira inconsciente e assistemática.¹² Seguramente, essas circunstâncias confirmam as conclusões de

⁸ Por exemplo, Hans Kelsen e Herbert Hart, certamente os mais influentes teóricos do positivismo jurídico no século passado, apresentaram – apesar desse aspecto comum – concepções de objetividade significativamente distintas em suas teorias. Nesse sentido: cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 52-62.

⁹ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: RT, 2010. p. 13.

¹⁰ MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen: vida y obra*. Traducción Javier Esquivel. Ciudad de México: UNAM, 1976. p. 90. Tradução livre.

¹¹ RODRIGUES JR., Otávio Luiz; DIAS TOFFOLI, José Antonio. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (Estudo introdutório para a edição brasileira da “Autobiografia de Hans Kelsen”). In: KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018. p. XXI-XXII.

¹² Apenas para mencionar alguns exemplos, Rodrigues Jr. e Dias Toffoli consideram, com razão, que “Mesmo quando não é citado, Kelsen faz-se presente quando o STF usa expressões como tribunal constitucional; pirâmide, hierarquia ou escalonamento de normas e monismo jurídico” e que, “na composição da Corte, os Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau declaravam-se adeptos das teorias de Hans Kelsen, posição que atualmente um dos autores deste Estudo Introdutório, na qualidade de Ministro do STF, tem a honra de conservar na tradição do pensamento kelseniano” (Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias, p. XXI-XXII).

tais autores a respeito da influência da obra de Hans Kelsen no Brasil, apesar de todas as críticas à qual vem sendo submetida: “[c]onfessadamente ou não, as categorias kelsenianas modelam, inspiram e condicionam o modo de se expor e transmitir o conhecimento jurídico às novas gerações [...]”.¹³

Em segundo lugar, a teoria pura do direito já foi alvo de uma série de críticas sob variadas perspectivas, como a sociológica e a filosófica. O pensamento de Kelsen também é frequentemente criticado por antropólogos que o representam como contraposto à análise antropológica do direito e, mais especificamente, ao pluralismo jurídico. Ao lançar as bases para uma “teoria do multijuridismo” que seja capaz de “pensar o pluralismo de maneira plural”, Étienne Le Roy entende que, para tanto, seria necessário deixar de pensá-lo de maneira unitária, segundo o princípio kelseniano de hierarquia das normas, sendo por essa razão que ele prefere falar em “multijuridismo” no lugar de pluralismo jurídico.¹⁴ A mesma exigência é imposta por Griffiths como condição para uma genuína compreensão do pluralismo jurídico, capaz de ultrapassar as abordagens que ele qualifica como “ideologias do centralismo jurídico”.¹⁵ A própria noção de Estado de Direito, afirma Le Roy, repousaria sobre um modo de expressão da regulação jurídica baseado em regras gerais e impessoais, princípio este de origem positivista que, em sua perspectiva intercultural, seria o mais problemático entre os pilares do Estado de Direito. Em seguida, às observações de Michel Troper sobre o Estado de Direito Le Roy ainda acrescenta que “uma teoria ‘pura’ do direito não existe senão na visão idealista de Kelsen”.¹⁶ Embora não cite Kelsen explicitamente, Roberts também rejeita o positivismo jurídico de maneira suficientemente geral para que sua crítica se estenda ao autor da teoria pura do direito.¹⁷ Rodolfo Sacco, por seu turno, em seu livro dedicado à contribuição da antropologia jurídica para a história do direito, contrapõe, de

¹³ RODRIGUES JR., Otávio Luiz; DIAS TOFFOLI, José Antonio. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias, p. XX.

¹⁴ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*. Paris: LGDJ, 1999. p. 272 e 327.

¹⁵ Cf. GRIFFITHS, John. What is legal pluralism?, p. 1-55. Não seria possível recuperar aqui, em maiores detalhes, a imensa repercussão do texto em que Griffiths critica a “ideologia do centralismo jurídico” como obstáculo à apreensão consequente do fenômeno do pluralismo jurídico. Por exemplo: ao analisar a obra de Georges Gurvitch, referenciando expressamente o texto em que Griffiths introduziu essa terminologia como uma espécie de referência incontornável dos debates sobre o pluralismo jurídico nos meios anglófono e francófono, Belley afirma que Gurvitch “se demarcou radicalmente da ideologia do centralismo jurídico veiculada pelos profissionais do pensamento jurídico” (cf. BELLEY, Jean-Gui. *Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique. Droit et Société*, n. 4, p. 367, 1986. Tradução livre).

¹⁶ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 265. Tradução livre.

¹⁷ ROBERTS, Simon. *Order and dispute: an introduction to legal anthropology*. 2. ed. New Orleans: Quid Pro Books, 2013. *E-book*.

um lado, Eugen Ehrlich como um autor mais afeito às análises antropológicas e, de outro lado, Hans Kelsen como “o pensador que formulou com mais rigor as teses do estatismo e formalismo jurídico”.¹⁸

No entanto, por não ter sido alvo de uma análise mais pormenorizada pelos antropólogos, a teoria pura do direito ainda não foi objeto de uma crítica mais consequente da parte destes. Exemplo paradigmático disso reside em *Os confins do direito*, livro de Rouland cujo último capítulo foi intitulado “A tumba de Kelsen”:¹⁹ metáfora que, sem dúvida, pretende aludir a uma irremediável superação da teoria desse autor. É, a propósito, o que expressaram de maneira literal os antropólogos Emmanuelle Piccoli, Geneviève Motard e Christoph Eberhard, ao afirmarem categoricamente que, “[...] o estudo dos pluralismos pressupõe uma reflexão sobre os ‘fenômenos jurídicos’ e o caráter performativo do direito, exigindo a superação da teoria kelseniana, sempre dominante, que reserva ao Estado o monopólio da expressão jurídica” e que a concepção de direito de Kelsen implicaria um direito “desprovido de todo enraizamento cultural”.²⁰ Em outra ocasião, Rouland chegou mesmo a sustentar que a abordagem kelseniana seria radicalmente distinta da antropologia jurídica e, inclusive, que o positivismo jurídico constituiria um grande obstáculo para essa disciplina.²¹

Certamente, a teoria pura do direito tende a identificar etnocentricamente a regulação jurídica com apenas uma de suas formas de expressão: a normativa e estatal, que é preponderante no Ocidente moderno. Com efeito, ao descrever o fundamento de validade do direito em termos exclusivamente normativos, a teoria pura do direito tende a negar validade à juridicidade de outros contextos sociais, fornecendo, assim, uma representação monista do fenômeno jurídico. Em geral, essas intuições de Rouland acerca do positivismo kelseniano são corretas. No entanto, cumpre ressaltar algo que tem passado despercebido pelos críticos e intérpretes da teoria pura do direito, sejam eles antropólogos ou não: a forma com que, em muitas passagens, a obra se vale de uma representação das “sociedades primitivas” como parâmetro de comparação para ressaltar alguns de seus conceitos elementares, com os quais

¹⁸ SACCO, Rodolfo. *Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 90-91.

¹⁹ Cf. ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 403.

²⁰ PICCOLI, Emmanuelle; MOTARD, Geneviève; EBERHARD, Christoph. Présentation: les vies du pluralism, entre l’anthropologie et le droit. *Anthropologie et Sociétés*, v. 40, n. 2, p. 11. Disponível em <https://doi.org/10.7202/1037509ar>. Acesso em: 26 jun. 2022. Tradução livre.

²¹ ROULAND, Norbert. Entrevista com Norbert Rouland. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 22, 2018.

descreve a experiência jurídica ocidental. Obviamente, o etnocentrismo da teoria pura do direito deve muito a essa representação do que, por muito tempo, constituiu o objeto por excelência da antropologia.

Por outro lado, a elevada pertinência cultural dessa teoria com o contexto ocidental moderno evidencia que, mesmo do ponto de vista antropológico, ela não pode ser desprezada por estar supostamente superada, de maneira irremediável, diante da pluralidade cultural. Tal atitude significaria apenas inverter o etnocentrismo da análise, além de reiterar uma espécie de “evolucionismo intelectual” contra o qual as ciências sociais ainda parecem não estar devidamente imunizadas, conquanto critiquem tão intensamente o velho evolucionismo do século XIX. Sendo assim, uma crítica antropológica mais consequente deve ser capaz de redimensionar o alcance da contribuição kelseniana, explicitando seus limites sem que se desconsiderem suas raízes culturais com a modernidade ocidental.

Por fim, ao eleger a segunda edição da *Teoria pura do direito* como a obra que materializa o objeto desta análise, cumpre destacar que a presente incursão não pretendeu extrapolar a denominada “fase clássica” da obra de Kelsen, a qual foi, certamente, a mais influente de toda a trajetória desse autor.²² De acordo com Dias, trata-se do período compreendido entre 1920 e 1961, caracterizado, sobretudo, pela concepção quadripartida de validade jurídica.²³

Por seu turno, a obra de Pierre Clastres pode fornecer uma série de aportes para a discussão do direito, entre os quais é possível citar sua proposta de uma “revolução copernicana” no âmbito da antropologia política, e, como resultado dessa metodologia anti-etnocêntrica, a tese de que algumas sociedades indígenas seriam não só desprovidas de uma regulação política (e jurídica) atrelada ao Estado, mas também constituiriam uma genuína “sociedade contra o Estado”.²⁴

²² Na opinião de Mario Losano, embora a primeira edição (1934) e a segunda edição (1960) da *Teoria pura do direito* sejam livros bastante diferentes, pode-se dizer que “do primeiro nada pode ser retirado, do segundo nada acrescentado”, pois em ambos a teoria kelseniana continua sendo essencialmente a mesma (LOSANO, Mario G. Hans Kelsen: una biografía cultural mínima. Derechos y libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 10, n. 14, p. 123, 2006. Tradução livre).

²³ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 234 e ss. Evidentemente, não se ignora que diferentes critérios de periodização da obra kelseniana possam ser adotados para outros propósitos.

²⁴ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. Para um breve comentário das contribuições gerais que a perspectiva de Clastres pode oferecer para a análise do direito: cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 165, 2015.

A primeira justificativa consiste na afinidade entre a obra de Pierre Clastres e a temática do pluralismo jurídico, tal como desenvolvida por antropólogos como Étienne Le Roy, Christoph Eberhard e Norbert Rouland.²⁵ Como pano de fundo comum a todos eles, há a tematização do etnocentrismo como obstáculo epistemológico, a qual se desdobra, por sua vez, nos seguintes paralelos: (i) a recusa metodológica de definir *a priori* o campo circunscrito à análise antropológica, seja o do direito ou o da política;²⁶ (ii) a crítica de Clastres ao “critério da falta” e a crítica de Le Roy à “lógica da subtração”;²⁷ (iii) a tendência diatópica do procedimento metodológico;²⁸ (iv) o culto ao “Um” pela metafísica ocidental, segundo Clastres, e a monolatria da sociedade ocidental, afirmada por Le Roy e Rouland;²⁹ (v) a associação entre essas cosmogonias e as representações tipicamente ocidentais dos fenômenos jurídico e político;³⁰ (vi) como resultado das premissas metodológicas anteriores, o conceito de poder político proposto por Clastres e a concepção de juridicidade sugerida por Le Roy, ambos em grande medida descentrados das categorias ocidentais.³¹

Em segundo lugar, ainda que a obra clastreana não tenha o direito como principal objeto de suas investigações, o foco conferido pelo autor ao fenômeno político constitui importante via de acesso à desmitificação do etnocentrismo que é comum a ambos os campos. O exemplo mais evidente desse etnocentrismo reside no senso comum do jurista que, em

²⁵ Cf. ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 112, p. 738, 2017; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy, p. 165.

²⁶ Cf. CARDOSO, Sérgio. Copérnico no Orbe da Antropologia Política: o projeto crítico de Pierre Clastres. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 41, p. 134 e 140-141, mar. 1995; CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 34-36; VILLAS BÔAS FILHO, O. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy, p. 161-166; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito de qual sociedade? Os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica, p. 353-354.

²⁷ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy, p. 161-166.

²⁸ A respeito do conceito de diatopia: cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 443-444; VACHON, Robert; COLL, Augustí Nicolau. Etnicidad y derecho: un enfoque diatópico y dialogal del estudio y la enseñanza del pluralismo jurídico. In: ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (coord.). *Etnicidad y derecho*: un diálogo postergado entre los científicos sociales. México: UNAM, 1996, p. 271-278.

²⁹ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 184-189 e 229; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 310-314, jan./dez. 2014.

³⁰ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 34-37; ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*, p. 61 e ss.

³¹ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política; LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois*: une anthropologie “dynamique” du droit.

geral, privilegia uma representação do direito como redutível a normas postas pela decisão estatal. De maneira semelhante, o vínculo entre norma jurídica e ato de vontade é um tema constante na teoria pura do direito. Se, por um lado, a regulação jurídica é tida pelo senso comum como extensível à sua dimensão normativa e estatal, por outro, a principal característica do etnocentrismo denunciado por Clastres consiste em apreender o fenômeno político como exclusivamente associado ao Estado. Ora, ao propor uma “revolução copernicana” capaz de descentrar a antropologia das categorias políticas ocidentais e, assim, abrir sua análise à diversidade cultural de manifestações do fenômeno político, e, como desdobramento disso, ao sustentar que as sociedades indígenas sul-americanas seriam sociedades “contra o Estado”, nas quais a vida política não se organiza mediante relações de comando-obediência³² (ou atos de vontade na terminologia kelseniana), esse autor questiona um dos pressupostos fundamentais da teoria do direito moderna até pelo menos a metade do século XX: o vínculo entre direito e autoridade. Logo, se para Goldman a obra de Clastres pode contribuir para elucidar outros domínios sociais, como a arte, a religião e a economia,³³ nestes pode ser incluído o direito.

O primeiro capítulo do presente estudo (“Notas metodológicas”) realiza uma breve introdução aos pressupostos metodológicos da perspectiva interdisciplinar, focada em aportes da sociologia e da antropologia jurídicas, que foi mobilizada com o propósito de compreender a culturalidade dos principais aspectos da teoria pura do direito.

No segundo capítulo do trabalho (“Teoria pura do direito de Hans Kelsen: linhas gerais de um percurso teórico”), realiza-se uma reconstrução sistematizada da teoria pura do direito de Hans Kelsen, a qual será guiada pela identificação e exposição dos seguintes pontos: quais os problemas fundamentais que esse autor pretende responder com sua teoria, quais premissas ele mobiliza para respondê-las, e quais as principais conclusões obtidas. Nesse sentido, observa-se que um dos principais problemas abordados por Kelsen consiste na questão da objetividade do direito: sob quais condições um ato de vontade obtém um sentido normativo objetivo, para além de sua pretensão subjetiva de regular a conduta alheia?³⁴ Suas principais premissas constituem aquilo que Dias denomina de um “programa metodológico positivista”: a tese da positividade exclusiva do direito, a tese do relativismo de valores, a tese

³² Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 25-45.

³³ GOLDMAN, Marcio. Pierre Clastres ou uma antropologia contra o Estado. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 54, n. 2, p. 582, 2011.

³⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 48-50.

da separação absoluta entre normatividade e facticidade e a tese da pureza como condição de objetividade de uma ciência do direito autônoma.³⁵ Assim, Kelsen concluiu que a única maneira de solucionar aquela indagação teórica, sem renunciar a esses pressupostos, é mediante a construção de uma dinâmica jurídica condicionada pela postulação de uma norma fundamental.³⁶

O terceiro capítulo do trabalho (“A cultura moderna e o direito”) procura contextualizar a teoria pura do direito no âmbito da sociedade moderna. Há, com efeito, uma intensa ligação de sentido entre, de um lado, a modernidade em sua acepção weberiana e, de outro, muitos dos aspectos centrais da teoria pura do direito, tais como o programa metodológico positivista ao qual ela procura se ajustar, a distinção entre estática e dinâmica jurídica e a postulação de uma norma fundamental como condição de cognoscibilidade de uma ordem jurídica. Tais afinidades indicam especificidades da teoria pura do direito que não podem ser subestimadas por uma perspectiva antropológica que procura identificar suas limitações culturais.

No quarto capítulo (“Revolução copernicana: levando as culturas a sério”), foram desenvolvidos os aportes antropológicos por meio dos quais se procurara responder às questões propostas pela dissertação. Em primeiro lugar, foi explicitada a premissa fundamental do trabalho: a acepção do etnocentrismo como obstáculo epistemológico, a qual, além de ser perfilhada por Clastres em sua proposta de uma “revolução copernicana” no âmbito da antropologia política, é compartilhada, de modo bastante análogo, pela antropologia jurídica francófona. Pode-se dizer, assim, que, tanto no campo da política quanto no da juridicidade, a antropologia tem a oferecer um “programa metodológico pluralista” pautado pelo descentramento das categorias e experiências ocidentais. Se, de um lado, a antropologia jurídica francófona oferece descrições de formas de expressão da juridicidade radicalmente distintas daquela teorizada por Kelsen em sua obra, de outro, a antropologia política clastreana fornece aportes para se observar como variações no contexto político da juridicidade podem inflexionar variações muito significativas em seu modo de expressão. Toda essa percepção da alteridade é radicalizada pela concepção de transmodernidade proposta por Le Roy, na medida em que ela carrega, como seu principal potencial heurístico, o entendimento de que mesmo a sociedade ocidental não é homoganeamente moderna. É

³⁵ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 141-159.

³⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 51.

assim que a antropologia reúne condições de observar as limitações culturais de uma teoria do direito, como a de Hans Kelsen, enraizada tipicamente no âmbito da modernidade.

Por fim, o quinto capítulo (“Os limites culturais da teoria pura do direito”) procura, à guisa de conclusão, fornecer respostas às questões aventadas na *Introdução*. Trata-se de identificar os aspectos da teoria pura do direito que, à luz do enfoque antropológico, encontram limitações intransponíveis para outros contextos culturais e, assim, limitam seu alcance como uma teoria geral do direito. Como variadas formas de expressão da juridicidade e da política estão presentes não só em outras culturas, mas também em diversos contextos da própria sociedade ocidental, que não é homogeneamente moderna, é possível inferir que uma teoria centrada em normas que dependem necessariamente de atos de vontade, como a de Kelsen, encontra mais limites culturais para a descrição da regulação jurídica contemporânea do que, a princípio, poder-se-ia supor.

1 NOTAS METODOLÓGICAS

Os problemas demarcados na *Introdução* deste trabalho são enfrentados mediante a mobilização dos enfoques antropológico e sociológico, o que inevitavelmente implica uma perspectiva zetética e, portanto, não dogmática sobre o direito.³⁷ Além disso, trata-se de uma abordagem que pode ser caracterizada como uma observação externa do direito, pois sua premissa metodológica fundamental, oriunda da perspectiva antropológica, e não propriamente jurídica, é a de que o etnocentrismo consiste em um obstáculo epistemológico.³⁸ Disso decorre, por sua vez, uma nova premissa: a necessidade metodológica de uma contextualização sociológica da teoria kelseniana no âmbito da cultura ocidental moderna. Compreendê-la nesses termos é fundamental para que ela seja *levada a sério*, da mesma maneira que a antropologia pretende proceder com relação à alteridade cultural. Do ponto de vista epistemológico, e não propriamente político, submeter a obra de Kelsen à crítica antropológica, sem considerar sua pertinência com o contexto social da modernidade, acarretaria apenas inverter o etnocentrismo que se procura evitar. Trata-se, portanto, de uma exigência do próprio enfoque antropológico.³⁹ Evidentemente, essa contextualização requer uma análise do conceito de “modernidade”, o qual, pelas *três* razões a seguir, será delimitado ao modo pelo qual Max Weber o concebeu.

O *primeiro* motivo consiste na pertinência das obras dos sociólogos “clássicos” porque tais autores expressam concepções já disponíveis no patrimônio conceitual da sociologia à

³⁷ Por *zetética* entende-se, em síntese, o enfoque aberto à problematização dos seus próprios pressupostos e no qual predomina a função informativa da linguagem, diferentemente do enfoque *dogmático*, que tem como postulado a inegabilidade dos seus pontos de partida e como principal função a decidibilidade de conflitos. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 16-28 e 63-66.

³⁸ Nesse sentido, autores como Bourdieu, Chamboredon e Passeron, entendendo o etnocentrismo como uma verdadeira prenoção no sentido durkheimiano, alçaram-no ao *status* de um obstáculo epistemológico que deveria ser objeto de incessante vigilância pelos cientistas sociais. Assim, na medida do possível, o observador deve ter ciência dos condicionamentos sociais aos quais está inevitavelmente submetido, para, a partir daí, elaborar e reelaborar, quantas vezes for necessário, o instrumental analítico por ele utilizado, ou então para determinar com maior clareza qual é o alcance e quais são as limitações das suas proposições. Cf. BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *A profissão de sociólogo: preliminares epistemológicas*. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 91-93.

³⁹ Pela maneira profundamente assimétrica em que as relações culturais estão estruturadas nas mais variadas escalas (da local à global), a simples projeção teórica das particularidades de culturas minoritárias sobre a cultura do Ocidente moderno, embora inverta o sentido do etnocentrismo no plano epistemológico, não teria, evidentemente, o menor condão de inverter as relações de poder realmente mantidas entre elas. Apesar da relação que o próprio etnocentrismo evidencia existir entre o plano epistemológico e o plano político, o que se passa em um não necessariamente repercute de maneira automática e meramente reflexiva no outro.

época em que Kelsen começou a esboçar sua teoria. Assim, avaliar a obra de Kelsen à luz de concepções mais tardias de modernidade poderia implicar certo anacronismo que seria incompatível com a necessidade de contextualização de seu pensamento. Como evidência desse horizonte cultural comum entre a teoria do direito de Kelsen e a sociologia jurídica de Weber, nota-se grande afinidade entre as distintas perspectivas de tais autores, apesar de suas inegáveis diferenças.⁴⁰ É o que se verifica na semelhança entre, de um lado, a concepção kelseniana de objetividade teórica como dependente da neutralidade axiológica, do relativismo de valores e do caráter positivo do direito,⁴¹ e, de outro, importantes postulados metodológicos da sociologia weberiana, tais como a pretensão de “imparcialidade axiológica” e a “teoria positivista dos valores”.⁴² Mesmo no que se refere especificamente ao direito, são bastante evidentes as similitudes, que chegam quase a uma sobreposição total, entre, de um lado, os pares conceituais conceitos kelsenianos de validade e eficácia e, de outro, os weberianos de validade formal e validade empírica. Com efeito, ambos designam, respectivamente, a existência do direito em sua normatividade (tanto a validade formal quanto a simples validade) e a existência fática de comportamentos ou em conformidade com o

⁴⁰ Ainda que Kelsen e Weber partilhem a distinção entre ciências causais, que têm por objeto a facticidade, e ciências normativas, que têm por objeto a normatividade jurídica, é evidente que Kelsen pretende exclusivamente realizar o segundo tipo de ciência, ainda que sob uma perspectiva descritiva, enquanto Weber se dedica unicamente ao primeiro tipo. Indo mais além, nota-se que Weber confere maior importância à subjetividade dos agentes em sua sociologia compreensiva do que Kelsen em sua teoria positivista do direito. No que se refere, especificamente, ao direito como objeto de estudo, Bobbio observa como Kelsen reclama prioridade ao conceito de direito desenvolvido pela ciência do direito, além de criticar o conceito weberiano do objeto da sociologia do direito como a conduta humana orientada ao ordenamento jurídico considerado pelo indivíduo como válido. Segundo Kelsen, esse conceito seria insatisfatório porque permitiria, por exemplo, que um ilícito cometido sem consciência da ilicitude pelo infrator, crendo praticar uma conduta lícita conquanto não o seja, fosse tomado pela sociologia como um ato lícito baseado em uma ordem jurídica objetivamente inexistente. Assim, Kelsen argumenta que o objeto da sociologia do direito seria tributário do conceito de direito desenvolvido pela ciência do direito, pois a primeira só poderia descrever adequadamente a conduta humana relacionada ao direito se estiver munida do critério fornecido pela primeira que pretenda identificar o que é tal direito afinal (cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008. p. 228-230; BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. p. 69-70; BOBBIO, Norberto; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 253-258). Além disso, como também observa Bobbio, Kelsen defende que todo direito é necessariamente direito positivo, enquanto Weber entende que a positivação do direito é um processo histórico e contingente, de tal modo que o direito estatuído seria apenas uma das suas formas possíveis de expressão (cf. BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber, p. 72-73).

⁴¹ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*, p. 141-159.

⁴² Segundo Kronman, a “imparcialidade” defendida por Weber recomendaria uma espécie de renúncia à avaliação do comportamento estudado ou ao compartilhamento dos valores que orientaram seu agente, enquanto a “teoria positivista dos valores” afirma que os valores existem como produtos de escolhas, e não de mera cognição (cf. KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Tradução John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 25-34).

direito (eficácia) ou, de maneira mais ampla, orientados pelo direito (validade empírica).⁴³ É em razão dessa afinidade conceitual, como observou Bobbio, que tanto Kelsen quanto Weber dirigem críticas similares a Eugen Ehrlich e Hermann Kantorowicz, segundo as quais tais autores reduziriam a teoria do direito à disciplina sociológica ao confundirem os termos dessa distinção.⁴⁴ Como será analisado mais adiante, esses paralelos não são fortuitos porque as perspectivas de ambos os autores têm como horizonte explícito (no caso de Weber) ou implícito (no caso de Kelsen) uma representação comum da sociedade, que, na sociologia weberiana, consiste na configuração social emergente da modernidade como resultante de um processo de racionalização social que conduziu à separação das esferas axiológicas, ao “politeísmo de valores” e à formalização do direito.

Em *segundo lugar*, também há grande afinidade entre a sociologia weberiana e o objeto desta pesquisa, e o mesmo pode ser dito entre ela e o enfoque antropológico aqui assumido. O conceito do direito apresentado por Weber em *Economia e sociedade* parece implicar que, de maneira geral, esse sociólogo tinha uma sensibilidade para a diversidade de manifestações do fenômeno jurídico, razão pela qual mesmo Griffiths, autor que, como já aludido, lançou uma crítica impiedosa a todo o monismo jurídico, excetuou Max Weber do rol de autores que perfilhariam essa “ideologia do centralismo jurídico”.⁴⁵ No entanto, há uma razão ainda mais precisa que fundamenta essa afinidade entre a sociologia weberiana e a antropologia jurídica. Um dos traços mais marcantes da antropologia jurídica francófona, presente na obra de autores como Le Roy, é a premissa de que as diferentes representações culturais da juridicidade têm por base variadas cosmogonias ou visões de mundo.⁴⁶ Assim, esses autores sublinharam como o direito ocidental moderno pode ser mais bem compreendido se situado no contexto da cosmogonia judaico-cristã. Diversamente de outras cosmogonias, essa visão de mundo, ao pressupor a existência de uma divindade pessoal, transcendente e criadora de todo o mundo, que lhe impõe de fora uma ordem por meio de sua vontade, é bastante favorável a concepções jurídicas que, tal como a de Hans Kelsen, veem o direito como normas que pressupõem atos de vontade. Ora, como é possível depreender a partir das análises de Kronman, os escritos de Weber sobre a religião evidenciam essas

⁴³ Cf. BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber, p. 67-68. Ambos os pares conceituais são quase coincidentes, senão pela maior abrangência da validade empírica em relação à eficácia, na medida em que a primeira, ao contrário da segunda, pode incluir até mesmo as condutas desviantes do direito.

⁴⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber, p. 61.

⁴⁵ Cf. GRIFFITHS, John. What is legal pluralism?, p. 39-40.

⁴⁶ Cf. LE ROY, Étienne. O lugar da juridicidade na mediação. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez. 2012, p. 291-292; ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*, p. 61.

mesmas características como o que distingue as religiões judaico-cristãs das religiões do Extremo Oriente, aspectos esses que, além disso, resultam em uma visão muito particular da dominação e da regulação jurídica ocidentais.⁴⁷

Em terceiro lugar, a compatibilidade da sociologia do direito de Weber com concepções que procuram descentrar a análise do direito de sua forma predominantemente estatal de expressão, tal como a antropológica, também revela que esse tipo de abordagem já estava disponível no patrimônio conceitual da sociedade à época em que Kelsen elaborava sua teoria. Tanto é que, por vezes, Kelsen adotou explicitamente uma postura de distanciamento com relação à perspectiva sociológica do direito. Maior evidência nesse sentido é a obra de Eugen Ehrlich,⁴⁸ contemporânea da obra de Kelsen, apesar de muitas vezes mobilizar um vocabulário etnocêntrico,⁴⁹ ser reputada hoje, com razão, uma das maiores precursoras da perspectiva do pluralismo jurídico,⁵⁰ além de ter constituído o pano de fundo de um debate explícito e bastante veemente entre esses dois autores. Não que o presente trabalho seja uma mera recapitulação do debate entre Kelsen e Ehrlich; pelo contrário: antes significa que se pode – e deve – ir muito além das concepções que balizaram a discussão entre esses dois autores.⁵¹

⁴⁷ “As regras que os seguidores desse Deus [o judaico-cristão] são obrigados a cumprir são vinculantes não porque expressam uma ordem natural eterna e preexistente, mas porque se trata de mandamentos de Deus deliberadamente promulgados por Ele. É o fato de se terem originado de um ato legislativo divino que confere a essas regras a sua força vinculante e, portanto, o seu caráter normativo. Em contrapartida, os princípios imanentes e impessoais que, nas religiões asiáticas, são tidos como inspiradores da conduta humana e determinantes do destino dos indivíduos encontram a sua importância ética no fato de serem tidos como parte de uma ordem natural eternamente válida e não criada” (KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 235).

⁴⁸ Além de defender que o direito não é redutível às regras de decisão estatais, Ehrlich enfatiza que, mesmo no ápice da modernidade, as outras formas de expressão do fenômeno jurídico nunca foram totalmente apagadas da reflexão sobre o direito: “Nunca existiu uma época em que o direito proclamado pelo Estado tivesse sido o único direito nem mesmo para os tribunais e outras instâncias governamentais e, em consequência, nunca desapareceu de todo uma corrente que procurava garantir um espaço para o direito extra-estatal” (EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1987, p. 18-20).

⁴⁹ Apesar de a análise de Ehrlich sobre as organizações sociais frequentemente recorrer a comparações entre o que ele designa como estágios mais ou menos “primitivos”, “evoluídos” ou “civilizados” de organização social, é notável como isso não o impediu de observar a regulação jurídica para além do Estado, da mesma forma que não o levou a pressupor o direito positivo estatal como forma de regulação moral ou funcionalmente superior às demais (cf. EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*, p. 27-29).

⁵⁰ Cf. ROULAND, Norbert. *Legal anthropology*, p. 48.

⁵¹ Embora a obra de Ehrlich tenha sido pioneira na abordagem de inúmeros temas extremamente caros à antropologia, ela frequentemente descrevia a alteridade cultural com termos que não fogem ao senso comum de época, tanto na sociedade em geral quanto no meio científico, motivo pelo qual encontra uma série de limites impostos pelo etnocentrismo. E, por mais que os muitos etnocentrismos da obra de Ehrlich sejam matizados, uma simples recapitulação de sua obra e de seu debate com Kelsen seria igualmente satisfatória

Portanto, analisar a teoria da Kelsen sob o enfoque antropológico, ou pela perspectiva da sociologia de Weber, não significa, de modo algum, imposição de uma perspectiva anacrônica ou arbitrária sobre sua obra. Contudo, mesmo que fosse esse o caso, como teorias não se exaurem em si mesmas, ganhando repercussão sobretudo com o uso que se faz delas, uma crítica contemporânea a suas condições de pertinência ou de impertinência, como propõe este trabalho, não seria menos proveitosa para avaliar os limites da sua utilização contemporânea, seja para fins teóricos ou para fins práticos.

Por fim, é importante salientar o que esse exercício de contextualização significa: trata-se de fornecer uma observação hermenêutica (e não uma explicação causal, seja ela histórica ou sociológica) da teoria pura do direito, apreendendo-a como expressão de um sentido jurídico que pode ser conceituado tipicamente como moderno.⁵² Mesmo quando se referenciar brevemente alguns elementos históricos que teriam exercido alguma influência causal sobre a teoria pura do direito, como o contexto histórico-político do Império Austro-Húngaro entre o final do século XIX e o início do século XX,⁵³ cuida-se antes de *compreender* o sentido dessa obra do que lhe fornecer uma explicação causal rigorosa. Em outras palavras, o objetivo é o de fundamentar, em primeiro lugar, uma *relação de sentido* interna, isto é, entre os diferentes aspectos do texto, e, em segundo lugar, uma relação de sentido *externa*, entre texto e contexto, e não tanto uma relação causal – ainda que plausível – entre eles. A hipótese aqui aventada – a da pertinência entre esses dois fenômenos – pauta-se pela homologia entre suas premissas normativas e epistemológicas, as quais podem ser denominadas de “teoria positivista de valores”, tal como Kronman a reconheceu no pensamento de Weber.⁵⁴

para os propósitos do presente trabalho, na medida em que ele muitas vezes subestima a importância histórica e cultural do direito positivo de sua época.

⁵² A respeito da distinção entre explicação hermenêutica e explicação causal: cf. KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 54-55. Ao se referir ao modo pelo qual Weber aborda, paralelamente à relação causal entre capitalismo e racionalidade jurídica formal, a relação de sentido entre ambos os fenômenos, Kronman afirma: “A demonstração desse tipo de relação dotada de sentido pode ser esclarecedora até mesmo quando a ligação causal entre as instituições em questão permanece obscura ou indeterminada” (Ibidem, p. 183). É precisamente o que se supõe, no trabalho aqui proposto, quando se procura construir uma ligação de sentido entre modernidade e teoria pura do direito.

⁵³ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 203-205 e 217; KELLY, John Maurice. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 507- 508.

⁵⁴ Segundo Kronman, para estabelecer uma relação de sentido entre duas espécies de fenômenos, “é preciso demonstrar que elas estão fundamentadas em premissas normativas e epistemológicas semelhantes”, o que é possível mesmo quando a relação causal entre elas for “obscura ou indeterminada” (KRONMAN, Antony. *Max Weber*, p. 183). Assim, mesmo que em seus “Conceitos sociológicos fundamentais” Weber apresente a compreensão como um procedimento potencialmente complementar à explicação causal, na medida em que for capaz de proporcionar uma melhor elucidação desta última, continua sendo logicamente possível

No mais, é preciso ressaltar que a abordagem proposta neste projeto assume um caráter eminentemente interdisciplinar, uma vez que mobiliza, simultaneamente, os enfoques antropológico e sociológico para a análise de uma conhecida teoria do direito. Não se trata, contudo, de combinar arbitrariamente essas diferentes perspectivas, e sim, como justificado anteriormente, de uma exigência que se impõe tanto pela particularidade do enfoque adotado (o antropológico) quanto pela especificidade do objeto a ser estudado (uma teoria do direito). No mesmo sentido em que Luhmann viu no fechamento operacional dos sistemas autopoieticos não um obstáculo, mas a condição da sua mútua abertura cognitiva,⁵⁵ é possível fazer dialogar as diferentes perspectivas aqui mobilizadas, sem comprometer a originalidade que é própria a cada uma delas. A alusão ao autor da teoria dos sistemas, embora passageira, não poderia ser mais pertinente: suas frequentes advertências contra a ontologização da sociedade servem, inclusive, para não se pressupor a antropologia como uma propriedade essencialmente partilhada apenas por determinados atores, como os antropólogos, ou em determinadas organizações, como os cursos de antropologia; o mesmo vale, sem dúvidas, para a teoria do direito com relação aos juristas e aos cursos de direito.

mobilizar a primeira independentemente da segunda (cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. 1, p. 4-13). Ora, o estabelecimento de uma relação de sentido, apesar de uma relação de causalidade esmaecida, foi o que Weber fez, por exemplo, ao analisar as relações entre direito e capitalismo, bem como entre este último e o ascetismo intramundano do protestantismo, tanto é que esse sociólogo preferiu tematizar a segunda relação em termos de uma “afinidade eletiva”, em vez de uma causalidade segundo o esquema “se A, então B” (cf. WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004). A propósito, Kronman sustenta que é a própria teoria positivista de valores perfilhada por Weber em sua sociologia que fornece esse pano de fundo epistemológico comum, capaz de fundamentar uma relação de sentido entre fenômenos tão diversos quanto o direito e o capitalismo modernos – mas não só, como também entre ambos e a autoridade racional-legal (cf. KRONMAN, Antony. *Max Weber*, p. 70-81 e 183).

⁵⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da UFRGS; Goethe-Institut, 1997. p. 63.

2 TEORIA PURA DO DIREITO: LINHAS GERAIS DE UM PERCURSO TEÓRICO

2.1 A sociedade da teoria pura do direito

Toda teoria *da* sociedade é uma teoria *na* sociedade. Outrossim, toda teoria *do* direito é uma teoria *na* sociedade.⁵⁶ Logo, é inevitável que cada teoria sobre o direito represente ou pressuponha certa visão acerca da sociedade. Disso resulta que teorias do direito mantêm certa pertinência, que pode ser maior ou menor e, nesse aspecto, questionável, com a sociedade assumida como ponto de referência.⁵⁷ Antes mesmo de ser uma teoria da sociedade, a teoria pura do direito de Hans Kelsen é, também, uma teoria da sociedade e, simultaneamente, uma teoria na sociedade. Que representação de sociedade é pressuposta pela teoria pura do direito? Que sociedade é essa na qual a teoria pura do direito está inserida? Não se pode analisar a pertinência social da teoria pura do direito sem que se indiquem respostas específicas para ambas as questões.

Em 1941, Kelsen publicou o artigo “The law as a specific social technique”, no qual se dedicou a reflexões sociológicas sobre o direito.⁵⁸ As questões ali abordadas referem-se, principalmente, àquilo que ele reputa como a função social e a evolução histórica do direito. Muito embora a reflexão sociológica seja, para Kelsen, uma atividade completamente estranha à atividade desempenhada pela ciência do direito, esse artigo revela nitidamente uma concepção de sociedade defendida explicitamente pelo criador da teoria pura do direito. Entretanto, não se trata aqui de uma simples coincidência, pois o conceito de sociedade explicitado naquele artigo corresponde, precisamente, à representação de sociedade que se

⁵⁶ Luhmann entende que toda observação da sociedade é uma observação *na* sociedade, para aludir à necessidade de um conceito de sociedade que seja autológico, para superação da separação entre sujeito e objeto enquanto obstáculo epistemológico às ciências sociais. Cf. LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da UFRGS; Goethe-Institut, 1997. p. 77.

⁵⁷ Nesse sentido, vale conferir o argumento de Guibentif no âmbito da sociologia: cf. GUIBENTIF, Pierre. Teorias sociológicas comparadas e aplicadas: Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao direito, p. 89-104.

⁵⁸ KELSEN, Hans. The law as a specific social technique. *The University of Chicago Law Review*, v. 9, n. 1, p. 75-97, dec. 1941.

encontra pressuposta a todo momento, ainda que de maneira implícita, na teoria pura do direito.⁵⁹

Na concepção de Kelsen, a sociedade consiste na convivência ordenada ou na ordenação da convivência entre os indivíduos. Essa ordem, por sua vez, refere-se às instituições que regulam as relações entre eles e que, na opinião do autor, fazem com que a vivência conjunta dos indivíduos deixe de ser um fenômeno meramente biológico, como seria se considerada em si mesma, para se tornar um fenômeno propriamente social. Por esse motivo, toda ordem social teria como função a promoção de determinados comportamentos mútuos entre os indivíduos, apresentando-se para eles como um complexo de normas que determinam como devem se comportar.⁶⁰

Diferentes tipos ideais de ordens sociais podem ser distinguidos a partir do modo pelo qual essa função é exercida, ou seja, pelo critério da motivação específica mobilizada por cada qual para induzir a prática de determinados comportamentos nos indivíduos. Como a ordem social aparece para os indivíduos como um complexo de regras ou normas que estabelecem como eles devem se comportar, pode-se dizer que, em geral, cada forma de motivação corresponde a uma estrutura lógica específica da norma que regula o comportamento individual.⁶¹

Assim, a primeira distinção consiste na maneira direta ou indireta de motivação mobilizada pela ordem social como meio para induzir os comportamentos esperados. Essa motivação é indireta sempre que a ordem atribui uma sanção ao comportamento prescrito, seja ela uma promessa de vantagem (sanção premial) pela observância da conduta devida ou a ameaça de uma desvantagem (sanção punitiva) à sua inobservância.⁶² Denominam-se ordens coercitivas aquelas cujas normas estipulam sanções punitivas, isto é, a imposição de uma privação sobre algum atributo valioso do indivíduo, como sua vida, sua saúde, ou seus bens,

⁵⁹ Embora o artigo em questão pretenda a realização de uma abordagem do direito sob a perspectiva sociológica, que, na visão do próprio Kelsen, não se confunde com a perspectiva da ciência do direito assumida pela sua teoria pura do direito, nele o autor reafirma expressamente o seu compromisso com vários aspectos centrais dessa teoria. É o caso de seus principais postulados metodológicos, como a distinção entre “ser” e “dever-ser”, a relativização de valores e a positividade do direito, bem como a tese da distinção entre uma perspectiva estática e uma perspectiva dinâmica do direito. Por outro lado, o artigo desenvolve argumentos pretensamente históricos e antropológicos sobre o pensamento das sociedades “primitivas” que são reproduzidos em determinadas passagens da segunda edição da *Teoria pura do direito*. Todos os esses aspectos da teoria pura do direito serão pormenorizados adiante no presente trabalho.

⁶⁰ KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 75.

⁶¹ KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 75.

⁶² KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 75.

independentemente de sua vontade e mesmo que contra ela. Por outro lado, a motivação é direta se a ideia de uma norma em si mesma for suficiente, sem a necessidade de qualquer sanção, como motivo para que se pratiquem condutas em conformidade com ela.⁶³

Nesse contexto, Kelsen classifica o direito como uma ordem social coercitiva por excelência, sob o argumento de que, historicamente, sociedades radicalmente diferentes, no tempo e no espaço, apresentariam coercitividade como um elemento comum a suas respectivas técnicas de regulação social, o qual permitiria qualificá-las como jurídicas:

If the social orders, so extraordinarily different in their tenors, which have been in force at different times and among the most different peoples are all called legal orders, it might be supposed that one was using an expression almost devoid of meaning. What could the so-called law of ancient Babylonians have in common with the law – likewise so-called – that prevails today in the United States? [...] Yet there is a common element which fully justifies this terminology, that enables the word ‘law’ to appear as the expression of a concept with a socially highly significant meaning. For the word refers to that specific social technique of a coercive order, which, despite the vast differences between the law of ancient Babylon and that of the United States today, between the law of the Ashantis in West Africa and that of the Swiss in Europe, is yet essentially the same for all these peoples differing so in time, in place, and in culture: the social technique which consists in bringing about the desired social conduct of men through threat of a measure of coercion which is to be applied in case of contrary conduct. While recognizing law as the specific social technique of the coercive order, we can contrast it sharply with other social orders which pursue in part the same purposes as the law, but by quite different means.⁶⁴

Por outro lado, Kelsen entende que o direito atualmente existente nos países ocidentais diferenciar-se-ia de outros tipos de ordens coercitivas pela sua organização, isto é, por permitir a prática da coerção apenas sob determinadas circunstâncias e atribuí-la somente a certos indivíduos, que funcionam como seus órgãos. Nesse sentido, o monopólio do uso da força pelos indivíduos designados como órgãos da ordem jurídica moderna seria, na visão de Kelsen, o principal aspecto que a distinguiria de outras ordens coercitivas, por exemplo, o direito primitivo, que apresentaria uma tolerância generalizada com a prática da autotutela.⁶⁵

A evolução dessa “técnica social específica” que conhecemos como “direito” seria marcada por mudanças significativas, tanto em sua perspectiva estática como em sua ótica

⁶³ KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 75-76.

⁶⁴ KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 79-80.

⁶⁵ KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 81-82.

dinâmica.⁶⁶ Quanto ao primeiro aspecto, a evolução seria marcada por uma progressiva diferenciação de três características das normas jurídicas: entre tipos de sanções, inicialmente preponderantemente penais, e, em estágios mais avançados, distintas entre civis e penais; entre o sujeito da responsabilidade, que inicialmente é coletiva, recaindo sobre todo o grupo social, e posteriormente individualizada na figura do indivíduo infrator; e entre os pressupostos da responsabilidade, que deixa de ser exclusivamente objetiva para se tornar preponderantemente subjetiva.⁶⁷ Quanto ao segundo aspecto, a ordem jurídica, primitivamente descentralizada na medida em que todas as funções de criação das normas consuetudinárias eram realizadas pela totalidade dos sujeitos que compunham a sociedade, progressivamente centralizou as funções de criação, aplicação e execução das normas jurídicas em órgãos especializados no exercício de cada uma dessas atribuições, como os tribunais judiciais, os parlamentos legislativos e as administrações públicas executivas.⁶⁸

Apesar de conceber a distinção tipológica entre ordens sociais coercitivas e ordens sociais não coercitivas, Kelsen parece convencido de que apenas o primeiro tipo apresentaria relevância empírica. Nesse sentido, ele contrapõe duas espécies de argumentos à ideia de uma “comunidade sem força”, como a que é idealizada por determinadas teorias do direito natural, mas também pelo socialismo marxista e pelo pensamento anarquista. O primeiro é um argumento pretensamente histórico: para Kelsen, “a história não apresenta nenhuma condição social na qual comunidades grandes não tenham sido constituídas por ordens coercitivas”.⁶⁹ Em outras palavras, ele julga possível concluir que a “História” (com inicial maiúscula) confirmaria a máxima “ubi societas, ibi jus”.⁷⁰ O segundo argumento, derivado do primeiro, revela uma pretensão antropológica: a ideia de uma sociedade não constituída pelo uso da força seria, para Kelsen, uma utopia que “ignora o impulso inato para a agressão nos homens”, o qual ele insinua, embora sem o dizer expressamente, corresponder ao conhecimento histórico-científico que se tem acerca da natureza humana.⁷¹

Portanto, na visão de Kelsen e de sua teoria pura do direito, a sociedade equivaleria a uma forma de ordenação normativa da conduta dos indivíduos, por meio de instituição de

⁶⁶ Essa distinção, que consiste em um dos principais aspectos da teoria pura do direito, será descrita de maneira mais pormenorizada nos tópicos seguintes do presente trabalho.

⁶⁷ KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 88-93.

⁶⁸ KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 93-97.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 82. Tradução livre.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 82.

⁷¹ KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 84. Tradução livre.

regras que determinam como eles devem se comportar e que, para se tornarem eficazes, podem se valer da motivação direta pela sua observância, como o apelo ao valor atribuído à conduta prescrita em si mesma, ou então recorrer, de maneira indireta, à estipulação de sanções que podem ser punitivas ou premiaias, conforme devam ser aplicadas, respectivamente, às condutas indesejadas ou às condutas desejadas. O direito, por sua vez, consiste em uma técnica social específica, na medida em que proporciona, por intermédio da motivação indireta e coercitiva, a regulação que a sociedade procura imprimir ao comportamento humano.

2.2 O problema da objetividade do direito

Toda teoria pressupõe questões orientadas por determinados objetivos, ainda que não sejam confessados. Estes, por sua vez, quase sempre incluem a refutação de pensamentos que, por não compartilharem dos mesmos ideais, são considerados rivais ou adversários. Frequentemente, o desejo mais ou menos consciente de superar o adversário é tão intenso que, como em um processo judicial ou em um debate eleitoral, a retórica facilmente desfigura o pensamento alheio ou instrumentaliza, quando não transgride, os padrões de objetividade aceitos pelo seu próprio expoente. Em cada uma dessas arenas, quando o que está em jogo é a ocupação de uma posição dentro de determinado espaço social, é o poder quem procura ditar as regras. Entretanto, sempre encontra a resistência de um pensamento transgressor, que pode atuar como uma força centrífuga mais ou menos efetiva.

Não cabe aqui avaliar se a combatividade da teoria pura do direito de Hans Kelsen contra os seus, por assim dizer, “adversários” teóricos, pode ou não ser considerada coerente com os seus próprios pontos de partida. Todavia, a história da teoria pura do direito não é muito diferente dessa tendência, pelo menos no que concerne à sua pretensão de ocupar um espaço dentro de um campo pretensamente científico.

Nascido em 1881 na cidade de Praga e formado em Viena, capital do Império Austro-Húngaro, Kelsen foi, com toda a sua inventividade intelectual, um “produto típico de sua época”, como bem ressaltou Ulises Schmill, isto é, do contexto intelectual vienense do início do século XX, em sua “preocupação central” de “libertar a ciência jurídica de elementos estranhos, ideológicos ou ético-políticos e sociológicos”.⁷² Naquele período, emergiu toda

⁷² SCHMILL, Ulises. Prólogo. In: MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen: vida y obra*. Traducción Javier Esquivel. México: UNAM, 1976, p. 4. Tradução livre.

uma geração de filósofos, artistas e cientistas,⁷³ das mais variadas áreas, cujas ideias tinham um caráter transgressor da tradição cultural predominante no meio vienense. Trata-se, segundo Schmill, de uma “moralidade burguesa e tradicional”, marcada pela “mentalidade tradicional, ornamentista e esteticista”, cujo traço distintivo seria certa hipocrisia, tal qual a tendência de agir e de se expressar de modo diferente da forma pela qual se pensa, também observada e descrita de maneira irônica por Robert Musil (*O homem sem qualidades*).⁷⁴ Por essa razão, a atitude típica desse pensamento transgressor, em suas variadas maneiras de oposição à tradição vienense, seria “estabelecer a unidade entre o pensamento e a ação, entre a linguagem e aquilo que se queria expressar, entre a moralidade e as formas de vida existentes”.⁷⁵

No âmbito do conhecimento jurídico, vários foram os adversários eleitos pelo pensamento kelseniano como os contrapontos dos quais sua teoria do direito necessariamente deveria se distanciar: notadamente, o jusnaturalismo, o sociologismo, os pseudopositivismos e até mesmo diversas concepções dogmáticas correntes nas doutrinas civilistas, constitucionalistas e internacionalistas. Em cada uma dessas áreas do saber jurídico, algo que incomodava Kelsen era, exatamente, uma linguagem que, para ele, soava muito imprecisa, pouco objetiva e, por isso mesmo, enveredada em uma série de contradições internas, que apenas dissimulavam seus compromissos (geralmente inconscientes) com determinadas ideologias.⁷⁶

No prefácio à primeira edição da *Teoria pura do direito* (1934), Kelsen fez questão de expor os objetivos a serem perseguidos: criar uma teoria que se aproxime tanto quanto

⁷³ Nesse contexto, Schmill cita nominalmente “a escola psicanalítica, com Freud e seus discípulos; a música dodecafônica de Schönberg, Alban Berg e Anton Webern; o positivismo lógico (Moritz Schlick, Otto Neurath, Rudolf Carnap e, de algum modo, também, Karl R. Popper); a teoria pura do direito (Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Franz Weyr, Fritz Sander); a termodinâmica estadística de Boltzmann; na literatura, Schnitzler, Rilke e Hoffmannsthal; a pintura de Jugendstil (Klimt, Schiele, Kokoschka), e o movimento de secessão, assim como os precursores da escola de arquitetura de Bauhaus com Adolf Loos e Otto Wagner, independentemente de figuras tão ilustres como, predominantemente, Karl Kraus, Fritz Mauthner, Otto Weininger, Robert Musil, Hermann Broch, Ernst Mach, a escola austriaca de economistas e Ludwig Wüitgenstein” (SCHMILL, Ulises. Prólogo, p. 2. Tradução livre).

⁷⁴ Cf. SCHMILL, Ulises. Prólogo, p. 2-3. Tradução livre.

⁷⁵ Cf. SCHMILL, Ulises. Prólogo, p. 3. Tradução livre.

⁷⁶ Embora Kelsen não tenha formulado expressamente suas críticas a tais perspectivas nesses exatos termos, é o que se pode depreender do modo pelo qual ele procura refutá-las, sempre mediante a crítica a uma incoerência linguística que, por sua vez, revela uma contradição interna que muitas vezes dissimula, por fim, alguma espécie de ideologia inconfessa. Nesse sentido, por exemplo, as distinções por ele combatidas entre Estado e direito, direito objetivo e direito subjetivo, direito público e direito privado, criação e aplicação do direito, direito interno e direito internacional como duas ordens jurídicas distintas etc.

possível dos ideais científicos de “objetividade e exatidão”.⁷⁷ Se Kelsen não via sua teoria como algo completamente novo em relação ao positivismo jurídico do século XIX, ainda julgava fundamental desenvolver uma teoria do direito “purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural”.⁷⁸ Com esses contraexemplos, Kelsen indica, negativamente, o método para se alcançar a objetividade pretendida pela sua teoria: de um lado, combater as teorias que confundiam o direito com o “dever-ser” moral; de outro, as que o confundiam com o “ser” natural ou social. Como expoentes de uma ou de outra vertente, frequentemente se apontam os jusnaturalismos e os juspositivismos do século XIX como os adversários “por excelência” da teoria pura do direito. Os primeiros, pela primazia conferida às regras morais; os últimos, pela subordinação do direito a alguma espécie de fato social.

Gabriel Nogueira Dias, por exemplo, destaca a teoria do direito natural e o positivismo do século XIX como os grandes contrapontos dos quais Kelsen pretendia se distanciar com o programa metodológico da teoria pura do direito.⁷⁹ Não há dúvidas de que Kelsen investiu muito tempo de sua longa trajetória no combate explícito a essas duas vertentes teóricas,⁸⁰ nem que o pensamento kelseniano tenha se apresentado como adversário delas.⁸¹ Por sinal, no início do século XX, desenvolvia-se outra contraposição tanto ao direito natural quanto ao positivismo jurídico em geral, incluindo o de Kelsen. Nessa época, representantes da sociologia jurídica, como Eugen Ehrlich, já debatiam o paradigma da dogmática jurídica, cujas bases filosóficas começavam a ser reordenadas pela teoria pura do direito.⁸²

⁷⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. XI-XII.

⁷⁸ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. XI.

⁷⁹ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 30-116.

⁸⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. XI-XVIII; DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 134.

⁸¹ No prefácio à segunda edição da *Teoria pura do direito* (1960), o próprio Kelsen descreve como o jusnaturalismo voltou a se opor à sua teoria no período pós-guerra: “Antepus a esta segunda edição o prefácio da primeira. Com efeito, ele mostra a situação científica e política em que a Teoria Pura do Direito, no período da Primeira Guerra Mundial e dos abalos sociais por ela provocados, apareceu, e o eco que ela então encontrou na literatura. Sob este aspecto, as coisas não se modificaram muito depois da Segunda Guerra Mundial e das convulsões políticas que dela resultaram. Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. É especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. XVIII).

⁸² Não surpreende, portanto, que em determinadas passagens da *Teoria pura do direito* as explicações metodológicas de Kelsen rapidamente deem lugar à defesa da autonomia da dogmática jurídica com relação à sociologia jurídica: “A possibilidade e a necessidade de uma tal disciplina, endereçada ao Direito como teor de sentido normativo, são demonstradas pelo fato secular da ciência do Direito que, como jurisprudência dogmática, e enquanto houver Direito, servirá as necessidades intelectuais dos que deste se

Em linhas muito gerais, o jusnaturalismo consiste em uma perspectiva dualista, que supõe a assimetria entre dois planos: de um lado, o direito positivo e, de outro, o direito natural, consistente em valores superiores ao primeiro e cognoscíveis por meio da intuição, percepção ou razão.⁸³ O positivismo jurídico, por seu turno, é uma perspectiva essencialmente monista, pois compreende o direito como normas positivadas, isto é, estabelecidas por atos decisórios humanos, além de pretender excluir a moralidade de seu conceito.

Quais normas fazem parte do direito e quais normas não o fazem? Quais normas são juridicamente vinculantes e quais não o são? Como identificar normas jurídicas válidas? Qual o fundamento de validade de uma ordem jurídica?⁸⁴ Em linhas gerais, são essas as questões que Kelsen julgava mal resolvidas pela teoria do direito natural e pelo positivismo jurídico de seu tempo. Considerando-se um positivista, Kelsen rejeitará tanto as teorias pretensamente positivistas que introduziam o método causal na ciência do direito quanto as que o avaliavam com base em algum valor supramundano. Desenvolver uma teoria geral do direito rigorosamente orientada pelo positivismo constituirá, então, o grande propósito que animará sua longa trajetória intelectual.

Como observa Dias, as críticas de Kelsen ao jusnaturalismo expressam, por dedução *a contrario sensu*, um projeto juspositivista constante em sua trajetória intelectual.⁸⁵ Assim, a concepção de objetividade como neutralidade axiológica, defendida por Kelsen, requer uma compreensão de seu diagnóstico das teorias do direito natural. Para o autor, não há uma moral absoluta, como presumem as teorias do direito natural, mas uma pluralidade de sistemas

ocupam. Não há qualquer razão para deixar insatisfeitas estas necessidades inteiramente legítimas e para renunciar a tal ciência do Direito. Substituí-la pela sociologia do Direito é impossível, pois esta ocupa-se de um problema inteiramente diferente daquele. Assim como, enquanto houver religião, terá de haver uma teologia dogmática que não pode ser substituída por qualquer psicologia ou sociologia da religião, também haverá sempre – enquanto houver um Direito – uma teoria jurídica normativa. A sua posição no sistema global das ciências é uma outra questão, uma questão subalterna. O que importa não é fazer desaparecer esta ciência juntamente com a categoria do dever-ser ou da norma, mas limitá-la ao seu objeto e clarificar criticamente o método” (cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 117).

⁸³ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*, p. 34-39.

⁸⁴ O termo “validade” apresenta diferentes significados durante a fase clássica do pensamento de Kelsen, todos eles desdobrados do caráter deontológico do direito em oposição aos fatos do mundo da natureza. Nesse sentido, Gabriel Nogueira Dias identifica quatro diferentes concepções concomitantes da validade de uma norma: a) validade como existência normativa; b) validade como norma jurídica não contraditória, ou seja, dotada de sentido; c) validade como obrigatoriedade fundamentada (na norma fundamental); d) validade como pertinência híbrida (ao ordenamento, pela norma em questão ter sido produzida mediante ato de vontade conforme a norma positiva imediatamente superior e, em última análise, a norma fundamental pressuposta). Nesse sentido: cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*, p. 260 e ss.

⁸⁵ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*, p. 131-132.

morais antagônicos e concorrentes entre si.⁸⁶ A pressuposição de uma moral absoluta consistiria em uma escolha arbitrária, na medida em que pressuporia a adesão a um sistema moral em particular, sem que houvesse um critério objetivo capaz de indicar um deles e ao mesmo tempo excluir os demais. Assim, Kelsen considera que todo juízo valorativo do direito está fadado a ser *relativo* a um sistema moral em particular. Por essas razões, ele conclui que, para se tornar objetiva, a ciência do direito deve renunciar à pretensão de justificar moralmente seu objeto, visto que todo critério desse tipo seria subjetivo e relativo.⁸⁷

Dessa maneira, a “pureza” teórica defendida por Kelsen consiste em uma espécie de síntese de seus posicionamentos em relação a outras abordagens do direito: trata-se de uma pretensão exclusivamente descritiva de seu objeto, o direito positivo, excluindo tudo o que não lhe pertença para evitar “um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”.⁸⁸ Assim, a teoria pura do direito constrói seu objeto como dever-ser positivado, sem pretender descrevê-lo, julgá-lo, justificá-lo ou defini-lo por meio da eventual avaliação que, tomando determinada regra moral como critério, possa ser feita de como ele, em si mesmo, deveria ser.⁸⁹

2.3 O programa metodológico positivista

Considerando o distanciamento crítico que Hans Kelsen manteve com a teoria do direito natural e com o positivismo jurídico que o precedeu, Gabriel Nogueira Dias indica quatro postulados que, uma vez reunidos, configuram uma espécie de “programa metodológico positivista” para a teoria pura do direito:⁹⁰

- 1) Quanto ao objeto da ciência do direito: “todo direito é positivo e exclusivamente positivo, *secundum non datur*”;
- 2) Quanto a seu enfoque: “a tese do relativismo de valores”;
- 3) Quanto aos modos de conhecimento de direito: “a tese da distinção entre ser e dever”;

⁸⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 72-74; KELSEN, Hans. What is the pure theory of law? *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 34, p. 273, 1960.

⁸⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 72-78.

⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 1-2.

⁸⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 1.

⁹⁰ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 142.

- 4) Como síntese das teses anteriores: “a tese da pureza como garantia da objetividade de uma ciência do direito autônoma”.

A primeira tese sustenta uma relação necessária entre o direito e os atos de vontades humanos que pretendem determinar intencionalmente a conduta de terceiros.⁹¹ Desse modo, o direito apresenta uma “origem empiricamente apreensível” na medida em que toda norma jurídica pressuporia um ato de vontade que a positiva.⁹² E, uma vez que a conduta alheia pode não se conformar com o comando, o direito atribuiria sanções à conduta desviante da norma, revelando, por conseguinte, um caráter necessariamente coercitivo.⁹³

A fim de manter coerência com a terceira tese, Kelsen assevera que o ato de vontade é uma condição necessária da norma jurídica, mas não sua causa⁹⁴ – pressuposto das concepções juspositivistas anteriores à sua obra que ele rejeita.⁹⁵ Segundo Dias, Kelsen exprime esse condicionamento com a seguinte expressão: “não há imperativo sem imperador”.⁹⁶ É com essa premissa que Kelsen fornece uma alternativa à fundamentação moral do direito baseada em doutrinas do direito natural.⁹⁷ Como será explicitado mais adiante, a norma pressuporia um ato de vontade e a relação entre ambos seria de sentido (e não causal), porque, segundo Kelsen, a norma consiste em um sentido objetivo de “dever-ser” atribuído, pela interpretação, a determinado ato de vontade.

Adotando a segunda tese, Kelsen rejeita a possibilidade de se conhecerem cientificamente valores que sejam absolutos; o problema da moralidade de uma conduta coloca-se, portanto, como relativo à perspectiva assumida, que, em meio a tantas outras, é essencialmente subjetiva.⁹⁸ Por conseguinte, sustenta-se a tese da separabilidade entre direito e moral, de modo que a validade do direito positivo seja indiferente a qualquer avaliação moral que se faça a seu respeito. A propósito, como observado por Albert Calsamiglia, não se

⁹¹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 5.

⁹² DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 143.

⁹³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 35-38.

⁹⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 144.

⁹⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 144.

⁹⁶ “Kein Imperativ ohne Imperator”. KELSEN, H. *Allgemeine Theorie der Normen*, unver. Neud. Der Aufl. Von 1979, Wien, 1990, p. 3, 23, 187 *apud* DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 144. A mesma ideia é pressuposta quando Kelsen afirma que “Ninguém pode servir a dois senhores” para ilustrar como direito e moral não podem ser considerados simultaneamente válidos quando um prescreve uma conduta contraditória com a conduta prescrita pelo outro (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 365).

⁹⁷ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 145.

⁹⁸ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 72-78. Nesse sentido, ver: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agnostinetti. 3. ed. Martins Fontes: 2010. p. 50-51.

pode confundir o relativismo moral assumido pela teoria pura do direito com o ceticismo, uma vez que Kelsen não nega a existência de valores, mas apenas afirma a existência de uma pluralidade de valores divergentes e conflitantes entre si, bem como a inexistência de uma fórmula absoluta e universal, válida em qualquer tempo e lugar, segundo a qual se poderiam hierarquizar essas diferentes concepções ou julgar qual delas seria moralmente correta.⁹⁹

A terceira tese consiste na radical distinção entre “ser” e “dever-ser” como modos de conhecimento. Considerando-os como conceitos irreduzíveis, que não poderiam ser descritos, sem alguma redundância, por meio da referência a outros conceitos, Kelsen os considera como categorias do pensamento, isto é, dados imediatos e inquestionáveis de nossa consciência.¹⁰⁰ Para Kelsen, a diferença entre esses conceitos é absoluta, de modo que seria um erro lógico supor qualquer tipo de sobreposição ou de confusão entre eles. Assim, o “ser” expressa como os fatos se manifestam em si mesmos, *independentemente* da vontade humana. O “dever-ser”, por outro lado, significa que determinadas condutas têm de se manifestar, *independentemente* do fato de isso ocorrer ou não na realidade empírica.¹⁰¹ Com base nessa distinção elementar, as normas são definidas como o sentido objetivo de “dever-ser” atribuído a específicos atos de vontade – isto é, a certos comportamentos que tenham a finalidade intencional de obrigar, permitir ou autorizar o comportamento de terceiros.¹⁰² Dessa maneira, a norma funciona como um esquema de interpretação que possibilita classificar os fatos como lícitos ou ilícitos, conforme correspondam ou não àquilo que ela prescreve.¹⁰³

Kelsen considera que, por necessidade lógica, a distinção elementar entre “ser” e “dever-ser” implica, por sua vez, outras tão radicais quanto a primeira – é o caso, por exemplo, das seguintes diferenciações: entre fato e norma, como diferentes objetos de conhecimento; entre causalidade e imputação, como diferentes formas de expressar as relações entre esses objetos; entre ciência causal e ciência normativa, como conhecimentos dirigidos, respectivamente, a fatos e a normas; e entre proposições explicativas e proposições normativas, as quais não admitem nenhuma espécie de implicação ou bi-implicação entre uma e outra.¹⁰⁴

⁹⁹ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*. México: Fontamara, 1993. p. 92-93.

¹⁰⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 6-7 e 399.

¹⁰¹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 6.

¹⁰² Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 5-6.

¹⁰³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 4-5.

¹⁰⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 6, 84-87 e 100-102.

Por fim, a quarta tese consiste em uma concepção de objetividade que requer tanto a neutralidade axiológica quanto a recusa ao sincretismo com a metodologia das ciências causais.¹⁰⁵ Como seu corolário imediato, surge a tese de que a teoria do direito demanda uma pretensão exclusivamente descritiva de seu objeto.¹⁰⁶

À primeira vista, os postulados metodológicos de Kelsen parecem suficientes para definir, por dedução, o objeto da teoria pura do direito como um sistema de normas positivas e coativas.¹⁰⁷ Sem dúvida, esse é o resultado mais intuitivo de delimitar o direito com base nos postulados de sua positividade e de sua normatividade. Pode-se qualificar essa definição de direito como “estática”, porque fornece uma descrição do direito a partir da predicação das normas jurídicas, como seus componentes mais elementares, sem incluir qualquer consideração a respeito do processo de criação ou de alteração desses elementos.¹⁰⁸

Entretanto, Kelsen pretendeu demonstrar que essa definição estática de direito não seria apenas o resultado de uma derivação, por silogismo lógico, de postulados arbitrariamente fixados. Mais do que isso, ele sustenta que seus postulados apresentariam características gerais do direito, apreensíveis em quaisquer sociedades, ainda que seus membros não estivessem conscientes disso. Assim, Kelsen argumenta que diversas sociedades, em diferentes tempos, sempre que utilizam o termo “direito”, fazem-no para se referirem a ordens da conduta humana, ou seja, “sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade”.¹⁰⁹ Indo mais além, ele afirma que todas as ordens sociais designadas com o termo “direito” são coercitivas, isto é, empregam atos coercitivos (ou sanções, em sentido amplo) para reagirem a determinados

¹⁰⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 1-2.; KELSEN, Hans. What is the pure theory of law?, p. 272.

¹⁰⁶ “Only the legal authority can *prescribe*; legal science can only *describe* what the legal authority prescribes” (KELSEN, Hans. What is the pure theory of law?, p. 271).

¹⁰⁷ Por essa razão, Kelsen considera que esse conceito direito constitui o ponto de partida da sua teoria: “The starting point of the Pure Theory of Law – as of any legal theory – is a definition of the concept of the law. The Pure Theory defines the law as an aggregate or system of norms, as a normative order. Now, what is a norm? A norm is a specific meaning, the meaning that something ought to be, or ought to be done, although actually it may not be done. [...] According to a legal norm, men ought to behave under certain conditions in a certain way [...] Using a figure of speech, we say: the norm is created or posited by an act of will; then it is a positive law. The law as a system of norms created by acts of human will is positive law. The Pure Theory of Law is a theory of positive law” (KELSEN, Hans. On the basic norm. *California Law Review*, [s.l.], v. 47, n. 1, p. 107, mar. 1959).

¹⁰⁸ Como observa Shivakumar com sua ênfase sobre a sanção como elemento distintivo da norma jurídica, a estática jurídica de Kelsen reduz o vocabulário tradicional dos juristas a um denominador comum (cf. SHIVAKUMAR, Dhananjai. The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 105, p. 1385-1386, 1996).

¹⁰⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 33.

eventos infligindo um “mal” – se necessário, com o uso da força física – contra a vontade de quem os pratica, consistente em alguma forma de privação, seja da vida, da liberdade, de bens etc.¹¹⁰ E acrescenta que as premiações representam uma função bem menos importante do que as punições em todas as ordens sociais designadas como “direito”, sendo precisamente esse o critério que o distingue das demais ordens sociais. Enfim, por mais diferentes que sejam os “direitos” de sociedades tão afastadas no espaço e no tempo, Kelsen está convencido de que todos apresentariam, como traço comum, a forma de uma ordem coercitiva e seriam, portanto, qualificáveis como “jurídicas”.¹¹¹

Foi com base nessa concepção do direito que Kelsen criticou a linguagem comumente utilizada pela dogmática privatista, reformulando, conseqüentemente, várias de suas categorias tradicionais. Não seria um exagero afirmar que, no capítulo da *Teoria pura do direito* intitulado “Estática jurídica”, muitas dessas categorias são retratadas por ele como se não passassem de prosopopeias supérfluas do privatismo de inspiração liberal. Na melhor das hipóteses, Kelsen diria que muitas dessas categorias – como as de direitos subjetivos, sujeitos de direito e relações jurídicas – refeririam, de maneira confusa, a tudo aquilo que poderia ser descrito, com maior precisão, por meio dos conceitos elementares de sanção, dever jurídico e responsabilidade.¹¹²

Em vez de afirmar, por exemplo, que “determinado indivíduo tem o direito subjetivo de praticar uma determinada conduta”, Kelsen diria que, “de acordo com a ordem jurídica positiva, se alguém impedir determinado indivíduo de praticar determinada conduta, essa pessoa deverá sofrer uma determinada sanção”.¹¹³ A diferença entre as duas frases não se resume à maior comodidade que a primeira teria, quando comparada à segunda, especialmente em um contexto de comunicação oral. Ainda que, em certos contextos, seja possível tomá-las por sinônimas, a primeira frase, ao contrário da segunda, contém resquícios de uma linguagem jusnaturalista, porque sugere que o indivíduo seria uma espécie de

¹¹⁰ Kelsen define a sanção como uma espécie de mal cuja principal característica consistiria em alguma forma de privação – por exemplo: da vida, da liberdade, dos bens etc. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 35-38.

¹¹¹ Cf. KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 79.

¹¹² Por exemplo: “A Teoria Pura do Direito afasta este dualismo [entre direito subjetivo e direito objetivo] ao analisar o conceito de pessoa como a personificação de um complexo de normas jurídicas, ao reduzir o dever e o direito subjetivo (em sentido técnico) à norma jurídica que liga uma sanção a determinada conduta de um indivíduo e ao tornar a execução de sanção dependente de uma ação judicial a tal fim dirigida; quer dizer: reconduzindo o chamado direito em sentido subjetivo ao Direito objetivo” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 213).

¹¹³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 143.

portador de direitos, mesmo quando, em um dado contexto concreto, o sentido efetivamente visado pela frase não implique, necessariamente, uma fundamentação suprapositiva desses direitos.¹¹⁴ De fato, é corriqueiro juristas asseverarem que as pessoas têm direitos, sem que com isso queiram dizer que estes lhes seriam imanentes, mas antes que a ordem jurídica obriga algumas pessoas a tolerarem determinados comportamentos de outras pessoas, as quais são consideradas, por isso mesmo, figurativamente “detentoras” de direitos correlatos. Por mais que as diferenças entre essas duas formas de enunciação pareçam sutis, ou mesmo que a opção por uma ou outra afigure-se destituída de utilidade prática, o conjunto da obra de Kelsen revela que ele sempre procurou disciplinar sua linguagem para que ela correspondesse, com maior precisão possível, às ideias defendidas pela sua teoria.

2.4 Da estática jurídica à dinâmica jurídica¹¹⁵

A concepção do direito como normas sociais, positivas e coativas foi capaz de precisar algumas das implicações do irrenunciável postulado da relativização de valores, adotado por Kelsen como um dos principais pilares de sua teoria. Com o passar dos anos, porém, Kelsen percebeu que essa singela definição seria insuficiente para satisfazer as exigências do relativismo de valores e, por conseguinte, do ideal de pureza que pretendia ser o traço distintivo de sua teoria positivista. Foi justamente para suprir essa carência que a *Teoria pura do direito* propôs o desenvolvimento de uma teoria da dinâmica jurídica para complementar a concepção de direito defendida em suas primeiras obras.

De acordo com Kelsen, seria possível cogitar uma espécie de um princípio ou modelo estático,¹¹⁶ que pensa o direito como sistema de normas relacionadas entre si, na medida em que as mais específicas teriam seu conteúdo derivado, por dedução, de normas mais gerais. Em uma primeira análise, esse modelo não seria incompatível com uma definição do direito

¹¹⁴ “A concepção tradicional de que o direito é um objeto do conhecimento jurídico diferente do dever, de que àquele caberia mesmo a prioridade em relação a este, é sem dúvida devida à doutrina do Direito Natural. Esta parte da suposição de direitos naturais, de direitos inatos ao homem, que existem antes de toda e qualquer ordem jurídica positiva” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 144-145).

¹¹⁵ Alguns parágrafos e trechos do presente subtópico n. 2.4 foram originalmente desenvolvidos em artigo integrante do 112.º volume da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* (Cf. ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito).

¹¹⁶ A tradução portuguesa da *Teoria pura do direito* menciona “princípio estático” e “princípio dinâmico, enquanto Gabriel Nogueira Dias, aludindo ao mesmo, refere-se a um “modelo estático” e “modelo dinâmico” (cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 237 e 241; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 217). Portanto, ambos os pares serão tomados aqui como expressões sinônimas.

como sistema de normas sociais, positivas e coativas, desde que o fundamento de validade de cada norma fosse determinado em virtude de seu conteúdo derivar de uma norma mais geral. O problema, segundo Kelsen, é que, em última análise, esse raciocínio pressuporia a supremacia de uma norma imediatamente evidente cujo conteúdo, em razão de sua generalidade, permitiria deduzir o conteúdo mais específico de todas as normas jurídicas individuais.¹¹⁷ E, para o autor, isso não seria possível sem assumir uma perspectiva moral que indicasse determinado conteúdo normativo como correto.¹¹⁸ Assim, ele enxerga nas teorias do direito natural que tanto criticou os representantes exemplares de um modelo estático do direito.¹¹⁹

Assim, à concepção estática do direito, que o enxerga essencialmente como determinado tipo de normas prontas e acabadas, Kelsen acrescenta uma definição dinâmica, que inclui, como critério decisivo de definição do direito, não apenas os predicados das normas (sociais, positivas e coativas) que o compõem como sistema, mas sobretudo o processo pelo qual os atos de vontade humanos as criam. Isso, sem dúvida, é o que distingue o direito positivo do direito natural.¹²⁰ Em outras palavras, o direito passa a figurar como um sistema de normas positivas e coativas, que têm em comum o mesmo fundamento dinâmico de validade.¹²¹

¹¹⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 217-221.

¹¹⁸ Nesse sentido, afirma Gabriel Nogueira Dias: “O ponto fundamental dessa concepção [estática] de validade, a saber, a existência de uma ‘norma imediatamente evidente’, ou seja, uma norma fundamental ‘que esgota todo o seu conteúdo’, i.e. da qual todas as outras normas do ordenamento jurídico devem derivar dedutivamente seu conteúdo, estaria em desacordo com o relativismo assumido e inseparável do projeto juspositivista kelseniano” (DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 241).

¹¹⁹ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 237.

¹²⁰ “If we now look at the law in its specific movement, that is, if we regard the process of the creation of the law, we observe the fact, of especial significance for the technique of the law, that it regulates its own creation. A norm counts as a legal norm, belongs to a certain legal order only if it has come into being in a certain way, and that, a way stipulated by a norm of the very order. This is the essence of positive law. [...] In this it is distinguishable from natural law, which need not be created by the act of man, [...] not created by an act of will” (KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*, p. 87-88).

¹²¹ O vocábulo *Geltungsgrund*, empregado na versão alemã da *Teoria pura do direito*, é sistematicamente traduzido como “fundamento de validade” na tradução portuguesa de João Baptista Machado, ao passo em que é sempre traduzido como “reason for the validity” ou “reason of the validity” na tradução norte-americana de Max Knight ou mesmo em escritos do próprio Kelsen em língua inglesa. Cf. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Translation by Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967. p. 193 e ss.; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 215 e ss.; KELSEN, Hans. *On the basic norm*, p. 108. Em razão da ambiguidade dessas expressões, elas podem ser tanto sinônimas quanto enunciar coisas diversas, dificultando a compreensão de seu significado. Abstraindo o contexto da obra kelseniana, não seria um absurdo compreender “reason” como motivo ou uma orientação de sentido, e “fundamento” como alguma espécie de pressuposto lógico. Mesmo no conjunto da obra, é possível verificar que Kelsen ora propõe a

A teoria da construção escalonada da ordem jurídica apreende o direito no seu movimento, no processo, constantemente a renovar-se, da sua auto-criação. É uma teoria dinâmica do Direito, em contraposição a uma teoria estática do Direito que procura conceber este apenas como ordem já criada, a sua validade, o seu domínio de validade, etc., sem ter em conta a sua criação. No centro dos problemas de uma dinâmica jurídica situa-se a questão dos diferentes métodos de produção jurídica ou das formas do Direito.¹²²

A idealização de uma solução dinâmica, contudo, é apenas o início de novos dilemas teóricos. Por um lado, ainda que a fundamentação moral do direito possa ser substituída por uma concepção de validade baseada em seu processo de positivação, o ideal de objetividade teórica continua impondo a necessidade de uma ancoragem firme para o direito, para que ele não se torne um objeto estabelecido, arbitrariamente, conforme a pura vontade de quem participa desse processo. Por outro lado, “se essa ancoragem deve considerar em alguma medida a realidade fática (isto é, o direito que é observado e aplicado de fato) para evitar que a escolha seja totalmente arbitrária, ela não pode resultar em um sincretismo com o método causal das ciências naturais”.¹²³

Sem renunciar à tese do relativismo de valores, esses problemas não poderiam ser resolvidos sob uma visão estritamente estática, que poderia explicar a validade de ordem jurídica em razão da correspondência de seu conteúdo a determinado valor implícita ou explicitamente reputado justo. Por essa razão, Kelsen esteve consciente de que precisaria construir uma teoria dinâmica e, por meio dela, explicar o modo pelo qual as normas jurídicas são criadas. No entanto, o programa metodológico positivista cria uma série de dificuldades para tanto, tendo em vista que, por um lado, Kelsen não admite uma explicação moral para a validade jurídica e, por outro lado, compreende que a objetividade do direito depende em alguma medida da realidade fática, sem, todavia, incluir o método causal na ciência do direito. Logo, pode-se dizer que há certa instabilidade estrutural no programa metodológico

questão da validade jurídica como um problema interpretativo, ora a trata, diversamente, como um problema eminentemente lógico. Aliás, na passagem em que Kelsen sobreleva o caráter lógico-transcendental da norma fundamental enquanto fundamento de validade de toda a ordem jurídica, nota-se que mesmo a tradução norte-americana converte a expressão “Die Begründung der Geltung” em “foundation of the validity”. Cf. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*, p. 202. Esse ponto será retomado mais adiante.

¹²² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 309.

¹²³ ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito, p. 742. A respeito de como essa problemática é tratada nas obras de Alfred Verdross e Leonidas Pitamic, influenciando o modo pelo qual Kelsen a resolverá posteriormente por meio de sua dinâmica jurídica: Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 220-233. Ademais, como observou Dias, o modelo estático de validade, rejeitado por Kelsen pela sua incompatibilidade com a tese do relativismo de valores, tinha justamente a vantagem de evitar a mobilização do método causal para a fundamentação da validade do direito (cf. *ibidem*, p. 241).

positivista, porquanto ele precisa conciliar necessidades teóricas que aparentemente são contraditórias.¹²⁴

Na *Teoria pura do direito*, Kelsen formula a questão da validade do direito, como critério de objetividade jurídica, nos termos de um problema hermenêutico: Por que interpretamos o sentido subjetivo de certos atos de vontade, e não de outros, como normas jurídicas (válidas)? Por que, por exemplo, a sentença de um juiz é qualificada como um mandamento jurídico, enquanto a ordem de um bando de salteadores é tida como crime? Qual é o fundamento para a validade da norma que consideramos consistir no sentido objetivo de determinado ato de vontade?¹²⁵ Em tese, os *porquês* assim colocados não demandam uma explicação causal, e sim hermenêutica: a resposta pretendida são as *razões* para se interpretarem as coisas dessa maneira, ou os sentidos que orientam essa forma de enxergar a realidade, e não propriamente suas *causas*. À primeira vista, é como se Kelsen procurasse desvelar a *objetividade* do direito por trás da subjetividade de quem, de fato, costuma interpretá-lo como tal.¹²⁶ Se as respostas de Kelsen efetivamente mantêm, ou não, pertinência temática com as perguntas assim formuladas, será uma questão abordada mais adiante no presente trabalho, de modo que, por ora, interessa apenas expor o modo pelo qual o autor as respondeu.

Uma vez que a origem do direito é colocada em questão, torna-se insuficiente a apreensão estática do direito como conjunto de normas relacionadas unicamente pelo conteúdo de suas prescrições. Essa questão não poderia ser respondida com base no princípio

¹²⁴ ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito, p. 742.

¹²⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 49-50; ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito, p. 743.

¹²⁶ Reconhecendo esse importante aspecto da teoria pura do direito, mas ressalvando, logo em seguida, uma crítica quanto à maneira pela qual o autor o desenvolveu na mesma obra, Macedo Junior faz a seguinte observação: “Kelsen introduz uma novidade importante no conceito de objetividade, visto que o mundo objetivo do direito depende, em última instância, da subjetividade daquele que o conhece, isto é, depende da decisão de alguém de adotar um determinado ponto de vista. A objetividade do direito fundamenta-se, nesse sentido, em algo subjetivo, a saber, a vontade de descrever os fenômenos naturais como fenômenos jurídicos. [...] Em outras palavras, eu não posso sair às ruas e proclamar tantas normas fundamentais quantas eu desejar – por exemplo, instituir-me imperador do Brasil. A controvertida saída kelseniana para evitar tal possibilidade será a afirmação de que somente faz sentido pressupor uma norma fundamental quando podemos com ela explicar um conjunto de atos de coação globalmente eficazes. Nesse sentido, a existência de um mínimo de eficácia do sistema normativo (um fato bruto) é condição para a sua validade (objetividade jurídica). Nessa medida, o direito ainda é exclusivamente determinado também por fatos brutos” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea p. 83-84). O caminho teórico desenvolvido por Kelsen até a postulação da norma fundamental e o seu condicionamento pela eficácia global dos atos de vontade será exposto, de maneira mais pormenorizada, nos parágrafos a seguir do presente trabalho.

estático, ou seja, na derivação de seu conteúdo, por operação lógica, de uma norma de conteúdo autoevidente. Na visão de Kelsen, a única alternativa compatível com os postulados positivistas seria a construção de uma teoria dinâmica do direito pautada por um princípio dinâmico de validade, segundo o qual uma norma retira seu fundamento de validade não da observância ou especificação do conteúdo prescrito por outra norma, mas pelo seu processo de produção ter respeitado as condições determinadas por outra norma.¹²⁷

No exemplo *supra*, tanto a sentença (lícito) quanto a ameaça (ilícito) figuram como “atos de vontade dirigidos à conduta de terceiros, os quais têm, igualmente, um sentido subjetivo de ‘dever-ser’ sobre o comportamento alheio, na medida em que, do ponto de vista do indivíduo que comanda, contêm a pretensão de regulá-lo”.¹²⁸ Entretanto, por mais que a ordem de um assaltante tenha uma pretensão imperativa sobre o comportamento do seu interlocutor, falta-lhe o sentido objetivo de um “dever-ser”, que permite a um terceiro desinteressado interpretar o mandamento judicial como genuína norma jurídica.¹²⁹ Assim, Kelsen compreende que apenas uma norma mais geral, que regula o processo de criação de normas individuais, pode atribuir sentido normativo a um ato de vontade, possibilitando, por conseguinte, interpretá-lo como um “dever-ser” dessa natureza. Em grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais, por exemplo, o que confere esse sentido objetivo a uma sentença é uma norma legal. Por sua vez, na medida em que o processo de produção da norma legal é regulado pela norma constitucional, também ela haure seu sentido objetivo de uma instância prescritiva superior.¹³⁰⁻¹³¹

Por sinal, o costume, na visão de Kelsen,¹³² consiste em uma espécie de ato de vontade coletivo, criado mediante a prática habitual de determinado comportamento pelos membros de um grupo coletivamente considerados. O costume pode ser interpretado como uma norma

¹²⁷ Cf. ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito, p. 743.

¹²⁸ ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito, p. 743. A propósito: cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 3 e 48-49. Ademais, importa considerar que, para Kelsen, o material com o qual a ciência do direito tem de lidar apresenta, diferentemente do objeto das ciências naturais, a peculiaridade de conter uma autoexplicação do seu sentido jurídico, razão pela qual ela tem de distinguir entre o sentido subjetivo e o sentido objetivo do ato. Cf. KELSEN, Hans. *The pure theory of law: its methods and fundamental concepts. The Law Quarterly Review*, London, v. 50, p. 478, oct. 1934.

¹²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 48-49.

¹³⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 50-51.

¹³¹ Cf. ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito, p. 743.

¹³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 10 e 251.

jurídica, desde que se pressuponha uma norma superior segundo a qual seu sentido subjetivo de “dever-ser” deva ser obedecido.¹³³ Assim, Kelsen entende que o costume não seria menos direito positivo do que a legislação, com a única diferença de que seu modo de produção seria mais difuso, ao passo que o da última seria mais centralizado, por ser encarregado de órgãos especializados. E, assim como a legislação, o costume teria uma validade limitada, na medida em que sua aplicação, para Kelsen, dependeria de normas individuais estatuídas, tal como as dos tribunais dos países ocidentais.¹³⁴

Portanto, para Kelsen o fundamento de validade de uma norma apenas pode residir em outra norma. Contudo, como a constituição é considerada, por definição, como a norma que inaugura logicamente o ordenamento jurídico de determinada comunidade política, os atos que a produzem, obviamente, não são condicionados por nenhuma outra norma positiva superior. Por conseguinte, Kelsen formulou um questionamento decisivo: “como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos [constituintes] como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?”¹³⁵

Kelsen responde que só se pode atribuir sentido objetivo aos atos constituintes mediante a pressuposição de uma norma fundamental, segundo a qual “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte [...]”.¹³⁶ Essa norma não poderia consistir no sentido de um ato de vontade, pois, na realidade, ela se traduz no sentido de um ato de pensamento, mas não de um pensamento qualquer, porque é pressuposta em nossa *maneira jurídica de pensar*.¹³⁷ “Assim, a norma fundamental angaria o *status* de fundamento de validade imediato dos atos constituintes, bem como o fundamento mediato, em última análise, de toda a ordem jurídica”.¹³⁸

¹³³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 10.

¹³⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 254.

¹³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 225. Cf. ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito, p. 743.

¹³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 225.

¹³⁷ “Se, porém, a norma fundamental não pode ser o sentido subjetivo de um ato de vontade, então apenas por ser o conteúdo de um ato de pensamento” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 227). “It is a norm presupposed in our juristic thinking; it cannot be a norm created by the act of will of a definite individual [...]” (KELSEN, Hans. *On the basic norm*, p. 108-109).

¹³⁸ ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito, p. 743.

Para que compra a sua função, a norma fundamental precisa ser absolutamente vazia de conteúdo: ela não prescreve *o que* as normas constitucionais e mesmo infraconstitucionais devem proibir ou permitir. O papel dela limita-se a estabelecer *como* as normas ulteriores devem ser produzidas: necessariamente em conformidade com a primeira constituição histórica, independentemente de qual seja o conteúdo desta.¹³⁹ Assim, não se trata de um princípio ético ou político, mas de uma “condição lógico-transcendental”¹⁴⁰ cuja função, eminentemente epistemológica, consiste em permitir o conhecimento do direito como objeto.¹⁴¹ A esse respeito, Norberto Bobbio esclarece que “ela cumpre, num sistema normativo, a mesma função a que estão destinados os postulados num sistema científico”.¹⁴²

Como observado por Dias, essa formulação da norma fundamental propiciou uma “des-jusnaturalização” que, além de despojá-la de conteúdo moral, evitou o recurso à causalidade dos fatos empíricos para explicar a validade jurídica.¹⁴³ Em consonância com essa evidente inspiração kantiana, Kelsen reconheceu o papel constitutivo, simbolizado pela pressuposição da norma fundamental, que a ciência do direito exerce sobre o direito enquanto objeto de conhecimento.¹⁴⁴ Por essa razão, Kelsen foi levado a admitir que a pressuposição da

¹³⁹ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 255-260.

¹⁴⁰ Segundo Dias, na fase posterior de sua obra (1962-1973), Kelsen mantém a pressuposição da norma fundamental como condição epistemológica do conhecimento do ordenamento jurídico, porém lhe dá nova fundamentação filosófica que é incompatível com a filosofia transcendental kantiana. Trata-se, com base na filosofia da ficção jurídica de Hans Vaihinger, da ideia de que a norma fundamental seria uma ficção do pensamento (DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 295-307). Embora esse deslocamento teórico implique significativas mudanças na sua teoria do direito, como a admissão de normas concomitantemente contraditórias pelo cientista do direito (em decorrência da renúncia ao papel constitutivo da ciência sobre o objeto como necessariamente dotado de sentido), Dias considera que elas não desvirtuam o projeto juspositivista de Kelsen, aliás, pelo contrário, são adotadas pelo autor justamente para melhor compatibilizar sua teoria com esse mesmo projeto, sobretudo com relação à tese de que “todo direito é positivo e exclusivamente positivo, *secundum non datur*” (Ibidem, p. 343-344). A respeito dos novos contornos atribuídos por Kelsen à teoria da norma fundamental, ver: KELSEN, H. On the pure theory of law, p. 6-7.

¹⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 243; DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 246-248.

¹⁴² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 223.

¹⁴³ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 252 e 283.

¹⁴⁴ Dessa maneira, diz Kelsen: “Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, ‘produz’ o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 81-82). Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 249-251.

norma fundamental, embora possível, mas não necessária, por se tratar de um fundamento condicional, e não impositivo, da validade do direito positivo.¹⁴⁵ A propósito, Dias enfatiza que a norma fundamental fornece um fundamento relativo à ordem jurídica, porquanto condicionado pelo enfoque juspositivista assumido:

Com sua norma fundamental Kelsen certamente não tenta fornecer o fundamento último e *absoluto* da obrigatoriedade das normas do ordenamento jurídico. Com sua norma fundamental no sentido de fundamento da obrigatoriedade das normas do ordenamento jurídico Kelsen quer no máximo dizer o seguinte: caso se aceite que as normas de um ordenamento jurídico têm a característica de serem obrigatórias; que essa obrigatoriedade não pode ser esclarecida recorrendo-se à moral (primado do relativismo); e que a ciência do direito não pode relacionar a obrigatoriedade das normas jurídicas a uma base empírica (problema da aplicação do método causal para a determinação da validade das normas jurídicas), então é necessário um elemento que fundamente essa obrigatoriedade (não que a esclareça!) sem recorrer ao método causal ou metafísico. E esse elemento é a norma fundamental.¹⁴⁶

É facilmente perceptível como a pressuposição da norma fundamental apenas desloca, sem solucionar, a questão da objetividade de uma ordem jurídica em sua problemática relação entre facticidade e validade. Ora, se a norma fundamental é apenas uma condição teórico-gnoseológica, o *porquê* (ou seja, a *razão* ou o *motivo*) de as pessoas conferirem sentido objetivo a certos atos de vontade dirigidos à conduta alheia, e não a outros, permanece sem resposta alguma. “[R]esta responder – e aqui ressurge a mesma questão – por que essa norma fundamental é pressuposta para conceder sentido de ‘dever-ser’ a certos atos de vontade em vez de outros”.¹⁴⁷ Por que não se pressupõe, indaga Kelsen, uma norma fundamental mediante a qual se atribua sentido objetivo ao comando do grupo de salteadores?¹⁴⁸ Enfim: “E a norma fundamental, em que se funda?”.¹⁴⁹

Na opinião de Bobbio, se a norma fundamental constitui o fundamento último da validade de todo o ordenamento jurídico, questioná-la implica considerações que apenas

¹⁴⁵ KELSEN, Hans. What is the pure theory of law?, p. 276; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 242-243.

¹⁴⁶ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 276.

¹⁴⁷ ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito, p. 744.

¹⁴⁸ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 52-53.

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*, p. 223. A propósito, segundo Bobbio, “Grande parte da hostilidade em se admitir a norma fundamental deriva da objeção que é formulada com essa pergunta” (Ibidem, p. 223).

podem ser metajurídicas.¹⁵⁰ Muito embora essa observação seja compatível com o modo pelo qual Kelsen separa o direito de outros campos sociais, a sua aparente coerência cobra um preço elevado: a renúncia à pretensão de solucionar a problemática questão da objetividade do direito, que orientou todo o exercício teórico desse autor. Afinal, a menos que fosse fornecido um critério diferenciador das situações em que a norma fundamental é ou não pressuposta, “ficaria por demonstrar a utilidade da teoria [em sua perspectiva dinâmica] para identificar objetivamente o direito e, assim, enfrentar o problema engendrado pelas instabilidades políticas dos séculos XIX e XX”.¹⁵¹

Ironicamente, Kelsen escolheu uma estratégia argumentativa previsível para evitar que a norma fundamental figurasse como mero produto do acaso: reativando o dilema entre fato e norma, que parecia resolvido pela norma fundamental, ele pretende apresentar a facticidade como o critério que faltava para que esse ato de pensamento não soasse completamente arbitrário. Ainda assim, ele está consciente de que precisa evitar duas posições extremadas a respeito da relação entre tais dimensões antitéticas, porquanto ambas incompatíveis com seu programa metodológico. Em primeiro lugar, a tese idealista de que a validade do direito seria completamente independente de sua eficácia (concepção incompatível com seu pressuposto positivista); em segundo lugar, a tese realista de que a validade do direito se identificaria totalmente com a sua eficácia (concepção incompatível com a separação entre “ser” e “dever-ser”).¹⁵²

Como observa Dias, o meio-termo buscado por Kelsen para resolver a relação entre facticidade e validade, sem recair nos extremos supracitados, advém de uma analogia com o modo pelo qual essa relação se dá, em nível mais concreto, entre uma norma jurídica e seu ato empírico de posituação: se, como visto, o ato de vontade é o fato que funciona como condição *sine qua non* de toda norma jurídica, a eficácia global da ordem jurídica, por seu turno, exerce o mesmo papel em relação à norma fundamental.¹⁵³

¹⁵⁰ Nesse sentido afirma Bobbio: “Todo sistema tem um início. Questionar-se sobre o que existia antes desse início é um problema mal colocado. A única resposta que se pode dar aos que queiram saber qual é o fundamento do fundamento é que, para sabê-lo, é preciso sair do sistema” (*Teoria geral do direito*, p. 223).

¹⁵¹ Cf. ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. *A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito*, p. 744.

¹⁵² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 235-236. Cf. ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. *A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito*, p. 744.

¹⁵³ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*, p. 284-285; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 51-53 e 235-238; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 58 e 178.

A “eficácia global” refere-se ao fato de a conduta real das pessoas geralmente corresponder ao sentido subjetivo dos atos de vontade,¹⁵⁴ o que significa dizer que, em geral, as pessoas não praticam a conduta que, de acordo com a norma, constitui o pressuposto para que seja devida a aplicação de uma sanção, ou, quando o fazem, geralmente sofrem a aplicação da sanção estipulada pela mesma norma.¹⁵⁵ Assim, da mesma forma que uma condição nunca se confunde com o que por ela é condicionado, a validade e a eficácia, apesar de sua interdependência, não constituem a mesma coisa. A propósito, é também como uma espécie de condicionamento que Kelsen concebe a relação entre direito e poder:

Se no lugar do conceito de realidade – como realidade da ordem jurídica – se coloca o conceito de poder, então o problema da relação entre validade e eficácia coincide com a existente entre Direito e força – bem mais corrente. E, então, a solução aqui tentada é apenas a formulação cientificamente exata de que o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela. É – no sentido da teoria aqui desenvolvida – uma determinada ordem (ou ordenação) do poder.¹⁵⁶

Colocada nesses termos, a eficácia consistiria em uma condição necessária, mas não suficiente, da validade da ordem jurídica como um todo; trata-se, portanto, de um postulado do positivismo jurídico, e não de um elemento constitutivo do conceito de direito.¹⁵⁷ Por essa razão, entre outras, Ronaldo Porto Macedo Junior entende que Kelsen descreve a validade jurídica a partir de um critério “fiscalista”, segundo o qual a objetividade científica dependeria, em última instância, da referência a fatos brutos do mundo empírico.¹⁵⁸⁻¹⁵⁹ Como a eficácia de uma ordem jurídica consistiria em um puro fato que não seria, por sua vez, permitido, autorizado ou proibido por uma norma jurídica que a antecederesse logicamente, não competiria à teoria pura do direito descrever as causas pelas quais uma ordem jurídica se

¹⁵⁴ Cf. KELSEN, Hans. What is the pure theory of law?, p. 272; KELSEN, Hans. On the pure theory of law, p. 2; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 237.

¹⁵⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 52 e 130.

¹⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 238.

¹⁵⁷ Cf. KELSEN, Hans. What is the pure theory of law?, p. 272; KELSEN, Hans. On the pure theory of law, p. 2.

¹⁵⁸ Cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, p. 77 e 83-84. A respeito do conceito de fiscalismo jurídico mobilizado pelo autor, ver: *Ibidem*, p. 66-70.

¹⁵⁹ Do mesmo modo, Albert Calsamiglia observa como Kelsen seria conduzido a sustentar o relativismo de valores em razão de partilhar uma concepção cientificista de racionalidade, segundo a qual somente seria racional aquilo passível de aferição a partir de fatos verificáveis (cf. CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*, p. 97-102).

tornaria eficaz, mas apenas reconhecer a eficácia como uma condição necessária para que ela se torne válida.¹⁶⁰

Embora a “Teoria pura do direito” não tenha recuado o seu raciocínio para além da eficácia global que postulou como condição tanto norma fundamental quanto da ordem jurídica como um todo, essa pretensa solução de Kelsen para a questão da objetividade do direito não encerra todos os problemas teóricos. Nesse sentido, Gabriel Nogueira Dias delineou quatro hipóteses (“constelações factuais”) para testar o argumento kelseniano, em meio às quais apenas uma demonstraria o condicionamento da validade pela eficácia generalizada da ordem jurídica.¹⁶¹

A primeira situação é a do “ordenamento jurídico *in statu nascendi*”, cujo inacabamento, inviabilizando qualquer juízo acerca da sua (in)eficácia, apenas possibilitaria especular sobre a probabilidade de que ele eventualmente venha a ser obedecido e aplicado no futuro.¹⁶² A segunda é a de um movimento revolucionário que desagrega a ordem jurídica outrora consolidada, ensejando diversos atos de vontade concomitantemente postulantes ao *status* de ordenamento jurídico.¹⁶³ Se na hipótese anterior a referência à eficácia seria inútil porque inexistiria material empírico para aferi-la, na última isso ocorreria porque ela “não pode oferecer à ciência do direito *um resultado útil, claro e monolítico*” (grifamos).¹⁶⁴

A terceira constelação factual – a única em que Dias reconhece papel significativo da eficácia no condicionamento da validade jurídica – é a do ordenamento jurídico de países em tempos de paz. De qualquer modo, Dias atribui uma função “decorativa” à eficácia global nessa situação – figurando como uma obviedade caso o ordenamento jurídico esteja há muito estabelecido – porque, na prática, os juristas raramente a examinam como condição das

¹⁶⁰ Em um de seus artigos, Kelsen sugere, de passagem, que a eficácia de uma ordem jurídica provavelmente estaria relacionada ao exercício da coerção que define o caráter sancionatório das suas normas, por exemplo, na seguinte comparação que o autor faz entre ordens coativas e ordens não coativas: “A social order that seeks to bring about the desired behavior of individuals by the enactment of such measures of coercion is called a coercive order. Such it is because it threatens socially harmful deeds with measures of coercion, and decrees such measures of coercion. As such it presents a contrast to all other possible social orders – those that provide reward rather than punishment as sanctions and especially those that enact no sanctions at all, relying on the technique of direct motivation. In contrast to the orders that enact coercive measures as sanctions, the efficacy of the others rests not on coercion but on voluntary obedience” (The law as a specific social technique, p. 78-79).

¹⁶¹ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 286.

¹⁶² DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 286.

¹⁶³ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 286-287.

¹⁶⁴ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 286-287.

normas jurídicas que criam ou aplicam.¹⁶⁵ Por sinal, essa hipótese também explicaria as situações de ruptura nas quais a constituição é sistematicamente inaplicada e substituída por outra, pois, na visão de Kelsen, revelaria uma mudança na norma fundamental, a qual passa a pressupor a obediência aos novos atos constituintes em vez dos antigos.¹⁶⁶

Como reconhece Dias, a eficácia de normas singulares é, muito mais que a do ordenamento como um todo, um objeto mais frequente das considerações dos juristas.¹⁶⁷ A esse respeito, Kelsen reconhece que, pelo efeito da *desuetudo*, uma norma jurídica em particular pode perder validade em razão de sua completa ineficácia.¹⁶⁸ É por esse motivo que, para Kelsen, uma constituição rígida, embora não possa ser alterada por meio do processo legislativo ordinário, poderia, não obstante, ter suas disposições modificadas ou abolidas pelo costume, mesmo que ela expressamente rejeitasse os fatos constitutivos do costume como produtores de normas jurídicas válidas.¹⁶⁹ Todavia, embora possa ser entendida como indício do condicionamento da validade jurídica pela eficácia, a *desuetudo* não comprova essa tese, pois, segundo Dias, ela própria pressupõe a validade da norma jurídica cuja eficácia é perdida.¹⁷⁰

A quarta “constelação fática” é a dos atos de vontade desprovidos de sentido por prescreverem comportamentos impossíveis e, portanto, insuscetíveis de cumprimento. Embora essa seja a única hipótese em que Dias talvez considere plausível a tese do condicionamento *sine qua non* da validade pela eficácia, na prática ela representaria um número pouco expressivo de casos com nenhuma importância.¹⁷¹

Em suma, pode-se constatar que, por definição, não há atos de vontade anteriores à primeira constituição histórica: caso contrário, isso significaria apenas mais um recuo histórico, de tal modo que eventuais atos de vontade anteriores seriam, eles próprios, a primeira constituição histórica. Foi justamente o problema da finitude dos atos de vontade humanos, aliás, que colocou a necessidade de postulação de uma norma fundamental em primeiro lugar. O resultado imediato dessa constatação é aceito por Kelsen sem nenhuma

¹⁶⁵ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 288-289.

¹⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 234-235.

¹⁶⁷ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 289.

¹⁶⁸ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 237-238.

¹⁶⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 251-252 e 258.

¹⁷⁰ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 290.

¹⁷¹ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 290-291; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 231.

reserva: que a norma fundamental não poderia ser, ela própria, o sentido objetivo de um ato de vontade. Quanto à nova pergunta que daí se entreabre – o que seria, então, a norma fundamental? –, ele oferece a seguinte resposta: “Se, porém, a norma fundamental não pode ser o sentido subjetivo de um ato de vontade, então apenas pode ser o conteúdo de um ato de pensamento [...] ela apenas pode ser uma norma pensada”.¹⁷²

O autor não explica com maiores detalhes em que consistiria exatamente o ato de pensamento do qual a norma fundamental seria o sentido, tampouco como, sem contradizer a sua própria concepção de norma como sentido de um imperativo, uma norma, ainda que seja a fundamental, poderia representar o conteúdo de algo que não é um ato de vontade. Conforme já explicitado, ele apenas sublinha que, em seu entendimento, esse ato de pensamento não seria totalmente indeterminado, pois pressuporia a eficácia global da ordem jurídica interpretada como válida. Nesse caso, porém, a eficácia também seria uma condição de validade da ordem jurídica, como Kelsen explicitamente a qualifica,¹⁷³ mas não exatamente, como se pode observar, uma razão para tanto.

Seja como for, a teoria pura do direito indica algumas pistas que podem ajudar a resolver a questão interpretativa que deixou sem resposta. Poucos parágrafos após fazer o raciocínio da dinâmica jurídica, que começa com um ato coercitivo concreto, retroagir até uma norma fundamental entendida como um misterioso “ato de pensamento”, Kelsen julgou imprescindível concluir seu raciocínio da seguinte forma – talvez como quem pretende sepultar toda a discussão com uma grande lápide, cujo epitáfio diria:

Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método de conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem – quase sempre inconscientemente – quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica – quer dizer: a uma norma posta por uma autoridade supra-ordenada à autoridade jurídica –; quando concebem o Direito exclusivamente como Direito positivo. A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado.¹⁷⁴

¹⁷² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 227.

¹⁷³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 236.

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 228.

Do que foi dito até aqui aproveitará, para as considerações seguintes, levar em conta que o desenvolvimento da dinâmica jurídica serviu a Kelsen, sobretudo, como estratégia para evitar a problemática fundamentação moral do direito. Assim, ao mesmo tempo que a objetividade do direito consiste numa neutralidade axiológica, ela pressupõe, em vez da referência a valores, a alusão imediata e mediata a determinado fato do mundo empírico: respectivamente, aos atos de vontade e à eficácia generalizada. Além disso, parece estar suficientemente clara a centralidade que a teoria de Kelsen atribui ao fenômeno normativo.¹⁷⁵

Por essa razão, adiante será realizado um breve esforço de contextualização sociológica da teoria kelseniana, procurando identificar como, ao assumir esses contornos, ela responde a certas dificuldades impostas pelo fenômeno que se convencionou chamar no Ocidente de “modernidade”. Apesar de breve, esse esforço servirá para aferir a adequação ou inadequação dessa mesma teoria a contextos sociais destoantes tanto da “ocidentalidade” quanto da “modernidade”. Nesse sentido, será constatado que tanto a referência imediata aos atos de vontade positivadores quanto a referência mediata à eficácia generalizada constituirão um obstáculo ao alargamento dessa teoria geral do direito a outros contextos sociais.

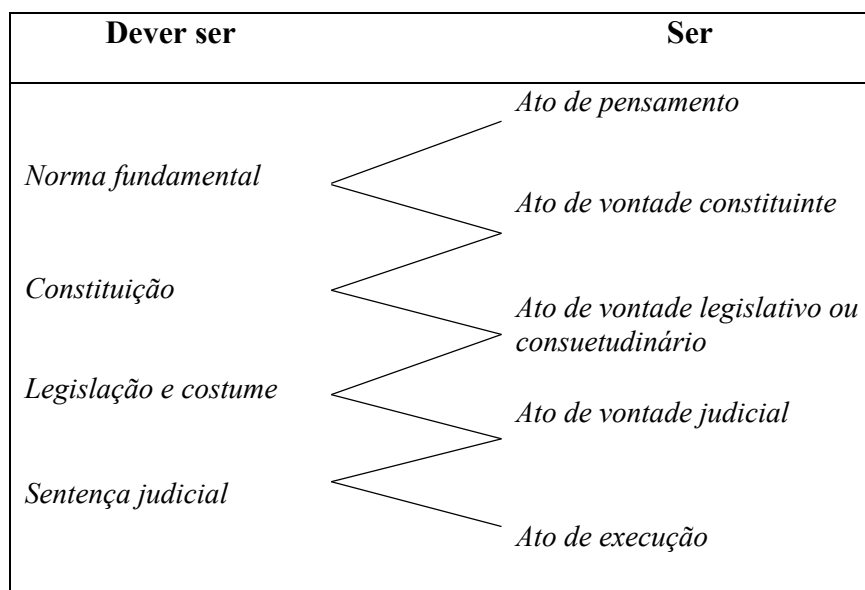
Se Kelsen persiste em limitar o objetivo de sua teoria à identificação das condições de cognoscibilidade do fenômeno jurídico, é, pelo menos, com a mesma frequência que ele insiste na capacidade de essa mesma teoria explicar fielmente aquilo que os juristas consciente ou inconscientemente fazem em sua prática profissional.¹⁷⁶ De fato, a aparentemente modesta empreitada epistemológica revela-se muito mais pretensiosa quando assume contornos transcendentais, isto é, quando ostenta ter encontrado as condições necessárias ao conhecimento de todo e qualquer fenômeno jurídico. Por mais que Kelsen tenha mobilizado determinados artifícios retóricos para conferir uma aparência mais amena às exuberantes pretensões de sua teoria, não é demais declarar que para ele apenas a teoria pura

¹⁷⁵ Corroborando essa afirmação, Tercio Sampaio Ferraz Jr. observa que a posição de Kelsen “[...] põe em relevo a importância da norma como um conceito central para a identificação do direito” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 73-74).

¹⁷⁶ “Kelsen claims his theory explains how legal phenomena must in fact be interpreted and organized within a jurist’s mind in order for the jurist to perform the simple feat of recognizing certain norms as binding laws” (SHIVAKUMAR, Dhananjai. *The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology*, p. 1390). “Such a methodology compels Kelsen to conceive of his concept of law as fundamental and correct. Kelsen thus writes as though he has no choice in constructing the concepts he develops, for those concepts are not heuristic devices but rather true statements of the nature of law. For example, on the first page of the second edition of *Pure Theory of Law*, Kelsen claims that the purity of his theory represents ‘the limits imposed upon [the science of law] by the nature of its subject matter’. Such a method makes it appear as if the legal theorist has only one correct way of think about law” (SHIVAKUMAR, Dhananjai. *The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology*, p. 1394).

do direito faculta o conhecimento verdadeiro do direito. Dizer, por exemplo, que a pressuposição da norma fundamental seria, ela própria, um ato de vontade de quem se coloca na perspectiva da teoria pura do direito é apenas outra forma de falar que aqueles que o conhecem pressupõem a norma fundamental, enquanto o ignoram aqueles que deixam de fazê-lo. A menos que se renuncie à pretensa necessidade lógica da norma fundamental para o conhecimento do direito, com tudo o que ela pressupõe, qualquer relativização desse gênero é meramente ilusória. Como será abordado adiante, embora evidentemente não rejeite a possibilidade de uma abordagem sociológica do direito, Kelsen inclusive critica Weber por não reconhecer que apenas a ciência do direito seria capaz de fornecer o conceito de direito a partir do qual a sociologia poderia produzir suas observações. Seja para o cientista social, para o jurista ou para o cidadão, com efeito, Kelsen entende que há apenas um conceito de direito metodologicamente consequente, e nenhum outro.

Figura 1 – Ilustração da dinâmica jurídica de um ordenamento hipotético



Fonte: o Autor.

2.5 A interpretação jurídica

Kelsen concebe a interpretação como “a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a ser interpretado” e a interpretação jurídica, em particular, como “operação mental” pela qual se fixa o sentido das normas jurídicas a serem aplicadas.¹⁷⁷ Essa definição, embora singela, subentende ao menos três ideias. Em primeiro lugar, o pressuposto de que os atos

¹⁷⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 387 e 390.

pretensamente normativos não contêm um sentido autoevidente e unívoco em si mesmos. Disso resulta, em segundo lugar, que a interpretação não consiste na descoberta do sentido supostamente intrínseco do material interpretado, tratando-se, pelo contrário, da atribuição de um sentido que lhe é exógeno. Em terceiro lugar, a interpretação é conceituada como operação mental porque equivale a uma atividade de pensamento, ainda que seja traduzida em comunicações destinadas a terceiros.

Na medida em que o grande diferencial da teoria pura do direito é a separação e a complementaridade da concepção estática e da concepção dinâmica do direito, a importância da interpretação pode ser compreendida a partir do papel crucial que ela exerce sob ambas as perspectivas. Por um lado, a interpretação é a atividade que atribui um sentido de dever-ser a todos os atos de vontade objetivamente considerados vinculantes. Por outro lado, na medida em que pressupõe uma norma geral pela qual deve se orientar, todo ato de vontade criador de normas mais específicas contém, ao menos implicitamente, uma interpretação da norma pressuposta como seu fundamento de validade. Disso resulta que, para Kelsen, a interpretação é a atividade constitutiva do direito, tanto na perspectiva estática quanto na perspectiva dinâmica.

A linguagem cotidiana costuma identificar a interpretação jurídica com uma espécie de aplicação de um direito previamente criado. Pelo menos no Brasil, esse traço é comum tanto no imaginário popular quanto no imaginário dos juristas profissionais. Com efeito, não é raro vê-los referindo-se à “aplicação” de uma lei por determinado tribunal, ou então à “criação” de uma lei pelo legislador. Também é comum que o uso dessa terminologia traga uma carga moral positiva, como se expressasse uma situação de normalidade que não deveria ser transgredida. Quando se fala, por exemplo, da “criação” do direito pelos juízes, é, geralmente, para descrever certo “ativismo judicial” como anormalidade a ser repelida. Contudo, é curioso notar: mesmo os que não partilham da crítica ao ativismo judicial – ou, pelo menos, aqueles que não veem na atividade criativa do juiz um problema por princípio – insistem em falar, ainda que casualmente, sobre o “legislador que cria normas” e o “juiz que as aplica”. Conotações morais à parte, parece haver uma força irresistível nessa forma de comunicação que se impõe como uma premissa básica para garantir que a mensagem falada seja bem compreendida pelo interlocutor.

Sempre que a interpretação jurídica é pensada como uma etapa posterior, e diversa da criação do direito propriamente dita, compartilham-se algumas premissas fundamentais do positivismo legalista que surgiu, na Europa ocidental, durante os séculos XVII e XIX. A

primeira delas é a concepção de direito como constituído exclusivamente por normas gerais; a segunda, de que os órgãos estatais legitimados a criá-las teriam, necessariamente, de ser diferentes dos órgãos encarregados de aplicá-las em conflitos concretos. Como consequência dessa concepção, às autoridades competentes para decidirem situações específicas, como os órgãos judiciários e administrativos, incumbiria apenas a aplicação daquelas normas gerais que teriam sido previamente criadas, com exclusividade, pela autoridade legislativa.

Enquanto a linguagem comum e o positivismo legalista pressupõem uma separação rígida das atividades de criação e de aplicação das normas jurídicas, a teoria pura do direito defende, inversamente, a integração dessas duas atividades no âmbito de um mesmo processo interpretativo. Sob a perspectiva kelseniana, tanto os legisladores, ao conceberem normas gerais na forma de leis, quanto a coletividade, ao criá-las na forma de costumes, aplicam as normas superiores da constituição, na medida em que observam os processos de criação normativa lá instituídos. Órgãos administrativos, órgãos judiciais e até mesmo os indivíduos contratantes, por sua vez, têm algo em comum: todos eles aplicam as normas gerais legislativas ou consuetudinárias, sempre que, observando os procedimentos nelas previstos, produzam normas individuais destinadas à regulamentação de situações mais concretas.¹⁷⁸

Dessa maneira, Kelsen entende que, de um ponto de vista qualitativo, a atividade decisória do juiz é tão interpretativa quanto a atividade legiferante. É um critério quantitativo que as diferencia: o grau de generalidade e especificidade da norma criada, a depender da posição ocupada pela autoridade criadora na dinâmica jurídica. Assim como o juiz interpreta a lei ou o costume ao sentenciar um processo, gerando com isso uma norma individual para o caso concreto, o legislador interpreta a constituição ao editar uma lei, produzindo, conseqüentemente, uma norma geral para um número indeterminado de casos.¹⁷⁹ Há apenas duas situações-limite – uma no nível mais elevado e outra no nível mais baixo de abstração – que dissociam o binômio criação-aplicação do direito: de um lado, a criação da constituição, por não consistir na aplicação de nenhuma norma positiva de maior generalidade; e, de outro, a execução concreta dos atos de coação prescritos em uma norma superior, por não resultar na criação de nenhuma norma ulterior.¹⁸⁰ Portanto, excetuando-se essas duas situações, a teoria

¹⁷⁸ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 263.

¹⁷⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 387.

¹⁸⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 260-261.

pura do direito descreve a criação e a aplicação das normas jurídicas como momentos simultâneos de uma mesma atividade interpretativa.¹⁸¹

Se a teoria pura do direito concebe a criação e a aplicação do direito como processos mutuamente dependentes, resulta que a criação do direito sempre necessita da aplicação de uma norma superior, isto é, da observância do modo de produção previsto em uma norma geral anterior. Ademais, ainda que o modo de produção previsto na norma geral não prescreva um procedimento ou um conteúdo, ele precisa incluir, no mínimo, a designação de determinada autoridade como competente para a criação da norma mais específica, de forma que se possa estabelecer uma relação de aplicação entre tais normas.¹⁸² Logo, para Kelsen, não se pode dizer que uma norma seja jurídica sem que seu processo de criação tenha aplicado o modo de produção previsto em outra norma integrante da ordem jurídica.¹⁸³

Disso resulta que, para Kelsen, a decisão judicial apenas integra a ordem jurídica na medida em que aplica uma norma jurídica preexistente. De acordo com o autor, esse seria o caso mesmo quando, aparentemente, existirem lacunas normativas que impedem o juiz de pautar sua decisão por uma norma jurídica geral. Afinal, baseando-se na fórmula “tudo o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido”, ele refuta a existência de lacunas normativas e defende a completude do ordenamento jurídico.¹⁸⁴ Como a ausência de proibição de uma conduta equivale a sua permissão, Kelsen conclui inexistirem lacunas na ordem jurídica, a não ser sob uma perspectiva moral relativa (e, para ele, ilusória) que avalia a ausência de determinada proibição como uma situação injusta.¹⁸⁵

Em consonância com sua tese da completude necessária do ordenamento jurídico, Kelsen argumenta que a lei pressupõe uma lacuna fictícia, motivada por finalidades ético-políticas, sempre que atribui amplos poderes aos juízes para decidirem casos concretos

¹⁸¹ “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 260-261).

¹⁸² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 261-262.

¹⁸³ “Com efeito, uma norma cuja produção não é de forma alguma determinada por uma norma superior não pode valer como uma norma posta dentro da ordem jurídica e, por isso, pertencer a essa ordem jurídica [...] Todo ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade jurídica” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 261-262).

¹⁸⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 273.

¹⁸⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 273-274.

desprovidos de regulamentação legal.¹⁸⁶ Isso se explicaria pelo receio, por parte dos legisladores, de que a aplicação irrestrita da norma geral, mesmo que logicamente possível, venha a produzir resultados moralmente insatisfatórios. Como forma de evitar essas situações, impassíveis de serem antevistas, a lei delegaria poderes para que os juízes afastassem a norma geral sempre que ela lhes parecesse injusta no caso concreto. Disso resulta um óbvio inconveniente: tais poderes seriam tão extensos que comprometeriam a própria autoridade da norma geral. Por esse motivo, Kelsen sustenta que a lei recorre à ficção da incompletude do ordenamento jurídico como forma de limitar o exercício desses poderes às situações em que o direito apresentar lacunas. Esse efeito simbólico é obtido assim que os tribunais compartilham dessa ficção, presumindo-se que o direito pode apresentar lacunas em situações raras e excepcionais.¹⁸⁷

Como explicado anteriormente, Kelsen se distancia de certa concepção sobre a interpretação jurídica, segundo a qual ela consistiria em uma atividade de aplicação do direito, como algo essencialmente diferente de sua criação. Uma vez que essa concepção recusa a atribuição de uma atividade criativa ao intérprete, como se sua tarefa consistisse na mera descoberta de um sentido prefixado pela norma superior e mais geral, ela implica a ideia, também combatida por Kelsen, de que a norma geral necessariamente determinaria uma única solução correta para o intérprete.¹⁸⁸

De fato, Kelsen não questiona que seja normativa a relação entre os diferentes escalões hierárquicos da ordem jurídica, de modo que as normas superiores determinem como deve ser o processo de criação e, eventualmente, o conteúdo das normas inferiores. Entretanto, ele compreende que essa determinação nunca é completa, pois as normas superiores sempre deixam uma margem maior ou menor de livre apreciação às normas inferiores, na medida em

¹⁸⁶ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 274-275. Kelsen cita uma disposição do Código Civil suíço como exemplo de delegação legislativa de amplos poderes decisórios aos juízes em situações lacunares. No direito brasileiro, o exemplo análogo é encontrado no artigo 4.º do Decreto-lei 4.657 de 1992, também conhecido como “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

¹⁸⁷ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 274-276.

¹⁸⁸ “A jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função – e tem a tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma *única solução* correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de classificação e de compreensão [...]” (KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 391).

que não podem regular sua criação “em todas as direções (sob todos os aspectos)”.¹⁸⁹ Embora essa relativa indeterminação do ato de aplicação-criação do direito seja apreensível empiricamente, porque de fato é extremamente raro (senão inédito) uma norma geral conseguir regular todos os aspectos da conduta humana, trata-se antes de uma limitação lógica. Caso uma norma realmente fosse capaz de descrever como uma conduta humana deve ser em absolutamente todos os seus aspectos, ela seria tão individualizada que bastaria por si só, dispensando qualquer tipo de especificação ulterior de seu conteúdo e nem sequer podendo ser considerada uma norma geral.

Tratando-se de uma necessidade lógica, essa relativa indeterminação sobre o ato de criação de uma norma pode ser tanto intencional quanto inconsciente. Por um lado, é intencional quando o órgão criador da norma geral, antevendo a impossibilidade de prever todas as especificidades da situação concreta que ela pretende regular, delega, implícita ou explicitamente, a especificação de seu conteúdo aos órgãos encarregados de aplicá-la. Por outro lado, não é intencional quando decorre da simples plurivocidade das palavras ou expressões empregadas pela formulação da norma geral, ou quando existe uma contradição entre duas normas gerais que se pretendem simultaneamente válidas.¹⁹⁰

Desse modo, Kelsen compreende a regulação exercida pela norma superior sobre a norma inferior, metaforicamente, como uma espécie de moldura cujo interior assinalaria um espaço de liberdade interpretativa para a fixação do conteúdo da norma inferior, desde que não ultrapassados os limites dessa moldura, que expressam a força normativa exercida pela norma superior.¹⁹¹ Como, por uma questão lógica, a norma geral é incapaz de vincular a criação de uma norma individual em todos os seus aspectos, os elementos não vinculados, representados pelo interior dessa moldura, assinalam uma margem de liberdade interpretativa (discricionariedade) que não seria objeto de regulamentação jurídica, diferentemente dos aspectos regulados, representados pelos limites da moldura, que são determinados pela norma jurídica superior.¹⁹²

Em que pese, em muitas situações, essa margem de discricionariedade possibilitar uma alternativa entre várias soluções consideravelmente diferentes para um caso particular, nenhuma delas poderia ser considerada a única solução juridicamente correta, isto é,

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 388.

¹⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 388-389.

¹⁹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 389-391.

¹⁹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 388.

obrigatória: com efeito, apenas se poderia afirmar que todas elas são igualmente permitidas pela ordem jurídica, porque – e desde que – contidas dentro dos limites (ou da moldura) que ela determina.¹⁹³ Assim, conclui Kelsen, “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”.¹⁹⁴ Como bem sintetizado por Fernando Leal, para Kelsen, “[c]ognição jurídica significa apenas redução das alternativas de decisão”.¹⁹⁵

Curiosamente, é nessa margem de discricionariedade aberta pela atividade interpretativa que a moral, expurgada dos postulados que inicialmente orientaram a teoria pura do direito, reaparece subitamente, com uma importância inversamente proporcional à completa desimportância metodológica que lhe havia sido atribuída inicialmente.

Na visão de Kelsen, a atividade de interpretação-aplicação do direito é composta por um ato de conhecimento, que desvela as interpretações (soluções) possíveis dentro da moldura, e por um ato de vontade, que escolhe entre elas. No entanto, na visão do autor, a opção por uma das diferentes interpretações permitidas pela norma superior não é determinada pelo direito positivo, mas pela influência de outras normas, como a moral, a justiça e outros valores sociais. Apenas não seria assim se o próprio direito positivo delegasse competência a essas normas metajurídicas para regulamentar a interpretação de uma norma positiva geral, caso em que, contudo, elas se transformariam em direito positivo. Logo, não é possível chegar a uma solução juridicamente correta, justa ou conveniente por mero ato de conhecimento. Dessa maneira, a escolha entre diferentes interpretações dentro da “moldura” oferecida pelo positivo deixa de ser um problema de teoria do direito para se tornar uma questão de política do direito. Não se pode extrair da constituição quais seriam as únicas leis corretas; outrossim, o juiz não pode extrair da lei qual, exatamente, seria a decisão certa diante de um caso concreto. Do ponto de vista qualitativo, é a mesma situação, diferenciada apenas, quantitativamente, quanto ao grau de vinculação normativa, o qual é menor para o legislador, com relação à constituição, que para o juiz, com relação à lei.¹⁹⁶

¹⁹³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 390-391.

¹⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 390.

¹⁹⁵ LEAL, Fernando. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 10, p. 256, jan./jun. 2014.

¹⁹⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 390-394.

Segundo Kelsen, o ato de vontade distingue a interpretação autêntica, feita pelo órgão competente para aplicação do direito, da interpretação realizada por qualquer outra pessoa, como pelo indivíduo submetido à norma ou pelo teórico do direito.¹⁹⁷ Talvez mais condizente com a própria definição de Kelsen seria dizer que a diferença é a competência para exercer esse ato de vontade com caráter objetivamente normativo. Com efeito, tanto a interpretação do indivíduo comum quanto a do teórico podem conter, implicitamente, o sentido subjetivo de um ato de vontade. O que as diferencia é a competência atribuída pelo direito positivo a determinado órgão, com a exclusão de outras pessoas, para realizar essa escolha de maneira juridicamente vinculante.

Entretanto, para Kelsen, à autêntica ciência jurídica, cuja função é conhecer e não querer, não caberia senão identificar as diferentes possibilidades, sem predileção por uma ou outra. Assim, os advogados, quando propõem ao tribunal uma das várias interpretações, tentando convencê-lo de que seria a única correta, e o juiz, quando opta por uma alternativa em detrimento de outra, não podem fazê-lo com fundamento na ciência do direito, mas unicamente com base em sua concepção política. Por mais que essa ficção sobre a possibilidade de uma única solução juridicamente correta tenha uma importante função política, na medida em que reforça a crença no ideal de segurança jurídica, ela não pode fazê-lo em nome da ciência jurídica.¹⁹⁸

Assim, apesar de lacônico em muitos aspectos, o capítulo final que as duas edições da *Teoria pura do direito* (1934 e 1960) dedicam à interpretação jurídica diz muito sobre como o direito se relaciona com o poder do ponto de vista dessa teoria. No mínimo, esse capítulo é suficiente para entrever que todos aqueles que fazem do direito sua atividade profissional – juízes, mas também advogados e, quando perfilham uma interpretação como a única correta, comentadores – exercem, ou pretendem exercer, nada menos do que um genuíno poder político em sua atividade interpretativa. Muito menos óbvia, mas igualmente sugestiva, é a ideia de que mesmo os contratos privados significam certa distribuição de poder político entre as partes contratantes.¹⁹⁹ Mesmo que Kelsen nada tivesse dito acerca do poder político

¹⁹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 394.

¹⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 395-397.

¹⁹⁹ “The available economic goods are at the exclusive disposition of private individuals, and this enjoyment of private property is achieved, essentially, by free contract among the individuals. The ‘right’ which the subject has to a thing consists in the power accorded the subject by the legal order to prevent any other subject from interfering with his enjoyment thereof. The specific method of preventing such interference is the possibility accorded by the legal order of setting in motion the coercive process against anyone who disturbs or interferes with the object in that enjoyment. This power of the subject is a political power, a

exercido nos processos de criação normativa, essa seria uma conclusão implícita de uma perspectiva dinâmica, como a sua, em que os atos de vontade criadores de constituições, leis, contratos e decisões judiciais não apresentam grandes diferenças qualitativas, senão apenas diferenças quantitativas no que se refere a graus de abstração, especificidade, hierarquia e discricionariedade.

public function *par excellence*. But in this system it is ideologically called a specific sphere of ‘private’ interest; the norms granting this power are called ‘private’ law; the power itself, a ‘private’ right” (KELSEN, Hans. The law as a specific social technique, p. 90).

3 A CULTURA MODERNA E O DIREITO

A teoria pura do direito de Hans Kelsen mantém uma série de afinidades com o processo de racionalização que, segundo a obra de Weber tomada em seu conjunto, teria constituído as especificidades da sociedade ocidental moderna. Trata-se de um processo altamente complexo e multifacetado que, por essa razão, não é facilmente explicável em termos causais. Conforme enfatizado anteriormente, a contextualização da teoria pura do direito no âmbito da modernidade é realizada mediante uma perspectiva hermenêutica, a qual procura explicitar as ligações de *sentido* entre esses dois fenômenos. Assim, em consonância com os propósitos deste trabalho, o foco da análise é o de recuperar o sentido da modernidade ocidental para relacioná-lo à teoria pura do direito. Portanto, a abordagem desse processo, no que ela contiver de referências causais à religião ou à ciência, fica restrita às que o próprio Weber explicitou e que, no espírito de sua sociologia, não devem ser interpretadas como uma tentativa de fornecer explicações causais unilaterais para fenômenos conceitualmente complexos.²⁰⁰

Inegavelmente, a temática da racionalização social possui uma importância central na sociologia de Max Weber. É por essa razão que, segundo Martuccelli, toda uma matriz da sociologia moderna, orientada pela noção de racionalização, teria aquele sociólogo como seu grande precursor.²⁰¹ Com base na obra de Weber, tem-se observado que a sociedade ocidental moderna foi constituída a partir de um longo processo de racionalização social que culminou com a dissolução da cosmovisão metafísico-religiosa, outrora responsável por fornecer um

²⁰⁰ Certamente, não seria outra a recomendação do “agnosticismo causal” que tantas vezes o próprio Weber manifestou. Como observa Kronman, Weber sempre rejeitou, ao analisar as relações entre direito e economia, explicações que atribuíssem primazia causal a qualquer um desses dois fenômenos, e isso por diversas razões: pelas influências recíprocas entre eles, com forças variáveis para cada direção de acordo com o momento histórico; por em alguns momentos os fatores econômicos influenciarem o direito, mas em outros não; por, em outros momentos, não haver intensidade maior num sentido do que no outro; por cada esfera ter se desenvolvido, até certo ponto, paralelamente à outra, ambas impulsionadas por suas próprias forças causais internas (“fatores intrajurídicos”); e, finalmente, pelo direito e a economia frequentemente serem influenciados por outros fatores, além dos jurídicos e econômicos (cf. KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 181-182, 190-192 e 198). Ora, com ainda mais razão seria difícil precisar um único fator causal subjacente ao macroprocesso de racionalização social, que envolve não só direito e economia, como praticamente todas as distintas esferas sociais; trata-se de um fenômeno complexo, demasiado amplo, longo e multifacetado para ser tratado como engendrado de maneira monocausal.

²⁰¹ Cf. MARTUCELLI, Danilo. *Sociologías de la modernidad: itinerario del siglo XX*. Traducción Carlos Iturra. Santiago: LOM Ediciones, 2013.

enquadramento institucional às diversas esferas culturais de valor.²⁰² Não mais constrangidas pelos limites que lhes eram impostos pela antiga visão de mundo, essas esferas (entre as quais a política, a economia, a arte, a ciência e o direito)²⁰³ passaram a ser regidas segundo suas respectivas legalidades internas.²⁰⁴ Para recuperar o núcleo significativo desse processo, é possível analisá-lo a partir de dois fenômenos interligados, mas distintos, que lhe são constitutivos e pelos quais o próprio Weber o abordou: o desencantamento do mundo e a secularização social.

3.1 O processo de desencantamento do mundo

Embora Weber tenha empregado a expressão “desencantamento do mundo” para descrever o processo de racionalização ocidental, seu uso evidencia que, se ela se refere a uma mudança relativa ao *mundo* em si, é porque antes se trata de uma mudança significativa da *visão de mundo* que o constitui. Nesse sentido, o desencantamento do mundo pressupõe a anterioridade de uma visão mágica do mundo, em meio à qual este é interpretado como povoado por forças sobrenaturais, como espíritos, almas, deuses ou demônios, que se ocultam por trás das coisas e intervêm na vida dos seres humanos, premiando-os ou punindo-os pelos seus atos. Como a comunicação com esses poderes não é trivial e implica riscos, ela requer a intermediação de um agente dotado de poderes extracotidianos (carisma), como os magos e

²⁰² Cf. WEBER, Max. Consideração intermediária: teoria dos graus e orientações da rejeição religiosa do mundo. In: WEBER, Max. *Sociologia das religiões e consideração intermediária*. Tradução de Paulo Osório de Castro. Lisboa: Relógio d'Água, 2006.

²⁰³ Em sua célebre “Consideração intermediária”, que integra a obra *Ética econômica das religiões mundiais*, ao analisar as tensões existentes entre a religião e as diversas esferas culturais de valor, tais como a política, a estética, a intelectual e a erótica, Weber não inclui uma abordagem especificamente voltada ao direito. De qualquer forma, nada obsta que o direito seja compreendido como uma esfera cultural de valor nesse mesmo sentido. Nesse sentido: cf. BARBOSA, Samuel Rodrigues. Formalismo como conceito sociológico: uma introdução ao conceito weberiano de direito. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUES, José Rodrigo (coord.). *Manual de sociologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 61-62; PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2013. p. 138; PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar um velho sentido. In: SOUZA, Jessé (org.). *A atualidade de Max Weber*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 128-129.

²⁰⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. p. 61-62; HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3-4; PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 138; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 35-36; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59-60.

feiticeiros, capazes de influenciá-los, por meio da feitiçaria, de maneira favorável ou desfavorável ao homem.²⁰⁵

Seja espontânea ou provocada, essa interferência de poderes sobrenaturais nos acontecimentos do mundo natural habitado pelos humanos, engendrada pela visão de mundo encantada, faz com que haja certa indistinção entre o que Schluchter designa de “causalidade natural” e “causalidade compensatória”.²⁰⁶ Nas palavras de Pierucci, pode-se falar que a magia pressupõe uma equação entre a distinção “bem/mal” e “favorável/desfavorável”, ou uma indistinção entre “regras técnicas” e “regras normativas”, transparecendo, em todos esses casos, uma confusão mais elementar entre o “ser” e o “dever ser”.²⁰⁷

A propósito, não é por acaso que o “jardim encantado” de Weber assemelha-se tanto ao “animismo primitivo” descrito por Kelsen,²⁰⁸ o qual se caracterizaria, na visão desse autor, pela confusão entre facticidade e normatividade. Em ambos os casos, as coisas não simplesmente “são”, independentemente de qualquer outra determinação. Pelo contrário, se elas “são”, isso se dá apenas e na medida em que “devem ser” por força da vontade de alguma entidade sobrenatural. Portanto, a magia que domina um mundo encantado não é simplesmente uma prática que causa diretamente um estado de coisas; trata-se antes de um ato de intervenção, quando não de coação, sobre a vontade sobrenatural, para que ela, por sua vez, produza o resultado pretendido. Por esse motivo, vale aqui a afirmação de Pierucci, segundo a qual há uma nítida afinidade eletiva entre a magia e o “estágio animista” da humanidade.²⁰⁹

Também não é por outra razão que nas sociedades encantadas prepondera aquele tipo “primitivo” de direito que Weber classifica como “formal e irracional” em sua *Sociologia do direito*. Sua principal característica são as decisões oraculares, que, além de serem reveladas por meios mágico-carismáticos e, por esse motivo, apresentarem um conteúdo *ad hoc* e altamente imprevisível, são provocadas pela observância rigorosa, por parte do interessado, de

²⁰⁵ Cf. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 71; SCHLUCHTER, Wolfgang. *O desencantamento do mundo: seis estudos sobre Max Weber*. Tradução Carlos Eduardo Sell. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2014. p. 33-35; WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 1, p. 279-281 e 292.

²⁰⁶ Cf. SCHLUCHTER, Wolfgang. *O desencantamento do mundo: seis estudos sobre Max Weber*, p. 36.

²⁰⁷ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 70, 73-74 e 77. Também nesse sentido: SCHLUCHTER, Wolfgang. *Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 2011. p. 104.

²⁰⁸ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 30-31 e 91-94.

²⁰⁹ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 69.

fórmulas rigidamente preestabelecidas.²¹⁰ Assim, na medida em que os procedimentos decisórios são pautados pela observância das técnicas corretas de invocação dos poderes sobrenaturais, mas os julgamentos não são orientados por regras previamente identificáveis capazes de torná-los mais previsíveis, há, pelo menos quanto ao conteúdo decisório, certa indistinção entre fato e norma.²¹¹ Além disso, como nota Kronman,²¹² esse pensamento jurídico pretende encontrar nos próprios fatos seus aspectos juridicamente relevantes para distingui-los dos fatos que não possuem um sentido jurídico, sob o pressuposto de que pode haver um sentido jurídico intrínseco em suas características externas sensorialmente apreensíveis. Mais uma vez, enfim, a indistinção entre “ser” e “dever-ser”.

“Se o *encantamento* quer dizer magicização do mundo, então *desencantamento* significa sua desmagificação”, observa Schluchter.²¹³ Considerando-se os trabalhos de Weber a respeito da religião, fica evidente que, embora atinja seu ápice na modernidade, o desencantamento do mundo não se restringe a esse momento histórico. Conforme observa Pierucci, ele consiste em um longo processo de *racionalização* religiosa que, no Ocidente, foi operado sobretudo pela influência das religiões judaico-cristãs.²¹⁴ Assim, na experiência *particular* desse contexto social, a racionalização religiosa teve o processo de desencantamento do mundo como seu principal vetor.

Essa ressalva cultural é importante, pois a racionalização religiosa analisada por Weber não percorreu em todos os lugares a via da negação da magia como meio de salvação. Afinal, o próprio Weber salienta que, de acordo com o contexto particular analisado, a racionalização pode seguir uma pluralidade de direções, sob uma variedade de pontos de vista.²¹⁵ Na China e na Índia, por exemplo, em vez de romperem com a magia, as grandes religiões racionalizadas toleraram-na e, em grande medida, imbricaram-se com ela, dando

²¹⁰ Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 11-12 e 73-77.

²¹¹ É esse desregramento quanto ao conteúdo da decisão oracular que a tornaria sensivelmente imprevisível: “A decisão oracular também parece arbitrária por conta da sua relativa imprevisibilidade. Certamente, até mesmo um *procedimento* oracular é *previsível* de determinadas maneiras. É provável que as partes de um determinado conflito saibam, por exemplo, qual oráculo consultar e qual *procedimento* seguir ao fazê-lo. Todavia, tais certezas não permitem que elas prevejam o *desfecho da disputa* – à exceção do sentido geral e pouco útil de ambas saberem que aquele que jurar uma inverdade perderá” (KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 125, grifos nossos).

²¹² KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 129-130.

²¹³ SCHLUCHTER, Wolfgang. *O desencantamento do mundo: seis estudos sobre Max Weber*, p. 37.

²¹⁴ PIERUCCI, Antônio Flávio. *Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar um velho sentido*, p. 119-120.

²¹⁵ WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*, p. 67-69.

continuidade ao “jardim encantado”.²¹⁶ Como adverte Pierucci, desencantamento e racionalização não são, portanto, expressões sinônimas.²¹⁷

Por essas razões, pode-se afirmar que uma das peculiaridades da racionalização ocidental, se comparada com a de outras culturas, é justamente seu perfil desencantador. Nesse sentido, Weber indicou dois critérios para se medir o nível de racionalidade de uma religião: o grau em que ela se despojou da magia e o grau de unidade sistemática que ela introduz na relação entre o mundo e a divindade.²¹⁸ Trata-se aqui, evidentemente, da racionalidade religiosa tal como ela se desenvolveu historicamente do ponto de vista especificamente ocidental. No entanto, sem se restringirem à religião, esses critérios podem ser abstraídos para se pensar a racionalização social em geral, como o fazem Gerth e Mills:

As proporções e direção da “racionalização” são, assim, medidas negativamente em termos do grau em que os elementos mágicos do pensamento são deslocados, ou positivamente pelas proporções nas quais as idéias ganham coerência sistemática e consistência naturalística.²¹⁹

Dotado de uma longevidade milenar, o desencantamento do mundo iniciado pelo profetismo do judaísmo antigo, com sua ação religiosa relativamente livre de magia, foi legado à cultura ocidental e atingiu seu apogeu com o ascetismo intramundano protestante.²²⁰

²¹⁶ Acerca da racionalização religiosa na China, afirma Pierucci: “Entre taoísmo e magia havia – e há *todavia* – mais que afinidade eletiva: há convivência, cumplicidade, colaboração e incentivo mútuo. Ou mais que isso até: interpenetração, fusão, indiferenciação. [...] Tanto a religião oficial [confucionismo] quanto a heterodoxa [taoísmo] manifestaram complacência, quando não benevolência, com o magismo constitutivo da religiosidade das massas. As racionalizações religiosas que tiveram lugar na China não chegaram a desenvolver, nem teórica nem praticamente, motivos de desvalorização da magia em sua significação positiva de salvação” (PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 125-126). Tendo isso em vista, Pierucci sintetiza da seguinte maneira a tese de Weber em seu ensaio comparativo sobre a China: “[...] sem a desmagificação que o judaísmo operou e hereditariamente transmitiu ao cristianismo, não teria havido o racionalismo de domínio do mundo que caracteriza o desenvolvimento do Ocidente. Trata-se, pois, de uma comparação entre racionalismos. Dado que no Oriente [China e Índia] os obstáculos *mágicos* não foram removidos pela religiosidade racionalizada dos seus intelectuais típicos, fica explicada a grande diferença nos respectivos processos de racionalização e nos racionalismos resultantes” (Ibidem, p. 133).

²¹⁷ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 208-209.

²¹⁸ WEBER, Max. *Religião e racionalidade econômica*. In: WEBER, Max. *Sociologia*. Tradução Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 151.

²¹⁹ GERTH, Hans Heinrich; MILLS, Charles Wright. Introdução: o homem e sua obra. In: WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. Tradução Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982. p. 68.

²²⁰ WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*, p. 95-98.

Como adverte Schluchter, não se trata, contudo, de um processo linear, uma vez que esteve frequentemente confrontado com potencialidades inversas, isto é, reencantadoras.²²¹

A partir das análises de Pierucci, é possível depreender que essa intensificação do desencantamento no contexto moderno se deve, entre outros fatores, ao fato de o protestantismo ascético, mais ainda que o judaísmo antigo, ser incapaz de transigir, em sua valorização do trabalho cotidiano sobre o mundo, com a predileção mágica pela extracotidianidade.²²²

Em primeiro lugar, assim ocorre porque o protestantismo ascético compartilha, com grau ainda maior, a seguinte peculiaridade do judaísmo antigo: conforme observou Pierucci, o fato de combinar uma visão de mundo totalizadora de sentido com a exigência prática de uma condução de vida. A magia, por sua vez, em virtude do caráter extraordinário que perpassa tanto sua prática quanto suas representações, tende a produzir um olhar *supostamente* fragmentário sobre o mundo. Assim, ela envolveria a crença em um sentido desconexo e incongruente dos processos e sucessos naturais e sociais, em razão da qual as ações seriam pensadas isoladamente, cada qual dotada de um sentido que não ultrapassa a si mesma.²²³ É

²²¹ SCHLUCHTER, Wolfgang. *O desencantamento do mundo: seis estudos sobre Max Weber*, p. 39.

²²² Cf. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 94-99.

²²³ Cf. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 108-110. É perfeitamente possível que a antropologia, munida de aprofundados estudos *in loco* acerca do ritualismo mágico, colhidos em diferentes contextos sociais, incluindo aqueles que Weber examina em sua sociologia, conteste afirmações generalizantes acerca desse caráter supostamente fragmentário do sentido da ação mágica, ou mesmo de um formalismo que, de certa forma, faz lembrar a racionalidade instrumental, revelando, ao contrário, conexões de sentido mais amplas e complexas envolvidas na sua prática. A respeito das práticas rituais chinesas, Le Roy afirma, por exemplo, que “A visão instrumental ou formalista que a sociedade ocidental contemporânea tem dos rituais é distante demais da visão chinesa para que se possa encontrar nela o equivalente dos princípios que se situam à base da autodisciplina [confuciana]” (LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 207. Tradução livre). Ainda que seja o caso, essa eventual objeção não comprometeria em nada a argumentação aqui desenvolvida. Em primeiro lugar, porque o propósito dessas alusões à magia é o de explicitar como o processo de desencantamento do mundo pode ser apreendido na oposição que determinadas religiões exerceram sobre o magismo. Ora, ainda que a magia não pudesse ser generalizada como uma prática dotada de um sentido fragmentário, desconexo e similar ao instrumental, basta, para esse objetivo argumentativo, que tais religiões a tenham enxergado dessa forma, ainda que de maneira caricata, e tomado isso como motivação para a rejeitarem. Do mesmo modo, não sendo necessário rotular a magia como dotada de um sentido absolutamente desconexo, é suficiente que, numa escala que mede apenas o grau da unificação de sentido, ela tenha uma posição consideravelmente menor comparativamente às religiões desencantadoras. Ainda que essa reinterpretação limite o alcance das afirmações de Weber e seus intérpretes acerca da magia, ela as previne contra eventuais críticas antropológicas e preserva o propósito fundamental da sociologia weberiana ao enveredar por essa temática em particular: evidenciar os pontos de oposição – discursivos mesmo – entre a religião e a magia e como eles contribuíram para o processo de racionalização da sociedade ocidental. Mas há uma segunda razão, mais fundamental, pela qual nada disso comprometeria os argumentos aqui desenvolvidos. Afinal, a alusão à obra de Max Weber é, aqui, apenas um meio para identificar as condições culturais da teoria pura do direito segundo a própria visão ocidental, como um esforço para compreendê-la antes de procurar criticá-la em suas limitações culturais. Tratando-se de uma teoria que aparenta manter afinidade com o contexto de

isso o que permite a Pierucci concluir que a crença na magia foi profundamente abalada pelas exigências éticas e metafísicas, feitas pelos profetas e intelectuais religiosos, de uma ordenação significativa e totalizadora do mundo, capaz de abranger não só a natureza, como também a vida social; na medida em que foram exitosas, efetivando uma sistematização unificadora de todo o sentido (cosmos), tornou-se possível relacionar as boas ações umas às outras, conferindo a cada uma um sentido que transcende sua singularidade.²²⁴

Em segundo lugar, essas duas religiões não podem transigir com a magia porque esta, ao permitir a coação das forças sobrenaturais pelo homem, inverte e viola, ainda que ocasionalmente, uma relação de poder que constitui um dogma fundamental para ambas: a subordinação dos domínios natural e humano ao sobrenatural identificado com o Deus transcendente.²²⁵ Procurando explicitar essa diferença fundamental, Weber caracteriza a ação mágica, e a das religiões com que ela se hibridam, como uma “coação sobre o deus”; já a das religiões eticizadas, inversamente, como o “serviço ao deus”.²²⁶

De acordo com Pierucci, as visões de mundo mágicas são fundamentalmente monistas, concebendo uma ampla comunicação entre o mundo natural e o sobrenatural, a ponto mesmo de confundi-los. Por outro lado, segundo o autor, as religiões desencantadoras operam uma distinção mais nítida entre “este mundo” e o “além-mundo” que, sob o trabalho totalizante (unificador) de sentido dos intelectuais, torna-os cada vez mais autônomos e assimétricos.²²⁷

um mundo desencantado, como aqui se sustenta, nada obsta que, entre as críticas que possam ser endereçadas a ela, seja incluída uma a respeito de uma incompreensão desse mesmo contexto com relação ao mundo encantado, permeado de magia.

²²⁴ Cf. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo*: todos os passos do conceito em Max Weber, p. 104-105 e 109-110. Tudo indica que a magia é uma prática social que, em vez de ser puramente cotidiana (tradicional) ou extracotidiana (carismática), combina aspectos desses dois tipos. Isso porque, de um lado, como descrito anteriormente, ela constitui uma ocorrência extraordinária, não trivial, que, inclusive, só pode ser praticada com segurança pelo portador de uma qualidade igualmente incomum (o carisma). De outro lado, como será mencionado mais adiante, o temor de que os desvios com relação às fórmulas mágicas resultem em consequências indesejáveis faz com que, para evitar quaisquer riscos, a prática da magia tenda a assumir uma forma estereotipada (tradição), como é o caso dos tabus. Em suma: uma prática rigorosamente padronizada em si mesma, mas cuja ocorrência é meramente eventual. Por ora, o que interessa é a tensão que a magia, na extracotidianeidade de sua ocorrência e da qualificação dos que são aptos a praticá-la, manteve com o protestantismo ascético.

²²⁵ No seguinte comentário acerca das relações entre a antiga profecia judaica e a magia, Pierucci não deixa dúvidas a respeito da intransigência da primeira com relação à segunda: “[...] E se o Deus único da profecia emissária é um Deus pessoal e supramundano, os homens estão privados do poder de coagi-lo magicamente com rituais simpáticos e fórmulas mágicas. Num primeiro momento, a profecia ética *desvaloriza* as práticas mágicas, retirando-lhes todo valor salvífico – a magia é uma nulidade, uma bobagem, uma inutilidade [...]. Num segundo momento, a profecia ética *antagoniza* a magia, que passa a ser levada a sério como coerção divina e, enquanto tal, ofensa grave a Javé, o Deus da aliança: pecado, blasfêmia, sacrilégio” (PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo*: todos os passos do conceito em Max Weber, p. 180).

²²⁶ WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva, v. 1, p. 292-294.

²²⁷ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo*: todos os passos do conceito em Max Weber, p. 71-72 e 104.

Tal desnivelamento constitui uma verdadeira relação de dominação entre a divindade e os seres a ela subordinados.

No entanto, o desencantamento do mundo operado pela religião não se limitou à eliminação dos fazeres mágicos e, conseqüentemente, à substituição de uma visão de mundo monista por uma dualista. Por diversas vezes, Pierucci²²⁸ enfatiza que, no contexto ocidental, esse processo também apresentou um aspecto positivo de igual importância: o desenvolvimento da distinção entre “ser” e “dever ser”, que era esfumada pela magia; uma “guinada axiológica” que conduziu à eticização da religiosidade e à moralização cotidiana da conduta de vida. Distinções como essas que, segundo Pierucci, definem a transição da imagem mágica do mundo para a visão ético-religiosa do mundo,²²⁹ tornam-se ainda mais nítidas quando efetivadas por religiões monoteístas:

E, em se tratando de éticas religiosas monoteístas, heteronômicas por definição, o “dever ser” decerto que coincide cem por cento com a vontade divina, com tudo aquilo que o Deus único e pessoal deseja, quer e ordena [...] Magia, ao contrário, implica a vontade de subordinar os deuses, o oposto do proposto pela religião eticizada [sobretudo a monoteísta], a qual requer a vontade de obedecer aos mandados de um Deus que premia e castiga.²³⁰
No monoteísmo, ao contrário do politeísmo, há Uma Só Lei, que se aplica a todos igualmente. Um só Deus, uma só lei, uma ordem cósmica e social. O Uno, em suma. A metafísica propriamente dita.²³¹

A diferença decisiva entre um deus ético e um deus aético, ressalta Pierucci, é a capacidade que tem o primeiro de suscitar uma condução da vida, mediante a atribuição de um sentido – que é normativo – ao cotidiano. Não é como se as religiões politeístas fossem destituídas de divindades com caráter ético, lembra o autor, mas evidentemente essa eticização da vida cotidiana é tão maior quanto a divindade que a exprime tenha ascendência

²²⁸ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo*: todos os passos do conceito em Max Weber, p. 70-71, 87-90 e 182.

²²⁹ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo*: todos os passos do conceito em Max Weber, p. 70. Na opinião de Pierucci, como os trabalhos de Weber revelam uma verdadeira bi-implicação entre a desmagificação e a eticização religiosas, uma necessariamente pressupondo a outra, causa certa estranheza o fato de ele por vezes ter empregado o termo “ética mágica” para se referir ao modo pelo qual a magia vincula o comportamento de seus adeptos (Ibidem, p. 74 e 126). Por essa razão, Schluchter também afirma que a “ética mágica” não pode ser considerada como ética em sentido estrito (*Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber*, p. 104). Sendo assim, as religiões desencantadoras, que em alguma medida significativa romperam com a magia e instituíram uma eticização da conduta diária de vida, serão designadas aqui como “religiões eticizadas”, por oposição à magia, tal como faz Pierucci.

²³⁰ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo*: todos os passos do conceito em Max Weber, p. 73-74.

²³¹ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo*: todos os passos do conceito em Max Weber, p. 107.

sobre todas as outras; ainda mais se ela for considerada a única existente, e, em grau máximo, tratando-se do protestantismo ascético.²³² Exatamente por essa razão, o monoteísmo constitui uma condição básica para a erradicação da magia: “[p]ara romper o círculo mágico dessa pura imanência animada, só mesmo a profecia eticamente exigente enviada ‘de fora’ por um Deus ‘outsider’ [...] um Deus único supramundaneamente ético”.²³³ Nesse sentido, mas invertendo os termos, Weber indica, entre os principais obstáculos à formação de um monoteísmo rigoroso, o interesse dos leigos em um objeto religioso aberto à influência mágica. Onde essa concepção muito particular de divindade esteve ausente, como nas culturas chinesa e indiana, a racionalização religiosa não eliminou a magia como prática e, sobretudo, visão de mundo.²³⁴

É assim que, ao vincular a salvação religiosa a uma condução metódica da vida, o ascetismo intramundano, muito forte em determinados segmentos protestantes, radicalizou essa tendência desmagificadora já presente, com menor intensidade, no judaísmo antigo. Para exemplificar essa tendência, pode-se pensar, por exemplo, na doutrina da predestinação. Ora, ela não significa outra coisa senão a conduta metódica de vida, manifestada especialmente no trabalho profissional, como o único sinal acessível à criatura humana acerca de sua salvação, cuja decisão, cabendo unicamente a Deus, é tomada de antemão e é irrevogável, não sendo, portanto, influenciável por quaisquer meios mundanos – incluindo o mérito pela realização de boas obras, a culpa por não realizá-las e, principalmente, a magia em todas as suas manifestações, inclusive os ritos eclesiástico-sacramentais.²³⁵

O pensamento racional, especialmente sob a forma da ciência moderna, também contribuiu, ao lado da religião, para o desencantamento do mundo experimentado pela sociedade ocidental. Tanto é que Weber menciona o pensamento científico helênico, ao lado da profecia do judaísmo antigo e do protestantismo ascético, como fator de rejeição dos meios mágicos de busca da salvação.²³⁶ Por essa razão, observa Schluchter, o desencantamento do mundo pode ser compreendido tanto como processo histórico-religioso quanto como

²³² PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 106. Assim, Weber afirma que “A qualificação ética da divindade não está limitada, de modo algum, ao monoteísmo. Neste, ela tem consequências de maior alcance, mas, em princípio, é também possível nos diferentes graus da formação de um panteão” (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 1, p. 297).

²³³ SCHLUCHTER, Wolfgang. *Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber*, p. 219.

²³⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 1, p. 292.

²³⁵ WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*, p. 91-98.

²³⁶ WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*, p. 96.

histórico-científico.²³⁷ Em *A ciência como vocação*, Weber mobiliza a noção de desencantamento para se referir, justamente, à possibilidade que o homem moderno adquiriu, caso assim deseje, de reconhecer a inexistência de poderes misteriosos subjacentes ao mundo, bem como, conseqüentemente, à capacidade de dominá-lo por meio de recursos técnico-científicos no lugar do emprego de artifícios mágicos.²³⁸ Dessa maneira, a ciência moderna constituiu um segundo vetor da rejeição das concepções mágicas de mundo. Pode-se dizer, com as palavras de Pierucci, que o mundo moderno é “duplamente desencantado”, o que equivale a dizer “radicalmente desencantado”.²³⁹

Contudo, ao contrário da religião, a filosofia e a ciência constituem pensamentos tipicamente antidogmáticos. Se não forem constrangidas, por impulsos externos, a um compromisso artificial com os dogmas religiosos, podem facilmente se encontrar instadas a questioná-los. No nível mais profundo, podem não só questionar, mas rejeitar completamente, como faz a ciência empírica moderna, a própria possibilidade de se atribuir um sentido objetivo ao mundo.²⁴⁰ Assim, apesar de terem contribuído reciprocamente na produção de uma visão de mundo desmagificada, sempre houve certa tensão entre a religião e o conhecimento racional. Segundo Schluchter, enquanto as representações religiosas se mantiveram dominantes, como no decorrer da Idade Média, elas conseguiram impor limitações à discussão racional e conservar a primazia da fé cristã; entretanto, a tensão entre as duas esferas se intensificou em virtude da progressiva autonomização da ciência.²⁴¹ E assim, como observou Weber, a ciência, pretendendo monopolizar o discurso racional, passou a rotular a religião como prática irracional.²⁴²

Não mais um campo fragmentado na medida em que povoado por uma pluralidade de forças místicas, nem mesmo um *cosmos* de sentido ordenado normativamente por um Deus supramundano, agora o mundo passa a ser visto, segundo Weber, como um simples

²³⁷ SCHLUCHTER, Wolfgang. *O desencantamento do mundo: seis estudos sobre Max Weber*, p. 37-45.

²³⁸ WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 34-35.

²³⁹ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 139-140.

²⁴⁰ Cf. WEBER, Max. Consideração intermediária: teoria dos graus e orientações da rejeição religiosa do mundo, p. 347-348; WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*, p. 39-44.

²⁴¹ SCHLUCHTER, Wolfgang. *O desencantamento do mundo: seis estudos sobre Max Weber*, p. 41-42.

²⁴² Cf. WEBER, Max. Consideração intermediária: teoria dos graus e orientações da rejeição religiosa do mundo, p. 347-348.

“mecanismo causal” do ponto de vista da ciência moderna.²⁴³ Embora ambos os processos contribuam para a desmagificação do mundo, o desencantamento efetivado pelas religiões eticizadas resulta em uma abundância de sentido, que antes escasseava em razão do caráter (supostamente) fragmentário e assistemático da magia, incapaz de estabelecer uma conduta de vida, enquanto o efetivado pela ciência tende a um esvaziamento, pois reduz o mundo à sua pura facticidade.²⁴⁴ Não por acaso, a “perda de sentido” talvez seja o diagnóstico mais característico que Weber fez da modernidade.²⁴⁵

A redução da natureza à pura facticidade, extirpando dela todo e qualquer conteúdo de sentido – inclusive e, sobretudo, o normativo –, trouxe consigo, como consequência lógica inevitável, a radicalização da distinção entre fato e norma, a qual, como enfatizado anteriormente, já havia sido delineada, em grau menor, pelas religiões desmagificadoras.²⁴⁶ Sob essa nova forma de observar a realidade, o mundo em si não conteria quaisquer juízos normativos intrínsecos; normas e valores seriam sempre criações humanas.

Como adverte Schluchter,²⁴⁷ isso não significa, para Weber, uma substituição ou superação da religião pela ciência. Semelhante pretensão não seria possível, pois a ciência moderna não tem os meios para fornecer respostas às questões espirituais, metafísicas, éticas e, em suma, de sentido, das quais se ocupa a religião. Como a ciência rejeita a existência real

²⁴³ WEBER, Max. Consideração intermediária: teoria dos graus e orientações da rejeição religiosa do mundo, p. 347-348.

²⁴⁴ Cf. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 80, 141-142 e 153-156.

²⁴⁵ Cf. WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*, p. 34-42.

²⁴⁶ A distinção fato/norma foi delineada pelas religiões desmagificadoras na medida em que, como já enfatizado, para elas o “dever-ser” deixou de se confundir completamente com os próprios processos naturais, passando, em vez disso, a corresponder cada vez mais à vontade divina. Mas ainda assim é possível confusões entre essas duas esferas em determinados aspectos, razão pela qual, por si só, as religiões desmagificadoras não a radicalizam tanto quanto a ciência moderna. É o caso, por exemplo, quando se enxergam os acontecimentos naturais prejudiciais ao ser humano como sanções divinas a seu comportamento. É o que se pode depreender, por exemplo, da seguinte passagem em que Weber comenta a transição da magia para uma religião eticizada: “Onde a crença nos espíritos é racionalizada até tornar-se uma crença nos deuses – e portanto não há mais os espíritos que querem ser forçados pela magia, mas sim os deuses que querem ser venerados no culto e ser objeto de súplicas –, a ética mágica da crença nos espíritos transforma-se na idéia de que aquele que infringe as normas divinas provoca o desgosto ético do deus que pôs aquelas ordens sob sua proteção especial. Agora é possível supor que a derrota diante do inimigo ou outra desgraça que caia sobre o povo não se deve à falta de poder do deus local, mas às infrações pelos seus adeptos das ordens éticas por ele protegidas, que provocam sua ira, cabendo, portanto, aos próprios *pecados*, e que deus, com uma decisão desfavorável, quis precisamente castigar e educar seu povo amado” (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 1, p. 301-302).

²⁴⁷ SCHLUCHTER, Wolfgang. *O desencantamento do mundo: seis estudos sobre Max Weber*, p. 43.

de um sentido objetivo do mundo e da ação humana, Pierucci²⁴⁸ encontra aí a razão pela qual, diferentemente da religião, ela é incapaz de produzir uma cosmovisão que efetivamente o faça. Em vez disso, sucede um redimensionamento do papel social da religião, que deixa de interferir nas operações da ciência; pode-se falar, nesse sentido, em uma diferenciação funcional entre ambas as esferas. Também não implica dizer que a religião seja completamente desprovida de racionalidade: como tipo ideal, a distinção racional/irracional é confrontada, no plano empírico, com diferentes matizes de racionalidade; entre as religiões concretas existem, assim, aquelas mais ou menos racionais.

Essa tensão entre ciência e religião indica outro aspecto da racionalização experimentada pelo Ocidente moderno, a qual não se confunde com o desencantamento do mundo: o processo de secularização social. Como observa Pierucci,²⁴⁹ diferentemente da secularização, o desencantamento – como processo histórico-*religioso* – significa a eliminação da magia como meio de salvação, em torno de uma sociedade que é profundamente religiosa. A secularização, por seu turno, consiste no fato histórico de que a religião progressivamente perdeu a centralidade que tinha durante a pré-modernidade e o limiar da modernidade, sobretudo nos âmbitos político e jurídico, deixando, assim, de ostentar a força integradora que possuía no passado.²⁵⁰ Assim, a secularização social, fenômeno propriamente moderno, é condicionada, entre outros fatores, pelo desencantamento como processo histórico-*científico*, cujo principal desdobramento é a perda de sentido (em especial o religioso), e não pelo desencantamento em sentido estrito, ou seja, enquanto eliminação da magia como meio de salvação. Se o desencantamento, nesta última acepção, refere-se à emancipação social relativamente à magia, ou seja, à dissolução das visões de mundo mágicas, a secularização significa uma considerável emancipação social no tocante à religião,

²⁴⁸ PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 145-146.

²⁴⁹ PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar um velho sentido, p. 115, 119-120, 145 e 153. O autor critica uma série de autores que, na passagem do século XX para o século XXI, pretendiam contestar a atualidade do fenômeno da secularização, baseando-se numa simplificação da descrição weberiana desse processo e opondo a ele dados empíricos sobre o aumento da religiosidade privada que, segundo eles, seriam expressivos de uma “dessecularização” ou “pós-secularização”. Após analisar a origem e a evolução conceitual da ideia de “secularização”, o autor constata que o principal problema dessa linha de argumentação consiste na sua falta de rigor conceitual, na medida em que desconsidera o que ele designa de “a dimensão verdadeiramente *hard* da secularização”, a qual já estaria presente na sociologia weberiana: “aquela que se instala na esfera da normatividade jurídico-política [...]”, ou seja, a “secularização do Estado, da lei, da normatividade jurídica em geral”, fenômeno que permanece atual (Ibidem, p. 107 e 153).

²⁵⁰ PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar um velho sentido, p. 119-120.

isto é, a dissolução de uma cosmovisão de base metafísico-religiosa.²⁵¹ Portanto, além da ciência moderna, outros fatores igualmente importantes contribuíram para a secularização da sociedade ocidental, por exemplo, a quebra da unidade religiosa europeia ocasionada pela Reforma Protestante;²⁵² mais um motivo, portanto, para distinguir os dois fenômenos, malgrado sua evidente proximidade.

Esse longo e amplo processo de racionalização social, responsável pelo desaparecimento das visões de mundo (mágicas e religiosas) que impunham limitações estruturais às mais variadas esferas sociais, gera, em última instância, uma série de consequências para a sociedade ocidental moderna, dentre as quais duas podem ser destacadas:

- 1) a separação e a autonomização das esferas culturais de valor;
- 2) a pluralização e a conflituosidade axiológica.

Na medida em que proporcionou, em um primeiro momento, a emancipação social com relação à magia e, posteriormente, relativamente à religião, a racionalização social gerou uma progressiva autonomização das esferas sociais, outrora limitadas por uma visão de mundo mágica ou uma cosmovisão metafísico-religiosa. Segundo a leitura de Habermas,²⁵³ a mundividência religiosa da sociedade pré-moderna constituiria precisamente o marco institucional que, além de fornecer o fundamento inquestionado para a legitimação da dominação, constrangeria a evolução dos subsistemas de ação racional dirigida a fins. Com a dissolução dessa cosmovisão metafísico-religiosa, as diversas esferas culturais de valor, antes amalgamadas e limitadas por ela, separam-se e passam a se desenvolver segundo suas próprias legalidades internas.²⁵⁴ Trata-se de um fenômeno que, sob outra matriz sociológica, denominada por Martuccelli²⁵⁵ como a da diferenciação social, e que teria autores como

²⁵¹ Denominam-se apenas as visões de mundo religiosas, e não as mágicas, como “cosmovisões” porque, na visão de Weber, a perspectiva mágica possui um sentido fragmentário, incapaz de unificar diferentes sentidos em uma totalidade sistematizada; incapaz de formar, em uma palavra, um “cosmos”, como as religiões eticizadas.

²⁵² Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 38; e HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 311.

²⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*, p. 61-62.

²⁵⁴ Cf. MARTUCCELLI, Danilo. *Sociologías de la modernidad: itinerario del siglo XX*, p. 177-178; PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 138; SCHLUCHTER, Wolfgang. *Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber*, p. 44; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, p. 35-36; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 59-60)

²⁵⁵ MARTUCCELLI, Danilo. *Sociologías de la modernidad: itinerario del siglo XX*.

Durkheim, Bourdieu e Luhmann entre os seus principais expoentes, foi descrito como um processo de diferenciação funcional da sociedade moderna.

Como observa Villas Bôas Filho,²⁵⁶ em consequência da perda de uma referência moral consensualmente compartilhada e da separação das esferas culturais de valor, elas não só passam a manter uma relação de tensão com a religião, como também são mais suscetíveis a colidirem entre si. Weber²⁵⁷ expressa essa situação por meio de duas metáforas: o “politeísmo de valores” e a “guerra dos deuses”, que se referem, respectivamente, à pluralidade axiológica e à conflituosidade irresolúvel entre os mais diversos valores.²⁵⁸ Conforme salienta Schluchter,²⁵⁹ diferentemente do politeísmo antigo, os “novos deuses” do “politeísmo desencantado” são valores impessoais e abstratos, e a escolha entre eles assume um caráter subjetivo e existencial, pois não é definida de antemão pelo destino, mas resulta de um ato de vontade humano. Tal circunstância leva a uma sobrecarga moral do indivíduo moderno, que deve escolher entre valores conflitantes e irreconciliáveis, de modo que a preferência por um deles implica necessariamente a exclusão dos demais.

3.2 O direito desencantado no âmbito da modernidade

Na qualidade de esfera cultural de valor, a regulação jurídica não passa ao largo de todas as transformações proporcionadas por esse processo de racionalização social que teve lugar na cultura ocidental. Com a privação do *ethos* coletivamente compartilhado, fornecido diretamente pela cosmovisão metafísico-religiosa, o direito perdeu a possibilidade de ser legitimado de maneira inquestionável por normatividades suprapositivas ligadas a uma divindade, como era o caso daquele jusnaturalismo tradicional concebido na Idade Média. Como consequência, emerge, com uma agudeza que reclama urgentemente por resposta, a questão acerca de como justificar o exercício legítimo da dominação e as regras que disciplinam a sociedade.

²⁵⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 62.

²⁵⁷ WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*, p. 49-52.

²⁵⁸ Sobre a separação das esferas axiológicas e o politeísmo de valores, enquanto resultados do processo de desencantamento do mundo, ver também Barbosa (Formalismo como conceito sociológico: uma introdução ao conceito weberiano de direito p. 62), Schluchter (Politeísmo de valores: uma reflexão referida a Max Weber. In: SOUZA, Jessé (org.). *A atualidade de Max Weber*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 15-18; 2014, p. 44-45), Pierucci (*O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 137 e ss.) e Villas Bôas Filho (*Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 59-65).

²⁵⁹ SCHLUCHTER, Wolfgang. Politeísmo de valores: uma reflexão referida a Max Weber, p. 16.

Embora o processo histórico-científico de desencantamento do mundo culmine com a perda de sentido, a via mais natural para se resolver a questão da legitimidade do direito foi, a princípio, a de preservar esse sentido totalizante, abalado profundamente com o avanço da secularização social. Assim, como observa Pierucci,²⁶⁰ em um primeiro momento o direito natural moderno, agora secularizado, figurou como um sucedâneo plausível do direito natural tradicional. Ora, em sua versão moderna, ele consiste em fenômeno resultante do próprio processo de secularização: o exemplo mais paradigmático e influente dessa tendência é a hipótese ímpia de Hugo Grócio, segundo a qual o direito natural existiria “ainda que Deus não existisse”.

Tendo isso em vista, Weber²⁶¹ afirma que a natureza e a razão, como critérios de legitimidade, são equalizadas pelo direito natural, e que, segundo a nova perspectiva jusnaturalista, as normas provenientes de ambas independeriam da vontade divina. Isso significa que a razão secularizada, pretendendo-se natural, substituiu o elemento divino e deixou de se confundir com ele. Nesse sentido, Weber assevera que, em seu surgimento, o direito natural moderno consistiria na “única forma consequente e específica de legitimidade de um direito que pode restar quando não há mais revelações religiosas, nem a santidade autoritária da tradição e de seus portadores”.²⁶² Em outras palavras, Pierucci conclui que o novo direito natural se tornou a única fonte possível de legitimação do direito positivo quando os processos de secularização e de desencantamento já haviam avançado consideravelmente.²⁶³

É curioso notar que, embora Weber tenha distinguido nitidamente o desencantamento do mundo conforme se trate de um processo histórico-religioso ou histórico-científico, parece que, de alguma maneira, ambos confluem, direta ou indiretamente, com a secularização da sociedade moderna. Por um lado, o desencantamento *científico* acarretou uma progressiva perda de sentido, sobretudo o religioso, e contribuiu, assim, decisivamente com a secularização social. Por outro lado, a Reforma Protestante não apenas tornou possível a emergência do protestantismo ascético, mas essa *religião* desencantadora também radicalizou

²⁶⁰ PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar um velho sentido, p. 137.

²⁶¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2012. v. 2, WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 136.

²⁶² WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 134-135.

²⁶³ PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar um velho sentido, p. 138.

a rejeição da magia como meio de salvação. Além disso, como observa Hespanha, ao lado do contato contínuo com os povos ameríndios, totalmente alheios ao catolicismo europeu, a Reforma Protestante, ao resultar na quebra da unidade religiosa da Europa, fez com que a crença religiosa, não mais consensual, deixasse de constituir um fundamento amplamente compartilhado para o direito, papel este que o jusnaturalismo moderno conferiu, então, à razão humana – atributo laico que, diferentemente da fé católica, seria comum a toda a humanidade.²⁶⁴

Contudo, a força legitimadora dos jusnaturalismos modernos esvai-se com a radicalização desse processo de racionalização. O desencantamento científico do mundo, ao esvaziá-lo de sentido, dissolve as concepções cosmológicas hierárquicas sobre as quais, como salienta Orlando Villas Bôas Filho, repousariam tais semânticas.²⁶⁵ Nas palavras de Weber, o *racionalismo e o ceticismo do intelectualismo* moderno, entre outros fatores, fizeram o direito natural cair “em profundo descrédito”, perdendo “a força de servir de fundamento a um direito”, pois, comparadas à revelação religiosa ou à santidade da tradição, suas normas de caráter racional, embora persuasivas, seriam “sutis demais para essa tarefa”.²⁶⁶ Tal sutileza do direito natural decorre, em primeiro lugar, de ele ter substituído o elemento divino, como princípio totalizador de sentido, pela razão secularizada, à qual incumbiu da mesma função, sem, no entanto, que ela dispusesse da mesma autoridade.²⁶⁷ Em segundo lugar, porque, sem uma autoridade equivalente à de Deus, não foi capaz de fazer frente à perda de sentido que,

²⁶⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, p. 311. Da mesma maneira, Celso Lafer afirma que: “A secularização está ligada à afirmação dos conceitos de soberania e razão-de-Estado e à reforma protestante, que levaram à separação entre Direito e Teologia e à busca de um fundamento para o direito, que fosse válido independentemente da discussão sobre a existência de Deus” (*A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 38).

²⁶⁵ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 129-132.

²⁶⁶ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 140.

²⁶⁷ Kelsen parece compreender essa crise de fundamentação da teoria moderna do direito natural ao insistir em afirmar que ela teria um caráter metafísico-religioso que pressuporia como fundamento implícito a figura de uma divindade transcendente, mesmo quando, a partir de certo ponto histórico, ela tenha renunciado a uma justificação explicitamente religiosa. Ao comentar como o fato de ser cristão não impediu Grócio de defender uma concepção de direito natural “válida mesmo que se admitisse não haver Deus”, Kelsen acrescenta: “se bem que, ao que parece, [Grócio] não tivesse consciência de que, sem a crença numa natureza criada por um Deus justo, a aceitação de um direito justo imanente a esta mesma natureza não seria possível nem coerente” (KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 75). Independentemente de seu diagnóstico ser ou não correto, fato é que Kelsen foi mais um que enxergou certa implausibilidade na tentativa de laicização do direito natural empreendida pelo racionalismo moderno. E não foram poucos os reflexos que essa percepção trouxe à sua de teoria do direito.

segundo Weber,²⁶⁸ teria sido disseminada pela ciência empírica moderna ao reduzir o mundo a um mero “mecanismo causal”.²⁶⁹

Outro fator que contribui com esse processo é a pluralidade axiológica que resulta de um mundo desencantado, secularizado e, nesse sentido, racionalizado. Em razão da perda de uma referência moral amplamente compartilhada, tornaram-se cada vez mais problemáticas a universalidade e a evidência das normas suprapositivas elaboradas pelas teorias do direito natural. Como observa Hespanha, em geral os jusnaturalismos modernos imaginavam uma sociedade homogênea, composta por indivíduos iguais em todos os seus aspectos fundamentais.²⁷⁰ Ora, essa homogeneidade social, pressuposta pelo direito natural como a base de suas aspirações de unidade moral, tornou-se flagrantemente insustentável em uma sociedade profundamente pluralizada como a moderna. Com a separação das esferas culturais de valor, outrora amalgamadas por uma referência moral fornecida pela religião, não só emergiu uma estrutura social essencialmente heterogênea, como as referências morais se diversificaram de uma maneira jamais experimentada pela civilização ocidental.

Se, em um dos extremos do raciocínio jusnaturalista, tornava-se problemática a sustentação de uma unidade moral que serviria de base ao direito, este último, no outro, também apresentava configurações concretas incompatíveis com a retórica do direito natural. Nesse sentido, tendo em vista os processos de historicização e de positivação do direito, Celso Lafer enfatiza que “as aspirações de universalidade e imutabilidade que caracterizam a elaboração jusnaturalista e que são típicas da Ilustração esbarraram com as realidades de direitos históricos, contingentes e variáveis”.²⁷¹ Dito de outra forma, a fundamentação do direito natural passou a ser corroída de ponta a ponta pelas novas circunstâncias sociais.

Em suma, as pretensões teóricas do direito natural não mais convenciam. Se o desencantamento *religioso* do mundo eliminou a possibilidade de fundamentar o direito com base em uma visão de mundo mágica, a vertente *científica* desse processo, ao rejeitar a

²⁶⁸ WEBER, Max. Consideração intermediária: teoria dos graus e orientações da rejeição religiosa do mundo, p. 347-348.

²⁶⁹ A propósito, Lafer descreve como o prestígio da ciência, sobretudo no pensamento europeu do século XIX, mas também em certas regiões do Brasil, contribuiu para a erosão do paradigma do direito natural, destacando como Ruy Barbosa, após aludir à importância da ciência, teria qualificado as deduções jusnaturalistas como “sutis, eloqüentes, mas inverificáveis” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 43-44).

²⁷⁰ Cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, p. 301.

²⁷¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 39.

possibilidade de um sentido objetivo das coisas, arrebatou a viabilidade de fazê-lo segundo uma visão de mundo metafísico-religiosa ou puramente metafísica, tal como, neste último caso, a pressuposta pelo direito natural secularizado. Essa progressiva inadequação social do direito natural reativou o potencial de uma crise de legitimidade do direito moderno, ainda mais quando combinada com a crescente positivação jurídica.²⁷² De acordo com Villas Bôas Filho, trata-se de um dilema que pode ser resumido em, por um lado, o direito não poder mais encontrar, de forma segura, sua legitimidade em cosmovisões, tais como as fornecidas pela religião ou pelo direito natural, e, por outro, precisar de uma ancoragem firme que, diante de sua crescente positivação e mutabilidade, não o reduza ao mero arbítrio.²⁷³

É por conta dessa problemática que o processo de racionalização do direito moderno descrito por Weber culmina com a constituição de uma esfera jurídica autônoma, sujeita apenas a sua própria legalidade interna. Sua principal característica, segundo Pierucci, consiste precisamente em ser “capaz de fundamentar-se a si mesma de modo reflexivo, sem ter que recorrer a forças suprassensíveis ou a normas já dadas de qualquer natureza”.²⁷⁴ E é assim que o jusnaturalismo perde grande parte de sua plausibilidade no contexto moderno, ao mesmo tempo que, nas palavras de Villas Bôas Filho,²⁷⁵ “o positivismo jurídico se coloca como uma semântica que ofereceria algumas vantagens à autodescrição de um direito mutável e contingente que, ademais, é posto e validado por decisões”.²⁷⁶

As observações feitas por Hespanha acerca de como a ciência moderna influenciou o pensamento jurídico, aproximando-o de uma concepção de objetividade baseada na realidade empírica do direito e afastando-o da especulação jusnaturalista, ilustram muito bem esse

²⁷² Sobre a crise da racionalidade que dava esteio à doutrina do direito natural: cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 69-70.

²⁷³ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, p. 208-210. Acerca desse problema de legitimação do direito moderno: cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 308.

²⁷⁴ PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar um velho sentido, p. 128-129.

²⁷⁵ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann, p. 131-133.

²⁷⁶ Diagnóstico semelhante é feito por Weber, para quem, à sua época, em consequência do “profundo descrédito” das teorias do direito natural, o positivismo avançaria “de maneira irrefreável”. Ao descrever essa situação, Weber ainda afirma que “o desaparecimento das antigas idéias do direito natural aniquilou, em princípio, a possibilidade de atribuir ao direito, como tal, em virtude de suas qualidades imanentes, uma dignidade supra-empírica: hoje ficou demasiado patente que ele, na maioria de suas determinações e precisamente em muitas delas fundamentalmente importantes, é produto e meio técnico de um compromisso de interesses” (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 140).

ponto. Nota-se, nas linhas transcritas a seguir, como o processo científico de desencantamento do mundo conduziu a uma progressiva implausibilidade das teorias do direito natural e ao concomitante avanço de diferentes concepções jurídicas positivistas:

A evolução das ciências naturais, a partir dos finais do século XVIII, e a sua elevação a modelo epistemológico criaram a convicção de que todo o saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica (“posta”, “positiva”); de que a observação e a experiência deviam substituir a autoridade e a especulação doutrinária ou filosófica como fontes do saber. Este espírito atingiu o saber jurídico a partir das primeiras décadas do século XIX. Também este, se quisesse merecer a dignidade de ciência, devia partir de coisas positivas e não de argumentos de autoridade (teológica ou académica, como no período do direito comum) ou de especulações abstratas (como no período do jusracionalismo). No campo jurídico, este movimento integrava-se harmonicamente na campanha contra a incerteza e confusão do direito tradicional, disperso, casuísta, dependente da teologia e da moral. Mas atingia também a proliferação de sistemas puramente especulativos de direito natural surgidos no decurso do século XVIII. Ou seja, dirigia-se tanto contra a vinculação do direito à religião e à moral como contra a sua identificação com especulações do tipo filosófico, como as que eram correntes nas escolas jusracionalistas. Contra uma coisa e contra outra, proclamava-se a necessidade de um saber dirigido para “coisas positivas”. Só que as várias escolas entenderam de forma diversa o que fossem “coisas positivas”. [...] Todas essas formas de positivismo têm em comum a recusa de quaisquer formas de subjetivismo ou de moralismo. O saber jurídico (agora, a *ciência* jurídica) deveria cultivar métodos objetivos e verificáveis, do género dos cultivados pelas ciências “duras”, dela devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais).²⁷⁷

São essas mudanças estruturais na sociedade ocidental que levam à emergência e prevalência de um direito racional e formal. Como já constatado por diversos autores, o termo “racional” empregado por Weber para qualificar o direito é, como ele próprio reconhece, atravessado por uma considerável plurivocidade.²⁷⁸ Ainda assim, cumpre recuperar esses diferentes significados, pois é possível identificar, em cada um deles, uma importante relação

²⁷⁷ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*, p. 398-399.

²⁷⁸ Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 11-13. Em sua *Sociologia do direito*, apesar de mobilizar dois pares conceituais aparentemente simples (racional/irracional e formal/material) para construir uma tipologia do direito, a ambiguidade com que Weber os emprega se presta a intermináveis dificuldades de interpretação. Segundo Kronman, isso se deveria ao fato de Weber mobilizar apenas dois pares conceituais para indicar o que são, na realidade, três distinções no pensamento jurídico (KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 122-123). Muitas são as tentativas de sistematizar essa tipologia; nesse sentido, ver, por exemplo: FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Tradução Luís Claudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2; KRONMAN, Anthony. *Max Weber*; SCHLUCHTER, Wolfgang. *The rise of western rationalism: Max Weber's developmental history*. Translated by Guenther Roth. Los Angeles: University of California Press, 1992. Neste trabalho, adotar-se-á a sistematização realizada por Kronman por se acreditar que, entre as citadas, é a que melhor consegue desfazer tais dificuldades.

de sentido com o processo de modernização experimentado pela sociedade ocidental em geral. Segundo Kronman, são quatro as diferentes mas correlacionadas acepções que a racionalidade e suas derivações vocabulares assumem na *Sociologia do direito* de Weber.²⁷⁹

Em um primeiro sentido, direito “racional” é aquele cujas decisões têm um conteúdo regido por regras.²⁸⁰ Assim, de acordo com Kronman, o direito é mais racional quanto mais os direitos e deveres forem prescritos por regras identificáveis e dotadas de determinado grau de generalidade, e menos racional, quanto mais forem resultado de decisões *ad hoc* e, por conseguinte, insuscetíveis de serem reduzidas a um número limitado de normas.²⁸¹ Além disso, Kronman salienta que Weber costuma empregar o termo “formal” e suas derivações como sinônimos de racionalidade nesse primeiro sentido. Em outras situações, porém, a expressão alude à separação entre a normatividade jurídica e a normatividade extrajurídica, por oposição ao direito “material”, que não pressupõe nem realiza tal distinção.²⁸²

Já o segundo sentido de racionalidade consiste em uma maneira específica mobilizada pela análise jurídica para identificar as características juridicamente relevantes de determinadas situações de fato e distingui-las das que não possuem um sentido jurídico: a “interpretação lógica do sentido”.²⁸³ Em vez de encontrá-las nos próprios fatos, tal como procede o pensamento jurídico dito primitivo, como se algumas características externas deles possuíssem um sentido jurídico intrínseco, a interpretação lógica do sentido pressupõe que não há nenhuma qualificação normativa inerente a esses dados sensoriais e que, portanto, um evento só é suscetível de adquirir significado jurídico na medida em que expressar propósitos ou intenções humanas, os quais, por não serem diretamente acessíveis aos sentidos, só podem ter sua existência estabelecida mediante uma *interpretação* de suas manifestações sensíveis e externas.²⁸⁴⁻²⁸⁵ Como é possível notar, o que diferencia os dois tipos de pensamento jurídico é,

²⁷⁹ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 112-134.

²⁸⁰ Trata-se de um critério relativo ao conteúdo da decisão jurídica. Schluchter emprega o termo “substantively irrational” para se referir à decisão jurídica baseada em circunstâncias concretas de um caso em particular, tal como avaliados com base em padrões éticos, emocionais ou políticos, e não em regras gerais. Inversamente, portanto, pode-se qualificar esse primeiro sentido de racionalidade como “substantively rational” (*The rise of western rationalism: Max Weber’s developmental history*, p. 88).

²⁸¹ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 112-113. Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 11-12).

²⁸² KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 113.

²⁸³ Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 11-13.

²⁸⁴ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 129-130. Aliás, Kronman sintetiza bem essa distinção na seguinte passagem: “O pensamento jurídico primitivo encontra um sentido inerente no mundo da experiência sensorial tangível; a análise lógica do sentido, por outro lado, supõe que uma situação factual adquira sentido jurídico somente ao ser associada a um propósito ou intenção humana” (Ibidem, p. 133). Acerca

em última análise, a distinção entre fato e norma: pressuposta pela interpretação lógica do sentido, mas desconsiderada pelo pensamento jurídico primitivo.²⁸⁶

Na visão de Weber, a interpretação lógica do sentido seria uma condição indispensável para a constituição de um autêntico sistema jurídico.²⁸⁷ Embora ele não tenha explicado o porquê disso, Kronman sustenta que a resposta se encontra na particular tendência do pensamento primitivo à ausência de abstração e ao casuismo decisório. Na visão desse autor, para que uma ordem jurídica obtenha a abrangência necessária para a constituição de um sistema, suas regras precisam apresentar um elevado grau de generalidade e abstração, sendo justamente isso o que pensamento jurídico primitivo é incapaz de prover, na medida em que se limita a produzir uma coleção de regras e decisões particulares desprovidas de *unidade interna*, ainda que numerosas e conectadas engenhosamente. Assim é, pode-se concluir, porque esse tipo de pensamento pressupõe a existência de um sentido jurídico inerente às características externas dos fatos. Ora, por mais assemelhados que sejam *se pensados de maneira abstrata*, os fatos em si mesmos sempre diferem uns dos outros e nunca coincidem entre si, pois pelo menos alguns de seus aspectos sensoriais serão constantemente singulares e, portanto, contingentes.²⁸⁸

De acordo com o terceiro sentido, racionalidade se refere ao caráter sistemático da ordem jurídica, o qual se verifica na medida em que as proposições jurídicas constituam um

disso, ver também: SCHLUCHTER, Wolfgang. *The rise of western rationalism: Max Weber's developmental history*, p. 96; BARBOSA, Samuel Rodrigues. Formalismo como conceito sociológico: uma introdução ao conceito weberiano de direito, p. 60-61.

²⁸⁵ Evidentemente, do ponto de vista estático, para utilizar a terminologia kelseniana, mesmo o direito moderno contém alguns resquícios daquele formalismo sensível, por exemplo, o direito dos títulos de crédito. Contudo, como observa Kronman, a permanência desse instrumento se deve às suas facilidades econômicas, e não à crença de que as suas características sensíveis “realmente possuam um sentido mágico inerente” (*Max Weber*, p. 132).

²⁸⁶ Do ponto de vista da interpretação lógica do sentido, Kronman ressalta que “[...] o sentido normativo de uma ocorrência factual nunca pode ser equiparado às características de dados sensoriais da ocorrência em si – pelos mesmos motivos pelos quais um fato nunca pode ser um valor” (*Max Weber*, p. 133).

²⁸⁷ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 12-13.

²⁸⁸ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 138-139. O autor desenvolve essa linha de raciocínio, concluindo que “[...] se um tipo de pensamento jurídico desencoraja a abstração, ele também precisa impedir a formulação daqueles princípios gerais que um sistema jurídico verdadeiro exige para a sua construção” (*Ibidem*, p. 139). Assim, a escassez de abstração e o consequente casuismo do pensamento jurídico primitivo constituem explicações plenamente suficientes do seu potencial obstáculo à constituição de um sistema jurídico. Contudo, Kronman parece colocar maior ênfase numa explicação adicional, um pouco mais tortuosa, segundo a qual esse efeito decorreria da ausência da ideia mesma de um sistema jurídico, a qual se deveria, por sua vez, à falta de autoconsciência do pensamento primitivo acerca do seu caráter simbólico (cf. *Ibidem*, p. 139-141).

sistema dotado de clareza lógica, coerência interna e pretensão de completude ou ausência de lacunas.²⁸⁹

Por fim, o último sentido de racionalidade concerne às decisões que empregam mecanismos de resolução de controvérsias suscetíveis de “controle pelo intelecto”, seja por meio da lógica ou da verificação empírica.²⁹⁰ Não são racionais nesse sentido, por exemplo, o direito primitivo irracional-formal, cujas decisões dependem de meios puramente mágicos, e não, como no direito moderno, de meios de prova que, investigando os fatos, procuram estabelecer uma probabilidade relativamente elevada de determinada alegação fática ser verdadeira ou falsa. Ainda segundo Kronman, essa irracionalidade também está associada ao fato de as decisões não virem acompanhadas da exposição dos motivos que as justificaram, o que não apenas limita consideravelmente o controle de sua correção, mas também as torna consideravelmente imprevisíveis.²⁹¹

Tudo indica que os quatro diferentes sentidos em que a regulação jurídica pode ser considerada racional expressam, em maior ou menor grau, no âmbito do direito, a mesma racionalização social provocada, no Ocidente moderno, pelo processo de desencantamento do mundo. O regimento por regras não é apenas uma característica de um direito racional no primeiro sentido do termo; tal como enfatizado anteriormente, trata-se igualmente de um aspecto compartilhado por toda a conduta de vida egressa do processo de desencantamento do mundo operado pela religião. Não só para um regramento constante da conduta de vida, a distinção entre facticidade e normatividade, operada pelas religiões eticizadas, também é um pressuposto para a interpretação lógica do sentido que prepondera no pensamento jurídico moderno. Do mesmo modo, o caráter sistemático da ordem jurídica encontra evidente paralelo com a unificação de sentido operada por essas religiões, mas também com as necessidades de coerência e unidade lógica da ciência moderna. Além disso, se Weber estiver correto, a análise lógica do sentido é uma condição essencial para a constituição de um sistema jurídico

²⁸⁹ Cf. KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 113; WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 11-12.

²⁹⁰ Cf. KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 116; WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 12-13. Trata-se de um critério relativo ao *procedimento* pelo qual o direito é produzido ou identificado. Por essa razão, Schluchter designa o direito que não atende a esse critério, ou seja, que é produzido ou identificado por meios não controláveis pelo intelecto, como “procedurally irrational”. Inversamente, o direito que atende a esse critério pode ser designado como “procedurally rational” (*The rise of western rationalism: Max Weber’s developmental history*, p. 87). É nesse sentido que Pierucci também mobiliza a noção de “irracional”, para se referir aos meios de revelação carismática do direito que “não podem ser intelectualmente testados nem garantidos” (*Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar um velho sentido*, p. 130).

²⁹¹ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 124-128.

autêntico, o que faz com que o caráter sistemático de uma ordem jurídica por si só pressuponha, logicamente, todas as formas de expressão do desencantamento do mundo que se manifestam naquela maneira particular de pensamento jurídico. Por fim, pode-se notar que, assim como a religião se racionaliza na medida em que se dissocia da magia, também o direito se racionaliza quando substitui os mecanismos mágicos de prova por meios que, ao se reportarem diretamente aos fatos, como os documentos ou as testemunhas, seriam lógica e empiricamente controláveis pelo intelecto humano.²⁹²

Na visão de Weber, a única forma de regulação jurídica que reuniu, concomitantemente, os quatro sentidos de racionalidade anteriormente examinados foi o direito ocidental moderno. A especificidade desse tipo de direito também pode ser analisada a partir da relação funcional e significativa bastante particular que ele mantém com um tipo igualmente específico de dominação: a de caráter racional-legal.

O critério com que Weber distingue os diferentes tipos puros de autoridade são seus respectivos princípios legitimadores. Assim, a dominação racional-legal é denominada por Weber como aquela “baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação”.²⁹³ Além dela, Weber define outros dois tipos puros da dominação legítima: de um lado, a tradicional, “baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade”; de outro, a carismática, “baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas”.²⁹⁴

Procurando precisar a especificidade de cada um desses princípios legitimadores, Kronman examina, em cada qual, a natureza e a origem do “atributo gerador de autoridade” responsável por justificá-los.

²⁹² Da mesma maneira, Kronman atrela diretamente ao desencantamento do mundo tanto o controle pelo intelecto quanto a análise lógica do sentido, na medida em que ambos implicam, seja quanto aos meios de decisão ou à análise jurídica, substituir o protagonismo dos mecanismos sobrenaturais pela atuação humana (*Max Weber*, p. 128-129, 133-134). Schluchter expressa uma ideia semelhante, incluindo uma referência à sistematização jurídica: “As in the sociology of religion in which Weber treated the ‘demagicalization’ of the means of salvation as a consequence of the rationalization of the basic conceptions of salvation, he now treats the transition from concrete to logical formalism as a ‘demagicalization’ of legal procedure [...] Legal rationalization involves not only the ‘demagicalization’ of procedure but also the systematization of legal content” (*The rise of western rationalism: Max Weber’s developmental history*, p. 96-97).

²⁹³ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 1, p. 141.

²⁹⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 1, p. 141.

Por um lado, tratando-se das formas carismáticas e tradicionais de dominação, esse atributo consiste em uma qualidade natural e pessoal (o *status*) daquele investido de autoridade e que, por independe de sua vontade, não pode dele ser retirado nem transferido a outra pessoa. Por outro lado, na dominação racional-legal, esse atributo depende da vontade de quem a exerce: a função do burocrata é adquirida de forma deliberada, mediante o estabelecimento de uma relação voluntária entre ele e o Estado. Assim, a pessoalidade da autoridade tradicional e da carismática consiste, acima de tudo, na inseparabilidade entre a pessoa que a reivindica e o atributo que a legitima, e a impessoalidade da autoridade racional-legal, inversamente, na separabilidade de tais aspectos.²⁹⁵ Por sua vez, a dominação carismática distingue-se da tradicional porque, enquanto o líder tradicional é investido com base em uma característica ordinária sua – por exemplo, idade, sexo e parentesco comum –, que pode ser compartilhada por outras pessoas, o líder carismático é investido de autoridade unicamente por possuir qualidades extraordinárias, ou seja, características únicas e inéditas que o diferenciam de *todos* os outros seres humanos, e não de apenas alguns deles.²⁹⁶

A procedência do atributo gerador de autoridade tradicional é encontrada nas regras identificadas com as práticas imemorialmente seguidas: são elas que definem o critério pelo qual alguém será investido de autoridade. Nisso difere da dominação carismática, que é caracterizada, desde sua origem até seu efetivo exercício, por um notável desregramento e, nesse sentido, por uma irracionalidade. Como observa Kronman, em razão da exclusividade e do ineditismo das qualidades pessoais que os justificam, é difícil conceber regras capazes de restringir os comandos do líder carismático. Por essa razão, enquanto o líder tradicional tem seus poderes limitados pelas regras da tradição, as quais não pode violar sem ameaçar o próprio fundamento de sua autoridade, o líder carismático não encontra limitações prévias ao exercício de seu poder, a não ser o ônus de provar, de tempos em tempos, que possui e conserva os atributos extraordinários que o legitimam.²⁹⁷

Em contrapartida, o atributo gerador da autoridade racional-legal é determinado pelas ordens intencionalmente estatuídas, ou seja, criadas pela vontade humana em conformidade com um procedimento estabelecido. Assim, sua origem não se encontra em fatos que seriam dotados de um sentido jurídico intrínseco e independente da vontade humana, nem em práticas imemoriais que seriam insuscetíveis de criação ou alteração deliberada, mas,

²⁹⁵ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 67-68, 70, 87-90.

²⁹⁶ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 73-74.

²⁹⁷ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 74-75 e 103-104.

conforme observa Kronman, regras voluntariamente produzidas e modificáveis, cuja validade depende da correção formal de seu processo de criação.²⁹⁸ Como ressalta Kronman, diferentemente dos fatos invocados como justificações da autoridade pela visão tradicionalista, que possuiriam um sentido normativo intrínseco e *independente* de qualquer vontade, do ponto de vista racional-legal, o fato de uma norma ter sido criada mediante o procedimento formalmente correto só adquire significado normativo *porque* consiste em um ato voluntário de criação normativa.²⁹⁹ Por todas essas razões, a dominação racional-legal é aquela que melhor se coaduna com o processo de positivação do direito, em meio ao qual este progressivamente adquiriu, como sua característica mais sobressalente, a possibilidade de ser estabelecido, alterado e validado por meio de decisões.

Segundo Kronman, ao ver na existência imemoriável de uma prática sua própria força normativa, bem como ao identificar o atributo gerador de autoridade com as características naturais e ordinárias de uma pessoa selecionada por essa prática, como se elas possuíssem um caráter legitimador intrínseco em si mesmas, a dominação tradicional não reconhece explicitamente a distinção entre o “ser” e o “dever-ser”. Isso é verdadeiro mesmo que ela conserve certo grau de racionalidade, na medida em que se orienta pela observância de regras tradicionais. Assim, ele observa que esse tipo de dominação pressupõe que as normas e os valores seriam algo imanente ao mundo, que nele pode ser descoberto e cuja existência independe da vontade humana. O mesmo pode ser dito relativamente à dominação carismática, porquanto localiza o atributo gerador de autoridade nas características naturais e extraordinárias de uma pessoa. A diferença é que, nesse caso, a confusão entre “ser” e “dever-ser” é ainda mais acentuada, em razão do particular desregramento que, conforme analisado anteriormente, decorre de seu caráter extracotidiano.³⁰⁰

Algo muito diferente ocorre com a dominação racional-legal: comparada à tradicional, ela leva muito mais adiante a separação entre facticidade e normatividade:

Dito de forma simples, a autoridade racional-legal se baseia na suposição de que as normas são criadas, não descobertas, bem como na crença de que esse atributo, e tão somente ele, que confere a elas o seu *status* normativo [...] na premissa de que normas sociais vinculantes não existem quando separadas dos atos deliberados de legislação humana que as criam e, desse modo, não podem ser vistas como um aspecto inalterável do mundo que se

²⁹⁸ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 69-70 e 91-92.

²⁹⁹ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 81.

³⁰⁰ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 80-81 e 108.

apresente aos homens – um “destino” que os seres humanos não têm poder para evitar ou modificar.³⁰¹

Por conseguinte, pode-se afirmar que a distinção entre facticidade e normatividade, ou o grau com que ela é efetivada, é um dos critérios mais elementares que subjazem à distinção weberiana dos três tipos puros de dominação legítima. A forte ligação de sentido entre a dominação racional-legal e o direito moderno não decorre de outro motivo senão da radicalidade com que ambos pressupõem essa distinção, o que permite, inclusive, uma intensa relação funcional entre eles.

Como examinado anteriormente, a distinção entre fato e norma, inexistente ou esfumada nas sociedades encantadas, foi progressivamente nestas introduzida pelas religiões desencantadoras, por meio da supressão da magia e da eticização da conduta diária de vida. No entanto, na medida em que mesmo essas religiões podem se acomodar com certas indistinções entre tais domínios, por exemplo, quando interpretam fenômenos naturais desfavoráveis aos seres humanos como sanções pela violação de determinada norma divina, essa separação ainda não é levada a cabo com todas as suas consequências. Foi apenas com o desencantamento do mundo efetivado pela ciência que essa distinção pôde ser radicalizada, pois a partir de então não foi mais possível atribuir qualquer sentido normativo ao devir causal subjacente ao mundo. Em última análise, a esfera da normatividade e a da facticidade tornaram-se incomunicáveis.

O modo pelo qual a *ciência moderna* radicaliza a distinção ente “ser” e “dever-ser” pode ser exemplificado nos escritos metodológicos do próprio Max Weber. De acordo com Kronman, na base da sociologia weberiana há uma teoria positivista dos valores segundo a qual estes consistiriam necessariamente em normas criadas por atos de vontade humanos; jamais constituiriam dados intrínsecos à natureza das coisas.³⁰² Consequentemente, Kronman observa que, do ponto de vista weberiano – que é o de um *cientista social* –, isso seria verdade inclusive a propósito da dominação tradicional: as normas que a legitimam são criações voluntárias, por mais que seus praticantes acreditem que sua força justificadora decorreria de elas não o serem.³⁰³ Ora, como enfatiza Kronman, essa premissa epistemológica

³⁰¹ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 80. No mesmo sentido: *Ibidem*, p. 92-93.

³⁰² KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 30-32.

³⁰³ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 82-83. Evidentemente, essa postura consiste em um etnocentrismo que perpassa a análise weberiana da dominação tradicional. Não se trata, contudo, de etnocentrismo significativamente distinto daquele em que os próprios antropólogos inevitavelmente incorrem, inclusive ao

adotada por Weber é idêntica àquela na qual se baseia a dominação racional-legal, o que explica a primazia lógica – e não moral – que esse tipo específico apresenta na tipologia weberiana da dominação.³⁰⁴ Assim, diferentemente da dominação tradicional e da carismática, que apenas *exemplificam* essa premissa, a dominação racional-legal a reconhece e adota explicitamente como a base de sua legitimidade, sendo, nesse sentido, caracterizada por uma “autoconsciência” que falta às duas primeiras:

A autoridade racional-legal destaca o verdadeiro alicerce de *todas* as formas de dominação ao adotar explicitamente a positivação de valores como um princípio de legitimação: é esse traço da autoridade racional-legal que lhe confere o seu caráter nitidamente autoconsciente e que explica o tratamento prioritário que Weber lhe dedica no seu sistema de classificação.³⁰⁵

Sem dúvida, apesar de sua progressiva implausibilidade, o direito natural racionalizado legou importantes características ao direito positivo moderno. A partir do século XVIII e, sobretudo, no XIX, a positivação de uma série de conteúdos normativos oriundos da reflexão jusnaturalista influenciou profundamente as novas codificações e constituições.³⁰⁶ No entanto, como observa Weber, os jusnaturalismos modernos também contribuíram decisivamente para as próprias qualidades racional-formais do direito positivo moderno, sobretudo na medida em que “intensificaram, primeiro, a tendência ao direito logicamente abstrato e, em geral, o poder da lógica no pensamento jurídico”.³⁰⁷ No mesmo sentido, Lafer indica o ideal de sistema, oriundo dos saberes científicos, como uma das principais contribuições do direito natural ao direito positivo, a qual teria se efetivado mediante a transposição e positivação, pelos códigos, de uma visão jusnaturalista acerca do direito.³⁰⁸

De qualquer maneira, seus fundamentos tornaram-se incompatíveis com o desencantamento do mundo, processo este que, conforme enfatizado anteriormente, está intimamente relacionado com as qualidades formais do direito moderno. Em razão das mudanças estruturais experimentadas pela sociedade e pelo direito ocidentais, surge, assim, um tipo completamente novo de teorização acerca do direito. Por sua vez, Weber deixou seu

se esforçarem, mediante pesquisas de campo, para *compreender* os valores dos grupos estudados, sem, no entanto, aderirem eles próprios a esses valores e os tomarem como base para suas observações.

³⁰⁴ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 80. No mesmo sentido: *Ibidem*, p. 77-84.

³⁰⁵ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 84.

³⁰⁶ Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 38.

³⁰⁷ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 139.

³⁰⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 38-39.

próprio testemunho a respeito desse fato, ao dizer que, pelo menos até o início do século XX, quando ele escrevia, o positivismo jurídico avançava “de maneira irrefreável”.³⁰⁹ E, de fato, foi o que aconteceu, especialmente com a publicação da primeira edição da *Teoria pura do direito* por Hans Kelsen em 1934.

3.3 A teoria pura do direito no contexto geral da modernidade

Ao longo de cinco décadas, a teoria pura do direito de Hans Kelsen foi pensada, edificada e frequentemente calibrada com base em um programa metodológico positivista que, segundo Gabriel Nogueira Dias, seria composto por quatro postulados fundamentais: a radical distinção entre “ser” e “dever-ser”; a exclusividade do direito positivo; a relativização de valores; e, sintetizando esses três pressupostos, a ideia da pureza teórica como garantia de cientificidade.³¹⁰ Esses seriam, portanto, os critérios de objetividade científica que Kelsen julgava imprescindíveis para uma análise consequente do fenômeno jurídico.

Ainda que, em tempos mais recentes, muitas críticas consistentes ao positivismo jurídico kelseniano frequentemente se dirijam, direta ou indiretamente, à rigidez de um ou outro desses quatro fundamentos metodológicos, engana-se quem imagina que eles são ou sempre foram completamente despropositados. Pelo contrário: longe de consistirem no produto de algum devaneio inexplicável de seu autor, cada um desses postulados reflete uma clara preocupação com alguns dos aspectos que marcaram aquele processo de racionalização social tão característico da sociedade ocidental moderna. O mesmo pode ser dito acerca das decisões teóricas mais específicas que Kelsen precisou tomar, para além daqueles quatro princípios metodológicos gerais. Como examinado de maneira mais pormenorizada nas páginas anteriores, esse processo, caracterizado sobretudo pelo desencantamento do mundo e pela secularização social, teve como principais consequências a separação e a autonomização das esferas culturais de valor, bem como a pluralização e a intensificação da conflitividade axiológica.

³⁰⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, v. 2, p. 140. Relacionando a descrença no direito natural e a ascensão do positivismo jurídico com o processo de desencantamento do mundo, Pierucci observa que “[o] direito natural cede terreno ao positivismo jurídico – o que é isto? O que quer dizer isto? Desencantamento, ora; pura e simplesmente desencantamento. O que de mais desencantado pode haver, no âmbito das esferas de normatividade, do que a racionalidade utilitário-instrumental do positivismo jurídico?” (Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar um velho sentido, p. 139).

³¹⁰ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*, p. 142.

Por essas razões, pode-se identificar uma sólida relação de sentido entre, de um lado, a teoria pura do direito e, de outro, o contexto social moderno. Como observa Kronman, uma explicação hermenêutica busca estabelecer uma relação de sentido entre dois fenômenos distintos, em razão de eles compartilharem premissas epistemológicas e normativas semelhantes.³¹¹ Trata-se do primeiro passo, decisivo, para elucidar as *condições culturais* que ao mesmo tempo potencializam e limitam uma teoria do direito como essa.

Em primeiro lugar, assim é porque a pretensão de cientificidade de seu programa metodológico manifesta-se na radicalidade com que Kelsen postula a distinção entre “ser” e “dever-ser” – a mesma introduzida pelas religiões desmagificadoras e radicalizada pela ciência moderna.³¹² Não é por acaso que Kelsen, ao aludir à sociedade animista “primitiva”, na qual inexistiria a distinção entre fato e norma, não a descreveu como algo significativamente diverso do “jardim encantado” descrito por Weber.³¹³ Pelo contrário: nos dois casos, a mesma confusão entre facticidade e normatividade, a mesma afinidade eletiva que Pierucci observou, com toda a razão, entre a magia e o animismo.³¹⁴ Mais ainda, pode-se ir além do programa metodológico positivista, que contém essa distinção tão cara a Kelsen, para indicar o porquê de a dinâmica jurídica construída com base nele ser incompatível com uma sociedade encantada, tal como faz Celso Lafer:

O princípio dinâmico e o conceito de validade a ele inerente teve e tem grande utilidade e aplicação na experiência jurídica contemporânea. De fato, o princípio dinâmico do Direito, tal como elaborado por Kelsen, dificilmente resultaria de uma reflexão sobre a experiência jurídica de uma sociedade primitiva, na qual prevalece um Direito Costumeiro que se caracteriza pela

³¹¹ KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, p. 54 e 183.

³¹² O próprio Kelsen interpreta a distinção entre causalidade e imputação (decorrente, por sua vez, da distinção entre ser e dever-ser) como algo que faz sentido apenas do ponto de vista de uma perspectiva científica, mas não sob uma visão de mundo metafísico-religiosa: “Esta distinção desaparece nos quadros de uma mundividência metafísico-religiosa. Com efeito, por força dessa mundividência, a ligação de causa e efeito é produzida pela vontade do divino Criador. Portanto, também as leis naturais descrevem normas nas quais se exprime a vontade divina, normas que prescrevem à natureza um determinado comportamento. E, por isso, uma teoria metafísica do Direito crê poder encontrar na natureza um Direito natural. No entanto, nos quadros de uma mundividência científica, dentro dos quais apenas pode achar lugar uma teoria positivista do direito, a distinção entre lei natural e proposição jurídica deve ser sustentada e acentuada com firme decisão” (*Teoria pura do direito*, p. 87).

³¹³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 91-94.

³¹⁴ Cf. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 69.

lenta mudança, situação que permite identificar o direito pelo seu conteúdo.³¹⁵

Desse modo, a dinâmica jurídica apresenta elevado grau de plausibilidade em sociedades cujo direito, por ser essencialmente mutável, não pode ser definido em razão de possuir determinado tipo de conteúdo. Se esse é o caso da sociedade moderna, que, em meio ao processo de positivação do direito, tornou-o estabelecido e alterável por decisões, não é, evidentemente, o das sociedades que Weber designou de “jardins encantados”. Como é possível concluir a partir das análises de Pierucci, a crença na magia tende a produzir, em última análise, um forte apego à tradição: afinal, o temor de que os desvios das práticas rituais produzam consequências negativas fomenta a rotinização das fórmulas mágicas e a consolidação dos tabus.³¹⁶ Ora, as formas de regulação social que ostentam um caráter tradicional são, justamente, as mais avessas a qualquer tipo de alteração deliberada – as que mais identificam o direito pelo seu conteúdo – e que, portanto, prescindem de uma dinâmica jurídica.

Em segundo lugar, porque a falta de sentido engendrada pela ciência moderna vem acompanhada, inevitavelmente, daquela inconciliável pluralidade axiológica que Weber designa, metaforicamente, de “politeísmo de valores”. Nesse contexto, fundamentar o direito em qualquer espécie de valor suprapositivo requereria justificar o porquê da escolha desse valor em detrimento de outro – ônus que, tanto para Kelsen quanto para Weber, não seria possível atribuir à ciência. As razões que levam Kelsen a defender a tese da relativização de valores decorrem, justamente, da ausência de uma moral ou justiça absoluta.³¹⁷

Ora, conforme enfatiza Villas Bôas Filho, assim é porque a crítica de Kelsen coaduna-se com a percepção de que não há mais uma visão de mundo socialmente compartilhada, de base metafísica ou religiosa, que permita definir tais valores de forma amplamente aceitável

³¹⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 54-55.

³¹⁶ Cf. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 128-129 e 175-176.

³¹⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 72. No mesmo sentido: “Uma teoria do direito positivista, isto é, realista, não afirma – e isto é importante acentuar sempre – que não haja nenhuma justiça, mas que de fato se pressupõem muitas normas de justiça, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si. [...] Mantém, todavia, que estes critérios de medida têm um caráter meramente relativo e que, portanto os atos através dos quais uma e mesma ordem positiva foi posta podem, quando apreciados por um critério, ser fundamentados como justos e, quando apreciados segundo outro critério, ser condenados como injustos [...]. Uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em nenhuma das muitas normas de justiça – pois não pode dar a nenhuma delas preferência sobre as demais [...]” (KELSEN, Hans. *O problema da justiça*, p. 70).

para que, por meio deles, seja possível fundamentar e legitimar o direito positivo.³¹⁸ Logo, a teoria pura do direito contém, em sua pretensa neutralidade valorativa, uma decisão metodológica baseada em uma reflexão acerca do mesmo fenômeno social que foi descrito por Weber como um “politeísmo de valores”.

Além disso, diante de um mundo esvaziado de sentido, no qual não é mais possível fundamentar a objetividade jurídica em uma norma superior e inquestionável fornecida pela religião ou pelo direito natural, não resta alternativa para a teoria kelseniana senão buscar essa fundamentação no próprio fator que provocou essa situação: na ciência, ou, mais especificamente, em suas condições epistemológicas de objetividade. Portanto, é precisamente em razão da *falta de sentido normativo*, própria de um mundo amplamente desencantado pela *ciência*, que Kelsen, ao indagar acerca das condições sob as quais um ato de vontade recebe um sentido normativo objetivo, tem, necessariamente, de resolver essa questão mediante a postulação da norma fundamental, isto é, um ato de vontade puramente *intelectual*.

Por outro lado, a teoria pura do direito já não soaria tão plausível em um mundo desencantado *apenas* por força da religião, no sentido estrito da eliminação da magia como meio de salvação, combinada com a introdução de uma conduta de vida diária. Se esses dois resultados não são incompatíveis com o positivismo jurídico em geral, também não o são com o direito natural, que, se tiver conteúdo religioso, pode muito bem constituir o vetor dessa eticização social e, além disso, fornecer uma resposta menos tortuosa do que a de Kelsen, com sua dinâmica jurídica, para sua indagação acerca do “sentido objetivo” da normatividade jurídica. Por tudo o que foi exposto, não é, contudo, o caso do Ocidente moderno, e é precisamente por essa razão que o desencantamento do mundo como decorrência de um processo histórico-científico é, ao lado de seu outro significado, o resultado de um processo histórico-religioso, uma das condições culturais *sine qua non* da pertinência social da teoria pura do direito.

³¹⁸ “Essa crítica de Kelsen [às teorias do direito natural e ao conceito de justiça], ademais, já leva em consideração as características de uma sociedade pluralista, que não se subsume mais a visões de mundo socialmente compartilhadas, algo que era essencial para a fundamentação de um conceito absoluto de justiça, na perspectiva do jusnaturalismo. A inexistência de ordenações hierárquicas do mundo, fundadas em concepções religiosas ou metafísicas, acarreta a impossibilidade de postulação de valores absolutos, dentre os quais a justiça. A pluralidade de visões de mundo enseja a relativização do conceito de justiça, impossibilitando que lhe sejam atribuídas as qualidades próprias de um arquétipo ideal para a aferição valorativa da validade das ordens jurídicas positivas” (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann, p. 139).

Dessa maneira, a pertinência da teoria pura do direito com o contexto ocidental moderno deriva não apenas da postulação da relativização dos valores, mas também da distinção entre “ser” e “dever-ser” e da concepção de positividade do direito, bem como do desenvolvimento, a partir dessas três teses, de uma dinâmica jurídica pautada, acima de tudo, pelo comprometimento irrenunciável com esses pressupostos e que, em virtude disso, encerra a questão acerca da objetividade do sentido jurídico com a pressuposição de uma norma fundamental. É assim que, ao construir uma teoria que aspira ao mesmo tempo à neutralidade axiológica, à pureza e ao esteio na positividade, Kelsen traça sua estratégia para evitar a problemática moderna a respeito da legitimação do direito. Isso mostra que, frequentemente listado entre os mais importantes *filósofos e teóricos do direito* do século XX, o sucesso de sua teoria parece decorrer, acima de tudo, de tê-la compatibilizado com uma aguçada preocupação de caráter *sociológico*.

Quadro 1 – Afinidades entre a teoria pura do direito e a modernidade

Afinidade		
Modernidade		Teoria pura do direito
Social: racionalização	Jurídica: direito racional formal	
Desencantamento (religião/desmagificação)	Regência por regras	Distinção entre ser e dever ser Estática jurídica
Desencantamento (ciência/desmagificação e perda de sentido)	Interpretação lógica do sentido	
	Caráter formal	Monopólio do direito positivo
	Controle pelo intelecto	-
	Sistematicidade	Norma fundamental
Separação das esferas culturais de valor, politeísmo de valores e guerra dos deuses	Caráter formal	Relativismo de valores Dinâmica jurídica Norma fundamental
-	-	Pureza metodológica (síntese)

Fonte: o Autor.

Portanto, uma crítica sociológica consequente da teoria pura do direito deve levar em consideração a pertinência que ela manteve com o contexto social no qual foi construída, além de indicar claramente o porquê de essa pertinência precisar ser relativizada na sociedade contemporânea. Se, tratando-se de um fenômeno social peculiar do Ocidente moderno, o desencantamento do mundo não pode ser universalizado, como concluiu Pierucci,³¹⁹ o mesmo pode ser dito sobre uma teoria cuja pertinência é necessariamente condicionada por ele. É o que a antropologia jurídica se encontra em plenas condições de fazer, muito embora não o tenha feito, precisamente, por ter desconsiderado as raízes culturais dessa teoria.

3.4 As especificidades históricas da Áustria-Hungria

O problema da objetividade do direito, enfrentado por Kelsen, era algo ainda mais urgente no complexo contexto histórico, político e cultural da monarquia austro-húngara, cheio de tensões que desafiavam a unidade do Estado e do direito entre o final do século XIX e as primeiras décadas do século XX. Essa situação, em linhas gerais, antecedeu o nascimento de Kelsen (1881) e, certamente, prolongou-se durante boa parte de sua vida adulta.³²⁰⁻³²¹

Como observou Dias, em um período relativamente curto (1860 a 1867), o Império Austro-Húngaro promulgou quatro textos constitucionais consecutivos, cada qual invocando para si a irrevogabilidade e a inviolabilidade de suas respectivas disposições. Qual deles, afinal, poderia ser tomado pelo cientista do direito como o ponto de partida do sistema jurídico? Qual deles constituiria o fundamento de validade das normas infraconstitucionais? Para responder a essas perguntas, teria alguma relevância o fato de o texto constitucional de

³¹⁹ Cf. PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*, p. 213.

³²⁰ John Kelly elenca, entre os mais variados fatores da Primeira Guerra Mundial, oriundos de diferentes países europeus, “a instabilidade básica do multinacional Império Austro-Húngaro dos Habsburgos, constantemente abalado pelas ambições e rivalidades de seus povos, que via na guerra o caminho mais curto para reafirmar-se [...]” (*Uma breve história da teoria do direito ocidental*, p. 508).

³²¹ Conforme observam Lucas Konzen e Henrique Bordin a partir dos trabalhos do historiador Moreno Mínguez, “[o] Império Austro-Húngaro controlava um vasto território e um enorme contingente populacional. Em seu momento de maior expansão, às vésperas da Primeira Guerra Mundial, estendia-se da região do Tirol, na fronteira oeste, até a Bukowina, na fronteira leste; e da Boêmia, na fronteira norte, à Bósnia e Herzegovina, na fronteira sul. No entanto, ao contrário de outros Estados europeus, mais homogêneos do ponto de vista étnico, linguístico e religioso, a Áustria-Hungria abrigava em suas fronteiras uma grande diversidade de grupos sociais. No último recenseamento antes da guerra, estimou-se a população em mais de cinquenta milhões de habitantes, os quais pertenciam a onze diferentes nacionalidades, sem contar as etnias não reconhecidas como grupos nacionais” (KONZEN, Lucas P.; BORDINI, Henrique S. *Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen*. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 311, 2019).

1867 ser aquele efetivamente obedecido e aplicado na sociedade austríaca do começo do século XX?³²²

Ainda que Kelsen não tenha vivenciado diretamente esses acontecimentos, o fato de antecederem em alguns anos seu nascimento significa que, certamente, tiveram tempo de reverberar o suficiente no meio jurídico para que, de alguma forma mais ou menos consciente, despertassem a atenção de sua produção intelectual.³²³ Diante da progressiva perda de plausibilidade das doutrinas jusnaturalistas, que atingiam seu ápice nesse momento histórico, não restaria outra alternativa a Kelsen senão procurar outros fundamentos para responder a questões como essas.

Problemas assemelhados não foram superados nas primeiras décadas do século XX, ao longo do qual, pelo contrário, o surgimento e a desintegração de Estados soberanos foram fenômenos bastante recorrentes. Não foi diferente nos anos que antecederam e sucederam a dissolução do Império Austro-Húngaro, como corroboram depoimentos do próprio Kelsen em sua autobiografia de 1947, na qual ele relata sua participação ativa em acontecimentos de grande relevância na história recente de sua pátria, dos quais pelo menos três demonstram, de maneira específica, como ele se confrontou com o problema da objetividade do direito em situações concretas desse período histórico.

Primeiro, Kelsen relata que, quando assessor direto do ministro da guerra durante seu serviço militar, antevendo a iminente derrota militar do Império Austro-Húngaro em 1918, elaborou um memorando com a proposta de instauração de uma comissão, composta por líderes de diversas nacionalidades do império, para discutir a dissolução da monarquia e a formação de Estados nacionais autônomos, baseados no direito de autodeterminação dos povos. A ideia, segundo ele, seria permitir algo como uma federação de Estados sob o comando da dinastia imperial, desde que houvesse a necessária adesão voluntária das nacionalidades envolvidas a esse projeto. Em sua avaliação, o fracasso desse plano, em razão da rejeição dos tchecos, foi facilitado pela perda do momento ideal para seu início, pois a conjuntura política das semanas que antecederam as negociações permitiria “manter o bloco

³²² Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 204-205 e 217.

³²³ É provável que a experiência constitucional austro-húngara na segunda metade do século XIX, marcada pela promulgação sucessiva de quatro textos constitucionais, seja o motivo, dificilmente apreensível em países onde vigoram constituições mais duradouras, de toda a preocupação de Kelsen em enfatizar que a ordem jurídica tem na *primeira* constituição histórica, e não simplesmente em *uma* constituição, o mais elevado fundamento jurídico-positivo da sua validade.

de Estados austro-húngaros no centro da Europa”.³²⁴ Independentemente do acerto ou desacerto do diagnóstico de Kelsen sobre o fracasso de seu plano, que pouco interessa aqui, seu relato permite inferir que a preocupação dele era conservar a unidade política do antigo império dentro das pequenas possibilidades existentes, a despeito de como sua elevada pluralidade cultural servia – ora como causa, ora como pretexto – a pressões internas e externas pela autodeterminação dos povos.³²⁵

O *segundo* evento foi a colaboração de Kelsen, a convite do então chanceler Karl Renner, na redação dos projetos que, mais tarde, resultaram na promulgação da Constituição Federal de 1920 da Áustria germânica. Em meio a esses trabalhos, Kelsen utilizou-se da grande liberdade que lhe foi conferida nos aspectos jurídicos para, em suas palavras, “codificar de modo mais irrepreensível possível do ponto de vista da técnica jurídica os princípios políticos que me eram dados e construir, assim, garantias eficazes para a constitucionalidade da atividade estatal”.³²⁶

Terceiro, Kelsen descreve a repercussão pública de uma decisão da Corte Constitucional austríaca, na época em que ele era membro da Corte, que determinou a incompetência da justiça comum para a anulação das “dispensas matrimoniais” conferidas pela via administrativa. A Corte cassou uma sentença judicial que havia declarado a nulidade de um ato administrativo que havia concedido uma dispensa de impedimento matrimonial, sob o argumento, influenciado pela opinião técnica de Kelsen, de que seria da justiça administrativa, e não da justiça comum, a competência para revisar e anular quaisquer atos administrativos. Embora a decisão da Corte não tenha abordado o mérito da legalidade ou ilegalidade desse ato, a decisão foi apresentada pelos adversários do partido social-democrata, fervorosamente católicos, como uma afronta à indissolubilidade do casamento segundo o Código Civil, causando grande controvérsia na opinião pública, parte da qual era fortemente

³²⁴ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018. p. 61-63.

³²⁵ Kelsen relata que, pouco tempo antes do memorando em que propunha a formação de uma comissão multinacional para discutir a liquidação da monarquia, fora consultado pelo então ministro da guerra, Rudolf Stöger-Steinar Freiherr von Stenstätten, sobre um telegrama enviado pelo presidente estadunidense Thomas Woodrow Wilson, em resposta à oferta do governo austro-húngaro de garantir o direito de autodeterminação das nacionalidades que compunham o império, cujo teor o teria levado a responder ao ministro que não veria mais nenhuma possibilidade de conservação da monarquia (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*, p. 59). Como se sabe, a autodeterminação dos povos da Áustria-Hungria figurou como o décimo ponto dentre os quatorze pontos para a promoção da paz mundial, propostos ao Congresso Estadunidense, em 1918, pelo presidente Wilson.

³²⁶ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*, p. 80. Sobre a sua liberdade com relação ao aspecto da técnica jurídica dos projetos de constituição, Kelsen disse que “era completamente livre” e que lhe foi dada “carta branca nesse sentido” (Ibidem, p. 81).

influenciada pela opinião católica contrária à possibilidade jurídica de dissolução do casamento. Esses fatos culminaram com uma série de ataques à credibilidade da Corte e, enfim, com a saída de Kelsen após a dissolução da corte pela Reforma Constitucional de 1929.³²⁷

Os dois primeiros exemplos revelam a profunda preocupação teórica de Kelsen, mesmo quando dedicado a outras atividades, além das propriamente acadêmicas, com a unidade e a eficácia da ordem jurídica em um contexto social marcado pela diversidade cultural, pelo dissenso moral e pela acirrada disputa política. Por sua vez, o terceiro exemplo demonstra uma dificuldade concreta que o politeísmo de valores opôs à sua atividade judicante, que se pretendia laica e, enquanto tal, livre de influências religiosas.³²⁸

Não se pode ignorar, portanto, a influência exercida sobre o pensamento de Kelsen pelos acontecimentos de uma sociedade cada vez mais moderna, mas ainda marcada por influências de outras tradições, como precisamente a Áustria-Hungria de seu tempo, ainda mais ao se constatar que, cronologicamente, praticamente coincidem com a época em que a teoria pura do direito foi criada e desenvolvida.³²⁹

³²⁷ KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*, p. 81-93.

³²⁸ John Kelly salienta como essa crise de certeza relativa aos limites dos territórios estatais e ao âmbito de validade das “fontes do direito” exerceu influência significativa sobre o pensamento de Kelsen, especialmente em meio à desintegração do Império Austro-Húngaro em 1918. O historiador irlandês cogita que provavelmente a evolução do pensamento kelseniano também foi influenciada pelos eventos que sucederam a desintegração do império, como “a revolução, o surgimento de novos Estados nos antigos territórios imperiais, a criação de novas Constituições – de modo geral, portanto, o problema da autoridade legítima e seu exercício” (*Uma breve história da teoria do direito ocidental*, p. 508).

³²⁹ Segundo Gabriel Nogueira Dias, essa fase de “rearmamento” teórico teria durado de 1913 a 1920 (*Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 193-196).

4 REVOLUÇÃO COPERNICANA: LEVANDO AS CULTURAS A SÉRIO

Nos capítulos precedentes, procurou-se demonstrar como a teoria pura do direito adquire seu sentido mais pleno na conjunção entre direito e modernidade. Nesse aspecto, a teoria não se reduz a simples produto do pensamento de um indivíduo, pois constitui parte do patrimônio cultural dos diversos países ocidentais que a assimilaram com graus os mais variados. Uma vez esclarecidas as condições culturais da produção desse pensamento, a questão agora é outra: quais suas limitações culturais? Essa reflexão não seria possível sem uma mudança de perspectiva, como a que propõe Clastres com sua “revolução copernicana”.

O grande problema que Clastres procurou combater com sua revolução copernicana é o etnocentrismo, o qual, para ele, figura como obstáculo epistemológico para a constituição de toda ciência social rigorosa.³³⁰ Em sua forma mais elementar, o etnocentrismo consiste na mobilização de conceitos, categorias e experiências particulares de determinadas culturas, como parâmetros para a descrição, análise, comparação ou valoração de outras culturas que não os compartilham. Embora o discurso etnocêntrico tenha demonstrado a capacidade de se manifestar das mais variadas maneiras, todas têm em comum essa mesma projeção culturalmente descontextualizada sobre a alteridade cultural.

Com muita frequência, o etnocentrismo resulta no esmaecimento das diferenças culturais, mediante a pressuposição de uma falsa semelhança entre a cultura examinada e a cultura do observador, ou então na apreensão da diferença cultural como mera ausência, privação ou incompletude com relação ao parâmetro de análise que deriva da cultura particular do observador.³³¹ Em ambas as situações, a especificidade da alteridade cultural é distorcida pela rígida submissão dela a formas de pensar que lhe são exógenas, impedindo a compreensão ou mesmo a percepção do que existe, positivamente, como originalidade dentro dela. O que se perde de vista, assim, é a presença de uma endoconsistência própria da cultura observada, a qual não necessariamente se identifica com os padrões de comparação fornecidos pela cultura do observador, tampouco seria enunciável pela mera constatação da ausência de tais aspectos. Esse embaraço não é causado pela simples afirmação da ausência em si, como é

³³⁰ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 35-36 e 39-40.

³³¹ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 38-39 e 41.

o caso, por exemplo, da “ausência de Estado”, da “ausência de economia de mercado” e da “ausência de escrita” frequentemente atribuídas às sociedades primitivas. O problema é quando o pretense juízo de fato dissimula um juízo de valor, ou seja, quando o registro da ausência é imediatamente traduzido nos termos de uma “carência”, “privação ou “incompletude” com relação ao padrão cultural do observador, subentendido nesse mesmo ato como o destino único e necessário de toda cultura. No limite, como evidencia o pensamento de Clastres, essa “retórica da ausência” dissimula a negação da cultura do outro como o lugar que assinalaria sua humanidade, para colocá-lo, arbitrariamente, no mesmo lugar que a natureza reservaria à pura animalidade.³³² Em nada surpreende, portanto, a proximidade desse modo de pensar com o discurso pretensamente civilizador que sempre prega algum tipo de “domesticação” de uma “selvageria” que é assim designada simplesmente por não se comportar como um espelho que reflete fielmente a imagem desse mesmo discurso.

O exemplo paradigmático do primeiro procedimento é o modo pelo qual Max Gluckman defendeu a possibilidade de comparar determinadas culturas jurídicas por meio dos termos oriundos do direito antigo inglês. Já o segundo foi perfilhado por Jean-William Lapierre, antropólogo cujo procedimento metodológico consistiu em definir *a priori* o campo político de suas análises como homogêneo e atravessado por diferenças meramente quantitativas. O etnocentrismo presente no procedimento de ambos os autores foi alvo de severas críticas formuladas, respectivamente, por Paul Bohannan e Pierre Clastres.

Enquanto Gluckman defendia a mobilização do direito inglês como referência para a comparação de culturas distintas, Bohannan considerava que o erro fundamental do primeiro seria justamente, ao fazê-lo, o de elevar o direito, que seria meramente um *folk system*, ao patamar de um sistema analítico e, por conseguinte, provocar distorções inaceitáveis na compreensão das culturas não ocidentais.³³³ O autor qualifica o resultado desse procedimento como uma “quimera da comparação”, que redundaria em uma tradução às avessas dos termos nativos.³³⁴ Entretanto, como enfatizou Sally Falk Moore, o alcance do problema

³³² Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*, p. 25-39.

³³³ Cf. GLUCKMAN, Max. Obrigação e dívida. In: DAVIS, Shelton H. (org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Tradução Vera Maria Cândido Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 1973. p. 36.

³³⁴ BOHANNAN, Paul. Etnografia e comparação em antropologia do direito. In: DAVIS, Shelton H. (Org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Tradução Vera Maria Cândido Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 1973. p. 113-115.

epistemológico aí consignado extrapola a atividade comparativa, refletindo diferentes concepções acerca de como definir o próprio objeto de estudo.³³⁵

A partir dessa constatação, o pensamento de Clastres permite compreender como o etnocentrismo consistiu em uma tendência da própria maneira pela qual as ciências sociais por bastante tempo estiveram habituadas a constituir seus campos de análise. As postulações *a priori* de conceituações e definições elementares, criticadas por ele,³³⁶ apareceriam nelas como o antecedente lógico e necessário de toda a metodologia e de todas as observações que se seguiriam, na medida em que as utilizava como critérios para a delimitação de seu campo de análise (como não lembrar das longas obras que quase sempre se iniciavam com obstinadas fixações conceituais, geralmente em meio a tormentosas divergências a seu respeito?).³³⁷ É assim que a reviravolta filosófica proposta por Clastres atinge, acima de tudo, o próprio ponto de partida habitualmente adotado pelas ciências sociais clássicas. As conceituações apriorísticas que definem o campo de análise dessas ciências, por não terem outro horizonte de experiências senão aquele acumulado pelo próprio observador no contexto de sua cultura, inevitavelmente produziram análises que redundariam na ocultação da alteridade cultural ou então na falsa percepção de sua semelhança com o padrão cultural inicialmente eleito.

Esse é, por exemplo, o procedimento metodológico criticado por Clastres na antropologia política de Jean-William Lapierre,³³⁸ cujas etapas fundamentais foram expostas por Sérgio Cardoso da seguinte maneira: no primeiro momento, o estabelecimento de uma definição universal do campo “político” como um todo homogêneo; no segundo momento, a classificação das sociedades analisadas em tipos que variam tão somente em termos quantitativos; e, no terceiro e último momento, a comparação da gradação do campo político com a gradação de outras variáveis sociais, para que se possam verificar eventuais correlações entre ambas e quais deteriam algum potencial explicativo das últimas sobre a primeira.³³⁹ Esse procedimento metodológico, sobretudo em seu primeiro aspecto, fornece uma perspectiva privilegiada para a crítica que Clastres pretende endereçar não apenas à obra de

³³⁵ MOORE, Sally Falk. Certainties undone: fifty turbulent years of legal anthropology, 1949-1999. *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, London, v. 7, n. 1, p. 139, Mar. 2001.

³³⁶ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 34-35.

³³⁷ Para uma exposição da crítica que Clastres fez à obra de Jean-William Lapierre a esse respeito: cf. CARDOSO, Sérgio. *A crítica da antropologia política na obra de Pierre Clastres*. 1989. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

³³⁸ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 25-45.

³³⁹ Cf. CARDOSO, Sérgio. *A crítica da antropologia política na obra de Pierre Clastres*, p. 41-43 e 46-47 e 67.

Lapierre, mas a toda a antropologia política que se orientava de maneira razoavelmente similar.³⁴⁰ Não por acaso, a definição do campo de análise do político, em Lapierre, e de outros campos, em tantos outros autores, coincide com uma concepção muito difundida na cultura ocidental, mas que não necessariamente seria compartilhada pelas culturas submetidas à observação.

A crítica de Clastres a Lapierre pode ser traduzida, na terminologia empregada por Bohannan, como elevação do sistema *folk* da política ocidental ao patamar de um sistema analítico. Entretanto, o problema é ainda mais intenso na perspectiva de Lapierre, porque, enquanto Gluckman aceitava o ônus argumentativo de demonstrar semelhanças ou analogias entre a cultura jurídica ocidental e as culturas que seriam comparadas, com o propósito de justificar o emprego de conceitos do direito inglês como parâmetro de comparação,³⁴¹ Lapierre, por outro lado, tinha a pretensão de totalizar o campo político, de modo a abranger todas as culturas possíveis sob o denominador comum de uma concepção ocidental de poder.³⁴² Seu procedimento é atravessado pela tensão entre, de um lado, a pretensão de totalizar o campo político e, de outro, a existência de sociedades que apresentariam uma diferença bruta em relação à unidade do campo (“sociedades sem poder”), impossibilitando a apreensão da origem do poder.³⁴³ Em última instância, isso resultaria na qualificação da diferença dessas sociedades como uma mera ausência ou incompletude, o que será objeto de crítica severa de Clastres, tendo em vista que, para esse autor, “alguma coisa existe na ausência”.³⁴⁴

A questão da elevação de categorias ocidentais ao patamar de categorias de análise de outras culturas consiste em um problema central para a própria antropologia. A posição assumida diante desse impasse pode, como constatou Gluckman a respeito da proposta de Bohannan, implicar a inviabilidade de realizar comparações entre culturas.³⁴⁵ Nesse sentido, potencializando certo solipsismo etnográfico, o que está em jogo é o próprio alcance da

³⁴⁰ Cf. CARDOSO, Sérgio. *A crítica da antropologia política na obra de Pierre Clastres*, p. 66-67.

³⁴¹ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A questão da universalidade das categorias jurídicas ocidentais a partir da abordagem antropológica: nota sobre a discussão entre Max Gluckman e Paul Bohannan. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 110, p. 289-290, jan./dez. 2015.

³⁴² CARDOSO, Sérgio. Copérnico no Orbe da Antropologia Política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 135.

³⁴³ CARDOSO, Sérgio. Copérnico no Orbe da Antropologia Política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 135.

³⁴⁴ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 41.

³⁴⁵ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. A questão da universalidade das categorias jurídicas ocidentais a partir da abordagem antropológica: nota sobre a discussão entre Max Gluckman e Paul Bohannan, p. 279-281 e 306.

abordagem antropológica, considerada aqui a partir da clássica distinção feita por Lévi-Strauss entre etnografia, etnologia e antropologia.

Se a antropologia política de Clastres contém, ainda que de maneira implícita, uma tal etapa postulatória, é porque se trata de uma etapa “inicial” no sentido cronológico do termo, mas não de um antecedente lógico de sua análise. Certamente, como não existe ponto de vista externo à cultura, não seria possível ao observador renunciar completamente a suas referências culturais, ainda mais em uma etapa de análise tão incipiente quanto a definição de seu campo de investigações. No entanto, cuida-se de uma etapa que se anuncia com efemeridade, pois logo dá lugar a um novo ponto de partida, que pode mesmo ser entendido como um novo começo porque marca o início propriamente dito dessa ciência consequente proposta por Clastres. Assim, o momento verdadeiramente fundador da análise é deslocado da postulação apriorística, sempre baseada em referenciais culturais familiares ao observador, para o momento em que as categorias assim representadas são submetidas a uma crítica rigorosa quanto a suas limitações culturais.

Desse modo, seria possível identificar na antropologia política de Clastres, por abstração, a questão fundamental de uma antropologia mais geral que busca combater o etnocentrismo nos mais variados campos de análise (político, econômico, religioso e jurídico): pode-se questionar seriamente a propósito da cultura?³⁴⁶ O enfrentamento desse problema requer o descentramento das categorias e experiências partilhadas pelo observador ocidental, sem o qual não seria possível apreender a endoconsistência da alteridade cultural, a presença que existe por trás da ausência ou da falsa semelhança. É precisamente esse o sentido da revolução copernicana de Clastres, como formula o autor de maneira paradigmática:

É da revolução copernicana que se trata. Nesse sentido é que, até o presente, e sob alguns aspectos, a etnologia deixou as culturas primitivas girarem em torno da civilização ocidental, e, poder-se-ia dizer, em um movimento centrípeto. Que uma mudança completa de perspectivas seja necessária (na medida em que se tenha realmente de enunciar sobre as sociedades arcaicas um discurso adequado a seu ser e não ao ser da nossa) é o que nos parece demonstrar com riqueza a antropologia política. Ela se choca com um limite, menos os das sociedades primitivas do que aquele que ela traz em si mesma, a própria limitação do Ocidente que ela traz ainda gravada em si. Para escapar à atração de sua terra natal e se elevar à verdadeira liberdade de pensamento, para se desvencilhar da evidência natural onde ela continua a debater-se, a reflexão sobre o poder [e, diríamos, sobre a cultura] deve

³⁴⁶ “Pode-se questionar seriamente a propósito do poder?” (CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*, p. 25).

operar a conversão “heliocêntrica”: ela ganharia talvez a melhor compreensão do mundo dos outros e, em consequência, do nosso. [...] É tempo de buscarmos outro sol e de nos pormos em movimento.³⁴⁷

Entretanto, a revolução copernicana esboçada por Clastres no ensaio “Copérnico e os selvagens” não propõe o estabelecimento imediato de um “novo sol” como novo parâmetro de comparação intercultural. Como observou Sérgio Cardoso, tampouco se trata da ingênua substituição do parâmetro de comparação fornecido pela cultura ocidental por um parâmetro de comparação oriundo da cultura indígena³⁴⁸ – o que, no final das contas, apenas inverteria o sentido do etnocentrismo do ponto de vista estritamente epistemológico. Em vez da *fixação* de um novo ponto de referência arbitrário, a proposta, bem compreendida, consiste em um *movimento*: primeiro, o que coloca a cultura ocidental em movimento ao lado de todas as outras culturas, retirando-a da posição de privilegiada que ela arrogou a si própria como referencial fixo e universal para a análise intercultural; e segundo, o que põe o observador no *movimento* de *busca* por novas categorias que permitam apreender e expressar a especificidade tanto da cultura ocidental quanto das culturas não ocidentais. Como todo movimento, é um trabalho árduo, sem dúvida, mas que suscita uma importante indagação: “[...] se é menos fatigante descer que subir, o pensamento no entanto não pensa lealmente senão contra a corrente?”³⁴⁹

Nessa mudança que coloca a perspectiva do observador em movimento – e somente nesse aspecto, a começar pela alcunha da “revolução copernicana” – certamente há uma analogia entre a proposta de Clastres sobre as condições de possibilidade de uma antropologia política e a reflexão de Kant acerca das condições de possibilidade do conhecimento. É, no fundo, a mesma que existe, por sua vez, entre ambas e a revolução copernicana propriamente dita no âmbito da astronomia. As semelhanças, contudo, terminam por aí. Como bem notou Sérgio Cardoso, se a investigação kantiana forneceu uma analogia para a antropologia clastreana, seguramente não lhe serviu de paradigma nem de modelo.³⁵⁰ É que a gnosiologia kantiana, ao afirmar a possibilidade de um conhecimento *a priori* dos objetos,³⁵¹ acaba

³⁴⁷ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, 44.

³⁴⁸ Cf. CARDOSO, Sérgio. *A crítica da antropologia política na obra de Pierre Clastres*, p. 98.

³⁴⁹ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, 45.

³⁵⁰ CARDOSO, Sérgio. *A crítica da antropologia política na obra de Pierre Clastres*, p. 98-99.

³⁵¹ “É preciso verificar pelo menos uma vez, portanto, se não nos sairemos melhor, nas tarefas da metafísica, assumindo que os objetos têm de regular-se por nosso conhecimento, o que já se coaduna melhor com a possibilidade, aí visada, de um conhecimento *a priori* dos mesmos capaz de estabelecer algo sobre os objetos antes que nos sejam dados. Isso guarda uma semelhança com os primeiros pensamentos de Copérnico, que, não conseguindo avançar muito na explicação dos movimentos celestes sob a suposição de

servindo de paradigma ao mesmo modelo de ciência que, postulando ou estabelecendo definições especulativas para a circunscrição de seu campo de análise, vai redundar no etnocentrismo criticado por Clastres.³⁵²

Mais uma vez parafraseando, com as devidas adaptações, as orientações que o pensamento de Clastres direcionou especificamente para o campo político, podem-se abstraí-las desse domínio particular para designar quais seriam os postulados gerais de uma antropologia consentânea com tal reviravolta metodológica:

- 1) A cultura em si mesma é universal, imanente ao social, mas se realiza de maneiras distintas em diferentes contextos sociais.³⁵³
- 2) A cultura ocidental é simplesmente um caso particular, uma realização concreta da cultura em certos contextos sociais.³⁵⁴
- 3) Mesmo nas sociedades que não compartilham das especificidades culturais da cultura ocidental, mesmo aí a cultura está presente.³⁵⁵

Embora a palavra cultura não seja unívoca e sua plurivocidade frequentemente conduza a desentendimentos, há uma intuição apropriada na forma como esse fenômeno é preponderantemente retratado pelas ciências sociais: isto é, como algo que só poderia existir dentro da sociedade e que ocuparia a plenitude do espaço social. Ainda sem atribuir um conteúdo determinado ao conceito de cultura, mas partilhando dessa intuição fundamental, serão analisados três fenômenos culturais sob a perspectiva antropológica, mediante o endereçamento de questões análogas: a modernidade, a política e o direito – os mesmos que, nos capítulos precedentes, foram fundamentais para a contextualização da teoria pura do direito. Por conseguinte, pretende-se verificar em que medida a cultura se manifesta nesses três fenômenos, seja na sociedade em que a teoria pura do direito foi concebida, seja em sociedades radicalmente distintas sob os mais diversos aspectos. Essa distinção é um critério incontornável para os propósitos do presente trabalho, na medida em que nada seria mais

que toda a multidão de estrelas giraria em torno do espectador, verificou se não daria mais certo fazer girar o espectador e, do outro lado, deixar as estrelas em repouso. Pode-se agora, na metafísica, tentar algo similar no que diz respeito à intuição dos objetos” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Fernando Costa Mattos. São Paulo: Mediafashion-Folha de São Paulo, 2021. p. 27-28).

³⁵² Cf. CARDOSO, Sérgio. *A crítica da antropologia política na obra de Pierre Clastres*, p. 98-101.

³⁵³ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 40-41.

³⁵⁴ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 40-41.

³⁵⁵ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 40-41.

adequado do que considerá-la para testar os limites daquela teoria do direito, senão sociedades tão diferentes daquela que a concebeu.

4.1 Políticas e culturas

4.1.1 *Uma política interna antiestatal: o exemplo da chefia indígena*

Provavelmente, não se poderia imaginar um tema tão controverso na sociedade ocidental quanto a política. O dissenso sobre o poder torna-se incontornável na modernidade, uma vez que as diferentes esferas de valor perdem o enquadramento institucional fornecido por uma cosmovisão capaz de reduzi-las a um denominador comum. Em meio a tantas discordâncias, que são bem conhecidas, há grandes dificuldades para abstraí-las de modo a circunscrevê-las em um único campo de reflexões. Toda dificuldade pode ser resumida em falar sempre sobre a mesma coisa e, simultaneamente, admitir que as coisas sobre as quais se falam são diferentes. Sob as amarras do princípio da não contradição, certamente não haveria dilema mais tormentoso do que esse para o pensamento.

Não obstante, concorda-se facilmente que a política é o lugar no qual se chocam todas essas discordâncias. Se o modo de pensar o campo político localiza-o dentro da sociedade e, ao mesmo tempo, assinala-o como um espaço fraturado dentro dela, pode-se suspeitar que sua forma consiste em alguma espécie de divisão social conflituosa, que anima cada lado pela pretensão de fazer prevalecer sua vontade contra o outro. Não é por outra razão que Kelsen indagou por que, afinal, seria possível interpretar os atos de vontade de uns, e não de outros, como o sentido objetivo de uma norma que, enquanto tal, deve ser observada. Deixando de lado a maneira pela qual Kelsen elucidou as condições por meio das quais seria possível responder a essa indagação fundamental, o que já foi explicado nos capítulos anteriores, por ora cumpre realizar um recuo estratégico para indagar sob quais condições a própria pergunta respondida por Kelsen faz algum sentido.

Com efeito, se a lógica da revolução copernicana de Clastres principia com o questionamento sobre o que é o poder, a resposta a essa questão começa com uma compreensão, seguida pelo distanciamento, do conteúdo que a sociedade ocidental atribui a esse fenômeno. Para Clastres, o campo pretensamente científico reservado às pesquisas a respeito da política foi demarcado por um pensamento que não difere muito da especulação de

Nietzsche sobre a necessidade inata de obedecer do homem.³⁵⁶ No entendimento de Clastres, seria o caso, por exemplo, da sociologia política de Max Weber e da antropologia política de Jean-William Lapierre,³⁵⁷ em meio às quais a forma do poder delineada *supra* parece encontrar certa homologia com o conteúdo que esses autores lhe atribuem.

De fato, a sociologia política de Weber confunde-se, fundamentalmente, com uma sociologia da dominação que, ao analisar a experiência moderna, tem o Estado como seu objeto privilegiado. Enquanto a política predica tudo aquilo que diz respeito à distribuição do poder, o Estado, como forma de distribuição do poder mais proeminente da sociedade ocidental moderna, é conceituado como a pretensão relativamente bem-sucedida de monopolização da violência legítima.³⁵⁸ Isso aparece de maneira ainda mais explícita na antropologia política de Lapierre, que conceitua o poder político como uma relação de comando-obediência. Na obra de ambos, a política seria compreendida como uma divisão social que separa aqueles que mandam daqueles que obedecem; aqueles que exercem o poder daqueles que não o exercem. Em outras palavras, a violência figura como o predicado indispensável do poder, sem o qual ele nem sequer seria pensável.³⁵⁹ É nesses termos que a dominação se torna uma ideia incontornável para essa sociologia e, durante longo tempo, também para a antropologia.

A grande questão é o quanto essa concepção de poder político como relação comando-obediência seria capaz de descrever o fenômeno político de sociedades radicalmente diferentes da modernidade ocidental. Como Clastres sempre faz questão de lembrar, o imaginário europeu sobre os indígenas sul-americanos sempre carregou a mesma impressão deles que os primeiros viajantes e cronistas já relatavam no século XVI: “gente sem fé, sem lei, sem rei”.³⁶⁰ Nesse aspecto, a chefia indígena aparecia, paradoxalmente, como uma instituição exercida por caciques destituídos de qualquer forma de poder.

Na medida em que a metodologia de Lapierre postulava o poder político como fenômeno universal e conceitualmente homogêneo, permitindo-lhe classificar distintas sociedades a partir dos variados graus de diferenciação desse fenômeno, a concepção de poder como relação de comando-obediência não lhe deixou alternativa senão afirmar que existiriam

³⁵⁶ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 25.

³⁵⁷ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 29.

³⁵⁸ WEBER, Max. *Ciência e política*: duas vocações, p. 66-68.

³⁵⁹ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 28-29.

³⁶⁰ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 33.

sociedades, como as dos povos indígenas sul-americanos, nas quais “o poder político tende a zero”. Para Clastres, as palavras utilizadas por Lapierre para descrever a aparente ausência de poder nessas sociedades denunciam o obstáculo epistemológico que acomete a análise desse autor: sociedades que *não teriam* um poder muito *desenvolvido*; sociedades em que o poder político é de veras *embrionário*; sociedades que *não puderam se elevar* ao nível das organizações políticas avançadas; ou então sociedades que *não foram* capazes de alcançar uma organização política.³⁶¹ O que a arqueologia dessa linguagem antropológica possibilita constatar é seu etnocentrismo, ao qualificar outras sociedades pela ausência, rapidamente convertida em carência, daquilo que a sociedade ocidental preponderantemente define como a essência do poder político.³⁶²

Na tentativa de se desvencilhar dessa crítica feita por Clastres, Lapierre ofereceu uma resposta que, apesar de sua retórica convincente, apenas colocou em evidência o etnocentrismo que perpassa sua antropologia.³⁶³ Como observa Cardoso, Lapierre acusou Clastres de, primeiro, interpretar equivocadamente seu conceito de poder, reduzindo-o à pura coerção de uma relação de dominação-submissão, quando, na realidade, o poder político consistiria em uma relação de comando-obediência que, enquanto tal, pressupõe regras pelas quais a coerção dessa relação é socialmente reconhecida como legítima; e, segundo, de se equivocar quanto ao lugar da política dessas sociedades ao enxergá-lo na instituição da chefia, e não na “lei imanente” ao grupo que exerceria a coerção da maneira imediata, isto é, sem instituições especializadas em mediar sua aplicação.³⁶⁴ Assim, observa Cardoso, Lapierre poderia justificar a inclusão de uma classe zero do seguinte modo: por um lado, essa sociedade mereceria a inclusão por dispor de regras de legitimação, mas, por outro, pertenceria ao nível zero pela inexistência de instituições coercitivas especializadas em efetivá-las.³⁶⁵

Contudo, como bem notou Cardoso, o próprio texto de Clastres respondido por Lapierre já prenunciava as últimas consequências das tentativas feitas pelo último no sentido de se desvencilhar do etnocentrismo pelo qual foi criticado. Com efeito, Clastres argumenta

³⁶¹ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*, p. 34.

³⁶² Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*, p. 36-37.

³⁶³ CARDOSO, Sérgio. *A crítica da antropologia política na obra de Pierre Clastres*, p. 76-77.

³⁶⁴ CARDOSO, Sérgio. Copérnico no Orbe da Antropologia Política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 129 e 132.

³⁶⁵ CARDOSO, Sérgio. Copérnico no Orbe da Antropologia Política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 132-133.

que a localização do político em um “controle social imediato”, que estaria onipresente na “lei automática” das sociedades indígenas, significaria alijar-lhes definitivamente de um caráter político na medida em que nelas as regras apareceriam não como algo artificial e convencional, mas como meros dados automáticos.³⁶⁶ Nesse contexto, Clastres afirma que, “[n]o máximo, uma sociedade apolítica não teria mesmo mais seu lugar na esfera da cultura, mas deveria ser colocada junto das sociedades animais regidas pelas relações naturais de dominação-submissão”.³⁶⁷ O preço metodológico do procedimento de Lapierre seria, portanto, excluí-las não só do campo político, mas também do próprio universo cultural e social.³⁶⁸ Mais do que isso, seria a própria inviabilização de uma antropologia política como disciplina específica, visto que, “se o político existe em toda parte, ele não existe em lugar nenhum”.³⁶⁹

Em seu esforço para compreender a situação aparentemente paradoxal do chefe indígena destituído de poder, mas sem perder a especificidade do fenômeno político em sua presença, Clastres procura recuperar, nas análises de Robert Löwie, os principais atributos dessa figura que é provavelmente a mais marcante da política das sociedades primitivas. Eles se resumiriam em três aspectos principais, aos quais Clastres acrescenta um quarto:

- a) Função moderadora: o chefe desempenha o papel de mediador dos conflitos, utilizando seu prestígio para reconciliar as partes em desavença.³⁷⁰ Não podendo tomar decisões, tampouco exercer “uma força que ele não possui e que não seria reconhecida”, suas propostas sempre dependem da boa vontade do grupo, de modo que ele nem sequer seria capaz de evitar a violência que poderia advir de eventual fracasso nessa tentativa de conciliação.³⁷¹
- b) Generosidade: o chefe atende aos constantes pedidos de presentes que lhe são feitos pelos membros de sua tribo, não podendo recusá-los sob pena de perder seu prestígio. Dessa maneira, o chefe quase não acumula bens para si, porque ele e sua

³⁶⁶ CARDOSO, Sérgio. Copérnico no Orbe da Antropologia Política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 133.

³⁶⁷ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 39.

³⁶⁸ CARDOSO, Sérgio. Copérnico no Orbe da Antropologia Política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 133.

³⁶⁹ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 38; CARDOSO, Sérgio. Copérnico no Orbe da Antropologia Política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 136. Para compreender melhor por que essa dissolução do político no social levaria à inviabilidade da antropologia política, é preciso considerar que Clastres considera a antropologia como sendo por excelência a ciência dos povos primitivos. Nesse sentido: Cf. LIMA, Tânia Stolze; GOLDMAN, Marcio. Pierre Clastres, etnólogo da América. *Sexta Feira*, São Paulo, n. 6, p. 292, 2001.

³⁷⁰ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 218-219.

³⁷¹ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 49 e 56.

unidade familiar trabalham, na maior parte do tempo, para responder aos anseios materiais da tribo. Por trás dessa aparente generosidade, há, na realidade, uma obrigação de dar nunca suficientemente satisfeita e, por conseguinte, instauradora de uma relação de servidão que coloca o chefe na posição de eterno devedor de sua tribo.³⁷²

- c) Talento oratório: é o meio utilizado pelo chefe para realizar discursos cuja temática é o enaltecimento da tradição e das virtudes que ela recomenda, mas que, curiosamente, não despertam a atenção dos membros da tribo, senão apenas sua indiferença genuína ou fingida.³⁷³
- d) Poliginia: é o privilégio concedido ao chefe para esposar uma pluralidade de mulheres, nas sociedades em que a monogamia for a regra, ou uma quantidade suficientemente maior de mulheres do que os demais homens, onde ela for mais ou menos generalizada entre os homens.³⁷⁴

Para Clastres, Löwie teria equivocadamente situado os três primeiros aspectos em um mesmo plano, quando, na realidade, isso não seria possível porque a atividade moderadora assinala o funcionamento efetivo da chefia (seu “modo de operação”), enquanto a generosidade, a oratória e a poliginia praticadas pelo chefe designam as próprias condições de possibilidade dessa instituição (seu “modo de constituição”).³⁷⁵ Não por acaso, os últimos três atributos fazem referência aos bens, às palavras e aos cônjuges, ou seja, aos mesmos elementos que, na teoria de Lévi-Strauss, demarcam a passagem da natureza para a cultura e, dessa forma, constituem a própria sociedade como tal.³⁷⁶

A partir dessa constatação, Clastres supõe, como plausível, a existência de alguma relação mais profunda entre o poder político e as estruturas sociais. Entretanto, diferentemente das relações que fundam a própria sociedade, ele considera que não é uma relação de troca a que se estabelece entre o chefe e o restante do grupo.³⁷⁷ De um lado, comparando uns com os outros os elementos dessa relação, faltaria o mínimo de equivalência para que ela pudesse ser caracterizada como uma troca recíproca. Assim, na medida em que os bens produzidos pelo chefe são pouco valiosos e que suas palavras nem sequer são dignas de atenção, as mulheres,

³⁷² CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 49-50.

³⁷³ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 50 e 170.

³⁷⁴ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 51-55.

³⁷⁵ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 55-56.

³⁷⁶ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 55-57.

³⁷⁷ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 59-60.

por sua vez, são dotadas do mais elevado valor social dentro da tribo.³⁷⁸ Há, por conseguinte, uma relação profundamente desigual entre o chefe e a sociedade, que não poderia ser explicada por nenhuma forma de coerção do primeiro, pois, como observa Clastres, é a própria impotência do chefe que se procura compreender nessa relação.³⁷⁹ De outro lado, cada elemento flui sempre de maneira unilateral quando considerado em seu próprio circuito: seja da sociedade para o chefe, como no caso das mulheres, ou então do chefe para a sociedade, como no caso das palavras discursadas e dos bens. Logo, também não há uma troca equivalente das palavras do chefe pelas palavras da sociedade, tampouco dos bens ou dos cônjuges de uns e de outros.³⁸⁰

Disso resulta que, no pensamento de Clastres, a especificidade da política é constituída pela relativa exclusividade do chefe como provedor ou destinatário dos bens, das palavras e dos cônjuges. Por seu turno, na teoria de Lévi-Strauss a sociedade como tal é constituída justamente pela situação inversa, isto é, pela reciprocidade da relação de troca desses três elementos. Nesse aspecto, Clastres entende que o poder é constituído pela ruptura da troca e que, portanto, a política explicita uma negação das estruturas sociais.³⁸¹ Dessa maneira, ele consegue explicar a impotência do chefe indígena pela exterioridade da chefia com relação às estruturas sociais, de tal modo que a tribo colocaria a si mesma fora do alcance de quaisquer comandos que o chefe pretendesse exercer.³⁸² Assim, a sociedade impediria que o poder se

³⁷⁸ “[O chefe] certamente seria completamente incapaz de recolocar em circuito, na direção do grupo, um número de mulheres equivalente àquele que dele recebeu. Certamente as esposas do chefe lhe darão filhas que serão mais tarde esposas potenciais para os jovens do grupo. Mas deve-se considerar que a reinserção das filhas no ciclo das trocas matrimoniais não compensa a poliginia do pai. Com efeito, na maioria das sociedades sul-americanas, a chefia se herda patrilinearmente. Assim, levando-se em conta as aptidões individuais, o filho do chefe, ou em sua falta o filho do irmão do chefe, será o novo líder da comunidade. E, junto com o cargo, ele receberá o privilégio da função, a saber, a poliginia. O exercício desse privilégio anula então, em cada geração, o efeito do que poderia neutralizar, indiretamente, por intermédio das filhas [do chefe, reinseridas na sociedade], a poliginia da geração anterior. Não é sobre o plano diacrônico das gerações sucessivas que se desenrola a trama do poder; essa estrutura de repetição só se aboliria na perspectiva cíclica de um poder que percorresse sucessivamente doas as famílias do grupo, sendo o chefe escolhido, em cada geração, numa família diferente, até reencontrar a primeira família, inaugurando assim um novo ciclo” (CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 58-59).

³⁷⁹ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 57-59.

³⁸⁰ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 56-58.

³⁸¹ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 61-62.

³⁸² “Com efeito, para que um aspecto da estrutura social possa exercer uma influência qualquer sobre essa estrutura, é preciso, no mínimo, que a relação entre esse sistema particular e o sistema global não seja inteiramente negativa. É com a condição de ser de alguma forma imanente ao grupo que a função política poderá manifestar-se de maneira efetiva. Ora, nas sociedades indígenas, essa função política está excluída do grupo, e até mesmo o exclui: é portanto na relação negativa mantida com o grupo que se enraíza a impotência da função política; a rejeição desta para o exterior da sociedade é o próprio meio de reduzi-la a impotência” (CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 61).

separasse de sua totalidade para se concentrar em órgãos ou indivíduos especializados em exercê-lo à revelia dos demais.

Sem dúvida, com isso Clastres não queria afirmar que ele próprio, como antropólogo, considerava o chefe indígena como um ente externo à sociedade e completamente incomunicável com os demais membros da tribo. Com efeito, uma afirmação como essa seria insustentável tanto do ponto de vista empírico quanto do lógico. Na realidade, ao aludir à exterioridade da chefia com relação à estrutura social, o autor não pretendeu descrever uma situação de fato, mas enunciar uma representação da atividade – que pode ser mais ou menos consciente – pela qual o grupo elabora o modelo estrutural de suas relações com o poder político.³⁸³ Assim, ele está recuperando aqui a perspectiva indígena acerca do lugar do poder em sua sociedade.

Uma vez desvelada a representação que explicaria a impotência do chefe indígena, Clastres indaga sobre a “razão de ser” desse não poder que a sociedade primitiva atribui àqueles que ela mesma designa de chefes. De maneira coerente com sua revolução copernicana, ele rejeita a hipótese etnocêntrica de que essa seria uma pura contingência, obra do acaso ou desvio acidental, não apenas porque implicaria um automatismo que relegaria a política indígena para o comportamento natural, como já vimos, mas porque seria ignorar a intensidade, a extensão geográfica continental e a permanência secular dessa radical oposição à concentração do poder em um órgão especializado da sociedade.³⁸⁴ Sendo assim, a única razão pensável para que tais sociedades instituíam um líder para, no mesmo golpe, destituí-lo da possibilidade de exercer qualquer poder sobre o grupo seria a existência de uma intencionalidade sociológica, ainda que por vezes inconsciente no plano individual, pela qual a sociedade manifestaria sua recusa de um poder separado de si mesma e encarnado em um órgão especializado em exercê-lo:

Recusar a perspectiva do acidente leva a supor uma certa necessidade inerente ao próprio processo, a procurar no nível da *intencionalidade* sociológica – lugar de elaboração do modo – a *razão* última do resultado. Admitir a conformidade desta com a intenção que preside a sua produção não pode significar outra coisa a não ser a implicação desse resultado na intenção original: o poder é exatamente o que as sociedades quiseram que ele fosse. E como esse poder não é, dizendo esquematicamente, nada, o grupo revela, ao fazer isso, a sua recusa radical da autoridade, uma negação

³⁸³ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 61-62.

³⁸⁴ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 62-63.

absoluta do poder. Podemos nos dar conta dessa “decisão” das culturas indígenas?³⁸⁵

Portanto, a sociedade primitiva conjura o poder separado de si mesma, opondo-lhe aquela mesma intencionalidade sociológica fundamental pela qual a cultura se estabelece como negação da natureza. Para Clastres, isso ocorre porque, por mais que todo poder pertença ao universo cultural, a cultura indígena concebe o poder exercido por um órgão separado da sociedade como algo exterior, que estabelece uma relação negativa com ela, tal como o domínio da natureza:

Pois, descobrindo o grande parentesco entre o poder e a natureza, como dupla limitação do universo da cultura, as sociedades indígenas souberam inventar um meio de neutralizar a virulência da autoridade política [...]: é assim que a cultura utiliza contra o poder a própria astúcia da natureza; é por isso que se nomeia chefe o homem no qual se quebram a troca das mulheres, das palavras e dos bens.³⁸⁶

Em seus escritos mais tardios, Clastres delineou com mais clareza a relação de negação estabelecida entre o chefe e a sociedade indígena.³⁸⁷ Se a metáfora da exterioridade foi o conceito que em um primeiro momento ele encontrou para explicar essa negação, em um segundo momento ele passou a mobilizar o conceito de dívida para sofisticar a lógica por trás da impotência do chefe sobre a sociedade.³⁸⁸ Entretanto, como as mulheres são de longe o valor mais elevado do universo social indígena, o privilégio da poliginia concedido ao chefe constituiria, então, aquilo que o mantém em eterna dívida com o grupo.³⁸⁹ Mais do que isso, essa relação poderia ser caracterizada como uma servidão, porque a sociedade atribui uma dívida impagável ao chefe, condenando-o a jamais conseguir sua quitação, mesmo que trabalhe acima da média da tribo para atender às constantes demandas que lhe são feitas,³⁹⁰

³⁸⁵ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 62-63.

³⁸⁶ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 64-65.

³⁸⁷ Com razão, Marcio Goldman e Tânia Stolze Lima entendem que essa conclusão de Clastres não convence plenamente, pois a relação de negação entre poder e grupo, não constituindo uma especificidade da chefia indígena, poderia muito bem ser compreendida como uma característica comum ao poder coercitivo estatal. Dessa maneira, fica por explicar como a poliginia, esse fenômeno altamente improvável pela elevada valoração atribuída às mulheres, poderia explicar a especificidade da chefia indígena. É preciso lembrar que o ensaio que exprimiu a chefia indígena nesses termos, intitulado *Troca e poder: filosofia da chefia indígena*, foi o primeiro publicado por Pierre Clastres. Nesse sentido, Lima e Goldman procuram – e encontram – respostas em escritos posteriores do autor. Eles entendem que Clastres obtém uma melhor compreensão do problema mediante a mobilização da noção de dívida (Pierre Clastres, etnólogo da América, p. 297-298).

³⁸⁸ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 171-172.

³⁸⁹ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 58-59.

³⁹⁰ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 59-60.

sob pena de perder todo o seu prestígio que marca sua posição social.³⁹¹ Logo, o sentido da dívida revela quem detém o exercício do poder: se o chefe for considerado devedor contumaz da sociedade, será a segunda, e não o primeiro, o verdadeiro lócus de um poder exercido de maneira indivisa; se, ao contrário, a sociedade se considerar endividada com seu chefe, ele é quem estará em condições de exercer um efetivo poder separado dela.³⁹²

Essa armadilha servil, mostra Clastres, é preparada pela sociedade indígena justamente para as pessoas que se encontrariam em maiores condições de exercer um poder separado sobre o restante da sociedade: aqueles que demonstram habilidade com as palavras e habilidades guerreiras.³⁹³ Sabendo, pois, que o poder não se exerce senão nas palavras, as sociedades indígenas souberam, astuciosamente, exigir o maior talento oratório de seu chefe para, no mesmo ato, privá-lo dos meios de as legitimar caso queira fazer delas um comando.³⁹⁴⁻³⁹⁵ De certo modo, o discurso do chefe é vazio de conteúdo, pois, em vez inovar mediante a criação de novas normas, limita-se a reproduzir as normas tradicionais da vida em sociedade, as quais todos da tribo certamente já sabem bem quais são. Assim, embora tenha o

³⁹¹ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 60; CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política. Tradução Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2014. p. 179.

³⁹² Cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 178-180.

³⁹³ Cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 219-220. Ainda que Clastres enfatize que a sociedade contra o Estado tende a atribuir a condição de chefe ao detentor dos atributos que o tornariam mais suscetível ao exercício do poder, isso não necessariamente significa que tais atributos sejam naturais, inatos nem aleatórios. Marina Vanzolini Figueiredo observa, por exemplo, que o chefe dos Aweti xinguanos adquire a sua posição *menos* pelo reconhecimento social de qualidades preexistentes dele e *mais* pelo investimento da sua família e do restante da comunidade em um processo de criação e formação que procura desenvolver nele os comportamentos esperados do chefe (cf. Eleições na aldeia, ou o alto Xingu contra o Estado? *Anuário Antropológico*, v. 36, n. 1, p. 42-43, jul. 2011. Disponível em: <http://journals.openedition.org/aa/998>. Acesso em: 29 out. 2022). Essa possibilidade observada pela antropóloga, longe de ser incompatível com o modelo de chefia descrito por Clastres, mais parece a descrição de uma maneira mais sofisticada e potencialmente reveladora de uma intensidade ainda mais forte na conjuração do poder coercitivo, na medida em que, tomando emprestadas as palavras de Renato Sztutman, figuraria como uma vertigem, isto é, uma espécie de antecipação prefigurativa do Estado para melhor conjurá-lo. (cf. SZTUTMAN, Renato. *Metamorfoses do Contra-Estado*: Pierre Clastres e as políticas ameríndias. *Ponto Urbe*, São Paulo, n. 13, p. 15-18, 2013. Disponível em: <http://pontourbe.revues.org/893>. Acesso em: 20 jun. 2018). É, de fato, o que constata Figueiredo, ao observar que as forças centrífugas da política xinguanas não ocorreriam *apesar* do seu grau de institucionalização, mas, com maior probabilidade, é essa institucionalização que, inversamente, serviria como mecanismo de estabilização contra a virulência dos vetores centrífugos. E assim, conclui a antropóloga, a política xinguanas “não deixa de ser mais um exemplo de um princípio social e cosmológico que parece comum a outros povos ameríndios, e que constitui o cerne da argumentação de Clastres: a recusa à submissão” (cf. FIGUEIREDO, Marina Vanzolini. Eleições na aldeia, ou o alto Xingu contra o Estado?, p. 49).

³⁹⁴ Cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 178-180 e 170.

³⁹⁵ Nesse aspecto, compreende-se o acerto da tese defendida por Gustavo Barbosa, segundo a qual a “Sociedade contra o Estado” de Clastres seria feita de modelos de intencionalidade que, escapando do individualismo metodológico, ainda assim não recairiam em um holismo transcendental da sociedade. Por um lado, essa intencionalidade tem certa autonomia com relação aos indivíduos; por outro, sempre depende de sujeitos concretos com todas as suas particularidades para se manifestar.

dever de falar, constantemente exigido pelo grupo, os demais não prestam atenção em seu discurso simplesmente porque não têm a obrigação de escutá-lo. Caso o chefe queira, como diz Clastres, “banco o chefe”, fazer-se escutar, convertendo seu discurso na forma de um comando, querendo substituir a tradição pela sua própria norma, ele seria abandonado pelo grupo, que logo acharia outro para ocupar seu lugar.³⁹⁶

Partindo do pensamento de Clastres, é possível compreender o discurso como uma espécie de chave capaz de destrancar a porta que dá acesso privilegiado ao poder: é por meio dele que este último se legitima. No entanto, não existe uma única porta, e cada qual requer uma chave própria. Para o poder do burocrata, a legitimação racional-legal; para o das personalidades conhecidas pelas suas características excepcionais, a legitimação carismática; e assim por diante, diria o Weber de *Economia e sociedade*. Isso significa que quem busca o poder precisa encontrar a chave discursiva certa para acessá-lo. Assim, a legitimidade não é – ou não é apenas – uma justificativa *ad hoc* e *a posteriori* para conferir aceitabilidade a um poder que já está previamente definido e operante. Ela é constitutiva do próprio poder, em todas as suas dimensões. Todavia, a relação entre ambos não deixa de ser recíproca, pois, como diz Clastres, “palavra e poder mantêm relacionamentos tais que o desejo de um se realiza na conquista do outro”; “poder e palavra não existem senão um no outro”.³⁹⁷

Assim, os indígenas forneceram a seu chefe uma espécie de “contralegitimidade”: uma chave desfigurada, que não destranca nada, pelo contrário, tranca seu portador do lado de fora do poder. Enclausurado pela servidão que lhe é imposta por uma dívida inadimplível, o chefe, por mais que detenha a palavra, encontra-se, assim, sem as condições para transformá-la em comando eficazmente dirigido aos demais membros do grupo. Bastante preciso nesse ponto, Chamboredon afirma que o chefe indígena, em vez de declarar sua vontade particular, atua na qualidade de porta-voz do grupo, exprimindo sempre o consenso da sociedade, manifestado na lei dos ancestrais míticos com a qual todos concordam, ou seja, o discurso do chefe não exprime comandos próprios que demandem obediência,³⁹⁸ razão pela qual não pode ser

³⁹⁶ Vejam-se, por exemplo, os casos de Fusiwe e de Gerônimo, líderes guerreiros yanomami e apache, respectivamente, cujas histórias são retomadas por Clastres como exemplares do abandono ao qual os chefes guerreiros são submetidos quando tentam promover uma guerra contrária aos desejos da tribo (CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*, p. 222-224). No mesmo sentido: cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*, p. 156.

³⁹⁷ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*, p. 168.

³⁹⁸ CHAMBOREDON, Jean-Claude. Pierre Clastres et le retour de la question politique en ethnologie (a propos de Recherches d’anthropologie politique). *Revue Française de Sociologie*, [s.l.], v. 24, n. 3, p. 559-550, Jul./Sep. 1983. No mesmo sentido: cf. CHEVALLIER, Jacques. Penser à partir de Pierre Clastres: l’État et

interpretado como a condição fática de normas próprias. Dessa maneira, o sentido da dívida revela quem detém o exercício do poder: se o chefe for considerado devedor contumaz da sociedade, será a segunda, e não o primeiro, o verdadeiro lócus de um poder exercido de maneira indivisa; se, ao contrário, a sociedade se considerar endividada com seu chefe, ele é quem estará em condições de exercer um efetivo poder separado dela.³⁹⁹

Se por vezes Clastres sustentou que a palavra seria o oposto da violência,⁴⁰⁰ é porque se trata aqui da violência física em sua forma mais pura: afinal, existem os que dispensam as chaves, deixam o discurso persuasivo de lado e nutrem certa predileção pelo arrombamento da porta metafórica que dá acesso à dominação. Em outra ocasião, ao aludir à capacidade de coerção pelo discurso dos profetas tupis-guaranis, Clastres retificou aquela ideia, dizendo que talvez nem toda palavra, como a desses personagens, seja o oposto à violência.⁴⁰¹ Realmente, tudo depende das condições em que a palavra é exercida, como demonstra exemplarmente a figura do chefe indígena.

4.1.2 *Uma política externa antiestatal: o exemplo da guerra indígena*

A violência pura, por sua vez, como fornece uma via de acesso direto para a dominação, isto é, não mediada pela legitimação, escapa, por isso mesmo, do espantoso questionamento de La Boétie sobre os mistérios por trás da servidão *voluntária*. É exatamente essa a questão que Clastres procura desvendar sob a fórmula da origem do poder político estatal, não sem antes propor uma espécie de recuo metodológico, mediante uma *arqueologia da violência* que encontra na máquina de guerra indígena sua principal fonte de reflexões.

Com efeito, Clastres identifica duas interpretações paradigmáticas e contrapostas sobre a guerra praticada pelas sociedades indígenas. De um lado, o estado de natureza hobbesiano, caracterizado por uma “guerra de todos contra todos”, que o próprio Hobbes supunha ser praticada pelos povos autóctones do continente americano. De outro lado, a tese de Lévi-Strauss, segundo a qual a troca seria a atividade social elementar dos povos indígenas, de modo que a guerra seria o resultado de trocas malsucedidas. No primeiro caso, a hipótese de uma guerra generalizada, que manteria os homens em situação de animalidade e os impediria

le devoir de parole. In: ABENSOUR, Miguel; KUPIEC, Anne. *Pierre Clastres*. Paris: Sens & Tonka, 2011. p. 311.

³⁹⁹ CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 178-180.

⁴⁰⁰ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 171-172.

⁴⁰¹ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 230-231.

de constituir uma sociedade; no segundo, a conjectura da troca generalizada, em meio à qual a guerra adquire um estatuto secundário e epifenomenal. Contudo, nenhuma dessas interpretações faz justiça à realidade das sociedades primitivas, nas quais tanto a guerra quanto a troca têm seu devido lugar, porquanto ambas partilham de um mesmo erro teórico: põem a guerra e a troca sempre no mesmo plano, supondo que uma sempre anularia a outra, quando na realidade elas podem se situar em planos distintos.⁴⁰²

De acordo com Clastres, no plano social, por assim dizer, da constituição de todas as sociedades, a regra proibitiva do incesto chancela a troca intracomunitária de parentes, figurando como condição de possibilidade da sociedade como realidade que se diferencia da natureza. Nesse plano, de fato, uma hipotética guerra civil teria de ser interpretada como a negação da troca instituidora do social e, portanto, como um epifenômeno da última. Por sua vez, no plano cultural, isto é, do efetivo funcionamento da sociedade primitiva, que a diferencia das demais sociedades, a troca intercomunitária de parentes é realizada para forjar alianças entre duas tribos visando a reforçar seus meios de combate ao inimigo comum. Tais alianças, estabelecidas muito a contragosto, não são desejadas como fim em si mesmo, mas como meio (e um mal) considerado necessário para incrementar as chances de sucesso na guerra. Nesse último cenário, é a guerra, portanto, que adquire primazia ontológica sobre a troca. É assim que guerra e troca podem conviver em diferentes planos sociológicos, sem que um termo necessariamente exclua o outro.⁴⁰³

Não fosse assim, seja na hipótese generalizadora da hostilidade, seja na hipótese generalizadora da amizade, a sociedade primitiva perderia toda a sua especificidade política. Como sociedade que se mantém indivisa pela atuação de variados mecanismos internos (a lei, a chefia, a religião, a economia etc.), ela também necessita de um mecanismo adicional para evitar que a desigualdade seja introduzida na comunidade a partir de fora. Assim, do mesmo modo que se deve evitar que o poder se destaque do grupo mediante a concentração em um dos órgãos internos, o transplante, por assim dizer, de um órgão externo do poder certamente teria o mesmo efeito indesejado. É o que o permanente estado de guerra fornece às sociedades primitivas, assegurando a identidade de cada comunidade indivisa em contraposição às outras, bem como a dispersão delas contra toda lógica unificadora e homogeneizante que ameaçaria sua multiplicidade. Consequentemente, as tribos evitam que a distinção eu/outro seja

⁴⁰² Cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 229-234.

⁴⁰³ Cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 241-246.

convertida em vencedores/vencidos e, no mesmo ato, introduzida internamente sob a forma de senhores/súditos. Para Clastres, a guerra consiste, portanto, em um mecanismo de exclusão do outro que opera a manutenção da multiplicidade do universo indígena, que refuta a unificação e a identificação dessa pluralidade sob o discurso equalizador do Estado, em uma lógica que recusa a lei exterior e garante a manutenção do ideal de autonomia e de independência de cada unidade política que, de outro modo, seria ameaçada.⁴⁰⁴

Segundo Clastres, essa filosofia política indígena, muito intensa nos institutos da chefia e da guerra, encontraria ressonância em uma reflexão de caráter metafísico, que ele teria ouvido da boca de um profeta (*karai*) de uma tribo guarani localizada na floresta paraguaia: “as coisas em sua totalidade são uma: e para nós que não desejamos isso, elas são más”.⁴⁰⁵ Sob os princípios da identidade e da não contradição, realmente, as coisas apresentam um ser unitário e, nesse aspecto, finito e incompleto: ser sempre uma coisa, e nunca outra diferente. Para o homem, essa propriedade que marca o mundo, incluindo a si mesmo, não pode significar outra coisa senão sua própria mortalidade, tema frequente das reflexões dos *karai*. É assim que os guaranis designam de terra má (*ywy mba' emegua*) esse mundo imperfeito, finito e incompleto no qual habitam. Como se nota nas palavras do *karai*, a reflexão metafísica sobre o mundo rapidamente se converte em uma espécie de filosofia moral, na medida em que esse estado de coisas, mais do que simplesmente constatado, é qualificado e repudiado como algo negativo. No entanto, mais do que pensadores, os *karai* eram profetas porque anunciavam, como plano de ação, a possibilidade e a necessidade de atingir a Terra Sem Mal (*Ywy mara-ey*), onde “a infelicidade é abolida, o milho cresce sozinho, a flecha traz a caça àqueles que não têm mais necessidade de caçar, o fluxo regrado dos casamentos é desconhecido, os homens, eternamente jovens, vivem eternamente”.⁴⁰⁶ Esse lugar ideal, onde os homens seriam ao mesmo tempo deuses, implicaria não somente a abolição das limitações impostas pela natureza, mas principalmente o abandono de todas as regras colocadas pela sociedade, inclusive a proibição do incesto, responsável pela própria possibilidade do universo social.⁴⁰⁷

A oposição moral e metafísica do discurso dos *karai* guarani com relação ao mundo encontra certa homologia com a oposição geral das sociedades indígenas à dominação

⁴⁰⁴ Cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 234-251.

⁴⁰⁵ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 184-189.

⁴⁰⁶ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 188.

⁴⁰⁷ Cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 130.

política. É que, no campo propriamente político, o Estado reproduz a mesma lógica do “um” ao dissolver as diferenças culturais para traduzi-las em como identidade. Essa característica, contudo, não é uma particularidade da relação colonialista que, durante séculos, os povos europeus mantiveram com os autóctones de continentes longínquos. Tampouco se restringe à relação dos Estados egressos da dominação colonial com seus autóctones, como no exemplo, sem dúvida bastante elucidativo, do “índio amazônico suprimido como outro e reduzido ao mesmo como cidadão brasileiro”.⁴⁰⁸ Como observa Clastres, a própria formação dos Estados Nacionais ocorreu às custas da supressão de culturas europeias minoritárias, equalizadas pela sua identificação com uma mesma cidadania que, a partir de então, simboliza a submissão de todos os seus sujeitos à mesma organização política.⁴⁰⁹ Em suma, a tendência unificadora constitui o modo de operação comum às mais variadas máquinas sociais de dominação.

Clastres ressalta evidências de que, no século XVI, os tupis-guaranis se confrontavam com uma lógica semelhante, pois seus chefes, não sendo mais tão impotentes como antigamente, passavam a acumular um poder que abalava profundamente a estabilidade dessas tribos. É na mesma época que o discurso metafísico dos *karai*, ecoando fortemente entre os indígenas tupis-guaranis, convertia-se em um plano de ação que os mobilizava, aos milhares e por longas distâncias, em migrações religiosas cujo objetivo era a busca pela Terra Sem Mal.⁴¹⁰ Não por acaso, o discurso dos *karai* pregava a subversão das regras tradicionais, as mesmas cujo respeito era o objeto monotemático do discurso de seus chefes. Na opinião de Clastres, um fenômeno migratório dessa magnitude não seria explicável se esses indígenas não tivessem realizado aquela “leitura ‘política’ de uma constatação metafísica”, pela qual a dominação é compreendida como manifestação do “um” na esfera política.⁴¹¹

Por conseguinte, a revolução copernicana defendida por Clastres provocou sensíveis deslocamentos conceituais nas teorias sociológicas tradicionais, assim como um alargamento

⁴⁰⁸ CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 83.

⁴⁰⁹ Clastres evidencia essa afirmação recorrendo à história francesa como um caso particular da cultura ocidental: a mesma lógica de supressão das diferenças culturais mediante a sua homogeneização sob a cidadania francesa ocorreu da expansão da monarquia capetíngia, passando pela transformação das antigas províncias em departamentos após a Revolução de 1789, até, enfim, a instituição da escola leiga, gratuita e obrigatória, na 3.^a República (cf. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 83-84).

⁴¹⁰ Essas grandes migrações, que mobilizavam milhares de indígenas na busca da Terra Sem Mal, eram mais volumosas nos séculos XV e XVI, decrescendo bruscamente com a chegada dos europeus. No entanto, é surpreendente constatar sua persistência até 1947, quando se registrou uma das últimas, senão a derradeira, migração desse tipo, que conduziu indígenas Mbyá do Paraguai até o litoral de Santos (cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 128-131; CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 174 e 227-228).

⁴¹¹ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 229-230.

do quadro tipológico que as orienta. Se, em geral, a ideia de política como distribuição do poder não é de modo algum incompatível com o pensamento de Clastres, aparecendo, pelo contrário, de certo modo pressuposta ao longo de sua obra, o mesmo não pode ser dito acerca de outros conceitos. Por um lado, na visão de Clastres, o Estado figura como toda divisão do poder na sociedade, responsável por reparti-la entre aqueles que comandam e aqueles que os obedecem. É, assim, uma ideia muito mais ampla que o monopólio da violência legítima, e que, a rigor, coincide não com o conceito weberiano de Estado, mas sim com o conceito weberiano de dominação.⁴¹² Como observou Gustavo Barbosa, também é digno de nota que Clastres perfilha uma dessubstantivação do Estado, que não é “a Casa Branca, Kremlin, o Eliseu”, mas o “exercício efetivo” do poder.⁴¹³ Por outro lado, o campo da política deixa de se restringir ao Estado naquele segundo sentido e passa a abranger seu exato oposto, o “contra-Estado” identificado por Clastres nas sociedades indígenas sul-americanas. Em outras palavras, a fórmula da “sociedade contra o Estado” equivale, sem nenhum desvio, a uma “sociedade contra a dominação”.

4.1.3 *Uma juridicidade antiestatal: o exemplo da “lei” indígena*

Embora não seja possível fazer justiça a todas as análises, mesmo as mais breves, que Clastres realizou sobre a sociedade primitiva em seus mais variados aspectos, é digno notar – mesmo que de passagem – como a intencionalidade sociológica por trás dessa “sociedade contra o Estado” não se restringe à instituição da chefia ou ao fenômeno da guerra, também sendo encontrada por Clastres, com a mesma intensidade, em vários outros fenômenos, como os econômicos, os religiosos e os jurídicos.

Contrariando o senso comum de que as sociedades indígenas americanas praticariam uma economia de subsistência, supostamente premida com a escassez de recursos pela incapacidade técnica de desenvolver uma economia de mercado, Clastres se vale de suas próprias observações e de outros antropólogos, como Jacques Lizot e Marshall Sahlins, para defender que seriam, pelo contrário, sociedades muito distantes daquele retrato paupérrimo

⁴¹² No mesmo sentido, Chamboredon salienta que, em vez de designar as organizações políticas com burocracias especializadas como “Estado”, Clastres confere um significado muito mais amplo a este termo: a divisão social entre dominantes e dominados (CHAMBOREDON, Jean-Claude. Pierre Clastres et le retour de la question politique en ethnologie (a propos de Recherches d’anthropologie politique), p. 562).

⁴¹³ Cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*, p. 155 e 208; BARBOSA, Gustavo. A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 47, n. 2, p. 529, 2004.

feito delas, pois conseguiriam facilmente satisfazer todas as suas necessidades alimentares, além de acumular um pequeno excedente, com poucas horas diárias de trabalho para cada membro. Na visão de Clastres, as sociedades indígenas não enxergariam motivo pela busca desenfreada por excedentes, quando os recursos a seu redor são suficientemente abundantes e sua técnica útil o bastante para satisfazer, com alguma sobra, as necessidades alimentares de todos os seus membros. Sendo assim, tais sociedades apenas renunciariam ao tempo dedicado ao lazer e à vida espiritual para trabalharem mais se fossem compelidas a produzirem mais excedentes do que consideram necessário. Apenas poderiam ser levadas a tanto caso seus membros fossem estimulados nesse sentido. A limitação de suas necessidades seria para os indígenas mais um mecanismo, além da chefia, pelo qual evitariam justamente a emergência de um poder desigual, que poderia submetê-los à exploração do trabalho alienado para que cada vez mais demandas fossem atendidas.⁴¹⁴

A propósito, as análises de Hélène Clastres acerca da religião revelam uma visão de mundo cujo sentido é equivalente ao que muitas sociedades indígenas atribuem a suas práticas econômicas e políticas. Entre os guarani, a autora encontrou uma religião contraintuitiva que acreditava na equivalência entre os homens e os deuses, sendo esse o motivo pelo qual os antigos cronistas e missionários, supondo que toda religião partilharia a crença na supremacia de uma divindade criadora, interpretavam, erroneamente, que aquelas sociedades seriam destituídas de qualquer religião.⁴¹⁵ Tais análises evidenciam como, de certo modo, a religião dessas sociedades havia encontrado os meios de se remediar contra uma dominação teocrática que buscasse se legitimar mediante a referência a alguma autoridade divina.

O direito não passa ao largo das contribuições que a revolução copernicana de Pierre Clastres proporcionou para a reflexão sobre outros campos, como o político, o religioso e o econômico. Não apenas porque o direito é suscetível de uma visão etnocêntrica análoga à que comumente permeia esses campos, mas também pelas relações muito peculiares que o direito ocidental historicamente mantém com cada um deles, a começar pelo fenômeno político. Principalmente nos países influenciados pelo direito continental europeu, prepondera certa representação do direito como sistema de normas estabelecidas por autoridades investidas de um poder legítimo para tanto. Sem desconsiderar as notórias controvérsias filosóficas existentes acerca do conceito de direito, fato é que esse senso comum atravessa a linguagem

⁴¹⁴ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 201-212.

⁴¹⁵ CLASTRES, Hélène. *Terra sem mal*. Tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 1978. p. 14 e 29.

mobilizada pelos saberes populares, profissionais e acadêmicos ocidentais, designando aquilo que minimamente se entende como “direito” sempre que essa própria compreensão não estiver sob discussão. Pela perspectiva da revolução copernicana, a questão, portanto, é o quanto essa concepção do direito encontra alguma equivalência em sociedades radicalmente diferentes do mundo ocidental e, mais ainda, o potencial descritivo que ela realmente exerce sobre as práticas de regulação qualificáveis como jurídicas mesmo em contextos mais familiares.

Embora o direito não tenha sido o principal objeto das análises de Pierre Clastres, as escassas reflexões que esse autor dedicou diretamente à “lei das sociedades primitivas” são extremamente ricas para a consideração dos problemas delineados no parágrafo anterior. E não de maneira aleatória: pois onde o europeu enxergou a mais inaceitável selvageria, a maior violação daquilo que se compreende como padrão mínimo de moralidade que deveria ser comum a toda civilização, exatamente no mesmo lugar, Clastres viu o funcionamento de uma “lei” certamente ininteligível como tal ao senso comum ocidental.

Com efeito, foi nos rituais de passagem praticados em muitas tribos indígenas – a exemplo dos Guayaki-Aché, dos Mandan e dos Ambipones – que Clastres vislumbrou uma função análoga à que o direito desempenha nas sociedades ocidentais, mas, ainda assim, radicalmente diferente desta no modo de seu efetivo funcionamento.⁴¹⁶ É que o ritual, feito para registrar o ingresso dos jovens na idade adulta, deixa marcas em suas peles que produzem lesões as mais variadas, como perfurações, lacerações e contusões, sempre com o propósito de causar sofrimento físico – motivo pelo qual Clastres não hesitou, em momento algum, ao designá-las como verdadeira uma tortura. No entanto, não se limitando à interpretação de Catlin, para quem o papel dessa “tortura” apareceria como mera avaliação da capacidade de resistência física dos jovens, Clastres entende que a função desse sofrimento é algo muito mais fundamental, porque, passada toda essa provação, subsiste sua marca indelével deixada no corpo; uma cicatriz que, a exemplo das tatuagens, consiste na transmissão de determinado saber e em um obstáculo a seu esquecimento.⁴¹⁷

Uma vez que o propósito é compreender a racionalidade orientadora do rito iniciático, renunciando-se à tentativa apressada e etnocêntrica de julgá-lo de acordo com os valores políticos e religiosos da civilização ocidental, o problema consiste em responder à seguinte

⁴¹⁶ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 195-197.

⁴¹⁷ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 193-194.

questão: que saber é esse, afinal, que precisa ser transmitido com tamanha violência ao iniciado? De certo modo, a resposta está contida na própria pergunta, na medida em que a forma de transmissão do saber ilumina seu conteúdo oculto. Certamente, a primeira mensagem que o sofrimento físico ensina ao iniciado é que ele não é livre para fazer *absolutamente* o que bem entender com seu corpo. Em linhas tão gerais, entretanto, essa é uma mensagem que toda sociedade transmite a seus membros, sem que para isso seja necessário infligir sofrimento físico aos corpos deles. Apenas para citar um exemplo banal, a limitação que a proibição do homicídio impõe sobre o uso da força corporal pode ser ensinada tanto pela enunciação do sexto mandamento bíblico quanto pelo ritual iniciático em questão. Entretanto, quando a sociedade penetra a carne para suscitar a consciência imediata do sofrimento, e quando não se compraz, portanto, com a atenção forçada que a vocalização da palavra sempre provoca na consciência de quem a escuta, é porque precisa ensinar, e provar no mesmo ato, o apoderamento que ela exerce sobre o corpo do iniciado.⁴¹⁸ Na medida que esse fardo não é atribuído a um ou outro desafortunado em particular, mas a todos os membros do grupo que atingem a idade adulta, o rito iniciático consiste em uma “pedagogia”

⁴¹⁸ Quando Clastres afirma que o apoderamento sobre o corpo do indivíduo é a condição para que a sociedade exerça seu poder sobre ele, impedindo que o seu desejo individual se converta em um poder sobreposto sobre os seus pares, é inevitável observar nessa prática uma filosofia indígena cuja lógica inverte a teoria política do individualismo possessivo que, segundo Crawford Macpherson, pressupõe uma concepção de homem como possuidor dos seus atributos, e que teria marcado a filosofia política do século XVII, mesmo nas obras de autores tão díspares quanto Thomas Hobbes e John Locke. Nesse sentido, diz ele: “[...] the original seventeenth-century individualism contained the central difficulty, which lay in its possessive quality. Its possessive quality is found in its conception of the individual as essentially the proprietor of his own person or capacities, owing nothing to society for them. The individual was seen neither as a moral whole, nor as part of a larger social whole, but as an owner of himself [...] The individual, it was thought, is free in as much as he is proprietor of his person and capacities. [...] We shall see that possessive assumptions are present not only in the two main systematic theories of political obligation (Hobbes’s and Locke’s) but also, where they might be least expected, in the theories of the radical Levellers and the gentry-minded Harrington” (MACPHERSON, Crawford Brough. *The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University Press, 1990. p. 3-4). Por sinal, tais observações coadunam-se com a interpretação feita por Viveiros de Castro acerca da relação mantida entre a sociedade contra o Estado com a figura do indivíduo, o que também remete às considerações realizadas adiante a respeito da afinidade dessa fórmula com o conceito de socialidade: “A sociedade-contra-o Estado é efetivamente contra-o-indivíduo, porque o indivíduo, enquanto *sujeito*, é um produto e um correlato do Estado. O Estado precisa do indivíduo e o indivíduo requer o Estado: a autoseparação criadora do Estado cria-separação igualmente os sujeitos ou indivíduos (singulares ou plurais), ao mesmo tempo que o Estado se oferece a si mesmo como Modelo para estes: *l’État c’est le Moi* [...] A Sociedade de Durkheim é a forma-Estado em sua tradução *sociológica* [...] Por isso a relevância estratégica que tem para Durkheim a ‘oposição’ entre indivíduo e sociedade: um é uma versão do outro, os membros da sociedade enquanto corpo espiritual coletivo são como minúsculos sub-Estados individuais subsumidos pelo Estado enquanto Super-Indivíduo” (VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. O intempestivo, ainda, p. 325-326) De outro lado, diz ele, “[...] em uma sociedade-contra-o-Estado [...] cada um ‘já’ é, dividualmente, fractalmente, molecularmente, uma sociedade-contra-o-Estado *à part entière*” (Ibidem, p. 326-327).

que, segundo Clastres, ensina-lhes a lei fundamental da sociedade: “tu não és menos importante nem mais importante do que ninguém”.⁴¹⁹

De acordo com Clastres, essa radical proibição da desigualdade consiste exatamente no conteúdo da lei fundada pelos ancestrais míticos, cuja manutenção é exaltada pelo chefe em seus discursos para a tribo. E, como se trata do “texto de uma lei que ninguém fixou, pois não depende da decisão humana”,⁴²⁰ o chefe é incapaz de substituí-la pela sua própria vontade, sob pena de ser abandonado pelos seus pares.⁴²¹ O que se revela dessa maneira é a “lei” de uma “Sociedade contra o Estado”, que enuncia a recusa intencional de toda forma de dominação:⁴²²

E, precisamente, nunca o afirmaremos com suficiente ênfase, é para conjurar essa lei, lei instituí e garante a desigualdade, é contra a lei do Estado que se coloca a lei primitiva. As sociedades arcaicas, sociedades da marca, são sociedades sem Estado, *sociedades contra o Estado*. A marca sobre o corpo, igual sobre todos os corpos, enuncia: “Tu não terás o desejo do poder, nem desejarás ser submisso”. E essa lei não separada só pode ser inscrita num espaço não separado: o próprio corpo. Admirável profundidade dos selvagens, que *de antemão* sabiam tudo isso, e procuravam, ao preço de uma terrível crueldade, impedir o surgimento de uma crueldade ainda mais terrível: *a lei escrita sobre o corpo é uma lembrança inesquecível*.⁴²³
A seus filhos, a tribo proclama: sois todos iguais, nenhum de vós vale mais que o outro, nenhum vale menos que o outro, a desigualdade é proibida, pois ela é falsa, é ruim. E, para que não se perca a memória da lei primitiva, ela é inscrita, em marcas iguais dolorosamente recebidas, no corpo dos jovens iniciados ao saber dessa lei. No ato iniciático, o corpo individual, como superfície de inscrição da Lei, é o objeto de um investimento coletivo desejado por toda a sociedade a fim de impedir que o desejo individual, transgredindo o enunciado da Lei, tente um dia tomar para si o campo social.⁴²⁴

Do mesmo modo que a “lei” das sociedades primitivas, diz Clastres, toda lei é escrita como meio de estabelecer sua força e preservar sua memória. Esse procedimento, contudo, nem sempre consiste no registro das palavras de um idioma sobre um objeto qualquer como o papel, a pedra ou qualquer outro. A escrita de que se utiliza a lei é, sobretudo, uma inscrição de seu conteúdo sobre sujeitos. Enquanto tal, a escrita da lei pode assumir as mais variadas formas de se inscrever, desde as mais metafóricas, como o ensino escolar gratuito e

⁴¹⁹ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 198-199.

⁴²⁰ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 238-239.

⁴²¹ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 191-192.

⁴²² CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 198-200.

⁴²³ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política p. 200.

⁴²⁴ CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 156.

obrigatório,⁴²⁵ às mais literais, como a publicação de sua redação nas páginas do diário oficial. Em todos os casos, os meios usados visam ao mesmo propósito: incutir na memória dos sujeitos todos aqueles comportamentos considerados obrigatórios. Contudo, nenhuma escrita talvez seja mais literal do que a própria inscrição da mensagem no corpo do sujeito. Aludindo à Colônia Penal de Franz Kafka, onde a norma transgredida era insculpida sobre a pele do condenado, Clastres constata experiências não muito diferentes em episódios em que presos políticos são torturados com a inscrição de palavras vexatórias que remetem ao posicionamento político censurado pelos seus capturadores, ou de estabelecimentos penitenciários onde os próprios presos tomam a iniciativa de tatuar o símbolo da transgressão em suas peles.⁴²⁶

Contudo, enquanto a marca gravada na pele do cativo ou do presidiário consubstancia a submissão ou a obediência de seu portador, os rituais de iniciação indígenas têm um significado completamente diferente, porque suas marcas simbolizam, pelo contrário, a proibição do desejo de poder e a recusa da desigualdade que seria inerente a qualquer forma de dominação. Nesse aspecto, o dever ser primitivo é muito diferente da normatividade estatal, tanto em sua forma quanto em seu conteúdo, eis que o primeiro proíbe justamente aquilo que a última procura cancelar. Em outras palavras, é a sociedade como um todo que exerce o poder, mas de uma maneira indivisa, que não se desdobra na polaridade comando-obediência. Nesse sentido, Abensour sublinha que, se essas sociedades podem ser chamadas de “emancipadas”, isso não reside em seu suposto – e equivocado – caráter “apolítico”, mas sim pelo poder não coercitivo delas ser exercido *com* os homens, e não *sobre* eles, ou seja, pelas pessoas serem os sujeitos, e não o objeto do poder.⁴²⁷ É justamente esse o caso da violência presente nos rituais de iniciação, a qual, embora sempre dependa de atores determinados, constitui uma prática coletiva que não se confunde com um comando nem com a “lei” de quem quer que seja.

É em razão dessa diferença fundamental que se justificam as aspas aqui empregadas sempre que se fez referência à chamada “lei” das sociedades indígenas. Embora Clastres tenha recorrido a esse vocábulo familiar para nomear a forma de regulação social praticada em tais sociedades, sua descrição dos rituais de iniciação revela, pelos motivos já expostos,

⁴²⁵ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 190.

⁴²⁶ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 191-192.

⁴²⁷ ABENSOUR, Miguel. Pierre Clastres et nous. La révolution copernicienne et la question de l'État. In: ABENSOUR, Miguel; KUPIEC, Anne. *Pierre Clastres*. Paris: Sens & Tonka, 2011. p. 12.

que não se trata propriamente de uma lei no sentido comumente empregado pelo pensamento jurídico ocidental. Sem dúvidas, está suficientemente claro que Clastres não pretendeu, em momento algum, afirmar que a “lei” das sociedades primitivas se apresentaria tal e qual a lei das sociedades estatais. Ainda assim, o rigor de sua revolução copernicana recomenda a construção de novos conceitos para dissipar eventuais confusões e mal-entendidos, apontando-se claramente no que ambos os fenômenos se assemelham e no que exatamente eles divergem com tamanha radicalidade. Nesse aspecto, a noção de juridicidade desenvolvida pelo antropólogo Étienne Le Roy, embora desenvolvida a partir de trabalhos de campo em lugares completamente diferentes, como o Senegal e a França, pode fornecer uma descrição mais fidedigna das especificidades que o próprio Clastres identificou na regulação social praticada pelas sociedades indígenas sul-americanas.

4.2 Multijuridismo e culturas

4.2.1 *Do direito vivo e do pluralismo jurídico à juridicidade*

Na concepção de Le Roy, a juridicidade consiste em um fenômeno regulatório mais amplo que o direito e que, ao mesmo tempo, engloba-o ao lado de várias outras formas de regulação social.⁴²⁸ No âmbito dessa tipologia, o direito, tal como conhecido no mundo ocidental, figura apenas como uma maneira específica de manifestação da juridicidade, entre várias outras praticadas em algumas tradições culturais. As alusões feitas aqui em diante à concepção de juridicidade desenvolvida por Le Roy têm como propósito fornecer uma descrição mais aprofundada da regulação jurídica esboçada por Clastres em suas análises das sociedades indígenas sul-americanas, que, pela radicalidade de sua diferença com relação às experiências e representações jurídicas hegemônicas no contexto, servirão como contraponto ideal para submeter a teoria pura do direito de Hans Kelsen ao teste cultural que o presente trabalho propõe para aferir os limites de sua pertinência social.

Antes de mais nada, é importante notar as diferenças fundamentais entre o conceito de juridicidade e o conceito mais difundido de pluralismo jurídico, apesar da evidente afinidade

⁴²⁸ Aos dois teoremas propostos por Jean Carbonnier em seu livro *Flexible droit*, de acordo com os quais o direito é, em primeiro lugar, maior do que suas fontes formais e, em segundo lugar, menor do que o conjunto das relações sociais, Le Roy acrescenta um terceiro teorema, propondo que a juridicidade é mais ampla e compreende a concepção do direito desenvolvida pelas sociedades ocidentais modernas (LE ROY, Étienne. Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit. *L'Année Sociologique*, v. 57, n. 2, p. 345, 2007).

existente entre ambos. Com efeito, as teorias do pluralismo jurídico carregam problemas conceituais que as tornam sub-repticiamente etnocêntricas, ainda que, inegavelmente, tenham desempenhado um papel histórico muito importante no combate ao etnocentrismo, principalmente a partir dos anos 1980, na medida em que propuseram uma análise do direito consideravelmente descentrada da concepção monista e estatizante difundida sob influência do positivismo jurídico. Não obstante, a concepção de pluralismo jurídico rapidamente se mostrou suscetível à projeção das particularidades do direito estatal a outras formas de regulação social, uma vez que a pluralidade destas foi apreendida sob a condição de ser predicada pelo mesmo “jurídico” que, historicamente, foi associado à maneira hegemônica com que o direito se manifesta no contexto ocidental moderno. É precisamente essa, por exemplo, a crítica que Simon Roberts fez a concepções de pluralismo jurídico como a de Gunther Teubner.⁴²⁹ No mais, possivelmente por ter se aprisionado nesse dilema, que forçava um contraditório reconhecimento da alteridade sem o questionamento mais profundo das categorias mobilizadas para tanto, a noção de pluralismo jurídico tornou-se uma espécie de *omnium gatherum*, como bem observou Sally Falk Moore: em outras palavras, uma miscelânea de fenômenos bastante distintos subsumidos a um conceito comum que é excessivamente vago e pouco operativo.⁴³⁰

Esse problema, aliás, desdobrou-se em um desafio não solucionado, como notaram Sally Engle Merry e Brian Tamanaha: a necessidade de alargar o conceito de direito para incluir formas não estatais de regulação social, sem, entretanto, dissolver completamente as fronteiras entre o domínio jurídico, como campo dotado de especificidade, e, de outro lado, tudo o que se pode reputar como domínio social não jurídico.⁴³¹ Certamente, a temática do pluralismo jurídico foi descrita de maneiras bastante variadas pelos inúmeros autores que o abordaram, a ponto de alguns deles, como Rouland e Griffiths, classificarem as diferentes concepções de pluralismo jurídico entre fortes ou radicais, conforme afirmem a total independência dos direitos não oficiais com relação ao direito estatal, e fracas ou moderadas, conforme subordinem esses outros direitos aos critérios de validação impostos pelo último.⁴³²

⁴²⁹ Cf. ROBERTS, Simon. Against legal pluralism – some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain, p. 97-101.

⁴³⁰ Cf. MOORE, Sally Falk. Legal pluralism as *omnium gatherum*, p. 6-18.

⁴³¹ Cf. MERRY, Sally Engle. Legal pluralism, p. 878-879; TAMANAHA, Brian Z. The folly of the ‘social scientific’ concept of legal pluralism, p. 194-193; TAMANAHA, Brian Z. A non-essentialist version of legal pluralism. *Journal of Law and Society*, Oxford, v. 27, n. 2, p. 296-299, Jun. 2000.

⁴³² Cf. GRIFFITHS, John. What is legal pluralism?, p. 5; ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*, p. 158-259.

Contudo, mesmo o pluralismo dito radical é consideravelmente propenso a reproduzir os etnocentrismos supracitados, visto que persiste projetando as especificidades do direito estatal (notadamente sua predileção pela normatividade) às outras formas de regulação social, ainda que postule uma independência epistemológica entre ambos.

Se a obra de Eugen Ehrlich é por muitos considerada uma precursora da perspectiva do pluralismo jurídico que, décadas depois, estabeleceu-se como uma das principais pautas da antropologia jurídica, é porque já se encontravam nela todas as virtualidades que a crítica ao formalismo jurídico poderia propiciar para uma abordagem multicultural do fenômeno jurídico. No entanto, talvez a maior prova da importância atribuída à obra de Ehrlich a esse respeito, a corroborar que não se trata de um anacronismo equivocado, é o fato de ela revelar não apenas as virtualidades heurísticas que, anos depois, foram desenvolvidas pela antropologia jurídica sob a alcunha do pluralismo jurídico, mas, sobretudo, o fato de ela ter sido desde cedo alvo de críticas que muito se assemelham às que a perspectiva do pluralismo jurídico sofreu. Curiosamente, a principal figura que polemizou com a obra Ehrlich, procurando desvelar suas limitações, foi ninguém menos do que Hans Kelsen.

Em meio a suas críticas, Kelsen acusou Ehrlich de ter cometido uma série de equívocos: o emprego de conceitos obscuros ou contraditórios, como os de norma jurídica, preceito jurídico, Estado, normas de decisão e fatos do direito; a confusão entre ser e dever-ser, na medida em que seu conceito de norma jurídica consistiria, ao mesmo tempo, em uma “regra de conduta” e uma “lei da natureza”; a confusão entre sociologia jurídica e ciência do direito, que decorreria, por sua vez, da confusão entre considerações causais-explicativas e considerações normativas como seus respectivos e distintos métodos; e, por fim, a completa sobreposição entre direito e sociedade, que impediria a constituição da sociologia do direito como uma disciplina autônoma em relação à sociologia geral.⁴³³

Ehrlich, por sua vez, não pretendeu apresentar uma resposta exaustiva a cada uma das críticas de Kelsen. Em sua réplica, preferiu explicitar apenas o que, em seu entendimento, seriam incompreensões de Kelsen a respeito de sua obra. Para Ehrlich, tudo decorreria da desfiguração de seu pensamento pelo seu crítico, ou seja, da insistência de Kelsen em interpretá-la segundo conceitos estranhos, que não haviam sido adotados na obra criticada e que, na realidade, destoavam daqueles que ela havia expressamente definido. Já a suposta

⁴³³ Cf. KELSEN, Hans. Uma fundamentação para a sociologia do direito. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 775-816, 2019.

confusão entre fato e norma seria, segundo Erlich, apenas uma interpretação equivocada de Kelsen a respeito da sua definição de “regra de conduta”, que, na realidade, inscrever-se-ia exclusivamente no domínio do “dever-ser”.⁴³⁴

Não cabe aqui reconstruir sistematicamente o debate entre Kelsen e Ehrlich, mas cumpre notar que, por trás da discussão explícita que ambos travaram a respeito da metodologia da sociologia jurídica e da ciência do direito e da delimitação das fronteiras entre ambas as disciplinas, revela-se uma controvérsia mais fundamental a respeito da distinção entre, de um lado, a sociedade como domínio da facticidade e, de outro, o direito que teria a norma como seu componente primordial.⁴³⁵ Nesse aspecto, a principal – e, talvez, mais consistente – crítica formulada por Kelsen foi deixada sem resposta por Ehrlich,⁴³⁶ o que talvez seja sugestivo de sua importância:

Exatamente porque Ehrlich, na definição do conceito de direito, abdica da sua relação com o Estado como comunidade jurídica específica, o seu conceito de direito [...] precisa se estender desmesuradamente e, em essência, coincide com aquele de norma ou regra social. Do ponto de vista sociológico, a concepção de Ehrlich, até o ponto em que é univocamente determinada e não se contradiz se perda na identificação e *direito e sociedade*, enquanto a tendência a uma clara delimitação entre direito e outras normas sociais traz, em sua mais evidente consequência, a identificação entre *direito e Estado* como forma particular da sociedade [...] Ehrlich *simplesmente identifica direito e sociedade*, isto é, ele define como direito não somente a forma, mas também o conteúdo dos fenômenos sociais, no momento em que requer que a *ciência do direito* forneça informações sobre as relações políticas e econômicas regulares que conferem conteúdo às formas jurídicas. A ciência do direito precisaria ser ao mesmo tempo política, histórica econômica, se tivesse de dar informações sobre o *regime agrário* de um país ou sobre as relações econômicas reais entre os cônjuges entre arrendadores e arrendatários etc. É absolutamente sem precedentes uma tão complexa confusão das fronteiras entre direito e economia, entre direito e sociedade, assim como entre a ciência do direito e todas as outras ciências sociais!⁴³⁷

De alguma maneira, Kelsen tem razão ao acusar Ehrlich de promover uma confusão entre sociologia e ciência do direito que, em última instância, resultaria em uma total

⁴³⁴ Cf. EHRLICH, Eugen. Resposta. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 818-819 e 821-824, 2019.

⁴³⁵ Como bem sintetizado por Lucas Konzen e Henrique Bordini, a crítica de Kelsen a Ehrlich se concentra em cinco pontos: a “confusão entre ser e dever-ser, terminologia conceitual, delimitação das fronteiras da disciplina, concepção pluralista do direito e confusão entre direito e sociedade” (Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen, p. 320).

⁴³⁶ Cf. EHRLICH, Eugen. Resposta, p. 817-824; EHRLICH, Eugen. Tréplica. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 831-833, 2019.

⁴³⁷ KELSEN, Hans. Uma fundamentação para a sociologia do direito, p. 809-810.

sobreposição entre direito e sociedade, de tal modo que uma sociologia do direito nem sequer se sustentaria como ciência autônoma. Afinal, matizar a normatividade do direito, como pretende Ehrlich, enfraqueceria o papel da dogmática jurídica que se estabeleceu como principal paradigma moderno de seu estudo pelos juristas, o que implicaria desconsiderar uma peculiaridade do direito, tal como ele se manifestou e, em alguma medida, ainda o faz no contexto ocidental moderno, ainda que esse “direito” e essa “dogmática” nem sempre tenham sido os mesmos ao longo dos séculos.

De outro lado, Ehrlich também tem razão ao mostrar que Kelsen rejeita, arbitrariamente, outras formas de normatividade que não se encaixam exatamente no retrato normativo proposto pela teoria pura do direito, relegando-as ao que, nos quadros dessa teoria, pertenceria ao domínio da pura facticidade dos comportamentos em si mesmos:

Os preceitos jurídicos, entretanto, não esgotam em nenhuma época a totalidade do direito vivo de uma comunidade. [...] Kelsen certamente é livre para contestar tais teses, para combatê-las se for o caso, para refutá-las. Uma coisa, entretanto, ele não é livre para fazer: impor sua própria terminologia e qualificar de insensatas as coisas que eu digo somente porque não se encaixam nas singulares orientações terminológicas kelsenianas. É justamente isso, contudo, que ele fez.⁴³⁸

Certamente, subjaz a esse debate uma disputa pela ocupação de espaços acadêmicos de poder que poderiam ser conferidos quer à ciência do direito, quer à sociologia jurídica, como paradigma orientador da produção do conhecimento intelectual sobre o direito. No entanto, como frequentemente se pode notar em embates desse tipo, as divergências por vezes são mais institucionais do que epistemológicas: nesse caso, por exemplo, pode-se indicar como a principal fonte de todas as controvérsias o apego, tanto de um quanto de outro, a um conceito de direito historicamente carregado de significações que não são diretamente transponíveis para outros contextos sociais. Foi assim que Kelsen, por um lado, subestimou o conceito de direito, considerando-o incapaz de predicar os fenômenos que Ehrlich, de outro lado, não hesitou em associar diretamente ao direito. Portanto, o embate entre o direito vivo de Ehrlich e o direito positivo de Kelsen revela, assim como o embate entre o pluralismo jurídico e seus críticos, a mesma necessidade de colocar o direito ocidental “no seu devido lugar” em meio à sociedade e suas múltiplas e variadas formas de regulação.

⁴³⁸ Cf. EHRLICH, Eugen. Resposta, p. 817-824; EHRLICH, Eugen. Tréplica, p. 820-821.

Foi assim que Étienne Le Roy, muito consciente das virtudes das teorias do pluralismo jurídico, mas ao mesmo tempo crítico de suas limitações, observou que associar o termo “direito” a categorias como “vulgar”, “popular”, “costumeiro”, “indígena” etc., como foi frequente nas perspectivas do pluralismo jurídico, significaria recair no “princípio do englobamento do contrário”, isto é, em um etnocentrismo que projeta as particularidades da cultura ocidental do observador às formas de regulação jurídica vivenciadas por outras culturas.⁴³⁹ Por essas razões, Le Roy propôs uma teoria do multijuridismo, em meio à qual seria a juridicidade, e não mais o direito, que figuraria como um domínio comum de regulação que permitiria, a cada tradição cultural, encontrar suas referências sem perder as características que lhe são próprias.⁴⁴⁰

Assim compreendida, a juridicidade apresenta as seguintes propriedades que a definem como fenômeno regulatório específico e, ao mesmo tempo, multifacetado:

- a) a coercitividade e a sancionabilidade como expressões de sua obrigatoriedade;⁴⁴¹
- b) a heteronomia como capacidade de se relacionar com outros domínios sociais na forma de complementaridade, oposição, concorrência ou dependência;⁴⁴²
- c) o funcionamento à base de três fundamentos regulatórios indispensáveis: as normas gerais e impessoais (NGI) ou *leis*, os modelos de condutas e de comportamento (MCC) ou *costumes*, e os sistemas de disposições duráveis ou (SDD) ou *habitus*.⁴⁴³

Feita essa breve introdução ao conceito de juridicidade, é preciso pormenorizar em que consistem esses três fundamentos que, segundo Le Roy, formam o necessário tripé no qual ela se apoia. É, principalmente, nesse aspecto que a teoria do multijuridismo permite conferir maior precisão às teses de Clastres acerca das “leis” das sociedades primitivas, sem distorcer o sentido que esse mesmo autor lhes conferiu como conjuração da desigualdade

⁴³⁹ Cf. LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*. Saarbrücken: Éditions Universitaires Européennes, 2017. p. 29. Sobre o etnocentrismo consistente em designar todas as experiências de juridicidade da humanidade como “direito”: cf. LE ROY, Étienne. Le pluralisme juridique aujourd’hui ou l’enjeu de la juridicité. In: LE ROY, Étienne (dir.). *Les pluralismes juridiques*. Paris: Karthala, 2003. p. 12.

⁴⁴⁰ Cf. LE ROY, Étienne. Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit, p. 345-346.

⁴⁴¹ Cf. LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*, p. 10.

⁴⁴² Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico, p. 296.

⁴⁴³ Cf. LE ROY, Étienne. Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit, p. 349; LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 201.

consubstanciada na separação do poder da sociedade e em sua encarnação em um órgão especializado.

4.2.2 Os fundamentos da juridicidade

De acordo com Le Roy, as normas gerais e impessoais (NGI) consistiriam naquilo que Jean Carbonnier designou como “comando geral e permanente do poder”, consubstanciado nas normas aplicadas pelo chefe, pelo príncipe ou pela administração.⁴⁴⁴ Nessa acepção, Le Roy entende que elas correspondem, *grosso modo*, à concepção convencional de lei ou legislação na cultura ocidental.⁴⁴⁵ Aludindo implicitamente à terminologia empregada por Bohannan para distinguir entre “sistemas *folk*” e “sistemas analíticos”,⁴⁴⁶ Le Roy esclarece que o direito constitui apenas um *folk law*, ou seja, uma forma particular e específica de concreção da juridicidade que não pode ser tomada como parâmetro universal para análise desse fenômeno em suas múltiplas e variadas formas de expressão.⁴⁴⁷

Por seu turno, os modelos de conduta e de comportamentos (MCC) podem ser conceituados como maneiras de dizer e de fazer, que são herdadas dos ancestrais para assegurar o futuro do grupo e veiculam um bom modelo a ser adotado (bom pai, boa mãe, bom chefe etc.) ou um mau modelo a ser evitado.⁴⁴⁸ Em todo caso, tais modelos, sejam positivos ou negativos, expressam as “responsabilidades de um ator no desempenho de suas funções específicas e na qualidade de representante da sua comunidade nessa função”.⁴⁴⁹ Ainda assim, os modelos de conduta e de comportamento apresentam considerável flexibilidade, pois em muitos casos são elucidados a partir de lições morais dos contos (“maneiras de dizer”), que indicam ao grupo como abordar condutas (“maneiras de fazer”) no âmbito da regulação dos conflitos, mas preservando sua liberdade para escolher alguns desses

⁴⁴⁴ LE ROY, Étienne. Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit, p. 349.

⁴⁴⁵ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique”* du droit, p. 201.

⁴⁴⁶ Em meio a um debate acerca das condições e dos limites sobre a comparação entre culturais jurídicas, a crítica de Bohannan a Gluckman pode ser resumida no fato de o segundo ter elevado, indevidamente, as categorias do direito inglês, como sistema *folk* (*folk system*), ao patamar de um sistema analítico (*analytical system*) para a análise de categorias autóctones, produzindo com isso uma “tradução às avessas”. Cf. BOHANNAN, Paul. *Etnografia e comparação em antropologia do direito*, p. 113-115; GLUCKMAN, Max. *Obrigação e dívida*, p. 36.

⁴⁴⁷ Cf. LE ROY, Étienne. Le tripode juridique, p. 334; LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*, p. 10.

⁴⁴⁸ Cf. LE ROY, Étienne. Le tripode juridique, p. 348; LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique”* du droit, p. 195.

⁴⁴⁹ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique”* du droit, p. 232. Tradução livre.

referenciais em vez de outros, levando em consideração o contexto social e as particularidades de cada conflito.⁴⁵⁰

Apesar da proximidade que os modelos de condutas e de comportamentos mantêm com os fenômenos conhecidos como “costumes”, a ponto de Le Roy por vezes adotar ambas as expressões como intercambiáveis, é preciso, a exemplo desse mesmo autor, compreender as diferenças fundamentais entre esses conceitos.

Em primeiro lugar, os costumes, principalmente na acepção dogmática secularmente desenvolvida pelos juristas europeus, não correspondem exatamente aos MCC como fundamentos da juridicidade que se manifestam sobretudo de maneira oral e textual. Com muita frequência, os costumes figuram, na realidade, como o resultado de uma espécie de tradução que, inevitavelmente, desfigura os MCC e os ressignifica segundo os critérios formais do direito positivo⁴⁵¹ – seja por meio da redação de seus supostos significados em um texto de lei, seja por meio da concepção doutrinária que condiciona sua validade aos requisitos de antiguidade (*inveterata consuetudo*) e de obrigatoriedade convencional (*opinio necessitatis*).

Esse fenômeno de “domesticação” do costume, que, a exemplo do que se verificou historicamente nos países africanos egressos da colonização europeia e na própria Europa do século XIV, parece consentâneo à formação e à consolidação dos Estados modernos, mostra como o caráter cultural do etnocentrismo apresenta tanto uma dimensão epistemológica, profundamente arraigada no plano dos discursos e das representações, quanto uma dimensão pragmática, que molda as instituições sociais de maneira relativamente orientada pelo imaginário construído acerca do outro, constantemente atualizado, por seu turno, na prática das relações estabelecidas com a alteridade. Aliás, isso evidencia como mesmo noções potencialmente etnocêntricas, como o pluralismo fraco ou moderado já mencionado, não são totalmente destituídas de certo potencial analítico, uma vez que, embora não sejam universalizáveis, definem bem a perspectiva do direito positivo sobre a relação de si próprio com outras formas de expressão do fenômeno jurídico como os costumes.

Em segundo lugar, o deslocamento terminológico do “costume” para os “MCC” é justificado porque as concepções correntes do primeiro termo não obrigatoriamente correspondem àquilo que o segundo procura expressar. É o caso, por exemplo, da

⁴⁵⁰ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 195.

⁴⁵¹ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 190-192.

identificação do costume com uma repetição necessariamente fiel de práticas estabelecidas em um passado mais ou menos longínquo. Essa visão, que beira o senso comum, parece repousar sob a premissa oculta de que o costume seria uma reprodução sem sentido ou simplesmente anacrônica do passado. Contudo, interpretando as coisas mais de perto, é possível notar, como observa Le Roy, que os costumes ou MCC “assumem uma situação do presente à luz do passado para permitir um futuro ao grupo e a cada um de seus membros se possível”.⁴⁵²

Para que a extensão dessas observações sobre os MCC sejam bem compreendidas, é necessário renunciar à tentação modernista, ao mesmo tempo etnocêntrica e anacrônica, que pensa o costume como o resquício de um arcaísmo, ou seja, como um apego irracional ao passado que ainda não teria sido superado pelo progresso da razão. Mesmo que não se renuncie às concepções de tempo características da modernidade ocidental, o esforço pela apreensão do costume em toda a sua culturalidade, como prática verdadeiramente dotada de sentido, desafia nossas representações de tempo, não para rejeitá-las de maneira maniqueísta como simplesmente “erradas”, mas para melhor compreendê-la em seus próprios termos. Pois bem: a concepção de Le Roy, elaborada a partir da observação das práticas consuetudinárias dos Wolof senegalenses, permitiu-lhe perceber que os costumes consistem em práticas nas quais o presente se estabelece como lugar do entrecruzamento e de atualização de diferentes temporalidades: o passado, na forma de experiência, e o futuro, na forma de expectativa. Nesse aspecto, o passado está mudando constantemente, inclusive neste exato momento. De todo modo, essa constatação, embora paradoxal, mostra-se inevitável quando a concepção linear de tempo, muito característica da cultura ocidental, é analisada mais de perto a partir de sua própria temporalidade. Isso conduz, por sua vez, a duas constatações fundamentais. De um lado, como o passado não se manifesta senão na forma de memória, que nada mais é do que uma construção hodierna, é inevitável que a concepção que se tem do passado seja a cada momento atualizada e ressignificada, com maior ou menor grau, quando revisitada nas circunstâncias novas do presente. De outro lado, mesmo que se discorde dessa ideia de passado e prefira considerá-lo como um dado absoluto, ainda assim não se poderia negar que, a cada instante, o próprio presente é deslocado para o passado, dando origem a um novo passado acrescido do antigo presente, como consequência implacável da passagem ininterrupta do tempo. De modo análogo, o próprio presente é atualizado, à medida que decresce com seu constante deslocamento para o novo passado e que cresce com a

⁴⁵² LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 196. Tradução livre.

incorporação do antigo futuro para si. E, finalmente, o mesmo ocorre com o futuro, à medida que o futuro de hoje será o presente de amanhã, bem como o passado do dia seguinte. Enfim, o costume é um fenômeno exemplar desse paradoxo, não obstante, em matéria de juridicidade, ele certamente não é o único. O problema é que, diversamente de outros fundamentos da juridicidade, o costume, talvez por razões mais políticas ou ideológicas do que epistemológicas, teve sua referência ao passado unilateralmente enfocada, o que redundou em uma ocultação das referências incontornáveis que esse fenômeno mantém com o presente e o futuro.

Por fim, a juridicidade também encontraria fundamento nos sistemas de disposições duráveis (SDD) ou *habitus*, os quais Le Roy define da seguinte maneira:

O *habitus* consiste em maneiras de ser, de agir e de pensar, produtos de modos de socialização e de experiências ulteriores de vida em sociedade, e indutores de comportamentos ao menos duráveis, senão permanentes, que traduzem visões de mundo ou de sociedade, a partir de arquétipos culturais na forma que eles têm ao serem revisitados por cada grupo social particular.⁴⁵³

Na concepção de Le Roy, os sistemas de disposições duráveis encontram-se sujeitos a fluxos e refluxos, de tal modo que seu campo de juridicidade não poderia ser predefinido. Assim, embora essa noção tenha evidente inspiração no conceito de *habitus* desenvolvido por Pierre Bourdieu, é importante mencionar que, para Le Roy, não haveria relações preestabelecidas em nossa cultura entre os sistemas de disposições duráveis e as normas gerais e impessoais (NGI), ao contrário do que aquele sociólogo teria sugerido. Outrossim, ele compreende que os modelos de conduta e de comportamentos (MCC) nem sempre figuram como o indispensável mecanismo de ligação entre as normas legais e os sistemas de disposições duráveis.⁴⁵⁴ De todo modo, importa notar que as diferentes relações mantidas entre as normas e os *habitus* (estes, sobretudo, dos juristas) podem contribuir tanto para a elaboração quanto para a superação de uma “ordem” no âmbito de processos sociais mais amplos.⁴⁵⁵

⁴⁵³ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 200. Tradução livre.

⁴⁵⁴ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 200-201.

⁴⁵⁵ “Conceber a problemática em termos de ‘campo jurídico’ tem a vantagem de representar o papel da norma como uma das polaridades do campo do Direito. Posta em relação com a lógica das práticas (principalmente os *habitus* dos profissionais do direito), ela permite ilustrar ao mesmo tempo as suas contribuições mútuas para a elaboração de uma ‘ordem’ e para o seu ultrapassamento dinâmico, ‘desordenado’, porém não desprovido de ‘lógica’ no âmbito dos processos que afetam toda a sociedade, tanto a longo prazo

Em razão disso, Le Roy considera que os sistemas de disposições duráveis são “instrumentos privilegiados da socialização em geral e da socialização para a juridicidade em particular, através da iniciação”.⁴⁵⁶ Esse aspecto fica evidenciado em certa passagem de sua obra *Le jeu des lois*, em meio à qual Le Roy, retomando seus trabalhos de campo nos subúrbios franceses, observou como as práticas de socialização dos jovens marginalizados são frequentemente entendidas como “incivilidades” caracterizadas, entre outros aspectos, pela carência ou inobservância das normas oficiais representativas da genuína “civilidade”. Embora o autor não o diga expressamente, suas observações, acompanhando o mesmo espírito da revolução copernicana proposta por Clastres, permitem entrever, por trás dessa aparente ausência de normas abstratas, a prevalência de sistemas de disposições duráveis que podem ser incompreensíveis para o cidadão médio francês, mas que explicam a inserção de jovens em grupos próprios mediante outras formas de sociabilidades e, ao mesmo tempo, o motivo pelo qual as normas oficiais revelam-se tão ineficazes em meio a esses grupos. Assim, Le Roy conclui que a situação precária desses jovens precisaria ser enfrentada por meio de uma “socialização jurídica”, na qual, muito mais do que a aplicação das normas abstratas, os *habitus* desempenhariam um papel fundamental na aprendizagem de determinados modelos de condutas e de comportamentos que desembocariam, ao final, em uma “assimilação simbólica” da lei.⁴⁵⁷

4.2.3 *As montagens variadas da juridicidade*

Na Tabela 1 a seguir, Le Roy colocou em evidência como diferentes tradições culturais atribuem graus de importância variáveis às normas gerais e impessoais (NGI), aos modelos de conduta e de comportamentos (MCC) e aos sistemas de disposições duráveis (SDD), sem que os fundamentos mais proeminentes em determinado contexto eliminem o papel desempenhado pelos menos proeminentes no âmbito das suas respectivas juridicidades:

(macroprocessos), como a curto prazo, conforme os ajustes situacionais apreendidos por Sally Falk Moore” (LE ROY, Étienne. Norma. In: ARNAUD, André-Jean (dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução Patrice Charles, F. X. Willaume. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 527). Assim, na medida em que os *habitus*, diferentemente das normas, são diretamente mais permeáveis aos processos sociais, a permanência deles contribui para a manutenção de determinada ordem normativa vigente, enquanto a alteração deles contribui com a progressiva corrosão e, no limite, com a modificação ou substituição dela.

⁴⁵⁶ LE ROY, Étienne. Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit, p. 349. Tradução livre.

⁴⁵⁷ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 209-214 e 219.

Tabela 1 – Montagens da juridicidade

Tradição	Fundamento privilegiado	Fundamento secundário	Fundamento terciário
Ocidental/cristã	NGI	MCC	SDD
Africana/animista	MCC	SDD	NGI
Asiática/confuciana	SDD	MCC	NGI
Árabe/muçulmana	NGI	SDD	MCC

Fonte: Le Roy (1999, p. 202)

Como o próprio autor reconhece, essa ilustração, que é meramente exemplificativa, não tem a pretensão de reduzir a complexidade constitutiva da juridicidade a esses três fundamentos, tampouco desconsiderar a complexidade constitutiva das tradições culturais ali representadas, muito menos ignorar a existência de outras não mencionadas.⁴⁵⁸

A despeito dessas limitações, a Tabela 1 ilustra como diferentes tradições jurídicas atribuem posições e maneiras de legitimação distintas aos três mecanismos supracitados, todos eles funcionando como uma espécie de “tripé”, na expressão utilizada por Le Roy, porque são indispensáveis para a legitimação e a eficácia de toda forma de juridicidade.⁴⁵⁹ Por outro lado, a Tabela 1 também retrata como o pensamento ocidental oculta os fundamentos menos explícitos de sua juridicidade, a exemplo de outra metáfora empregada por Le Roy, segundo a qual as normas gerais e impessoais constituiriam a parte emergida de um enorme *iceberg* jurídico, em que a linha flutuação daria lugar aos modelos de conduta e de comportamentos, e o volume submerso, por sua vez, seria representativo dos sistemas de disposições duráveis.⁴⁶⁰ Além disso, evidencia-se o postulado formulado por Michel Alliot, de que as diferentes concepções de juridicidade correspondem a distintas representações de mundo, como aquelas representadas na Tabela 1.⁴⁶¹

No contexto ocidental, os aspectos mais elementares do direito, como sua normatividade e sua abstração, adquirem sentido em meio a uma cosmogonia de origem judaico-cristã, baseada em uma “exogênese na qual a ordem do mundo é imposta de uma maneira totalmente discricionária por um Deus exterior, superior, onipotente e onisciente”.⁴⁶²

⁴⁵⁸ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 202-203.

⁴⁵⁹ LE ROY, Étienne. *Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit*, p. 349.

⁴⁶⁰ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 201.

⁴⁶¹ Cf. LE ROY, Étienne. *Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit*, p. 346; LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*, p. 11 e 71-72.

⁴⁶² Cf. LE ROY, Étienne. *Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit*, p. 347-348. Tradução livre. No mesmo sentido: cf. LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*, p. 11; LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 150-151.

Por sua vez, a sociedade humana, refletindo a lógica do mundo criado pela divindade única que o transcende, haure sua coesão a partir de um ordenamento imposto que funciona sob o princípio da submissão.⁴⁶³ Logo, é possível resumir a cosmogonia ocidental-cristã em três principais aspectos: em primeiro lugar, uma “monolatria” como “tendência intelectual a reduzir a diversidade das formas do social à unidade imposta de uma categoria que supostamente resume e subsume essa diversidade”;⁴⁶⁴ em segundo lugar, uma “nomologia” como ciência da regra e culto da lei;⁴⁶⁵ e, em terceiro lugar, o princípio de submissão, simbolizado pelos mitos da criação divina e da queda humana, como paradigma da ordem imposta que seria constitutiva tanto da tessitura natural quanto da social.⁴⁶⁶

Não é difícil notar como essa concepção de mundo reflete-se em uma visão bastante peculiar sobre a juridicidade. Afinal, da mesma maneira que uma divindade transcendente cria e ordena o mundo de acordo com sua vontade, a sociedade é imaginada como regida, imediatamente, pelos próprios mandamentos divinos e, mediamente, pelas ordens daqueles legitimados pelos mesmos mandamentos a exercê-los sobre os demais.⁴⁶⁷ Em todo caso, tanto o comando divino quanto o comando humano legítimo são interpretados como normas que demandam a obediência de seus destinatários. Na medida em que as premissas mais básicas da juridicidade ocidental são orientadas por essas representações do mundo e da sociedade, ela acaba privilegiando modelos de solução dos conflitos sociais que recorrem a soluções arbitradas por autoridades exteriores ao litígio.

Em razão disso, Le Roy corrobora a afirmação feita por Louis Assier-Andrieu de que o pensamento ocidental, ao separar a norma da sanção, o princípio da prática e o direito aplicável do direito aplicado, compreende a transgressão normativa como uma espécie de desordem ou patologia, de tal modo que competiria à administração da sanção ou à resolução

⁴⁶³ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 150-151.

⁴⁶⁴ Cf. LE ROY, Étienne. *La terre de l’autre. Une anthropologie des régimes d’appropriation foncière*. Paris: LGDJ, 2011. p. 45. Tradução livre. Por essa razão Le Roy considera a monolatria como uma espécie de obstáculo epistemológico à compreensão do fenômeno do pluralismo jurídico (cf. LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*, p. 22).

⁴⁶⁵ Cf. LE ROY, Étienne. *Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit*, p. 347.

⁴⁶⁶ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 150-151.

⁴⁶⁷ Em sentido semelhante, mas ressaltando as analogias entre a figura de Deus e do Estado, Michel Alliot observa: “[...] as sociedades que crêem em um Deus transcendente, criador do mundo e governando esse mundo através de suas leis, são também as que representam o Estado como exterior à sociedade e as que dão a maior importância às leis *a priori* [...]” (ALLIOT, Michel. *Antropologia jurídica*. In: ARNAUD, André-Jean (dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução Patrice Charles, F. X. Willaume. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 47).

dos conflitos restaurar a ordem conturbada pela prática do ilícito.⁴⁶⁸ Nesse aspecto, Le Roy observa que, por trás da representação tipicamente ocidental da desordem como anomia e da ordem como domínio da regra que deveria ser restabelecido em caso de transgressão, haveria certo pensamento selvagem, no sentido atribuído por Lévi-Strauss a tal expressão, que sonha com o retorno ao estado de harmonia e completude representado pelo paraíso bíblico.⁴⁶⁹

Entretanto, evidentemente, nem todas as culturas humanas compartilham a mesma concepção exógena, normativa e unitarista de mundo que se encontra tão enraizada no imaginário ocidental. Nesse sentido, Rouland observa que, enquanto algumas sociedades haurem sua coerência da obediência às normas prescritas por uma autoridade representada como exógena, seja ela Deus ou o Estado, outras a constroem internamente, a partir de sua própria estrutura social, e manifestam uma regulação social preponderantemente orientada à busca casuística pela equidade⁴⁷⁰. É o caso de muitas cosmogonias africanas e orientais,⁴⁷¹ em meio às quais os principais modelos de resolução de conflitos privilegiam as práticas de acordos ou compromissos, relegando às normas preexistentes um papel meramente secundário.⁴⁷² É justamente nesses contextos em que os costumes ou modelos de conduta e de comportamentos (MCC) sobrepõem-se às normas gerais e impessoais (NGI) como fundamento principal para a resolução de controvérsias.

Como traço típico das cosmogonias africanas, Le Roy observa uma “endogênese” em meio à qual “tudo é pensado em termos de instâncias múltiplas, especializadas e interdependentes, nas quais é a polilogia que determina a organização da sociedade e da sua

⁴⁶⁸ “Autrement dit, lorsqu’on considère le domaine du droit comme celui de la figuration de l’ordre social et d’une gestion sociale des conflits, on est à nouveau victime d’un cadre dualiste, formé à l’aune de la pensée juridique occidentale, qui sépare la norme de sa sanction, le principe de la pratique, le droit applicable du droit appliqué... Dans cette logique, toute transgression de l’ordre édicté, de la norme prééminente apparaît comme l’effet d’une pathologie. Ainsi l’administration d’une sanction ou la résolution d’un litige est d’abord perçue comme une remise en ordre, qui rétablit l’harmonie de la société en restaurant l’état qui a précédé l’acte déviant” (ASSIER-ANDRIEU, L. Le juridique des anthropologues. *Droit et Société*, v. 5, p. 97, 1987 *apud* LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 146).

⁴⁶⁹ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 146-147.

⁴⁷⁰ ROULAND, Norbert. *Legal anthropology*, p. 127. Em sentido semelhante: ALLIOT, Michel. *Antropologia jurídica*, p. 47.

⁴⁷¹ Cf. ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*, p. 77-83. Para um comentário que sintetiza o pensamento de Michel Alliot acerca dessas diferentes visões de mundo, ver: LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*, p. 24.

⁴⁷² Cf. LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*, p. 61-62 e 72. A propósito, Michel Alliot também observa que “[...] as sociedades que vêem Deus no surgimento constantemente renovado do mundo não imaginam nem poder nem leis externas à sociedade e defendem contra as capitais modernas seus costumes, a verdadeira expressão do grupo” (ALLIOT, Michel. *Antropologia jurídica*, p. 47).

juridicidade”.⁴⁷³ A partir da leitura feita por uma igreja sincrética congoleza do mito bíblico de Esaú e Jacó, Le Roy identifica a concepção de um mundo construído ao redor de um princípio de diferenciação entre raças e posições de poder, que decorreria da luta, da astúcia e das inversões de situações dos seus próprios habitantes, e não da escolha discricionária de uma divindade exterior. Do mesmo modo, as soluções dos problemas sociais seriam obtidas prioritariamente pela negociação entre os próprios atores, sem que a vontade divina pudesse intervir nesse processo.⁴⁷⁴ As sociedades que partilham dessa visão de mundo relegam aplicação da norma externa a um papel subsidiário, a ser invocado apenas na ausência de qualquer outra solução para o conflito.⁴⁷⁵

Contudo, por mais que, no mundo ocidental, ou ao menos em seus lugares mais hegemônicos, os sistemas de disposições duráveis desempenhem papel fundamental para a constituição de um sistema eficaz de normas gerais e impessoais, há culturas nas quais aqueles *habitus* assumem um estatuto próprio, a ponto de engendrarem formas de regulação social que relegam as normas abstratas a um papel secundário. É o que evidenciam observações de Le Roy sobre a cosmogonia oriental-confuciana, cuja principal referência é a obra de Léon Vandermeersch acerca do humanismo confuciano na China do século 4 a.C.

No âmbito dessa visão de mundo, destaca-se a concepção de uma ordem social resultante da conformidade entre a estrutura da comunidade humana e a estrutura do próprio universo, aqui entendido como um mundo incriado, ou seja, que sempre existiu e sempre existirá. Em uma sociedade assim imaginada, o rito (*li*) adquire um papel fundamental na regulação social, na medida em que sua prática é necessária para promover a adaptação formal das atividades humanas aos movimentos cósmicos inerentes ao universo. Em outras palavras, Le Roy ressalta que “os ritos que moldam a sociabilidade são a exata contraparte do sentido da forma das coisas que é deduzida de modelos cósmicos”.⁴⁷⁶ A esse propósito, Vandermeersch observa que o poder se exerceria diretamente na antiga sociedade chinesa, por meio das estruturas familiares-culturais, sem a necessidade da intermediação de um aparelho do Estado. Considerando que o monarca tinha o importante papel de fornecer o modelo das

⁴⁷³ LE ROY, Étienne. *Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit*, p. 348. Tradução livre.

⁴⁷⁴ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 152-153.

⁴⁷⁵ Cf. LE ROY, Étienne. *Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit*, p. 348.

⁴⁷⁶ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 207. Tradução livre. Cf. *ibidem* p. 154-155.

atividades humanas, executando sem erros todas as grandes cerimônias da liturgia real, os serviços da casa real não constituíam órgãos de exercício do poder, mas uma função de assistência ao rei no cumprimento de seus deveres religiosos e militares.⁴⁷⁷

Dessa maneira, Le Roy compreende a sociedade orientada pela cosmogonia oriental-confuciana como a expressão de um ordenamento aceito, que procura se conformar formalmente com a estrutura do universo a partir de um princípio da identificação.⁴⁷⁸ Nesse contexto, “o rito *li* é sempre preferido ao *fa*, a lei”, uma vez que, “mediante a adesão aos ritos, os chineses aderem a modelos de condutas e se inscrevem na ordem cósmica sem mobilização de instituições repressivas”.⁴⁷⁹ Assim, a autodisciplina adquirida pelos sistemas de disposições duráveis, operantes sobretudo nas práticas rituais, figura, em tais sociedades, como uma maneira muito mais eficaz de “interiorização da norma” do que a administração especializada no exercício da coerção.⁴⁸⁰

A partir de então, observa-se que as formas de regulação influenciadas pela cosmogonia ocidental-cristã se coadunam com contextos altamente plurais e diferenciados, como o moderno, cujas dificuldades para a obtenção de consensos por vezes requerem uma solução de conflitos que se baseie em comandos normativos.⁴⁸¹ Enquanto Le Roy associa as normas gerais e impessoais às “leis” das sociedades ocidentais, pode-se afirmar, com maior precisão, que elas correspondem à formalização em sentido weberiano da mesma lei estatal, separada da sociedade, que é conjurada pelos povos indígenas estudados por Pierre Clastres. Não por acaso, a teoria pura do direito proposta por Hans Kelsen fornece um retrato bastante fidedigno de uma montagem da juridicidade que privilegia as normas gerais e impessoais em detrimento dos sistemas de disposições duráveis e dos modelos de condutas e de comportamentos. Entretanto, a própria teoria pura do direito reconhece que esse sistema normativo só é válido sob a condição de ser globalmente eficaz. E, como mostra Le Roy, nenhuma eficácia é possível sem a concorrência de sistemas de disposições duráveis e de

⁴⁷⁷ Cf. VANDERMEERSCH, Léon. *Wangdao ou la voie royale, recherche sur l'esprit des institutions de la Chine archaïque*. Thèse pour le doctorat d'Etat-es-lettres, Paris 7, 1975, 3 v., p. 957. *apud* LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 154-155.

⁴⁷⁸ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 153-155.

⁴⁷⁹ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 154-155. Tradução livre.

⁴⁸⁰ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 206.

⁴⁸¹ No mesmo sentido: cf. ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*, p. 150-151.

modelos de conduta e de comportamentos que interiorizem não apenas o conteúdo da norma abstrata, mas, sobretudo, a própria ideia de que se deve respeitá-la.⁴⁸²

No entanto, por mais que em determinados contextos os modelos de conduta e de comportamentos sejam instrumentalizados pelas normas gerais e impessoais para haurirem legitimidade e eficácia, ainda assim os primeiros possuem um estatuto ontológico próprio como fundamento da juridicidade, que não permite confundi-los com as normas gerais e impessoais. Com efeito, esses costumes, por assim dizer, não consistem em regras que preveem abstratamente condutas sancionadas, mas em referenciais regulatórios constituídos a partir de papéis mais concretos que se têm por exemplares em determinada cultura. Desse modo, destacando como os modelos de conduta e de comportamentos consistem em mecanismos de regulação que dependem da construção de papéis sociais tidos como exemplares, Le Roy afirma que “a essência do costume é propor modelos de condutas e de comportamentos a buscar (os bons comportamentos), tolerar ou rejeitar”.⁴⁸³ Nesse aspecto, eles apresentam um caráter *ad hoc* e adaptável pela ação dos próprios atores que buscam se conformar com eles, tornando-os inconfundíveis com a preexistência de uma norma geral que, de antemão, já conteria em si mesma o sentido da licitude e da ilicitude, ainda que de maneira presumida pela interpretação da autoridade competente para reconstruir esse sentido de maneira retrospectiva. Constante reinvenção, que pode parecer mais radical quando observada no âmbito de processos históricos de longa duração, mas que não deixa de existir de maneiras significativas, ainda que extremamente sutis, nos processos de curta duração. É nisso que os modelos de conduta e de comportamentos se afirmam como fundamento próprio da juridicidade, que não se reduz, de maneira alguma, ao direito positivo como pretendeu Kelsen: primeiro, porque não consistem exatamente, e talvez nem absolutamente, no sentido de atos de vontade de uns a outros; e, segundo, porque tampouco são modificáveis pela revogação, isto é, mediante a norma estabelecida pelos processos de enunciação de outros atos de vontade.

⁴⁸² “Une troisième conclusion tient à la place des normes générales et impersonnelles (NGI) dans les expériences occidentales de sécurisation juridique. J’ai montré dans le chapitre 21 que le montage des trois fondements du Droit dans les sociétés occidentales chrétiennes fait des NGI le cadre de formalisation de la juridicité mais que cette formalisation n’avait pas d’efficacité et d’avenir sans un terreau dans les modèles de conduites et de comportements (MCC) ni racines dans les habitus des SDD car ce sont ces deux étages de la juridicité qui contiennent les principes idéologiques ‘religieux’ et les valeurs par lesquels les acteurs se reconnaissent dans les solutions juridiques” (LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 246).

⁴⁸³ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 196 e 201. Tradução livre.

A mesma independência conceitual com relação às normas gerais e impessoais pode ser constatada nos sistemas de disposições duráveis, que constituem, seguramente, o fundamento da juridicidade que causa maior dificuldade de compreensão para o jurista formado na tradição jurídica ocidental, mais ainda que os modelos de conduta e de comportamentos. Não por acaso, esses *habitus* são privilegiados pela cosmogonia oriental-confuciana, a mesma em cuja convivência com a magia Weber enxergou um obstáculo à racionalização desencantadora do mundo e na qual Le Roy identificou uma tendência à ritualização como forma de adesão a modelos de conduta que organizam a sociedade sem que, para tanto, seja necessária a mobilização de instituições repressivas como a norma geral e impessoal.⁴⁸⁴

Sem dúvida, a racionalização social experimentada pelo Ocidente diminuiu a importância das práticas rituais a ponto de, como bem observou Le Roy, os sistemas de disposições duráveis não apresentarem aqui a mesma importância primordial que têm em sociedades orientadas por outras visões de mundo, sobretudo aquelas que não passaram pelo processo de desencantamento do mundo experimentado em grande parte pelo Ocidente moderno (cf. Capítulo 3 *supra*).⁴⁸⁵ Referindo-se ao papel da autodisciplina do pensamento confuciano, Le Roy percebe que “a hiperjuridicização de nossas sociedades e o enfraquecimento correlato dos rituais tornam a autodisciplina intransponível a nossas sociedades europeias e cristãs”,⁴⁸⁶ e isso, basicamente, em razão de dois obstáculos: primeiro, nossa visão de mundo, que não confere um papel aos rituais; segundo, nossas ideias de igualdade moderna, que são contraditórias com a concepção de complementaridade das diferenças.⁴⁸⁷

No entanto, se no Ocidente normas gerais e impessoais geralmente se sobrepõem aos sistemas de disposições duráveis como principal fundamento da juridicidade, isso, evidentemente, não anula o importantíssimo papel que os sistemas de disposições duráveis adquirem para a eficácia das normas gerais e impessoais nesse contexto social. Com efeito, aqui ainda existem rituais que, conquanto não sejam tão exuberantes e performáticos quanto os de outras culturas, marcam a passagem entre diferentes fases da vida, estreitam os vínculos sociais, compartilham crenças e valores, e orientam e reorientam os papéis que devem ser

⁴⁸⁴ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 154.

⁴⁸⁵ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 209.

⁴⁸⁶ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 205. Tradução livre.

⁴⁸⁷ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 205-207.

assumidos pelas pessoas no curso de sua vida, como as comemorações de aniversários, as cerimônias religiosas, as formaturas escolares, o alistamento militar, a matrícula universitária, as festas universitárias, a formatura universitária, a celebração do casamento, o chá de bebê, os churrascos de fim de semana, o *happy hour*, os funerais etc. Isso também permite compreender como os lugares que não dispõem dos recursos para a realização dessas práticas de socialização encontram maiores dificuldades para se identificarem com a juridicidade que prepondera nos espaços mais privilegiados propiciam a invenção de novas formas de juridicidade, mais adaptadas às particularidades, incluindo as virtudes, as dificuldades e os desafios de seu próprio contexto.

Nesse aspecto, é curioso notar como o etnocentrismo ocidental, mais conhecido por orientar o preconceito contra outras tradições culturais de escala global (orientais, africanas, latino-americanas etc.), ou então de minorias étnicas marginalizadas em escala local, também se manifesta no conhecido elitismo que, confundindo cultura com erudição, qualifica as manifestações culturais hegemônicas como a “cultura” por excelência (a “civilidade” francesa, por exemplo), ao mesmo tempo que nega a culturalidade das maneiras de ser, de agir e de pensar dos cidadãos marginalizados (a “incivilidade” dos jovens franceses suburbanos). Logo, a mesma diferença pela qual a cultura ocidental afirma sua identidade em contraposição ao outro é, de certa maneira, reintroduzida dentro de si mesma, estabelecendo clivagens que separam uma “ocidentalidade” hegemônica das “ocidentalidades” marginalizadas. Nada mais ilustrativo de que a homogeneidade cultural é um predicado sempre relativo, na medida em que as culturas também variam conforme escala – “micro, meso e macroculturas”, por assim dizer, que se definem etnocentricamente.

4.3 Transmodernidade (ou transsocialidade) e culturas

Se a cultura moderna conferiu sentido a determinadas escolhas metodológicas que Hans Kelsen imprimiu à sua teoria do direito, por outro lado, a incapacidade de qualquer concepção de modernidade exaurir toda a complexidade social esclarece, por conseguinte, as limitações do projeto teórico kelseniano. Assim, à questão das condições de pertinência social da teoria pura do direito acresce, logicamente, uma questão sobre as condições de sua impertinência.

Que o mundo ocidental seja o lugar da modernidade, ou pelo menos que ele tenha passado por um processo de modernização em algum momento mais ou menos preciso de sua

história, parece ser um consenso no âmbito das ciências sociais. No final do último século, enquanto alguns, como Luhmann, não viam motivos para falar em uma superação da modernidade, outros pretendiam anunciar, com seu exaurimento mais ou menos iminente, a emergência de uma pós-modernidade.⁴⁸⁸ Há ainda autores como Habermas para quem a modernidade consistiria em um projeto inacabado, porquanto concretizado de maneira incompleta ou deletéria, mas ainda passível de uma realização virtuosa.⁴⁸⁹ Apesar de discordarem quanto ao diagnóstico do presente, todas essas as posições concordavam que, de uma forma ou de outra, ocidente e modernidade se imbricaram em determinado momento histórico de seu passado recente. Diante desse cenário, pode soar como escandalosa a posição diametralmente oposta defendida por Latour em seu *Jamais fomos modernos*, cujo título é autoexplicativo e acrescenta desde logo uma terceira possibilidade à mesa.⁴⁹⁰ Entretanto, apesar de polemizar com as três primeiras alternativas, a última também compartilha com elas outro pressuposto fundamental: a homogeneidade daquilo que é predicado. Ser ou não ser moderna: eis a única questão dirigida à sociedade ocidental.

Com efeito, se a sociedade for pensada como um bloco monolítico, impor-se-ão as amarras do princípio da não contradição: não lhe é possível ser uma coisa e outra tão diversa ao mesmo tempo. Ainda modernos ou não mais (tão) modernos: são estes, até hoje, os termos predominantes da discussão. Seria esse o destino inescapável de toda e qualquer sociedade?

Há algumas décadas, os antropólogos vêm se dando conta da heterogeneidade cultural que é constitutiva da sociedade contemporânea. De fato, como observou Vanderlinden, salvo raríssimas exceções, as diferentes sociedades dificilmente se encontram completamente isoladas umas das outras; constituindo, geralmente, diversas redes sociais que, por toda a parte, mantêm numerosos pontos de contato entre si, sem que as relações entre elas sejam, necessariamente, representáveis como um englobamento de grupos menores em estruturas sociais mais amplas.⁴⁹¹ Mesmo nos países da Europa Ocidental, é possível perceber que, aqui e ali, onde o senso comum se acostumou a enxergar certa homogeneidade cultural, trata-se da hegemonia de uma cultura que identifica, falsamente, sua preponderância política com uma

⁴⁸⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução Javier Taorres Nagarrate. México: Herder, 2007. p. 905-910.

⁴⁸⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *A modernidade, um projecto inacabado*. 2. ed. Lisboa: Nova Veja, 2017.

⁴⁹⁰ Cf. LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2013.

⁴⁹¹ VANDERLINDEN, Jacques. Return to legal pluralism: twenty years later. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 28, p. 150-151, 1989.

suposta unanimidade no plano cultural, fazendo com que manifestações culturais discrepantes sejam invisibilizadas dos discursos, das representações e dos imaginários dominantes. Nesse sentido, é preciso concordar com Pierre Clastres, para quem “[a]ssim como não é abstração extratemporal, a civilização do Ocidente tampouco é uma realidade homogênea [...]”.⁴⁹²

Engana-se quem imagina que essa realidade estaria restrita àquele movimento mais recente que se convencionou designar de “crise migratória”, inaugurado com os conflitos e as condições materiais precárias que, nas últimas décadas, conduzem grandes contingentes populacionais africanos e asiáticos, de seus países de origem, até os países da Europa Ocidental. Há séculos, a expansão dos Estados Nacionais europeus aprofundava a assimetria cultural que já marginalizava grupos europeus autóctones, designados genericamente como “rústicos” apesar de sua notável diversidade. Foi, pois, segundo uma lógica de supressão das diferenças culturais como meio de consolidação do poder estatal que esses Estados buscavam a uniformização da lei, da autoridade, da língua, da moeda e da religião sob seus respectivos territórios.⁴⁹³ Seja como for, esse movimento centrípeto não ocorreu à revelia de forças centrífugas que, até hoje, impõem-lhe toda a resistência dentro de suas possibilidades.

Assim, da mesma forma que os povos egressos da colonização entraram em contato com a cultura moderna europeia e a desenvolveram em seus respectivos termos após o término da relação colonial, os próprios povos europeus, apesar de toda a modernidade que hoje lhes é característica, sempre mantiveram, e continuam mantendo, contato com fenômenos sociais originados entre os próprios europeus que, entretanto, certamente não seriam classificáveis como modernos, mas antes como tradicionais, locais, populares ou mesmo pré-modernos.⁴⁹⁴ Por essa razão, pode-se dizer, como Norbert Rouland, que, “[n]a maior parte do mundo, modernidade e tradição se avizinham e interagem uma com a

⁴⁹² CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 82.

⁴⁹³ Cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 81-83; HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio, p. 255-266.

⁴⁹⁴ Por exemplo, Norbert Rouland identifica na França contemporânea formas de diferenciação e de sociabilidade locais que se assemelham, nos seguintes aspectos gerais, a determinados traços das “sociedades tradicionais estudadas” pelos antropólogos: a importância dos grupos secundários, como as associações, a família e outros grupos locais, acompanhados das múltiplas pertenças dos indivíduos a esses grupos; a inserção de novas formas de solidariedade no nível local; o fortalecimento das relações de parentesco; e o desencorajamento diante de um Estado muito aglutinador (*Nos confins do direito*, p. 168-173).

outra”,⁴⁹⁵ ou então, como Claude Rivière, que “[a] modernidade introduz-se nas sociedades tradicionais e, inversamente, as nossas próprias sociedades reinventam tradições”.⁴⁹⁶

Diante desse cenário, a obra de Étienne Le Roy tem se revelado ao mesmo tempo sensível, de um lado, ao caráter incontornável que a ideia de modernidade tem assumido na interpretação da cultura e da sociedade ocidental sob uma escala global, e, de outro lado, à necessidade de superar as clivagens que tendem a escamotear a diversidade cultural sob os signos da presença ou da ausência de modernidade. Com efeito, esse antropólogo mobiliza o conceito de transmodernidade para descrever situações de heterogeneidade sociocultural que não são redutíveis aos conceitos de modernidade, de pré-modernidade ou de pós-modernidade. Desse novo conceito, sublinham-se três aspectos de maior relevância de seu ponto de vista preponderantemente descritivo.⁴⁹⁷

Em primeiro lugar, ao indicar possibilidades de hibridação entre aspectos pré-modernos, modernos ou pós-modernos na vida social concreta,⁴⁹⁸ a concepção de transmodernidade sublinha o caráter típico-ideal de conceitos predadores do social como os três mencionados. Como todo tipo ideal, trata-se de uma ênfase unilateral sobre aspectos particulares de uma realidade empírica que, entretanto, não exaurem toda a sua riqueza completa. Conforme Weber advertiu ao mobilizar essa ferramenta analítica, entre variados tipos ideais pode existir uma série de transições no plano concreto.⁴⁹⁹ Com o conceito de modernidade não é diferente.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*, p. 286.

⁴⁹⁶ RIVIÈRE, Claude. *Introdução à antropologia*. Tradução José Francisco Espadeiro Martins. Lisboa: Edições 70, 2013. p. 12.

⁴⁹⁷ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*. O conceito de transmodernidade apresentado por Étienne Le Roy oscila entre uma pretensão descritiva e uma pretensão prescritiva. Com efeito, ora o conceito enuncia claramente a complexidade de uma situação de fato incontornável, ora designa a correlata necessidade de mudança social para, justamente, estabelecer uma compatibilidade funcional com as exigências impostas por este “novo tipo de sociedade” (cf. *Ibidem*, p. 258). No presente trabalho, interessa sobretudo reter o que esse conceito tem de potencial descritivo da sociedade contemporânea. Por não serem o foco do presente trabalho, as sugestões normativas que o potencial descritivo da transmodernidade podem dar são assunto para breves reflexões a título de conclusão, embora certamente merecessem outra oportunidade, com um espaço que lhes seria próprio, para serem desenvolvidas. Por ora, basta remeter à obra de Étienne Le Roy, que já é suficientemente rica acerca dessas sugestões.

⁴⁹⁸ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 222-223 e 395.

⁴⁹⁹ Cf. WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*, p. 69.

⁵⁰⁰ Aliás, na própria sociologia weberiana, pode-se identificar o caráter típico-ideal da modernidade como decorrente do mesmo caráter compartilhado pela tipologia das ações sociais, entre as quais figuram tipos prevalentes em momentos pré-modernos (ações sociais carismáticas, tradicionais ou racionais com referência a valores) ou em momentos propriamente modernos (ações sociais racionais com referência a fins). Se, em princípio, pode haver ações sociais concretas que não se encaixam perfeitamente em nenhum

Em segundo lugar, essa peculiaridade permite à concepção de transmodernidade descrever com maior riqueza a diversidade de experiências e manifestações histórico-culturais que, em toda a sua complexidade e variedade, não se encaixam com precisão em muitas das categorias que integram o senso comum das ciências sociais. Embora determinados paradigmas da ciência moderna não estejam à altura da transmodernidade, Le Roy adverte, coerentemente, que não seria necessariamente o caso de abandoná-los, mas de enriquecê-los por meio de outras formas de pensar.⁵⁰¹ No que se refere à sua teoria do “jogo das leis”, Le Roy sublinha como ela revela uma efetiva ambição transmoderna, na medida em que pressupõe o princípio da complementaridade das diferenças, no lugar do princípio da oposição dos contrários, para orientar a referência feita a modos de pensar que são, ao mesmo tempo, muito contemporâneos e bastante antigos.⁵⁰²

Em terceiro lugar, na medida em que enfoca montagens constantemente cambiantes entre a modernidade, pré-modernidade ou pós-modernidade,⁵⁰³ a perspectiva da transmodernidade permite levar em consideração o caráter não essencialista desses três conceitos. Em outras palavras, não há, por definição, realidades que sejam uma ou outra coisa de maneira inexorável. Os mesmos grupos, pessoas ou organizações que se comportam de certa maneira em determinada circunstância podem, em outros contextos ou sob outras perspectivas, apresentar comportamentos completamente diversos, conforme os estatutos, as posições e os papéis específicos que ocupam em cada qual.⁵⁰⁴⁻⁵⁰⁵ Sem dúvida, essa

desses tipos ideais, sejam eles referentes a ações modernas ou pré-modernas, mas que representam posições transitórias entre um ou mais deles, é porque, pelo mesmo motivo, a pureza conceitual dos conceitos de “moderno” ou “pré-moderno” também não se refletem diretamente na experiência social concreta.

⁵⁰¹ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 277.

⁵⁰² Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 176.

⁵⁰³ Segundo Le Roy, a transmodernidade “não é apenas uma continuação da pós-modernidade, mas uma montagem constantemente cambiante de fatores associados à pré-modernidade, à modernidade e à pós-modernidade. Esses tipos de estruturas não apenas não são contraditórias, mas são chamados a coabitar, com tensões inerentes a todas as sociedades, segundo um paradigma alternativo, a complementaridade das diferenças. Isso se impõe como um modo novo de pensar a relação complexa entre conjuntos diferenciados que podem consistir em culturas, tradições ou sociedades e que, na modernidade, eram abordados segundo o paradigma, redutor e discriminante, do [englobamento do] contrário” (*Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*, p. 36, trad. livre).

⁵⁰⁴ Segundo Le Roy, nesse aspecto a transmodernidade seria análoga à ideia de pluralidade de mundos desenvolvida por Boltanski e Thévenot, ao distinguirem cinco cidades (ou mundos) que expressariam lógicas sociais distintas: a cidade inspirada; a cidade doméstica, a cidade da opinião, a cidade cívica e a cidade industrial. Com a ressalva de que as referências dessa análise são estritamente ocidentais, a começar pela própria noção de “cidade”, Le Roy ressalta como os potenciais conflitos gerados pela coexistência desses mundos, em suas diferentes lógicas, expressa uma importante característica da complexidade social contemporânea. Assim, embora a noção de transmodernidade proposta por Le Roy pretenda uma galgar uma abrangência cultural muito mais ampla do que a noção de pluralidade de mundos de Boltanski e Thévenot, ambas têm em comum essa intercambialidade de diferentes contextos na vida dos mesmos autores e grupos (cf. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 54-57).

reversibilidade conceitual sacrifica o potencial analítico que os tipos ideais fornecem para certos propósitos investigativos, como o de realizar macrocomparações históricas ou culturais com o intuito de apreender a originalidade de algum fenômeno em comparação a outro situado em posição diversa no tempo histórico ou no espaço cultural. Em compensação, a ideia de transmodernidade ganha uma maior afinação à complexidade da realidade social, o que pode ser proveitoso para outras finalidades analíticas.⁵⁰⁶

Sendo assim, a transmodernidade é observável em uma série de domínios sociais, mesmo naqueles em que a razão ocidental supõe certa homogeneidade. Exemplo disso é como mesmo na economia ocidental, em que o princípio do mercado generalizado aparenta organizar, soberanamente, toda a gestão dos recursos materiais, Le Roy observou que outros princípios, como da reciprocidade e o da redistribuição, figuram como horizontes possíveis da atividade econômica e, em verdade, combinam-se de maneira tão original que, sem deixar de privilegiar o primeiro deles, não se furtam de acomodar os demais.⁵⁰⁷

Outrossim, a juridicidade seria o modo de expressão da transmodernidade no âmbito “jurídico”, na medida em que ela abrange não apenas experiências modernas de regulação social, como o direito positivo, mas também inclui outras formas, que emergem de outras visões de mundo, como o *Li/fa* chinês, o *dharma* indiano, os *fiqh* muçulmanos, os hábitos costumeiros e tantas outras.⁵⁰⁸ Por essa razão, Le Roy compreende a juridicidade como o conceito englobante capaz de responder justamente aos desafios de complexidade, dinâmica e adaptabilidade contínua que emergiriam com o fenômeno da transmodernidade.⁵⁰⁹ Portanto, se, como observa Le Roy, o grande desafio colocado pela transmodernidade é a integração de todas essas experiências,⁵¹⁰ então o valor heurístico da juridicidade não se reduz à sua maior abrangência cultural, mas reside, sobretudo, em sua maior plasticidade conceitual, que é capaz apreender como diferentes visões de mundo podem se combinar, como frequentemente se

⁵⁰⁵ “Ceci supposera en particulier de comprendre les implications de la notion de ‘pluralité’ par la prise en compte de la théorie de la ‘pluralité des mondes’ dans la sociologie de Boltanski et Thévenot. La possibilité de reconnaître qu’un même individu ou personne appartient en même temps à plusieurs mondes, donc combine plusieurs statuts qui devront être rendus compatibles ouvre la porte aux théories du pluralisme et, pour ce qui me concerne, au multijuridisme” (cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 50).

⁵⁰⁶ Por isso, deve-se advertir que o conceito de transmodernidade, tal como delineado neste trabalho, não é – nem pretende ser – uma refutação ao emprego de tipos ideais nas ciências sociais, inclusive aqueles, já mencionados, que se relacionam com a noção de modernidade. Trata-se apenas de uma alternativa conceitual que, em determinadas situações, pode apresentar um potencial heurístico.

⁵⁰⁷ LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 66-67.

⁵⁰⁸ Cf. LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*, p. 36-37.

⁵⁰⁹ Cf. LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*, p. 28.

⁵¹⁰ LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*, p. 37.

combinam em variadas escalas, para responder aos problemas cada vez mais complexos e cambiantes enfrentados pela regulação social contemporânea.

Para além da juridicidade, também vêm sendo observadas convivências, disputas e hibridações entre diferentes formas de expressão do poder, que podem ser compreendidas como manifestações da transmodernidade no âmbito político. Pode-se desconfiar da capacidade de as políticas antiestatais descritas por Clastres participarem de uma experiência transmoderna, na medida em que, para esse autor, elas expressariam um estatuto ontológico das sociedades primitivas que seria radicalmente distinto das sociedades estatais, de tal modo que, ao menos à primeira vista, seriam incapazes de se articular em qualquer relação que não seja de pura oposição com a lógica estatal de manifestação do poder político. Afinal, se o “contra-Estado” constitui uma realidade absolutamente apartada do Estado, tal como Clastres por vezes sugeriu-o, não seria possível articular esses dois termos em uma mesma sociedade caracterizada pela transmodernidade. Foi, aliás, essa mesma metafísica sobre o “ser” das sociedades primitivas o alvo de uma série de críticas que, supondo a existência de evidências etnográficas contrárias, geralmente viam no pensamento de Clastres uma generalização indevida do modelo de chefia política antiestatal para todas as sociedades indígenas sul-americanas.⁵¹¹ Logo, a visão que esses críticos têm da obra de Clastres certamente infirmariam a possibilidade de articular o pensamento desse autor com a concepção de transmodernidade.

Entretanto, considerando as coisas mais de perto, não é como se a socialidade antiestatal e a transmodernidade fossem concepções incompatíveis entre si. De fato, em certas passagens de sua obra, Clastres afirma ou supõe que a natureza ou o *ser* natureza das

⁵¹¹ Para uma crítica à generalização indevida, feita por Clastres, de sua tese da chefia não coercitiva, baseada em evidências etnográficas de poder coercitivo em várias sociedades autóctones da América do Sul, incluindo grupos indígenas da floresta tropical, ver: DESCOLA, Philippe. La chefferie amérindienne dans l'anthropologie politique. *Revue Française de Science Politique*, 38.º année, n. 4, p. 818-827, 1988. Como resume o próprio Descola, seu argumento é composto por três proposições fundamentais: (a) antes da conquista, muitas chefias ameríndias assumiam uma configuração hierárquica e estratificada, mesmo nas áreas florestais analisadas por Clastres; (b) muitos grupos ameríndios contemporâneos são completamente desprovidos até mesmo de uma “chefia” em sentido próprio; (c) mesmo os grupos que destituíram seus chefes de meios efetivos de coerção conferiram enormes poderes aos seus xamãs (Ibidem, p. 827). É importante notar que, apesar dessa crítica, Descola afirma não pretender substituir o paradigma da chefia não coercitiva pelo paradigma inverso e reconhece que o primeiro tipo de chefia, embora não seja passível de uma generalização tão ampla, pode ser encontrado no continente em épocas e localidades específicas (cf. Ibidem, p. 820-821). Contudo, como já explicado ao longo da presente dissertação, a chefia não consiste na única forma de expressão dos vetores políticos contraestatais, de modo que as ressalvas feitas por Descola ao “paradigma da chefia sem poder”, pelos motivos adicionais que serão desenvolvidos mais adiante, não comprometem as virtualidades da obra de Clastres segundo a releitura proposta neste trabalho.

sociedades primitivas seria radicalmente oposto ao Estado.⁵¹² Por mais que eventualmente o autor tenha saltado do plano empírico para o ontológico em alguns momentos, também é verdade que o conjunto dessa mesma obra contém elementos – dos quais o próprio autor estava muito consciente – que permitem redimensionar sua tese ao que ela tem de essencial e, ao mesmo tempo, contornar todos esses aspectos problemáticos. Por conseguinte, tão apressado quanto *alguns* de seus exercícios metafísicos (se é que são tão problemáticos assim) seria reputar sua obra como “superada” e desconsiderar todas as suas virtualidades.

Como bem notaram Marina Vanzolini Figueiredo e Renato Sztutman, muitas vezes Clastres aludiu a como os indígenas mobilizam forças centrífugas contra as forças centrípetas (tendencialmente estatais), evitando, assim, a emergência do Estado.⁵¹³ Essa metáfora de um jogo de forças opostas é, aliás, relativamente recorrente nos escritos do autor, ou seja, ele próprio captou, nas mesmas sociedades indígenas que sempre tematizou, a coexistência de elementos antiestatais com elementos potencialmente estatais.⁵¹⁴ Essas evidências, contidas na própria obra de Clastres, permitem corroborar uma nova leitura de sua obra, tal como a proposta por Deleuze e Guattari e compartilhada por autores como Viveiros de Castro, Goldman, Barbosa e Sztutman,⁵¹⁵ no sentido de sublinhar a pluralidade de vetores políticos,

⁵¹² Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 207-208 e 250; CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 142-143, 171, 178-180 e 205-206.

⁵¹³ “A comparação entre os diferentes destinos dos povos circuncaribe e Tupi da costa nos permite uma nova leitura da relação entre ‘Independência e exogamia’ e ‘Arqueologia da violência’: se, no segundo caso, o custo da retórica sobre o ser da sociedade primitiva é fazer esta aparecer como uma unidade estável e autoconstituída, o texto anterior revela que o ser para a guerra não se limita às relações entre grupos locais, mas os atravessa, justamente porque os antagonismos, antes que a guerra propriamente dita, provocam a constante destruição e recriação de fronteiras. Mais do que isso, a afirmação de um ‘Nós coletivo’ parece ser não apenas a condição da ‘oposição externa’, *mas poderia ter também como efeito a criação de oposições internas* – que, por sua vez, podem dar impulso a dinâmicas de dissolução das diferenças horizontais, isto é, à reconstituição de uma unidade interna indiferenciada” (cf. FIGUEIREDO, Marina Vanzolini. *Eleições na aldeia, ou o alto Xingu contra o Estado?*, p. 36). Em sentido semelhante: cf. SZTUTMAN, Renato. *Metamorfoses do Contra-Estado: Pierre Clastres e as políticas ameríndias*, p. 9-10.

⁵¹⁴ Outro exemplo é o caso dos *Guayaki-Aché* do Paraguai, que protagonizaram a *Crônica dos índios Guayaki*: eles se encontravam, desde a chegada do antropólogo, como ele mesmo descreve, vivendo sob a proteção e os comandos explícitos de um homem branco paraguaio. Apesar do então recente estabelecimento de uma relação de subordinação com o homem branco, que inevitavelmente produziu alterações comportamentais bastante sensíveis entre esses indígenas, com o estabelecimento de novas estruturas, Clastres pôde observar, nas relações que estes mantinham entre si, principalmente quando envolviam o chefe dos *Aché*, uma política radicalmente distinta da forma estatal. Cf. CLASTRES, Pierre. *Crônica dos índios Guayaki*: o que sabem os *Aché*, caçadores nômades do Paraguai. Tradução Tânia Stolze Lima e Janice Caiafa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.

⁵¹⁵ Cf. VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. O intempestivo, ainda. *In*: CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política. Tradução Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2014; GOLDMAN, Marcio. Pierre Clastres ou uma antropologia contra o Estado, p. 580-581; SZTUTMAN, Renato. A potência da recusa – algumas lições ameríndias. *Sala Preta*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 163-182,

estatais ou antiestatais, que são constitutivos tanto da sociedade indígena quanto da sociedade ocidental:

Porém, o mais importante é a hipótese inversa: que o Estado ele mesmo sempre esteve em relação com um fora, e não é pensável independentemente dessa relação. A lei do Estado não é a do Tudo ou Nada (sociedades com Estado *ou* sociedades contra o Estado), mas a do interior e do exterior [...] Não é em termos de independência, mas de coexistência e de concorrência, *num campo perpétuo de interação*, que é preciso pensar a exterioridade e a interioridade, as máquinas de guerra de metamorfose e os aparelhos identitários de Estado, os bandos e os reinos, as megamáquinas e os impérios. Um mesmo campo circunscreve sua interioridade em Estados, mas descreve sua exterioridade naquilo que escapa aos Estados ou se erige contra os Estados.⁵¹⁶

Foi precisamente essa a leitura que Sztutman contrapôs aos que mobilizaram evidências empíricas de poder político coercitivo entre diferentes povos indígenas e em distintas épocas para contestar a tese clastreana da sociedade contra o Estado:

Mas se essas sociedades “tangenciavam” tais formas [políticas estatais], isso não significa que elas sucumbiam a elas, isso não enfraquecia seus poderosos mecanismos de conjuração do poder político. A “sociedade contra o Estado”, diriam Gilles Deleuze e Félix Guattari na homenagem que fazem ao autor em *Mil platôs*, seria melhor vista como um *vetor inerente a toda sociedade*. Ora, as sociedades indígenas o fariam funcionar de maneira mais eficaz, despendendo mais energia com ela. E o vetor estatal, nelas também presente, seria rebatido com maior ênfase, sendo conjurado a todo momento; o que as distancia de nossa sociedade, em que este vetor se enrijeceu de tal modo que já não pode ceder aos contrapoderes, a não ser por meios radicais, a que convencionamos chamar de “revoluções”.⁵¹⁷ Para eles [Gilles Deleuze e Félix Guattari], [...] valeria pensar a “sociedade contra o Estado” não em termos de um “tipo” de formação social, mas sim como um conjunto de forças e vetores que podem existir de maneira dominante ou recessiva em todas as formações sociais.⁵¹⁸

Como observado por Sztutman, essa possibilidade de imbricação entre política estatal e a política antiestatal também foi reconhecida em etnografias mais recentes realizadas por antropólogos brasileiros, como Marcio Goldman, Ana Claudia Marques, Florencia Ferrari e Gustavo Barbosa, as quais foram abordadas em artigos seus publicados no dossiê “Pensar com Pierre Clastres”, veiculado no volume 54, n.º 2, da *Revista de Antropologia* da

jun. 2013; SZTUTMAN, Renato. Metamorfoses do Contra-Estado: Pierre Clastres e as políticas ameríndias; BARBOSA, Gustavo. A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres, p. 559-560.

⁵¹⁶ DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia 2*. Tradução de Peter Pál Pelbart e Janice Caiafa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2012. p. 24-25.

⁵¹⁷ SZTUTMAN, Renato. Metamorfoses do Contra-Estado: Pierre Clastres e as políticas ameríndias, p. 10.

⁵¹⁸ SZTUTMAN, Renato. A potência da recusa – algumas lições ameríndias, p. 174.

Universidade de São Paulo. Dados os limites da presente dissertação, não seria possível empreender uma análise mais aprofundada das produções desses antropólogos. Por essa razão, limitando-se à leitura que Szutzman fez desses trabalhos, cumpre mencionar que todos têm em comum o fato de indicarem “territórios inscritos em sociedades com (ou ‘a favor do’) Estado, ainda que para encontrar neles a marca do ‘contra’”.⁵¹⁹ Logo, tais antropólogos puderam identificar socialidades antiestatais manifestando-se em lugares predominantemente estatais, seja no movimento negro em Ilhéus, estudado por Goldman; nos conflitos entre famílias no interior de Pernambuco, por Ana Claudia Marques; na situação dos homens palestinos em um acampamento de refugiados em Chatila no Líbano, por Barbosa; ou então na socialidade cigana, por Florencia Ferrari.⁵²⁰

A esse respeito, também é proveitoso comentar, mesmo que brevemente, o trabalho de Maria Vanzolini Figueiredo entre os Aweti e o de Florbela Almeida Ribeiro entre os Tenetehara, pois ambos assinalam essa mesma coexistência de forças políticas estatais e antiestatais, ao abordarem o modo pelo qual diferentes povos indígenas participam de processos políticos estatais, como as eleições municipais ou a escolha de representantes dentre os seus pares em órgãos indigenistas. Em ambos os casos, observou-se, de diferentes maneiras, que a rejeição de candidatos entre chefes ou parentes próximos de chefes para ocuparem esses cargos seguia uma lógica centrífuga que rejeitava seu acúmulo de poder.⁵²¹

Desse modo, as diferentes formas pelas quais os indígenas brasileiros participam da política estatal mostram que o “contra-Estado”, longe de se restringir às configurações sociais concretas e historicamente situadas que Clastres analisou, pode muito bem, como notou Szutzman, atualizar seus mecanismos – como a filosofia da chefia e a máquina de guerra – para manter a lógica de recusa.⁵²² Na medida em que isso ocorre, observam-se, ademais, formas de articulação entre “contra-Estado” e Estado que não implicam a anulação de nenhum desses dois vetores: o primeiro atuando, de certa maneira, como veículo da participação

⁵¹⁹ SZTUTMAN, Renato. Introdução: pensar com Clastres ou da atualidade do contra-Estado. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 54, n. 2, p. 522, 2011.

⁵²⁰ Cf. SZTUTMAN, Renato. Introdução: pensar com Clastres ou da atualidade do contra-Estado, p. 522.

⁵²¹ Cf. FIGUEIREDO, Marina Vanzolini. Eleições na aldeia, ou o alto Xingu contra o Estado?, p. 31-33 e 48-49; RIBEIRO, Florbela Almeida. *Políticas Tenetehara e Tenetehara na política: um estudo sobre as estratégias de uma campanha eleitoral direcionada a uma população indígena*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 164-166. Sintetizando esse aspecto presente nos trabalhos de ambas as antropólogas, Szutzman comenta que “a rejeição de líderes indígenas vem acompanhada de uma crítica do fortalecimento de chefias locais e, portanto, de um desejo de pulverização dos poderes [...] de recusa de unificação e, portanto, de representação de um todo uno” (SZUTMAN, Renato. *Metamorfoses do Contra-Estado: Pierre Clastres e as políticas ameríndias*, p. 10).

⁵²² SZTUTMAN, Renato. *Metamorfoses do Contra-Estado: Pierre Clastres e as políticas ameríndias*, p. 14-15.

indígena no âmbito do segundo, e vice-versa. Uma possível interpretação complementar desse fenômeno é fornecida por Sztutman quando assinala que a emergência de figuras coercitivas entre os indígenas pode representar muito mais uma vertigem, como uma espécie de antecipação prefigurativa do Estado para melhor conjurá-lo, ou seja, como um funcionamento inesperado do próprio contra-Estado, do que uma evidência inequívoca de sucumbência à política estatal como interpretações apressadas em “refutar Clastres” podem sugerir. Assim, esse “dualismo em perpétuo desequilíbrio”, que Sztutman e Perrone-Moisés captam na alternância de vetores estatais e antiestatais, não deixaria de constituir uma possível estratégia indígena contra a divisão do poder.⁵²³ E como toda estratégia, pode-se afirmar que ela está sujeita tanto ao sucesso quanto ao insucesso, como, no último caso, na leitura do próprio Clastres sobre as migrações religiosas lideradas pelos *karai* tupis-guaranis, quando ele verifica que, paradoxalmente, esse movimento fez com que esses profetas acumulassem um poder mais próximo do que nunca do poder coercitivo aos quais eles mesmos se contrapunham.⁵²⁴

Nada é mais representativo da transmodernidade política do que essa inovadora maneira de hibridação conflituosa, apreendida pelos trabalhos supracitados, entre a política indígena, marcadamente antiestatal, e a política brasileira em escala nacional, fortemente estatal. Como um jogo por pontos, o placar dessa disputa de forças pode virar em favor de quem estava perdendo: assim, evidências etnográficas de poder coercitivo nessas sociedades, isto é, de vetores estatais, por mais robustas que sejam, não implicam necessariamente a inexistência dos vetores contrários, sendo possível que, em determinado momento histórico, estes não neutralizassem suficientemente os primeiros.⁵²⁵ Por outro lado, como observa Goldman, no Ocidente, onde há uma clara assimetria entre as forças em jogo, a resultante desse embate tende a favorecer concepções e organizações políticas estatais.⁵²⁶ Nesse sentido, a sociedade contra o Estado consiste em um tipo ideal da política indígena (e não em um tipo empírico) que, enquanto tal, é apenas em um modelo teórico que ressalta a originalidade desse

⁵²³ SZTUTMAN, Renato. *Metamorfoses do Contra-Estado: Pierre Clastres e as políticas ameríndias*, p. 15-18.

⁵²⁴ Cf. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*, p. 230-231.

⁵²⁵ Nesse sentido, Sztutman afirma que “a complexidade indígena reside não na evolução ou na involução de formas [políticas diversas] na história, mas sim na alternância, oscilação ou mesmo ‘pulsção’ entre as formas, o que incluiria a atenção ao modo pelo qual os indígenas tangenciam experiências que tendemos a identificar com as nossas concepções de Estado e de poder político” (SZTUTMAN, Renato. *Metamorfoses do Contra-Estado: Pierre Clastres e as políticas ameríndias*, p. 11).

⁵²⁶ Cf. GOLDMAN, Marcio. *Pierre Clastres ou uma antropologia contra o Estado*, p. 580-581.

fenômeno, sem que ele seja diretamente transponível para a realidade social como se fosse um retrato infalível dela em todos os aspectos.⁵²⁷

Por sinal, a análise do fenômeno político sob a perspectiva da transmodernidade (ou transsocialidade) pode contribuir para a compreensão tanto dos velhos quanto dos novos problemas relacionados ao exercício e ao controle do poder nos países ocidentais. Muitos dos conhecidos “mecanismos de limitação do poder” das sociedades modernas, embora representem uma resistência pálida ao poder estatal quando comparados à máquina de guerra primitiva, encontram novas possibilidades de interpretação quando encarados sob a perspectiva do Estado como acionamento efetivo da relação coerciva de poder. As ambiguidades que Kelsen identificou na concepção do “Estado do Direito”, como a possibilidade mesmo de pensar uma autolimitação estatal, certamente seriam menos insólitas quando o controle do poder deixa de ser encarado como um privilégio do direito positivo e encontra seus mecanismos mais profundos na juridicidade em acepção mais ampla. Ora, o constitucionalismo, os direitos fundamentais, a separação dos poderes, o federalismo etc. não consistem na limitação de um poder imaginário que se pretende evitar, mas nas condições para o exercício do poder efetivo na sua maior extensão possível. Assim como a formalização jurídica do poder é uma possibilidade, mas nem sempre uma necessidade, o controle do poder (o que equivale a dizer: o modo pelo qual ele se exerce) passa por igual contingência.

Pode-se exemplificar essa hipótese, em que a juridicidade opera mecanismos de controle do poder estatal a partir de mecanismos não redutíveis às normas gerais e impessoais positivadas, a partir da análise feita por Jacques Chevallier a respeito dos discursos públicos dos Presidentes da República franceses. Por mais que na visão de Clastres a palavra figure como um direito do detentor do poder nas sociedades estatais, há situações, como observou Chevallier, nas quais esse mesmo governante, lembrando o dever que o primeiro identificou na palavra do chefe indígena, não pode se furtar de dizer algo exigido pelos seus súditos, recorrendo a certas “liturgias políticas” e a “rituais bem codificados” para afirmar a identidade

⁵²⁷ Viveiros de Castro defende a mesma ideia dizendo, em um primeiro momento, que a sociedade contra o Estado não é um “tipo ideal” e, posteriormente, que ela não seria um “tipo empírico universal”. Na realidade, o conceito de tipo ideal, desde que empregado com o mesmo sentido que lhe foi atribuído por Max Weber, expressa exatamente aquilo que a tese clastreana é: uma ênfase em determinado aspecto da realidade social indígena para captar a sua originalidade em termos conceituais, mas que não é, de modo algum, passível de uma transposição imediata para o plano empírico. Por outro lado, a expressão “tipo empírico”, também empregada por Viveiros de Castro, parece mais adequada para indicar o que, na concepção desse próprio autor, a tese clastreana *não é*: uma representação fiel ou exauriente da realidade social indígena. Cf. VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. O intempestivo, ainda, p. 322 e 346-347.

coletiva, consolidar o liame social, reforçar o sentimento de solidariedade etc.⁵²⁸ Além disso, como o chefe de Estado, diferentemente do chefe indígena, deve se comportar como um comandante, eventual transgressão dos modelos de conduta e de comportamento (que Chevallier, na verdade, chama de “normas informais”), que impõem limites a seu discurso marcando o papel que é esperado dele pelos seus súditos, pode causar uma dessacralização dessa palavra que coloca em risco sua posição de poder.⁵²⁹ Nesse sentido, ele observa como, à semelhança do discurso vazio e pouco instigante do chefe indígena, os discursos presidenciais, aproximando-se muito mais de uma prática ritual do que impositiva, costumam ser envoltos de grande previsibilidade ao invocarem entidades abstratas como o “povo” ou a “nação” para eufemizar as grandes divisões sociais, e, exceto em situações excepcionais, tendem a suscitar uma atenção episódica ou distraída de seus interlocutores.⁵³⁰ Aliás, Chevallier contextualiza essa característica dos discursos presidenciais no contexto mais amplo da mundialização, em meio ao qual o enfraquecimento da capacidade de regulação dos governos nacionais faz com que as tradicionais técnicas do *governo*, caracterizadas pela imposição unilateral de uma forma de dominação, cedam cada vez mais espaço a técnicas novas que seguem a lógica da *governança*.⁵³¹

De um lado, nas sociedades primitivas os vetores antiestatais não são apenas quantitativamente “mais fortes” do que os vetores estatais; na realidade, há uma diferença qualitativa entre ambos, uma vez que os primeiros assumem um estatuto sociológico prioritário sobre os últimos. Nisso se explica a possibilidade de o “contra-Estado” instrumentalizar o Estado como forma de conjurá-lo para melhor combatê-lo, como observou Sztutman. De outro lado, nas sociedades modernas são os vetores estatais que assumem a prioridade sociológica sobre os vetores antiestatais, instrumentalizando para seus próprios propósitos. Dessa forma, os tradicionais mecanismos de controle do poder estatal figuram menos como uma benevolência política resultante de alguma consciência moral adquirida pelas nossas sociedades e, inversamente, mais como um instrumento ou uma condição da qual

⁵²⁸ Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Penser à partir de Pierre Clastres: l'État et le devoir de parole*, p. 318.

⁵²⁹ Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Penser à partir de Pierre Clastres: l'État et le devoir de parole*, p. 320-321.

⁵³⁰ Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Penser à partir de Pierre Clastres: l'État et le devoir de parole*, p. 320.

⁵³¹ Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Penser à partir de Pierre Clastres: l'État et le devoir de parole*, p. 322. Para uma análise do conceito de governança na sociedade contemporânea, que não seria possível recuperar aqui dados os limites do presente trabalho: cf. VILLAS BÔS FILHO, Orlando. A governança em suas múltiplas formas de expressão: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo. *REI – Revista Estudos Institucionais*, v. 2, p. 570-706, 2017.

os órgãos especializados do poder necessitam para se reproduzirem em sociedades profundamente divididas.

Sem dúvida, essa releitura da obra de Clastres implica revisar suas afirmações categóricas sobre o “ser” das sociedades primitivas, como o verdadeiro lócus do poder que colocaria em prática os mecanismos de proteção contra uma separação do poder do corpo social que instaurasse a relação entre dominantes e dominados, ou, no mínimo, as leituras críticas que sobrelevam essas afirmações em sua obra com o intuito apressado de descartá-la. Independentemente do alvo dessa nova visão sobre o “contra-Estado”, o que importa reter, para os propósitos deste trabalho, é que o “ser” das sociedades primitivas nem sempre é tão contra o Estado assim: ele o seria apenas de maneira contingente, na medida em que a resultante desse “cabo de guerra” político favorecesse a indivisão do poder no lugar de sua divisão.

Há outra crítica recorrente à obra de Clastres que precisa ser analisada para aquilatar a compatibilidade entre seu pensamento e a perspectiva da transmodernidade. Com efeito, Jean-Claude Chamboredon acusa a tese da “sociedade contra o Estado” de reproduzir a transcendência do social sobre os indivíduos que teria sido afirmada, paradigmaticamente, pela sociologia de Émile Durkheim.⁵³² De fato, o vocabulário utilizado por Clastres, a começar pelo título da sua obra mais difundida, pode ser sugestivo de uma adesão ao holismo social, como perspectiva que confere prioridade ontológica à sociedade em detrimento do indivíduo.

No limite, concepções holistas de sociedade como a de Durkheim podem apresentar *quatro* problemas teóricos: *primeiro*, a primazia ontológica da sociedade sobre o indivíduo, ou do todo sobre as partes;⁵³³ *segundo*, uma concepção de sociedade que figura, no limite, como fundamento explicativo para todos os fenômenos ditos sociais, mas que permanece, ela própria, inexplicada; *terceiro*, a naturalização de uma representação inverossímil da sociedade como um “megassujeito” dotado de um corpo social, de uma consciência coletiva, de uma vontade geral etc., como é característico da sociologia durkheimiana;⁵³⁴ *quarto*, o etnocentrismo dessa concepção de sociedade como totalidade autocontida e da concepção dela derivada de uma humanidade dividida em unidas étnicas discretas, social e culturalmente

⁵³² CHAMBOREDON, Jean-Claude. Pierre Clastres et le retour de la question politique en ethnologie (a propos de Recherches d’anthropologie politique), p. 563.

⁵³³ Cf. RIVIÈRE, Claude. *Introdução à antropologia*, p. 55.

⁵³⁴ Cf. BARBOSA, Gustavo. A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres, p. 540.

singulares, dependentes que são de categorias e de instituições características do Ocidente moderno, como a ideologia do Estado-nação.⁵³⁵ No fundo, como observa Barbosa, trata-se do velho desafio de “sair do individualismo metodológico sem cair em certo holismo transcendental ou vice-versa”, o que implica, de um lado, “pensar a relação social mesmo na ausência de sociedade” e, de outro lado, “construir modelos de intencionalidade sem sujeitos”.⁵³⁶

Baseando-se em uma análise mais detida da obra de Clastres, Barbosa defende que as ideias dele sobre a sociedade e sobre o poder indiviso não guardam nenhum compromisso necessário com o holismo durkheimiano,⁵³⁷ seja no sentido geral da prevalência da sociedade sobre o indivíduo, seja no sentido mais específico de uma coerção social absolutamente exterior aos agentes. Da mesma maneira que Clastres dessubstancializa o Estado, compreendendo-o não como “o Kremlin, a Casa Branca, o Eliseu”, nem com uma entidade abstrata, mas como “o estabelecimento efetivo da relação de poder”,⁵³⁸ a sociedade também é representada em sua obra como uma máquina (ou acionamento efetivo de relações) que funciona por meio das figuras subjetivas que produz e que, ao mesmo tempo, colocam-na em funcionamento (os chefes, os guerreiros, os caçadores, os jovens iniciados, os xamãs e os *karai* etc).⁵³⁹ Portanto, para Barbosa, tanto o Estado quanto a sociedade que compõem a fórmula “a sociedade contra o Estado” consistem em *socialidades*, isto é, “máquinas sociais sem nenhuma externalidade com as formas de subjetivação que engendram e por meio das quais operam”.⁵⁴⁰ Na medida em que Clastres “não propõe nenhuma exterioridade entre as ‘máquinas sociais primitivas’ e as ‘formas de subjetivação’ que elas operam”, seu “afastamento com relação a Lévi-Strauss não necessariamente implica o restabelecimento de Durkheim”.⁵⁴¹

A partir dessas observações, Barbosa propõe, com razão, que a *sociedade contra o Estado* não seja pensada necessariamente como uma entidade transcendente em relação ao indivíduo, mas como uma *socialidade contra o Estado*, no sentido esboçado nas linhas

⁵³⁵ Cf. VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *A inconstância da alma selvagem: e outros ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2002. p. 271.

⁵³⁶ Cf. BARBOSA, Gustavo. *A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres*, p. 562.

⁵³⁷ Cf. BARBOSA, Gustavo. *A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres*, p. 540.

⁵³⁸ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*, p. 151 e 208.

⁵³⁹ Cf. BARBOSA, Gustavo. *A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres*, p. 560-561.

⁵⁴⁰ Cf. BARBOSA, Gustavo. *A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres*, p. 561.

⁵⁴¹ BARBOSA, Gustavo. *A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres*, p. 546-547.

anteriores.⁵⁴² Além de tal entendimento se distanciar dos problemas teóricos característicos dessa concepção de sociedade, ela apresenta uma virtude heurística adicional: deixando de lado a tradicional concepção monádica de sociedade,⁵⁴³ é possível pensá-la como algo que não precisa ser predicado *exclusivamente* como estatal *ou* antiestatal, tampouco como moderno, pré-moderno *ou* pós-moderno. Assim, emerge a possibilidade lógica de pensar simultaneamente “o mesmo” e o seu inverso: vetores antiestatais coexistindo com o Estado no âmbito da própria sociedade ocidental. Em outras palavras, trata-se de postular que, mesmo *dentro* das sociedades predicadas como “estatais”, a política pode não se restringir ao Estado.⁵⁴⁴

Ora, não há nada mais característico, na esfera política, de uma transmodernidade análoga à que Le Roy identificou na juridicidade contemporânea. Nesse aspecto, a coexistência de socialidades estatais e antiestatais potencializa o programa da revolução copernicana proposta por Clastres no âmbito da antropologia política, mesmo que nada possa ser mencionado acerca do *ser* propriamente dito das sociedades primitivas e, mais importante, por mais que haja vetores estatais atuando com diferentes graus de intensidade no âmbito delas. Com efeito, insistir na separação radical entre o *ser* político das sociedades primitivas e o *ser* político das sociedades estatais obstrui qualquer tentativa de apreender como a política pode variar tão radicalmente no âmbito do próprio Ocidente e, assim, descentrá-lo da visão predominante que ele tem de si mesmo. Se a ontologia das sociedades indígenas e ocidentais pode ser deixada de lado sem se renunciar ao programa da revolução copernicana clastreana, é porque a questão da ontologia do político, cerne desta proposta, segue atual na medida em que questiona a naturalização feita pelo Ocidente de sua forma particular de distribuição e organização do poder como *a* política por excelência.⁵⁴⁵

⁵⁴² Cf. BARBOSA, Gustavo. A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres, p. 561.

⁵⁴³ Sobre a concepção monádica de sociedade, de inspiração funcionalista e culturalista, como povo dotado de etnia, instituições e cultura específicas: cf. VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *A inconstância da alma selvagem*: e outros ensaios de antropologia, p. 270.

⁵⁴⁴ “Há, assim, um certo estado de Estado, constante e presente por toda parte, e um certo estado de guerra, também ele constante e presente por toda parte, um ou outro, inibidos ou potencializados, a depender da forma como se dá a operação dos mecanismos sociais e das figuras subjetivas por meio dos quais atuam. Num e noutro estados, entretanto, algo sempre ficará de fora, reclamando e impondo presença apesar da ausência aparente” (BARBOSA, Gustavo. A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres, p. 560).

⁵⁴⁵ De fato, esse deslocamento, ao mesmo tempo terminológico e conceitual, embora implique revisões na *obra* de Clastres, não é totalmente incompatível com o *pensamento* desse autor. Ora, se, como Goldman afirmou, a fórmula “a sociedade conta o Estado” é menos uma máxima ou princípio do que um aforismo suscetível a constantes interpretações, ressignificar-lhe os termos é menos uma censura e mais uma maneira de

Portanto, a transmodernidade suscita, em um grau maior de abstração, os mesmos deslocamentos conceituais que, retirando a centralidade analítica do direito, conduzem a análise antropológica do pluralismo jurídico ao multijuridismo e que, retirando a centralidade analítica da dominação, conduzem-na da dominação à política em sentido mais amplo. Considerando a abertura cognitiva que a *transmodernidade* proporciona em direção a outras manifestações da juridicidade e da política, talvez seja preferível designá-la como *transsocialidade* para que a terminologia utilizada reflita a escolha conceitual pela rejeição da modernidade e de qualquer outra forma particular de socialidade como referencial privilegiado do pensamento sobre a cultura e a sociedade.

potencializar o potencial heurístico desse pensamento (cf. GOLDMAN, Marcio. Pierre Clastres ou uma antropologia contra o Estado, p. 586-587).

5 OS LIMITES CULTURAIS DA TEORIA PURA DO DIREITO

Após uma sucinta introdução ao pensamento de Kelsen, seguida pela sua contextualização com base em uma bem conhecida sociologia da modernidade, o presente trabalho realizou certa digressão sobre a antropologia, esforçando-se, vez ou outra, para não perder completamente de vista as contribuições dessa disciplina para uma reflexão acerca da teoria pura do direito. Finalmente, é chegada a hora da inquietante indagação: e o que Kelsen tem a ver com tudo isso?

Nada mais razoável do que esse questionamento, cuja resposta, reconstituindo os passos percorridos pelo autor da teoria pura do direito, enfocará, em primeiro lugar, a culturalidade do direito em sua perspectiva estática, enquanto fixado no conceito de norma jurídica, e, em segundo lugar, a culturalidade do direito em sua perspectiva dinâmica, que coloca sua normatividade em movimento por meio da atividade interpretativa e decisória, para, enfim, atingir o ponto culminante (e, provavelmente, o mais misterioso) ao qual essa teoria chegou e que consiste no tema da interpretação jurídica.

5.1 Norma jurídica: a culturalidade do direito em sua perspectiva estática

Ao se deparar com a estranheza da distinção entre fato e norma para as sociedades ditas primitivas,⁵⁴⁶ é no mínimo curioso que Kelsen não tenha feito nenhuma correção em sua concepção inicial de que esse par conceitual constituiria um dado imediato da consciência.⁵⁴⁷ As entrelinhas de seu discurso revelam o porquê: pretendendo investigar a *mentalidade primitiva*, Kelsen afirma que a distinção entre fato e norma é *desconhecida* dos homens primitivos, que na *consciência* deles *não pode existir* (isto é, *falta*) a concepção de natureza como ordem de elementos ligados segundo o princípio da causalidade, ideias essas que seriam a aquisição de uma *civilização* relativamente *avançada* como resultado de uma *evolução espiritual*.⁵⁴⁸ Dito de outra forma, para Kelsen, esses primitivos, quando confundem fatos com normas, cometem um erro lógico exatamente do mesmo tipo em que o sociologismo, o

⁵⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 91-95.

⁵⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 6.

⁵⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 91-94.

psicologismo e o realismo jurídicos da sua época incorriam, ainda que sob outras determinações históricas.

Assim, não encontrando entre os ditos primitivos a distinção entre fato e norma, ao menos não com o mesmo conteúdo que lhes é conferido pela civilização ocidental, o autor imediatamente conclui que eles *ainda* não teriam *descoberto* esse suposto dado imediato da *consciência*. Tanto os argumentos quanto a retórica subjacente a esse raciocínio parecem subentender que o desconhecimento de um “dado imediato da consciência” só poderia ter por causa alguma espécie de falta de inteligência ou de capacidade cognitiva. Talvez seja isso mesmo o que se pretenda. Seja como for, sabe-se muito bem que tipo de discurso é esse: o velho etnocentrismo, que adota as especificidades da cultura do observador como dogma insuperável para, no mesmo golpe, constatar a ausência delas em outras culturas e, daí em diante, rotulá-las como inferiores sob o signo da carência dessa pretensa verdade universal.

Deixando de lado a conotação transcendental atribuída por Kelsen a sua concepção de dever ser e, com ela, o etnocentrismo característico dessa forma de pensar, cumpre retirar a perspectiva do observador de sua inércia e colocá-la em movimento com o questionamento que não lhe tem sido feito. O que é um dever ser, afinal? Não é como se não existissem intuições sociologicamente pertinentes na visão de Kelsen desse “modo de pensamento”. Não custa rememorar que, para Kelsen, o “dever ser” positivado encontraria a origem de sua validade em uma norma fundamental que, não sendo positivada, isto é, não sendo estabelecida por um ato de vontade, apenas poderia ser pressuposta como um ato de pensamento. Trata-se de uma norma que prescreve a obediência aos atos de vontade daqueles que criaram a primeira constituição histórica. E, como essa norma fundamental não poderia ter seu fundamento de validade conferido por alguma norma que a antecedesse logicamente, Kelsen entende que não caberia à ciência normativa do direito desvelar o que existiria por trás da norma fundamental. Por mais que Kelsen sinalize uma resposta para isso na ideia de que a norma fundamental apenas seria pressuposta sob a condição de uma ordem jurídica globalmente eficaz, no entendimento de seus intérpretes não competiria à ciência do direito investigar por que ou sob quais condições uma ordem jurídica adquire essa propriedade que seria indispensável para sua validade.⁵⁴⁹

⁵⁴⁹ Bobbio, por exemplo, entende que a questão do fundamento da norma fundamental não é uma questão jurídica, ou então é uma questão mal colocada, porque a sua resposta só poderia ser buscada fora do sistema jurídico (cf. *Teoria geral do direito*, p. 223-224).

Analisemos as coisas mais de perto. Sem dúvida, a norma fundamental não é o sentido de um “ato de vontade”, entendido aqui como comando proferido por um indivíduo ou um órgão separado na sociedade. Nesse aspecto, pode-se dar razão a Kelsen sem maiores dificuldades. Todavia, seria correto dizer que a pressuposição da norma fundamental não seria orientada por nenhuma forma de “vontade”? Certamente, ainda que um sujeito em particular venha, de fato, a desejar conscientemente a pressuposição da norma fundamental, nem por isso poder-se-ia afirmar que essa norma seria o sentido desse ato de vontade em particular. Afinal, como diz Kelsen, mesmo o jurista que não consciencializa a norma fundamental pressupõe-na, implicitamente, em sua própria maneira jurídica de pensar.⁵⁵⁰ Ao que tudo indica, assim seria, na visão de Kelsen, porque a eficácia global da ordem jurídica, condição para a pressuposição da norma fundamental que justificaria esse raciocínio dinâmico, independeria da vontade desse ou daquele sujeito particular. Entretanto, o que restaria se, sob a pretensão (em si mesma correta) de excluir toda a vontade particular desse processo, também fosse abolida a possibilidade de pensar a intencionalidade sociológica que o coloca em movimento? No limite, a resposta é a mesma para o que seria uma sociedade sem nenhum traço de coletividade: um amontoado de organismos biológicos com comportamentos destituídos de qualquer sentido e completamente reduzidos, em si mesmos, à insuperável animalidade de sua natureza. Em todo caso, seria o mesmo que rejeitar a culturalidade dessas sociedades, condenando-as ao mesmo tipo de preconceito que, muitas vezes, elas próprias dirigiram contra as sociedades primitivas.

Rejeitar o etnocentrismo e levar a cultura a sério requerem, por conseguinte, compreender a singularidade da cultura, isto é, da intencionalidade sociológica (leia-se: o “querer ser”) por trás do ato de pressuposição da norma fundamental. Não se trata de responder à indagação fundamental sobre a razão por trás da eficácia global da ordem jurídica ou, em outras palavras, a razão última para se presumir uma norma fundamental. Logo, ficará clara a sabedoria que teve Kelsen ao não arriscar respondê-la. No entanto, se tal questão não pode ser respondida, ela merece ao menos ser analisada com mais atenção. Com efeito, se a norma fundamental determina a obediência aos atos de vontade constituintes, e se a eficácia global da ordem jurídica não significa senão a efetiva obediência e aplicação das normas que encontram na constituição assim estabelecida o fundamento positivo de sua validade, pode-se compreender melhor qual o significado de se indagar sobre os motivos subjacentes a essa

⁵⁵⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 228.

obediente aceitação. Em última análise, é a questão colocada por um indignado La Boétie: “[...] que terrível desencontro foi esse que tanto desnaturou o homem, o único realmente nascido para viver em liberdade, e o fez perder a lembrança de seu estado original e o desejo de resgatá-lo?”.⁵⁵¹ Questão tormentosa cuja resposta, diria Clastres, é inominável.⁵⁵² Novamente, não é isso o que está em discussão aqui. Convém notar o seguinte: da mesma maneira que, para as sociedades primitivas, a recusa de obedecer não seria um simples desejo psicológico, “mas o efeito, no nível individual, do funcionamento das máquinas sociais, o resultado de uma ação e de uma decisão coletivas”,⁵⁵³ o mesmo há de ser dito para a aceitação, em certo sentido, voluntária (ou intencional) desse mau encontro pelas sociedades que o experimentaram.

Ainda que a juridicidade e a política sejam definidas como domínios sociais distintos, não há como deixar de observar a relação íntima, existente não apenas no Ocidente, entre variadas formas de concreção da juridicidade e os diferentes projetos políticos em que elas se contextualizam. Embora Clastres não tenha apresentado uma definição explícita de poder, capaz de designar tanto as práticas ocidentais quanto as indígenas, pode-se inferir de sua obra que o poder é o efetivo exercício das condições indispensáveis para a tomada de decisões coletivamente vinculantes.⁵⁵⁴ Nisso, pode-se afirmar que um poder é político.⁵⁵⁵ O que importa ressaltar desse conceito é que decisões, como tais, não precisam ser tomadas por órgãos indivisos ou destacados da sociedade: elas são, essencialmente, reduções de possibilidades orientadas pela distinção entre aquilo que se quer e aquilo que não se quer. Para que isso aconteça, não há a menor necessidade lógica (*a priori*) de que o desejo de um sobreponha-se ao desejo do outro. Em outras palavras, decisão e comando não são sinônimos, embora por vezes possam coincidir, como frequentemente ocorre na experiência ocidental. No mais, decisões nem sequer precisam ser enunciadas mediante uma reunião assemblear voltada especificamente para esse fim, ainda que constituída pela participação direta dos cidadãos. Se

⁵⁵¹ LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. Tradução Evelyn Tesche. São Paulo: Mediafashion-Folha de S. Paulo, 2021. p. 31-32.

⁵⁵² Cf. CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*, p. 147.

⁵⁵³ CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*, p. 154.

⁵⁵⁴ Em sentido semelhante, dizem Tânia Stolze Lima e Marcio Goldman: “[...] o poder, em diversas passagens deste livro, define-se como força que cria e sustenta um espaço coletivo [...]” (LIMA, Tânia Stolze; GOLDMAN, Marcio. Pierre Clastres, etnólogo da América, p. 18).

⁵⁵⁵ Certamente, o poder pode assumir variações de acordo com a escala das organizações em que se situam. Contudo, naquilo que os definem como tais, os comandos do chefe de empresa são tão políticos quanto os de um chefe de Estado. A diferença entre um e outro são sua escala e seu alcance. Mesmo os comandos mais individuais, ensina Kelsen, têm sua raiz em uma vinculação coletiva, na medida em que pressupõem um comando mais geral que determina a observância de comandos individuais.

algo é demonstrado pela reflexão de Clastres sobre a chefia política, ou de Le Roy a respeito dos sistemas de disposições duráveis, é que decisões tomadas se revelam muitas vezes em comportamentos cotidianos, ainda que de maneira inconsciente aos sujeitos que os praticam. Não há indício melhor de uma decisão tomada no passado e atualizada no presente do que o habitual e uníssono abandono de todo chefe que tenta fazer da sua fala um comando ou uma lei para o restante do grupo.

Entretanto, Kelsen apresenta as normas como se necessariamente tivessem de ser pensadas à imagem e semelhança dos atos de vontade característicos de uma sociedade politicamente dividida. Como observou Gabriel Nogueira Dias, essa concepção da normatividade, na medida em que faz referência à facticidade do ato de vontade, cria certa dificuldade teórica para justificar o postulado da separação distinção “ser” e “dever ser”, que Kelsen procurou solucionar com a ideia de que há uma relação de condicionamento entre ambos.⁵⁵⁶ No entanto, sob a perspectiva antropológica, parece haver um desafio mais profundo nessa concepção. A analogia encontrada por Kelsen entre norma e ato de vontade é o resultado de *uma* forma possível de interpretação pela qual se atribui a esse “ser” o sentido de um “dever ser”. Isso não implica confusão entre os termos: afinal, dizer que se atribuem sentidos aos fatos é a melhor forma de ressaltar que eles, em si mesmos, não contêm sentido algum, e que só se pode afirmar que o “tenham” na medida em que isso lhes seja conferido por um observador externo. Contudo, quando Kelsen entende que a norma é, *necessariamente*, o sentido atribuído a um ato de vontade; quando ele pressupõe que a norma é um imperativo que não poderia ser pensado sem seu imperador; é, enfim, outra característica do “ser” e do “dever ser” que se torna incompatível com esse conceito de norma. Se ambos são “dados imediatos da consciência”, como Kelsen defende, e que, portanto, não poderiam ser mais bem explicados pela referência a termos externos a um ou outro, então só poderia ser falacioso tentar definir a norma a partir de um tipo de fato em particular, como os atos de vontade, que encarnariam seu sentido no plano da facticidade. Pelo que se pôde constatar a partir da antropologia política de Clastres, não são apenas os “atos de vontade” ou os “comandos” que podem ser interpretados como expressivos de um sentido normativo. A concepção de norma como sentido objetivo de um ato de vontade

⁵⁵⁶ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p.151; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 51-53 e 236-238; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 58 e 178.

aparenta ser evidente dentro de determinadas culturas, mas não pode ser universalizada como a única forma possível de realização da normatividade.

Portanto, é preciso reconhecer que a norma entendida em seu aspecto mais elementar – o de um dever ser – realmente consiste no sentido de um “ato de vontade”, como diz Kelsen, mas não exatamente com o conteúdo que ele atribuiu a essa expressão. Mesmo a norma consistente no sentido de um comando destacado *da* e ao mesmo tempo *na* sociedade – em outras palavras, o imperativo que, segundo Kelsen, não existe sem um imperador⁵⁵⁷ – constitui o resultado de um processo interpretativo mais abrangente, cujo sentido é encontrado na intencionalidade indivisa de uma sociedade, que atualiza constantemente aquilo que ela representa como seu ser realizado ou realizável. Nesse aspecto da juridicidade ocidental, é possível reconhecer o “pensamento selvagem” anunciado por Lévi-Strauss como uma “estrutura universal subjacente a qualquer forma de pensar, inclusive àquela própria do Ocidente que denominamos Razão”, para utilizar as precisas palavras de Tânia Stolze Lima e Marcio Goldman.⁵⁵⁸ Aqui, o termo “selvagem” evidentemente não carrega a antiga e conhecida conotação etnocêntrica, pois apenas designa essa “liberdade” ou “querer ser” do pensamento que, sendo comum tanto aos ocidentais quanto aos não ocidentais, assinala a possibilidade de uma pluralidade de razões para além daquelas que são mais familiares aos primeiros.⁵⁵⁹ Nesse aspecto, a cultura em sua generalidade demonstra sua coextensão ao conceito de humanidade e revela o sentido em que se pode afirmar sua universalidade.

Desse modo, como expectativa contrafática que a sociedade projeta sobre si mesma, o dever ser pode ser tanto o sentido objetivo de um comando separado (dever ser diviso) quanto o sentido objetivo de uma intencionalidade total (dever ser indiviso). Nisso reside a principal diferença entre, de um lado, as normas gerais e impessoais (NGI) e, de outro lado, os modelos de conduta e de comportamentos (MMC) e os sistemas de disposições duráveis (SDD). A lei ou legislação (no sentido ocidental) é a criação de um órgão separado do poder, individual ou coletivo, sem o qual sua existência específica como norma – em uma palavra, sua validade –

⁵⁵⁷ Nas palavras de Kelsen: “Kein Imperativ ohne Imperator” (KELSEN, H. *Allgemeine Theorie der Normen*, unver. Neud. Der Aufl. Von 1979, Wien, 1990, p. 3, 23, 187 *apud* DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 144).

⁵⁵⁸ LIMA, Tânia Stolze; GOLDMAN, Marcio. Prefácio. In: CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. Tradução Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2013. p. 23.

⁵⁵⁹ Evidentemente, se no plano da comparação das diferentes culturas a liberdade de uma em querer ser algo contrasta com a liberdade da outra em querer ser algo diferente, nem por isso se excluem, no plano interno, situações paradoxais como a liberdade de desejar a servidão, que levou La Boétie ao espanto em seu *Discurso* (cf. LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*).

não poderia ser reconhecida. Deuses, clérigos, monarcas, parlamentos, juízes, tribunais, gerais, patrões, pais e mães: ensina-nos Kelsen como os atos de vontade dessas figuras, entre tantas outras, são condições *sine qua non* para a validade de suas normas divididas. Certamente que os costumes e o *habitus* também dependem de figuras subjetivas para se manifestarem; o que os sobreleva em comparação com a lei, entretanto, são sua necessária preexistência e autonomia com relação a este ou aquele sujeito ou órgão em particular. Normatividade anônima, sem autores e sem autoridade, sem dúvida, mas que não deixa de exercer uma influência forte e, muitas vezes, esmagadora sobre a conduta individual.

Não sendo categorias inatas, tanto o “dever ser” diviso quanto o “dever ser” indiviso, ou seja, tanto o sentido objetivo de imperativos quanto o sentido objetivo de uma intencionalidade socialmente inseparável, são manifestações da cultura, entendida aqui como uma espécie de “sociologia”, isto é, aquilo que o grupo considera como seu ser específico. Para entender isso, não é nem um pouco necessário que o observador se entregue ele mesmo a uma reflexão ontológica; não é preciso presumir uma via de acesso à realidade em si mesma. Basta observar e compreender a ontologia que é feita, praticada, pensada ou pressuposta pelos sujeitos em ação. Nesse sentido, o “ser” da sociedade primitiva de que tanto fala Clastres pode ser relido não mais como o “ser” de uma “ontologia naturalista e dogmática”, mas, na realidade, como um “poder ser”:⁵⁶⁰ ou seja, uma virtualidade que é produzida pela liberdade de pensamento da sociedade primitiva e que, ao mesmo tempo, origina-a na medida em que ela busca, por meio de suas práticas e de seus pensamentos ulteriores, a constante concretização e a atualização dessa possibilidade. Sob esse aspecto, a cultura é o “poder ser” representado que orienta o “querer ser” praticado.

Enquanto o “ser” (ou “poder ser”) de uma sociedade é apenas *uma* possibilidade entre *outras* – vale dizer: enquanto ela não é uma necessidade ou um “ser” em sentido estrito –, sempre se poderá confrontar com outras possibilidades. Sob a perspectiva política, no caso da sociedade primitiva, a alteridade é o mau encontro que institui a divisão social e no das sociedades estatais, é a indivisão social. Com efeito, o discurso, o pensamento, as práticas e as expectativas de uma sociedade sobre si mesma nem sempre correspondem com exatidão absoluta à sua efetiva situação histórica (se é que, com isso, seja possível designar o efetivo ser de uma sociedade), por mais que, em dada sociedade, sejam capazes de enunciar sua especificidade com grande precisão. É o que nos ensina, para mencionar apenas um exemplo,

⁵⁶⁰ Nesse sentido: cf. CARDOSO, Sérgio. *A crítica da antropologia política na obra de Pierre Clastres*, p. 124.

o paradoxal discurso dos *karai* trazido à tona por Clastres: um discurso indiviso, por contar com aceitação praticamente unânime, seja de maneira consciente ou inconsciente, contrário às tendências de divisão historicamente presentes, mas que, ainda assim, parece recair na armadilha de reforçar as tendências combatidas de maneiras inesperadas. Por outro lado, se o conteúdo desse discurso (a fuga da terra má e a busca da terra sem mal) é estranho ao pensamento ocidental, sua estrutura certamente lhe é mais familiar: essa incongruência entre o “espaço de experiência” e o “horizonte de expectativa”, essa incessante atualização de uma contingência futura, não pode deixar de ser uma constante inabalável.⁵⁶¹

Disso resulta que a distinção entre “ser” e “dever ser”, independentemente de seu conteúdo, não pode ser considerada uma categoria, tampouco um dado imediato da consciência. É, antes de qualquer coisa, uma premissa básica e irreduzível para a compreensão da comunicação (*topos*) em um contexto cultural particular (*topoi*):⁵⁶² em geral, o ocidental moderno, ao menos onde prepondera o discurso hegemônico deste sobre si mesmo. Se em determinados lugares esses conceitos *aparentam* ser inatos é porque, realmente, são incontornáveis a ponto de que, na falta deles, dificilmente a comunicação se estabeleceria ali. No entanto, se há lugares outros que não compartilham esses conceitos ou o conteúdo que lhes é atribuído por grande parte dos ocidentais, é antes porque não fazem sentido lá: em vez de facultarem a comunicação, são incomunicáveis. E se não fazem sentido em algum lugar, não importa qual seja, é porque não são inatos nem universais.

⁵⁶¹ Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006, p. 314-317. Não cabe aqui realizar um desenvolvimento rigoroso dos conceitos de “espaço de experiência” e “horizonte de expectativa” formulados por Reinhart Koselleck. Tais expressões são aqui utilizadas com pretensões muito mais superficiais e modestas, apenas para recuperar, respectivamente, o “passado presente” e o “futuro presente”, que, em linhas muito gerais designam na visão do aludido autor. Também é obra de Koselleck a tese de que a modernidade seria marcada por um notável descompasso entre o espaço de experiência e o horizonte de expectativa.

⁵⁶² Tais conceitos são aqui empregados no sentido desenvolvido por Boaventura de Sousa Santos: “Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos. *Topoi* fortes tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos quando ‘usados’ em uma cultura diferente. [...] A hermenêutica diatópica baseia-se na idéia de que os *topoi* de uma determinada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua por intermédio de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé em uma cultura e outro em outra. Nisto reside o seu caráter diatópico” (Por uma concepção multicultural de direitos humanos, p. 443-444).

5.2 Interpretação jurídica: a culturalidade do direito em sua perspectiva dinâmica

Em linhas muito gerais, a interpretação é comumente designada como a atividade pela qual se expressa o sentido de algum fenômeno, sobretudo, mas não apenas, quando se trata de algo controverso ou de difícil compreensão. Essa acepção é aqui assumida, *preliminarmente*, como ponto de partida para as reflexões subsequentes a respeito da interpretação jurídica, apenas na medida em que, com sua proposital generalidade, puder manifestar diferentes tipos de interpretação, em suas mais variadas e distintas possibilidades. Assim considerada, a interpretação figura como atividade socialmente onipresente, sem a qual a própria comunicação teria seu *status* rebaixado de *improvável* para *impossível*. No entanto, ironicamente, a própria interpretação não tem um conceito unívoco, tampouco consensual. Mesmo a acepção abstrata, pela qual o conceito foi abordado nas linhas anteriores, não escapa dessa fatalidade, daí a ênfase em seu caráter preliminar. Disso resulta que, no mínimo, o conceito de interpretação é autológico, pois designa uma atividade da qual ele próprio necessita para que possa expressar algum sentido.

Talvez por isso se explique que a *Teoria pura do direito* (1960) não apenas comece, em seu primeiro capítulo, mas também termine, em seu último, com um problema hermenêutico. É com um problema desse tipo, afinal, que Kelsen principia sua perspectiva dinâmica do direito com a questão da identificação das normas objetivamente válidas, isto é: por que, em determinadas situações, o sentido subjetivo de um ato de vontade é interpretado, ao mesmo tempo, como um sentido objetivo de dever ser?⁵⁶³ Por uma perspectiva dinâmica, essa interpretação, para Kelsen, somente seria possível sob a condição da norma fundamental, a qual, por sua vez, é pressuposta sob a condição de que a ordem jurídica seja globalmente eficaz.⁵⁶⁴

Não se ignora que, de fato, a teoria pura do direito oferece um modelo formal que descreve, com grande riqueza de detalhes, a estrutura lógica do raciocínio interpretativo empregado pelo jurista que adota uma perspectiva positivista. Em outras palavras, o modelo dinâmico proposto por Kelsen realmente contém *uma possível descrição* do raciocínio usado pelo jurista, com todas as suas condições e conclusões lógicas, ao interpretar o sentido subjetivo de um ato de vontade como se constituísse, também, o sentido objetivo de um dever ser. Sem dúvida, trata-se de um modelo de análise que, entendido nesses termos, não deixa de

⁵⁶³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 50.

⁵⁶⁴ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 50-53.

ter sua virtude heurística, a depender do modo como utilizado. Não é isso, entretanto, o que está em discussão aqui. O que se questiona são o alcance e os limites – sobretudo culturais – do modelo apresentado por Kelsen: em primeiro lugar, a insuficiência do modelo dinâmico do direito, oferecido por Kelsen, para fundamentar a objetividade jurídica de um ponto de vista hermenêutico; em segundo lugar, se não seria por essa razão que esse modelo sobreleva as características de um tipo de raciocínio jurídico, sem exaurir a atividade interpretativa concretamente empregada pelo jurista moderno.

Com efeito, apesar da inegável coerência lógica do argumento de Kelsen, não se pode deixar de observar certa incongruência entre a pergunta formulada e a resposta apresentada por ele. Em vez de oferecer uma razão (um “porquê”) para a atividade interpretativa que é crucial para a objetividade do direito, como se propôs a fazer, a teoria pura do direito se contenta com o fornecimento de uma condição lógica de existência (um “se” ou “quando”). Em um primeiro plano, isso é feito mediante a alusão à norma fundamental como “fundamento de validade”, isto é, como *conditio per quam* da validade de uma ordem jurídica.⁵⁶⁵ Em um segundo plano, ao colocar a própria norma fundamental em questão, Kelsen responde que ela somente seria pressuposta se a ordem jurídica fosse globalmente eficaz.⁵⁶⁶ Como a teoria pura do direito, de certo modo, “erra o alvo”, respondendo um problema interpretativo mediante a referência a um fato bruto, Macedo Junior tem certa razão ao qualificá-la como “fiscalista”.⁵⁶⁷ Pode-se acrescentar que o fiscalismo de Kelsen também se manifesta como um logicismo, na medida em que reduz a questão interpretativa à procura do fato bruto como condição lógica de existência da ordem jurídica.⁵⁶⁸

Sem dúvida, é possível conceder que, talvez, o intuito de Kelsen fosse justamente esse: identificar as situações em que a norma fundamental é pressuposta, em vez da razão que

⁵⁶⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 216.

⁵⁶⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 52-53.

⁵⁶⁷ Cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, p. 77 e 83-84.

⁵⁶⁸ A seguinte passagem ilustra como Kelsen (*Teoria pura do direito*, p. 50) apresenta a questão da objetividade do direito como um problema hermenêutico, para rapidamente reduzi-lo a um problema lógico. Em poucas linhas, a busca pelo sentido da interpretação normativa rapidamente cede espaço à busca pelo pressuposto lógico dessa mesma interpretação, como se fossem a mesma coisa: “Quer dizer: interpretamos o comando de um [um órgão jurídico], mas não o comando do outro [o bando de salteadores], como uma norma objetivamente válida [...] Mas por que é que, num dos casos, consideramos o sentido subjetivo do ato como sendo também o seu sentido objetivo, e já não o outro? [...] Ou, por outras palavras: Qual é o fundamento de validade da norma que nós consideramos como sendo o sentido objetivo deste ato? Esta é a questão decisiva”. Mais adiante, contudo, Kelsen (*Ibidem*, p. 216) esclarece que entende o “fundamento de validade” de uma norma individual como a norma superior que, por regular seu processo de criação, figuraria como sua *conditio per quam*. Finalmente, Kelsen (*Ibidem*, p. 222) revela sua predileção pelo aspecto lógico do problema, ao indagar *sob que pressupostos é possível uma tal interpretação*.

orientaria esse ato de pensamento. Essa aparenta ser a opinião de Gabriel Nogueira Dias, para quem a norma fundamental visa a oferecer um fundamento da ordem jurídica que é relativo, e não absoluto, na medida em que é condicionado pelos postulados do enfoque juspositivista assumido de antemão:

Com sua norma fundamental Kelsen certamente não tenta fornecer o fundamento último e *absoluto* da obrigatoriedade das normas do ordenamento jurídico. Com sua norma fundamental no sentido de fundamento da obrigatoriedade das normas do ordenamento jurídico Kelsen quer no máximo dizer o seguinte: caso se aceite que as normas de um ordenamento jurídico têm a característica de serem obrigatórias; que essa obrigatoriedade não pode ser esclarecida recorrendo-se à moral (primado do relativismo); e que a ciência do direito não pode relacionar a obrigatoriedade das normas jurídicas a uma base empírica (problema da aplicação do método causal para a determinação da validade das normas jurídicas), então é necessário um elemento que fundamente essa obrigatoriedade (não que a esclareça!) sem recorrer ao método causal ou metafísico. E esse elemento é a norma fundamental.⁵⁶⁹

Que Kelsen, por meio da conceituação da norma fundamental, tenha fornecido um fundamento condicional, e não absoluto, para a objetividade da ordem jurídica, não é o que se pretende discutir aqui. Afinal, é exatamente assim que sua teoria apresenta a norma fundamental como uma condição lógico-transcendental da ordem jurídica. A princípio, não haveria nenhum problema se a teoria pura do direito pretendesse oferecer *apenas* uma investigação possível, mas não necessária, sobre as condições de cognoscibilidade do fenômeno jurídico. Contudo, deixando de lado a norma fundamental como aspecto singular da teoria pura do direito, é preciso observar que essa teoria, como algo mais amplo que a abrange, apresenta uma pretensão muito maior: não apenas uma maneira peculiar de observar o direito, em meio a tantas outras que poderiam se afigurar igualmente legítimas, ainda que sob outros pressupostos, mas *a* maneira correta, por excelência, de descrever o fenômeno jurídico.

Por mais que a norma fundamental seja insistentemente descrita por Kelsen como um fundamento relativo da obrigatoriedade jurídica, o enfoque positivista que a condiciona, por outro lado, é frequentemente apresentado pelo mesmo autor como uma necessidade do próprio pensamento, cuja recusa – ao que parece – apenas poderia ser explicada por um erro epistemológico grosseiro. Isso pode ser provado mediante a análise de cada uma das teses que compõem esse programa metodológico positivista: (a) primeiro, para Kelsen, todo direito é

⁵⁶⁹ DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 276.

positivo, excluído qualquer segundo termo, porque simplesmente inexitem imperativos sem imperadores; (b) segundo, o relativismo de valores impõe-se a toda ciência objetiva porque, em sua visão, simplesmente não existem valores absolutos; (c) terceiro, a pureza teórica, além de uma síntese do primeiro e do segundo postulados, é, para ele, um limite estabelecido à ciência do direito pela natureza de seu próprio objeto. Nesse sentido, é preciso conceder que, paradoxalmente, a influência kantiana sobre o pensamento de Kelsen conduz seu relativismo teórico a certo absolutismo epistemológico, como observado por Dhananjai Shivakumar:

[...] Kelsen's Kantianism shapes his project of systematically charting the background assumptions of the jurist's recognition of binding legal norms. It justifies the systematic unity of his pure theory and guides the construction of the hierarchy of valid norms. Such a methodology compels Kelsen to conceive his concept of law as fundamental and correct. Kelsen thus writes as though he has no choice in constructing the concepts he develops, for those concepts are not heuristic devices but rather true statements of the nature of law. For example, on the first page of the second edition of *Pure Theory of Law*, Kelsen claims that the purity of his theory represents 'the limits imposed upon [the science of law] by the nature of its subject matter'. Such a method makes it appear as if the legal theorist has only one correct way to think about law.⁵⁷⁰

Até se poderia cogitar que, na visão de Kelsen, a norma fundamental constituiria uma condição de existência e, ao mesmo tempo, uma orientação de sentido para o raciocínio que ele pretende elucidar. Em algumas passagens de sua obra, de fato, Kelsen pretende fazer da norma fundamental não apenas uma condição lógica do raciocínio jurídico, mas a representação de algo que, de fato, orienta o raciocínio e as ações dos juristas, ainda que eles não estejam totalmente conscientes disso quando interpretam o sentido subjetivo de um ato de vontade como o sentido objetivo de um dever ser.⁵⁷¹ Como toda norma consiste no sentido de “dever-ser”, impenderia pensar que a norma fundamental seria justamente a orientação significativa desse raciocínio interpretativo. Contudo, seria forçoso concluir que, mesmo assim, o problema interpretativo não teria sido respondido. Não podendo expressar o sentido de um ato de vontade, a norma fundamental, como Kelsen reconhece, apenas poderia ser o sentido de um ato de pensamento. Entretanto, esse pensamento nada mais designa do que a unidade do próprio

⁵⁷⁰ SHIVAKUMAR, Dhananjai. The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology, p. 1394.

⁵⁷¹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 228.

processo interpretativo que Kelsen pretendeu elucidar, e destrinchar, na forma de um modelo dinâmico. Logo, em última análise, o problema hermenêutico é respondido por meio de uma tautologia: interpretamos determinados atos de vontade como normas objetivamente válidas porque, em última instância, é dessa forma que nós os interpretamos em nosso pensamento. Por conseguinte, o modelo dinâmico do direito não é capaz de fundamentar o sentido que orienta esse raciocínio; pelo contrário, ele faz com que o sentido da interpretação realizada pelos juristas permaneça indeterminado.

“Por que interpretamos certos atos de vontade, e não outros, como normas objetivamente válidas?”: a questão persiste, pois tampouco é solucionada com o recurso à eficácia global da ordem jurídica como condição dessa interpretação. Não apenas porque, como mencionado, uma condição lógica e uma razão ou sentido não são exatamente a mesma coisa, mas também porque a eficácia de um ato de vontade, isto é, a conformação externa da conduta a seu sentido subjetivo, não necessariamente significa que, do ponto de vista interpretativo, ele seja uma condição imprescindível para a compreensão como norma jurídica. Por um lado, a conformidade da conduta às pretensões do ato de vontade pode ocorrer pelo hábito irrefletido, pela imposição forçada, ou por um cálculo instrumental de custo-benefício, sem que ela seja normativamente compreendida como devida, isto é, segundo uma regra que funcione como padrão crítico-avaliativo da conduta humana.⁵⁷² Por outro lado, o fato de uma norma não ter eficácia global, isto é, de a conduta externa da maioria das pessoas não se conformar com seu conteúdo, não obrigatoriamente quer dizer que ela deixaria de ter validade. Por exemplo, ainda que uma norma moral, ou mesmo jurídica, segundo a qual se deve parar o carro quando se avista uma placa de “pare”, seja unanimemente descumprida pela população de determinada localidade, isso não denota que, aos olhos dessas pessoas, elas não a interpretem como um padrão crítico-avaliativo de sua conduta: o que designaria que a norma é válida ainda que

⁵⁷² Essa observação remete à distinção feita por Hart entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo de uma regra, segundo o qual a aceitação de uma regra por um agente não se reduz à regularidade fática de seu comportamento (hábito ou aspecto externo), mas consiste na apreensão da regra como um padrão crítico-avaliativo para a conduta própria e alheia, o qual, em caso de desvio, fornece uma razão para alguma forma de censura (aspecto interno da regra). Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 115-118 e 127.

ineficaz. Embora considerações psicológicas não venham ao caso, pode até ser que, em razão de interpretá-la como norma objetivamente válida, sintam algum sofrimento (quase como uma sanção psíquica) por violá-la, mesmo que cedam à conveniência de descumpri-la criada pelas circunstâncias do dia a dia. Nesse caso, aliás, a repercussão psicológica da violação da norma seria, antes, mais um indicador, e não o motivo, de sua possível – e nem por isso necessária – objetividade. Entretanto, mesmo nos casos em que a eficácia decorre da interpretação do ato de vontade como norma, esse fato bruto somente descreve que tal norma é obedecida, mas não lhe fornece, por si só, uma *razão* para que seja obedecida; em outras palavras, não esclarece o *porquê* de ser interpretada como tal. Sintomaticamente, depois de se referir à eficácia global como um porquê (uma razão) da ordem jurídica, Kelsen logo se apressa em corrigir essa afirmação, dizendo que seria melhor pensá-la como um “se” (uma condição):

Mas – e é esta a questão decisiva – por que é que não se pressupõe essa norma fundamental [para conferir sentido normativo ao comando do bando de salteadores]? Ela não é pressuposta porque, ou melhor, se esse ordenamento não tem aquela eficácia duradoura sem a qual não é pressuposta qualquer norma fundamental que lhe refira e fundamente a sua validade objetiva.⁵⁷³

Sem dúvida, essas considerações implicam certo deslocamento do conceito de norma ou de dever ser empregado por Kelsen, visto que essa acepção, em seu caráter puramente lógico, é insuficiente para esclarecer a questão interpretativa fundamental da teoria pura do direito. Nesse aspecto, uma concepção hermenêutica da norma, como padrão crítico-avaliativo que revela certa intencionalidade de sujeitos em ação, como a ideia de regra de Herbert Hart, parece muito mais adequada para o tipo de problema

⁵⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 53. A tradução norte-americana simplifica essa passagem, suprimindo a ressalva feita por Kelsen: “But why is no such basic norm presupposed? Because this order does not have the lasting effectiveness without which no basic norm is presupposed” (KELSEN, Hans. *Pure theory of law*, p. 47). No entanto, a ressalva de que a eficácia consistiria em um “se”, e não propriamente em um “porquê”, preservada na tradução portuguesa, encontra-se na versão original em alemão: “Aber – und das ist die entscheidende Frage – warum wird eine solche Grundnorm nicht vorausgesetzt? Sie wird nicht vorausgesetzt, weil – oder richtiger – wenn diese Ordnung nicht jene dauernde Wirksamkeit hat, ohne die keine sich auf sie beziehende, ihre objektive Geltung begründende Grundnorm vorausgesetzt wird” (KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1960 [Nachdruck 1992]. p. 49). De fato, há um motivo para Kelsen ter distinguido o “porquê” e o “se”: enquanto o primeiro consiste em uma razão de ser, o segundo é mera condição de existência.

esboçado pela teoria pura do direito. Embora não caiba nas pretensões deste trabalho aprofundar a perspectiva de tal autor para avaliar os limites culturais de sua teoria, pode-se afirmar, com segurança, que essa perspectiva é ao menos mais consequente com aquela intencionalidade sociológica que, no tópico anterior, foi indicada como traço diacrítico daquilo que se pode compreender como cultura. Essa constatação é reforçada quando se considera, por exemplo, que foi mediante uma perspectiva hermenêutica similar a essa que Hart dissociou a confusão entre regra e comando que, em dado momento histórico, foi basilar mesmo para influentes filósofos do direito anglo-saxões como John Austin e Jeremy Bentham, e sem que o comando ressurgisse, indiretamente, na forma de um ato de vontade como condição sem a qual o próprio sentido de uma norma seria impensável.

Embora a obra *Teoria pura do direito* (1960) ofereça a eficácia global como resposta última (ainda que condicional) para a questão interpretativa sobre a objetividade das normas jurídicas, não é como se a *teoria pura do direito* solucionasse essa questão interpretativa com tal resposta. A referência a um fato bruto não se confunde com o fato em si mesmo: pode-se considerar que ela mesma é uma interpretação teórica do fato que referencia como condição lógica do fenômeno jurídico. Outrossim, é interpretativa a proposição segundo a qual apenas *faria sentido* supor a norma fundamental caso se estivesse diante de atos coativos globalmente eficazes. Afinal, por que faz sentido? Em sua obra, Kelsen não pretendeu justificar a *razão* dessa interpretação em particular; não relacionou o *sentido* que, de alguma forma, supôs existir entre o direito e a eficácia global dos atos de vontade que o positivam. Indicar essa lacuna na teoria pura do direito não é, de maneira alguma, constrangê-la com exigências externas, na medida em que o próprio Kelsen formula (ainda que, talvez, de maneira mais intuitiva do que proposital) o problema da objetividade do direito como uma questão hermenêutica, embora não lhe forneça uma resposta interpretativa, mas tão somente uma condição lógico-formal.

É justamente para desvelar o sentido oculto da *Teoria pura do direito* que a antropologia pode fornecer seus melhores aportes. Utilizando-se o próprio referencial conceitual da teoria pura do direito para ampliar seu horizonte cognitivo, é como se, ao

lado da esfera de vigência temporal e espacial das normas jurídicas,⁵⁷⁴ houvesse também uma esfera de vigência cultural, compressiva de ambas. Se a teoria pura do direito apresenta um percurso teórico do conhecimento do direito que segue, sucessivamente, os passos da postulação metodológica, da estática jurídica, da dinâmica jurídica e, ao final, o da interpretação jurídica, é possível reconstruir esse caminho mediante a inversão de seu lugar de começo e de seu lugar de fim, como quem pretende refazer seus próprios passos para descobrir o que deixou perdido durante o caminho. Isso porque cada capítulo da *Teoria pura do direito* que precede o último capítulo da obra, sugestivamente intitulado “A interpretação”, consiste em uma etapa dessa longa atividade interpretativa que começa com o questionamento sobre o sentido dos atos de vontade e apenas chega à sua conclusão lógica no capítulo que assume explicitamente tratar dessa temática.

Essa unidade do processo interpretativo da teoria pura do direito é corroborada pela concepção de interpretação como “operação mental” que subjaz a todas as etapas da dinâmica jurídica. Essa ideia, implícita no entendimento da pressuposição da norma fundamental como ato de pensamento, aparece de maneira mais explícita quando Kelsen aborda o problema da interpretação judicial do direito. Como mencionado anteriormente, Kelsen concebe a interpretação como “a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto interpretado” e a interpretação jurídica, em particular, como a “operação mental” pela qual se fixa o sentido das normas jurídicas a serem aplicadas.⁵⁷⁵ Consequentemente, compreende-se por que, para Kelsen, a interpretação seria uma atividade altamente subjetiva, que sempre exigiria algum grau de discricionariedade do intérprete, que variaria conforme o tamanho das margens que a relativa indeterminação semântica de toda norma geral inevitavelmente deixaria entreaberta.

No entanto essa concepção da interpretação jurídica como operação mental pressupõe, inexplicavelmente, que a “moldura” assim delineada pela norma geral estaria sempre fixada de antemão, de tal modo que o intérprete seria livre para escolher a interpretação que considerar a melhor desde que não ultrapasse as “quatro linhas” assim

⁵⁷⁴ Sobre as noções de esfera de vigência temporal e espacial: cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 11-16.

⁵⁷⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 387 e 390.

definidas. Essa visão desconhece que não é apenas o preenchimento dessa moldura metafórica que dependeria de uma atividade interpretativa. Mais que isso, é também – e sobretudo – o próprio enquadramento, a devida definição dos limites da interpretação, que constitui uma atividade interpretativa. Nesse sentido, seria preciso concordar com a teoria da controvérsia de Dworkin, segundo a qual diferentes interpretações jurídicas em conflito envolvem, nas palavras de Macedo Junior, “divergências teóricas acerca do próprio significado do que é direito e estão radicadas em concepções rivais sobre o que é o direito”.⁵⁷⁶ Os processos de criação do direito estatal consistem em disputa pelo enquadramento e pelo preenchimento normativo, isto é, pela definição dos limites e, ao mesmo tempo, do conteúdo da decisão. E as margens de criatividade decisória que a teoria do direito frequentemente reconheceu como abertura do direito aos valores – seja sob uma perspectiva volitiva, como a de Kelsen, seja de um ângulo axiológico, como o de Dworkin, apenas para dar dois exemplos – entreabrem espaços que podem (e precisam) ser compreendidos como campos de atuação da juridicidade em suas mais variadas formas de expressão.

Dessa maneira, a juridicidade que se expressa na forma dos sistemas de disposições duráveis (SDD) e dos modelos de conduta e de comportamentos (MCC) orientam não apenas a pormenorização decisória do conteúdo de uma norma geral e impessoal (NGI), mas também a maneira pela qual são interpretados seus próprios limites: se mais estreitos, se mais amplos, se abrangem isso ou aquilo. A esse respeito, a metáfora da juridicidade como um grande *iceberg*, proposta por Le Roy,⁵⁷⁷ pode ser relida, quando aplicada à juridicidade ocidental, como se assumisse a forma do globo terrestre: enquanto as normas gerais e impessoais correspondem à crosta terrestre, à camada mais rígida, sua disposição no espaço é condicionada pelo movimento subjacente do manto, correspondente aos modelos de conduta e de comportamentos, e do núcleo, equivalente aos sistemas de disposições duráveis, que são muito mais fluidos e flexíveis.

⁵⁷⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, p. 187-188.

⁵⁷⁷ Cf. LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie “dynamique” du droit*, p. 201.

Ademais, não há como interpretar o sentido subjetivo de um ato de vontade como correspondente a um sentido normativo objetivo sem, antes, interpretar determinado fato e chegar à conclusão de que ele consiste em um ato de vontade. Essa é outra questão que precede e não se confunde com a questão da correspondência, ou não, do ato de vontade com o sentido de uma norma que transcende a subjetividade do agente. Se essa parece ser uma questão banal, que não seria digna de formulação em razão da autoevidência de sua resposta, talvez seja precisamente o motivo pelo qual ela mereça alguma reflexão, ao menos do ponto de vista antropológico. Lugares comuns irrefletidos frequentemente expressam mais idiosincrasias culturais do que expressões de uma verdade cuja evidência imediata dispensaria grandes explicações.

Assim, mesmo a decisão cujo método e resultado aparentam ser formalistas ou positivistas contém, no mínimo de forma implícita, uma orientação por sistemas de disposições duráveis ou modelos de conduta e de comportamento, mesmo que apenas para reiterar aqueles que prevalecem no meio forense, privilegiando as normas gerais e impessoais, e informam uma decisão que desconsidera a juridicidade própria de outros meios.

Se as afirmações anteriores podem parecer demasiado abstratas, há um exemplo bastante elucidativo das constatações desenvolvidas nas linhas *supra*: a situação prática que Kelsen apresentou a Ehrlich, com o intuito de criticar a concepção de direito vivo defendida pelo último autor contra concepções positivistas como a do primeiro:

Mas o que significam os fatos observados por Ehrlich? Será que o filho dessa família, na Bukowina, não está legitimado a dispor de seus bens? Será que o senhor professor Ehrlich, se fosse advogado ou juiz, responderia: estás juridicamente obrigado a aceitar que teus pais disponham dos teus rendimentos sem o teu consentimento? Eu não duvido que o senhor professor Ehrlich, como juiz ou advogado, ajudaria esse filho, com fundamento no código civil, a fazer triunfar o seu direito, inclusive na Bukowina!⁵⁷⁸

Como dito anteriormente, essa crítica aparenta ser uma das mais consistentes entre as que Kelsen formulou ao pensamento de Ehrlich. Entretanto, é nela mesma,

⁵⁷⁸ KELSEN, Hans. Uma fundamentação para a sociologia do direito, p. 813-814.

ironicamente, que as virtudes da perspectiva kelseniana encontram suas próprias limitações culturais. Ora, se Kelsen imagina que “o senhor professor Ehrlich, como juiz ou advogado”, aplicaria o Código Civil em detrimento do direito vivo local, é porque essa suposição já contém praticamente todos os pressupostos que orientam – de maneira quase irresistível – a aplicação do direito positivo em detrimento de outras formas de juridicidade. Não é por acaso que Kelsen não formula a questão sem antes predicar seu interlocutor com os atributos de “senhor professor”, “juiz” ou “advogado”. Como toda retórica provocativa, as palavras de Kelsen têm um sentido implícito. Ao enunciá-las, Kelsen, ainda que inconscientemente, faz um apelo às “regras” de um “jogo” muito particular: *Le jeu des lois*, que intitula a conhecida obra de Étienne Le Roy. Trata-se, afinal, do modelo de conduta e de comportamento (MCC) do jurista formado e, sobretudo, socializado por meio de sistemas de disposições duráveis (SDD) no contexto de um ensino jurídico e de uma prática profissional no qual a dogmática jurídica constitui o paradigma científico dominante. Mais curioso ainda é o fato de a ênfase retórica de Kelsen repousar muito mais sobre esse modelo exemplar do “bom jurista” do que na obrigatoriedade da própria norma que ele pretende defender.

Partindo do modelo de conduta que Kelsen atribui, de antemão, a Ehrlich, com tudo o que esse papel pressupõe, não seria surpreendente se Ehrlich respondesse exatamente o que Kelsen não duvidava ouvir: que aplicaria o Código Civil. Se a pergunta de Kelsen tem algo de antropológico ao questionar o que o próprio Ehrlich faria como imaginário julgador confrontado com o dilema entre aplicar o direito positivo ou os costumes locais, falta-lhe sensibilidade antropológica na exata medida em que ela erra o alvo. É evidente que o profissional formado (e, o que é mais importante ainda, socializado) no contexto de um ensino jurídico em que a dogmática jurídica é o paradigma dominante preferirá a aplicação do direito positivo à menor cogitação do que as práticas autóctones teriam a sugerir. Caso dirigisse o questionamento ao habitante da Bukowina, e não ao professor-juiz-advogado-Ehrlich, Kelsen provavelmente obteria uma resposta completamente diferente da que sugere sua pergunta retórica. Talvez ele se surpreendesse ainda mais se ouvisse seu hipotético julgador autóctone dizer que preferiria negociar uma

solução entre pai e filho do que impor uma solução a um ou outro, qualquer que seja, com base em alguma norma exógena à relação entre ambos.

Portanto, sob a perspectiva da teoria pura do direito, os sistemas de disposições duráveis e os modelos de conduta e de comportamento adquirem, no máximo, um estatuto ancilar, na medida em que são instrumentalizados para a legitimação e a constituição da eficácia de sistemas de normas gerais e impessoais com ampla escala espacial. Por mais que, realmente, a juridicidade praticada nos países ocidentais privilegie um perfil normativo de regulação social, uma teoria como essa bloqueia qualquer possibilidade de outros fundamentos da juridicidade, para além das normas gerais e impessoais, assumirem um estatuto regulatório próprio. É por essa razão que, nos quadros de uma teoria pura do direito, a interpretação jurídica apenas pode figurar como um grande mistério quando confrontada com a relativa indeterminação semântica das normas jurídicas positivas, deixando de perceber como os *habitus*, sobretudo, invertem a situação e instrumentalizam o discurso normativo com o propósito de alcançar uma solução concreta para o problema decisório. Nesses espaços, reduzidos, certamente, mas não inexistentes, outros aspectos da juridicidade assumem o controle, orientando decisões de maneira oculta para qualquer visão purista do direito positivo em sua normatividade.

5.3 Teoria e pureza: a síntese de uma culturalidade jurídica

As escolhas metodológicas que guiaram o desenvolvimento da teoria pura do direito certamente afiguram-se iam arbitrárias caso não fossem analisadas à luz do contexto social que lhes confere um sentido presente, embora não explicitado, pelo seu autor. Alvejando uma certa carência de fundamentação filosófica da teoria pura do direito, por exemplo, a crítica de Stanley Paulsen, endossada por Dhananjai Shivakumar, sublinha que, embora Hans Kelsen pretenda, kantianamente, fundamentar as condições necessárias para a cognição do direito, sua teoria “não demonstra que a única forma de entender a validade do direito seja através da categoria de imputação como ele a apresenta”, tampouco “justifica a definição de direito de Kelsen como normas condicionadoras de

sanções”.⁵⁷⁹ Em outras palavras, a teoria pura do direito não explicaria por que a concepção de direito como “ordem normativa coercitiva válida sob o pressuposto da norma fundamental” seria a única correta,⁵⁸⁰ na medida em que não refuta a possibilidade de alternativas, como a fundamentação da validade jurídica em uma concepção moral ou de justiça compartilhada pelos cidadãos ou pelos juristas.

Realmente, alternativas como essas poderiam ser encontradas não apenas nas clássicas teorias do direito natural, mas mesmo em autores contemporâneos que, embora se distanciem mais ou menos da perspectiva de Kelsen, também são refratários ao jusnaturalismo. Hart, por exemplo, admite que a regra de reconhecimento – que, para ele, é um fato, e não uma norma – *pode* assumir um caráter moral, embora entenda que isso não é necessário para a aceitação dela como tal.⁵⁸¹ Já Dworkin, compreendendo que a moral é o aspecto central do direito, e não meramente contingente, confere um peso moral à lei estatutária, mesmo considerando que ele possa – e, em determinados casos, deva – ser relativizado pelo peso de outras argumentações de caráter moral.⁵⁸² Embora seja precisamente isso o que Kelsen critique nas teorias do direito natural, sua teoria, de fato, contenta-se com a *pressuposição* de uma concepção da validade jurídica procedimental e

⁵⁷⁹ SHIVAKUMAR, Dhananjai. The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology, p. 1393-1394. Tradução livre.

⁵⁸⁰ Shivakumar insiste em que Kelsen pretende apresentar a teoria pura do direito como a única correta sobre o direito (cf. SHIVAKUMAR, Dhananjai. The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology). De outro lado, Kelsen por vezes atenua tamanhas aspirações, dizendo que a teoria pura do direito não excluiria a existência e nem a possibilidade de se realizar uma avaliação moral do direito positivo (KELSEN, Hans. *O problema da justiça*, p. 70). Contudo, ao acrescentar que ela sempre considerará quaisquer valores de análise como relativos, ele deixa subentendido que tais concepções, no mínimo, não poderiam ser consideradas corretas do ponto de vista científico, ao contrário, obviamente, da teoria pura do direito. Na *Teoria pura do direito*, Kelsen chega mesmo a dizer que delimitar o conhecimento do direito em face de outras disciplinas, como a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política seria reconhecer os limites “que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 1-2). Em outras palavras, Kelsen parece subentender que avaliar moralmente o direito positivo seria insistir em desconhecê-lo cientificamente, o que corrobora a interpretação de Shivakumar. Outro exemplo de como Kelsen por vezes defendeu um absolutismo teórico incongruente com o seu relativismo epistemológico consiste no modo com que ele criticou a sociologia do direito de Weber, considerando não apenas que ela partiria de um conceito equivocado ou inapropriado do direito, como falharia em reconhecer que toda sociologia do direito dependeria do conceito de direito fornecido pela ciência do direito para definir o seu objeto (cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*, p. 229-230; BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber, p. 69-70; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 253-258).

⁵⁸¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, p. 140-14 e 323-324.

⁵⁸² “O direito tem uma fonte social e também uma fonte moral, de natureza argumentativa, enraizada nas disputas morais” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, p. 192).

de sua concepção de norma jurídica sancionadora como as únicas corretas. À primeira vista, isso expõe a teoria kelseniana à crítica de Shivakumar segundo a qual “Kelsen meramente conecta ‘pressuposições’ – na realidade, descrições unilaterais – em uma ordem coerente e sistemática, em vez de conduzir suas pressuposições a partir de um fato inquestionável sobre a cognição jurídica”.⁵⁸³

É com base nesse suposto déficit de fundamentação da teoria pura do direito que Shivakumar propõe uma defesa da teoria pura do direito mediante a substituição de sua pretensa fundamentação (neo)kantiana por uma fundamentação baseada na conceituação weberiana de tipos puros ideais. Em síntese, ele defende que a teoria pura do direito de Kelsen pode superar muitas das críticas que lhe foram endereçadas, sem que para isso seja necessário alterá-la significativamente, contanto que seja compreendida como um tipo puro ideal dos sistemas jurídicos modernos, e, assim, como uma construção conceitual que, em vez de pretender exaurir a realidade sociojurídica, como se pudesse apresentar a única visão correta sobre o direito, apenas sobreleva um aspecto particular dela.⁵⁸⁴

Contudo, é preciso reconhecer que tanto a concepção estática de norma jurídica quanto a concepção dinâmica de validade jurídica são deduzidas, por sua vez, de um positivismo metodológico praticamente onipresente em sua teoria pura do direito. Se as teses que compõem essa estratégia metodológica não são, em si mesmas, fundamentadas como condições necessárias do conhecimento do direito, mas apenas pressupostas como tal, isso evidencia somente que o compromisso de Kelsen com a filosofia kantiana não é tão rigoroso quanto Paulson e Shivakumar pressupõem.⁵⁸⁵ Muito embora a filosofia kantiana certamente tenha servido de inspiração para argumentos cruciais à teoria pura do

⁵⁸³ SHIVAKUMAR, Dhananjai. The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology, p. 1396.

⁵⁸⁴ Cf. SHIVAKUMAR, Dhananjai. The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology.

⁵⁸⁵ Embora a função gnosiológica da norma fundamental seja, provavelmente, a inspiração kantiana mais popularizada da teoria pura do direito, outros traços da fundamentação filosófica dessa teoria, muito mais profundos, decorrem justamente de certo distanciamento que Kelsen mantém conscientemente com relação à perspectiva de Kant. Esse é o caso, por exemplo, da rejeição de Kelsen ao conceito kantiano de razão prática por considerar que ele misturaria duas faculdades inconfundíveis, a razão e a vontade. Cf. KELSEN, Hans. *O problema da justiça*, p. 89-94. Ao limitar a razão à função de conhecimento e rejeitar a função legisladora que Kant lhe atribuiu, Kelsen encontra outra forma de sustentar que normas são necessariamente funções de atos de vontade. E essa, por sua vez, é apenas mais forma de a teoria pura do direito afirmar o seu caráter positivista.

direito, as críticas de Paulson e Shivakumar desconsideram que o principal compromisso metodológico de Kelsen, por mais influenciado que seja por ideias extraídas ou derivadas da filosofia kantiana, parece ser muito mais com o seu positivismo jurídico do que com a obra de Immanuel Kant.⁵⁸⁶⁻⁵⁸⁷ É justamente a partir desse programa metodológico, afinal, que Kelsen desenvolve sua concepção do direito como uma espécie de ordem normativa e coativa válida sob o pressuposto da norma fundamental.

Mais importante do que observar o quanto Kelsen teria falhado em entregar os resultados prometidos pela sua influência kantiana, é necessário, assim, questionar o porquê de esse autor ter assumido um compromisso tão ferrenho com seu programa metodológico positivista. Foi justamente o que se pretendeu responder no Capítulo 3 deste trabalho, mediante a exposição das pertinências que a metodologia da teoria pura do direito mantém com as especificidades culturais da sociedade ocidental moderna e, especialmente, com o contexto da Áustria-Hungria vivido por Kelsen entre o final do século XIX e o início do século XX. Por outro lado, como observado no Capítulo 4, as limitações conceituais da modernidade implicam, por sua vez, limitações na pertinência do positivismo jurídico e, conseqüentemente, da teoria pura do direito que Kelsen formula a partir dessa metodologia.

⁵⁸⁶ Na seguinte passagem de sua Autobiografia, o próprio Kelsen, comentando sua experiência durante a graduação na Universidade de Viena, parece reconhecer a precedência da sua visão positivista sobre o direito com relação à roupagem neokantiana que lhe foi atribuída em parte da sua trajetória teórica: “Enquanto eu ainda estava trabalhando sobre a teoria do Estado de Dante Alighieri, começaram a interessar-me cada vez mais problemas da teoria do direito, como os da pessoa jurídica, do direito subjetivo e especialmente do conceito de norma jurídica. O que chamou minha atenção na exposição tradicional desses problemas foi a total falta de exatidão e fundamentação sistemática e, sobretudo, uma tremenda confusão dos questionamentos, a confusão permanente entre o que é o direito positivo e o que o direito deveria ser – seja qual for o ponto de vista valorativo – e a diluição da fronteira entre a questão de como os sujeitos deveriam se comportar segundo o direito positivo e a questão de como eles efetivamente se comportam. A separação nítida entre uma teoria do direito positivo e a ética, de um lado, e a sociologia, do outro, me parecia urgentemente necessária. Mais tarde, quando tomei conhecimento dos escritos de Hermann Cohen, ficou claro para mim que a ‘pureza do método’ era o objetivo ao qual eu tendia, mais instintivamente que por meio de reflexão sistemática” (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*, p. 42-43).

⁵⁸⁷ O fato de Kelsen ter abandonado as alusões à filosofia kantiana em sua *Teoria geral das normas*, entendido por Shivakumar como possível reconhecimento de uma falha de fundamentação da sua teoria até então, encontra uma explicação mais consistente na interpretação de Dias, segundo a qual essa escolha decorreria de certas incompatibilidades com o postulado da positividade do direito que guia a sua teoria. Mais uma vez, portanto, o compromisso de Kelsen com seu programa metodológico positivista aparenta ser muito maior do que com a sua inspiração em determinados elementos da epistemologia kantiana (cf. SHIVAKUMAR, Dhananjai. *The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology*, p. 1395; DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*, p. 295-307).

De toda forma, Shivakumar tem razão ao reconhecer que a apreensão da teoria pura do direito como um tipo puro ideal, como ele defende, libera-a da necessidade de fundamentar sua concepção estática e dinâmica do direito como a única possível diante de determinadas condições de cognoscibilidade, bem como a deixa menos exposta a críticas que lhe opõe a falta de fundamentação dessa questão. Logo, a culturalidade da teoria pura do direito, desenvolvida no Capítulo 3 *supra*, justifica consideração dessa teoria como um tipo ideal do contexto social com o qual seu programa metodológico mantém pertinência, isto é, o da modernidade ocidental.⁵⁸⁸ Essa modulação de sua teoria, menos para uma representação universal do direito, e mais para uma representação típico-ideal do direito, não parece ser completamente estranha às ideias de Kelsen. Com efeito, no artigo intitulado “The law as specific social technique”, após analisar o que ele mesmo qualifica como diferentes tipos ideais de ordens sociais, ele inclui entre eles sua concepção de direito como ordem coativa, na qual reconhece a virtude de permitir contrastá-la nitidamente com outros tipos de ordens sociais.⁵⁸⁹ Isso porque a construção de modelos que possibilitam apreender os contrastes de diferentes fenômenos sociais naquilo que eles têm de mais originais ou específicos é, precisamente, a grande virtude heurística da concepção de tipos ideais proposta por Max Weber e que, compreendida nesses termos, a teoria pura do direito de Hans Kelsen poderia assumir para si.

Com essas observações, as críticas de Kelsen ao conceito sociológico de direito de Weber mereceriam certo deslocamento. Por um lado, Kelsen tem razão ao criticar o modo pelo qual Weber define o objeto da sociologia do direito como a “conduta humana

⁵⁸⁸ Implicitamente, Dhananjai Shivakumar (The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology, p. 1408) reconhece, de passagem, a pertinência que o presente trabalho fundamenta existir entre a teoria pura do direito e a modernidade social, bem como suas limitações: “Both Kelsen’s sanction-based definition of legal norms and his procedure-oriented notion of validity present one-sided analyses; this one-sidedness accentuates elements of modern societies about which their members probably care deeply. Like other effective ideal types, these models help us understand significant aspects of the functioning of modern states, but do not provide a comprehensive picture” (SHIVAKUMAR, Dhananjai. The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology, p. 1408).

⁵⁸⁹ “According to the manner in which the socially desired behavior is brought about, various types of social orders can be distinguished. These types – it is ideal types that are to be presented here – are characterized by the specific motivation resorted to by the order to induce individuals to behave as desired [...] While recognizing law as the specific social technique of the coercive order, we can contrast it sharply with other social orders which pursue in part the same purposes as the law, but by quite different means” (KELSEN, Hans. The law as a specific social technique, p. 75 e 79-80).

orientada ao ordenamento jurídico considerado por ela enquanto válido”, porque tornaria extremamente volátil o conceito do direito pela sua dependência de uma elevada carga de subjetividade individual.⁵⁹⁰ Por outro lado, se Kelsen acerta no diagnóstico do problema, a solução proposta por ele tampouco parece adequada, pois substituir um conceito individual de direito pelo conceito teórico implicaria recair no extremo oposto, substituindo a pura indeterminação pela absoluta (e arbitrária) determinação. Caso a sociologia definisse seu objeto como uma ordem normativa e coativa globalmente eficaz, como Kelsen evidentemente pretendeu, a disciplina evidentemente seria refém de um insuperável etnocentrismo, na medida em que essa concepção de direito não seria, de modo algum, generalizável para toda e qualquer configuração social. Se algo foi elucidado pela perspectiva antropológica adotada neste trabalho, é que o direito e a juridicidade não poderiam ser delimitados quer pela consciência ou vontade individual, quer muito menos por uma racionalidade puramente teórica. Como fenômenos culturais, tanto direito e quanto juridicidade somente adquirem sentido objetivo na intersubjetividade que revela a intencionalidade sociológica fundamental de determinada socialidade. Se essa concepção destoa dos *Conceitos sociológicos fundamentais* propostos por Weber, ela não deixa de ser compatível com a *Sociologia do direito* efetivamente praticada por esse autor, na qual o individualismo metodológico proposto nos capítulos iniciais de *Economia e sociedade* é imperceptível, senão existente, na medida em que dá lugar a uma vasta análise de fontes históricas em uma atividade que, na realidade, parece muito mais movida pela tentativa de apreensão da culturalidade do fenômeno jurídico em sua diacronia de larga escala do que na investigação direta das orientações subjetivas e individuais da ação social.

Desse modo, enquanto a modernidade ocidental confere sentido a determinadas escolhas metodológicas que Hans Kelsen imprimiu à sua teoria do direito, a incapacidade de qualquer concepção de modernidade exaurir a complexidade social, que naturalmente decorre de seu caráter típico ideal, esclarece as inevitáveis limitações do projeto teórico kelseniano. Assim, à questão das condições de pertinência social da teoria pura do direito

⁵⁹⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*, p. 229-230; BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber, p. 69-70; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 253-258.

acresce, logicamente, uma questão sobre as condições de sua impertinência. Esse tema, por seu turno, foi objeto do Capítulo 4, dedicado à análise dos desafios impostos à teoria kelseniana pela complexidade de sociedades caracterizadas pela transmodernidade na acepção que Étienne Le Roy conferiu a esse conceito.

Essas observações remetem a um argumento comumente utilizado por defensores da teoria pura do direito para responder às críticas feitas à artificialidade de uma perspectiva teórica orientada pela pureza: Kelsen nunca propôs uma teoria do “direito puro”, pois a “pureza”, como enfatizam seus defensores, é o predicado da perspectiva teórica, e não do direito como seu objeto.⁵⁹¹ A bem da verdade, a questão é mais ambígua do que parece, pois ora o autor colocou a ênfase da pureza na teoria, fazendo jus ao título de sua obra, ora deslocou essa ênfase para seu objeto.⁵⁹² Por um lado, seria possível defendê-lo dessa crítica ressaltando que o objeto da teoria pura do direito consistiria em um constructo teórico que não se confundiria com a coisa objetificada em si mesma. Portanto, o direito somente seria passível de um conhecimento objetivo sob a condição de que ele seja construído como *objeto* teórico purificado e coerente, uma vez que o direito *em si* mesmo conteria atributos altamente variáveis e subjetivos, como a moral, que impediriam um conhecimento objetivo de sua totalidade. De fato, por mais que a teoria pura do direito proponha uma representação global do sistema jurídico purificada de elementos que considera exógenos, ela não hesita em reconhecer o papel inevitável que a moral exerce orientando a atividade interpretativa e ao mesmo tempo criadora do direito, embora rejeite a atribuição de objetividade jurídica a tal processo.⁵⁹³ Por outro lado, uma crítica mais consequente pode ser feita apontando o caráter inevitavelmente arbitrário de

⁵⁹¹ LOSANO, Mario G. Introdução. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. XVI.

⁵⁹² “Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas [a moral, a ciência natural, a política etc.], fá-lo não por ignorar, ou muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 2).

⁵⁹³ A esse propósito, Fernando Leal ressalta que muitos críticos de Kelsen rotulam a teoria pura do direito como “formalista” em dois sentidos que são indevidamente confundidos, como se um fosse consequência lógica e automática do outro: primeiro, como sinônimo da pureza pretendida metodologicamente; segundo, como uma defesa intransigente de uma interpretação mecanicista do direito positivo. Entretanto, como ressalta Leal, a teoria pura do direito não poderia ser considerada como formalista no segundo sentido (cf. LEAL, Fernando. *O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil*, p. 253-258).

toda pureza teórica, como a defendida por Kelsen, que se julga capaz de separar, *a priori*, os atributos essenciais ao direito, que designariam sua pureza, dos atributos contingentes, que qualificariam sua impureza. Enquanto para alguns pontos de vista culturais a normatividade e a positividade podem, realmente, pertencer à categoria de atributos essenciais ao direito, para outros podem figurar justamente como atributos secundários, como bem mostram as diferentes montagens da juridicidade ilustradas por Le Roy. A esse respeito, Viveiros de Castro observa bem as limitações da separação entre *ser* e *dever ser*, informadora da concepção kelseniana de normatividade, embora remeta seu diagnóstico ao possível caráter ilusório ou superado da modernidade:

Cresce a convicção de que o Ocidente abandonou seu período moderno, fundado na separação absoluta entre o domínio dos fatos e o domínio dos valores – separação que permitia atribuir, por um lado, transcendência objetiva ao mundo natural e imanência subjetiva ao mundo social, e, por outro lado, instrumentalidade passiva aos objetivos e agência coercitiva aos valores. Resta ver se ingressamos (e este “nós” inclui todas as sociedades do planeta) em uma fase pós-moderna onde não mais funciona tal separação, ou se, ao contrário do que supõe a cosmologia do Grande Divisor que tornou possível a antropologia, jamais fomos modernos, exceto na imaginação de alguns ideólogos.⁵⁹⁴

Com efeito: nem uma coisa nem outra. Na realidade, pode até ser que determinadas formas de socialidade tenham cada vez mais superado as categorias de pensamento típicas daquilo que se convencionou chamar de modernidade, mas nem por isso esse fenômeno poderia ser generalizado de maneira automática, nem interpretado, retrospectiva e anacronicamente, como uma ilusão puramente ideológica. Tampouco a presença da chamada pós-modernidade em determinados espaços é, por si só, capaz de anular a modernidade ou a pré-modernidade atuante em outros ou, quem sabe, naqueles mesmos espaços. Nessa perspectiva, que é a da transmodernidade, não há nenhuma razão *a priori* para suspeitar que uma forma específica de socialidade seja superada ou ilusória pela simples existência de novas formas de socialidade que eventualmente ocupem seu lugar.

⁵⁹⁴ VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *A inconstância da alma selvagem: e outros ensaios de antropologia*, p. 273.

Enfim, à medida que a teoria pura do direito – à semelhança da modernidade, do Estado e do próprio direito – é interpretada como tipo ideal, e não como tipo real do que pretende representar, é possível preservar a ênfase em sua pureza e, ao mesmo tempo, conter seu deslocamento para o direito como tal. Enquanto tipo puro ideal, ou, complementarmente, como uma forma de se jogar *le jeu des lois*, a teoria pura do direito constitui um modelo bastante útil, com outros modelos, para se observarem sociedades e sistemas jurídicos particulares e apreender, pela via comparativa, suas originalidades culturais e suas mudanças históricas. A obra de Kelsen pode figurar, portanto, como *um* importante parâmetro, *entre muitos outros*, para as análises empreendidas por disciplinas tão variadas quanto a sociologia jurídica, a antropologia jurídica, a teoria do direito e a filosofia do direito. Sem dúvida, uma dessas possibilidades é indicada por Shivakumar, quando sublinha como a teoria pura do direito, uma vez considerada como tipo ideal, pode contribuir com a própria sociologia compreensiva weberiana para elucidar a orientação de determinados agentes em suas ações sociais relacionadas ao direito.⁵⁹⁵

Apesar dessas virtualidades, a compreensão da teoria pura do direito como um modelo típico ideal da regulação jurídica ocidental moderna significa impor-lhe uma série de limitações que não foram pretendidas pelo seu autor. Ao apresentar a teoria pura do direito como uma “teoria geral do direito” capaz de responder à própria questão sobre *o que é o direito*,⁵⁹⁶ Kelsen assumiu uma proposta muito mais pretensiosa do que a “simples” conceituação de determinado perfil de direito que sobreleve seus traços típicos – tarefa esta que, diga-se de passagem, já seria suficientemente complexa por si só. Assim, reconhecer a teoria pura do direito como uma conceituação típico-ideal da regulação jurídica significa, sem dúvida, rejeitar sua aspiração à constituição de uma “teoria geral do

⁵⁹⁵ SHIVAKUMAR, Dhananjai. The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology, p. 1405-1406.

⁵⁹⁶ Quanto às pretensões de generalidade de sua teoria, Kelsen afirma: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 1). No mesmo sentido, também diz ele: “A atitude da Teoria Pura do Direito é, inversamente, uma atitude inteiramente objetivista-universalista. Ela dirige-se fundamentalmente ao todo do Direito na sua objetiva validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico. Nesse sentido, é uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito” (Ibidem, p. 213).

direito” e lhe atribuir um estatuto muito mais modesto, mas com a vantagem de lhe restituir certa importância heurística que frequentemente foi ignorada pelas críticas mais generalizadas, sem que seja necessária qualquer alteração das proposições essenciais dessa teoria, a exemplo das visões estática e dinâmica do direito.⁵⁹⁷

Portanto, se, por um lado, as virtualidades dos tipos ideais revelam o potencial heurístico da teoria pura do direito como representação característica da regulação jurídica ocidental moderna, por outro lado, as limitações intrínsecas desses modelos teóricos permitem apreender as limitações culturais dessa teoria, na medida em que os conceitos de direito e modernidade, não podendo exaurir a complexidade social e jurídica, deixam de apreender todas as suas especificidades concretas ao sobrelevarem unilateralmente determinados aspectos dessa realidade social.⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ Pelas mesmas razões, ao analisar a possibilidade de apreender a teoria kelseniana como tipo puro ideal, Shivakumar conclui: “Although a translation of the pure theory into a Weberian ideal type need not compromise the purity of Kelsen’s basic substantive models, it does require Kelsen’s theory to dispense with the claim that it represents the one correct, universally applicable, noncausal account of law” (SHIVAKUMAR, Dhananjai. *The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology*, p. 1406).

⁵⁹⁸ Mesmo a chamada “modernidade” precisaria ser analisada com cautela, para evitar que processos originais de modernização, como os experimentados por países ocidentais do Sul, sejam implicitamente avaliados, de maneira eurocêntrica, em contraste com o padrão de modernização experimentado pelos países da Europa ocidental ou mesmo da América anglo-saxônica. A respeito da ideia de modernidade seletiva, que pretende captar a heterogeneidade da modernidade a partir da variedade das formas de acessá-la, ver, por exemplo: cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. Portanto, a teoria pura do direito não apenas perde pertinência quando confrontada com contextos sociais distantes da modernidade, mas a própria modernidade que garantiu sua pertinência sociológica não exclui outras variantes de pertinência, em conformidade com outras vias de acesso da juridicidade à modernidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou que a principal limitação da teoria pura do direito consiste no fato de ela pressupor um tipo de ligação entre política e juridicidade que é particular à cultura ocidental moderna. Se, como defende Clastres, o poder não se reduz às relações de comando e obediência, que consistem em sua forma preponderantemente ocidental de expressão, o mesmo pode ser dito de um tipo especial de regulação jurídica, como o direito ocidental, cuja normatividade, segundo Kelsen, pressupõe necessariamente determinados atos de vontade dirigidos a terceiros. Mas não é só: como a modernidade não exaure a riqueza cultural da sociedade ocidental, essa teoria também encontra limitações no próprio contexto empírico-social no qual se enraizou mais diretamente. Sua pretensa generalidade para além de tais limites se depara, portanto, com o obstáculo epistemológico do etnocentrismo. É o que sinaliza a heterogeneidade constitutiva da sociedade contemporânea, que ganhou expressão conceitual naquilo que Étienne Le Roy designou de transmodernidade, uma perspectiva que conjuga modos de pensar classificados como pré-modernos, modernos e pós-modernos e está presente não só nas sociedades egressas da dominação colonial, mas no próprio Ocidente. Assim, a modernidade pode ser pensada como uma importante descrição de caráter típico-ideal que, entretanto, não exaure a complexidade constitutiva da sociedade contemporânea, mesmo no mundo ocidental – razão principal das limitações da teoria kelseniana. Pode-se compreender, portanto, o conceito kelseniano de direito como uma construção teórica que, da mesma maneira, não exaure a complexidade constitutiva da juridicidade, seja no Ocidente ou em outras tradições culturais, embora mantenha grande pertinência com o contexto tipicamente moderno.⁵⁹⁹

⁵⁹⁹ Embora essa hipótese não seja totalmente estranha aos antropólogos e mesmo aos juristas, a originalidade do trabalho aqui proposto consiste na metodologia adotada para testá-la: em vez de simplesmente confrontar a teoria pura do direito com a experiência de outras culturas jurídicas, parece que assumir como premissa que o etnocentrismo consiste num obstáculo epistemológico implica que o objeto de análise, mesmo que pertencente à tradição cultural Ocidental moderna, deva ser compreendido de acordo com seu próprio sistema de referências, antes que suas limitações possam ser descritas de maneira consequente.

Certamente, a transmodernidade é cada vez mais presente na sociedade ocidental contemporânea, na medida em que se retroalimenta de alterações teóricas e conceituais que são relativamente recentes no campo das ciências sociais. Contudo, embora a noção de transmodernidade não estivesse disponível ao patrimônio conceitual na época em que a teoria pura do direito foi formulada, mesmo as estruturas sociais complexas que, mais tarde, viriam a ser conceituadas dessa forma não eram exatamente uma novidade. Se determinados fenômenos associáveis à transmodernidade são ulteriores a essa teoria, principalmente aqueles classificáveis como pós-modernos e que repercutem em escala mundial, a regulação social inspirada por uma ordem imposta conviveu durante séculos, senão milênios, mesmo nos países europeus ocidentais, com formas de regulação que, apenas nos cinco últimos séculos, com a formação dos Estados nacionais, começaram a entrar em uma rota de colisão mais violenta.⁶⁰⁰

Diante desse cenário, em que a modernidade não exaure a diversidade cultural que é constitutiva da própria sociedade, a teoria pura do direito encontra uma pertinência limitada aos contextos marcados pela desmagificação, pela secularização e pela conflituosidade irreduzível de valores. Por mais que esses três pontos de vista orientem o funcionamento deliberado de organizações ocidentais de maior escala, como a administração pública, os tribunais, os parlamentos e as grandes empresas, nos quais as normas gerais e impessoais adquirem um papel privilegiado na regulação qualificável como jurídica, existem certamente outros pontos de vista partindo de organizações de menor escala, como as famílias, as comunidades religiosas, as escolas, as associações privadas, as vizinhanças, as favelas, os movimentos sociais, as comunidades indígenas, as pequenas empresas etc., que permitem a outros fundamentos da juridicidade, como os sistemas de disposições duráveis e os modelos de condutas e comportamentos, a aquisição de um estatuto regulatório próprio. Outrossim, a perspectiva da transmodernidade convida a pensar o quanto os hábitos e os costumes de formações sociais de menor escala,

⁶⁰⁰ Hespanha enfatiza a coexistência de uma série de “direitos” na Europa medieval: o direito comum, oriundo da reinterpretação do direito romano; o direito canônico; os direitos próprios, que reuniam os direitos dos reinos, os estatutos das cidades, os costumes locais e os privilégios territoriais ou corporativos; os direitos marginalizados dos chamados rústicos, hereges e selvagens etc. (cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, p. 148-159).

presentes tanto dentro quanto fora daquelas organizações de maior alcance, podem servir como pilar de sustentação para a efetividade das normas gerais e impessoais, lembrando aqui a metáfora do tripé que, para Le Roy, seria característica da juridicidade.

Assim, embora mantenha certa pertinência⁶⁰¹ com o contexto social da modernidade, a pretensa generalidade da teoria pura do direito encontra limites para além desse quadro, ou seja, naquelas sociedades recorrentemente rotuladas por essa mesma perspectiva como “primitivas”, mas também, em alguma medida, na própria sociedade ocidental. Portanto, não seriam totalmente procedentes os argumentos de Tamanaha e Benda-Beckman aludidos na *Introdução*, segundo os quais o positivismo jurídico não extrapolaria seu contexto social mais imediato e, portanto, não seria conceitualmente ameaçado pelas teorias do pluralismo jurídico. Entretanto, como teorias não caminham para além de seus limites por força própria, se cabe uma crítica à desconsideração de tais limites, ela deve ser reputada não apenas a Hans Kelsen, mas também aos terceiros que a mobilizam, total ou parcialmente, para fins decisórios. A conscientização acerca das limitações dessa teoria é, portanto, assunto que concerne diretamente aos juristas.

Em um artigo intitulado “Juristas fora da curva”, José Eduardo Faria traçou o perfil de três juristas brasileiros do século XX – Orlando Gomes, Santiago Dantas e Raymundo Faoro –, cujos pensamentos, conquanto não coincidentes, tinham em comum certa heterodoxia caracterizada, primeiro, pelo afastamento da combinação entre o positivismo normativista e um ecletismo vulgar que vinha predominando no pensamento jurídico brasileiro, e, segundo, pelo esforço de pensar o direito no contexto mais amplo das circunstâncias e das transformações sociais de sua época. O principal diagnóstico tirado pelo autor dessa análise é o quanto o ensino jurídico brasileiro continuou, por um lado, destoando da sensibilidade sociológica e interdisciplinar que aqueles três juristas manifestaram entre as décadas de 1950 e 1970 e, por outro, reproduzindo acriticamente um “positivismo mais ideológico do que metodológico” nas décadas seguintes, responsável pela sua incapacidade de responder aos desafios colocados pela desvinculação

⁶⁰¹ Sobre o conceito de “garantias de pertinência”: cf. GUIBENTIF, Pierre. Teorias sociológicas comparadas e aplicadas: Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao direito, p. 94-95.

entre jurisdição e território, entre Estado e política, e pelo policentrismo decisório, entre tantos outros problemas contemporâneos.⁶⁰²

Aproveitando-se aqui da mesma metáfora, os desafios apresentados pela transmodernidade não recomendam a eliminação das curvas, ou seja, os caminhos pavimentados pelo positivismo jurídico kelseniano, mas principalmente a formação de novos juristas capazes de percorrer outros caminhos abertos pela culturalidade multifacetada do próprio Ocidente e de outras tradições culturais. Por essas razões, foi possível destacar, em outra oportunidade, como a tipicidade ideal do direito como sistema de normas gerais e impessoais, apesar de sua inegável utilidade para determinados propósitos teóricos, não é diretamente transponível para o âmbito da atividade cotidiana desenvolvida pelos juristas práticos (advogados, juízes, promotores de justiça, defensores públicos etc.), pois nesse plano a juridicidade não se reduz à dimensão normativa e política que é privilegiada pela perspectiva da teoria pura do direito:

Enquanto no âmbito exclusivamente teórico é possível, por assim dizer, “purificar” a abordagem do direito, separando-o analiticamente da moral e de outros fenômenos de regulação social, no cotidiano das práticas sociais essa separação rígida é impossível ou, no mínimo, ilusória. Se do ponto de vista teórico-jurídico, adotado por Kelsen, assim como do sociológico, adotado por Luhmann, é possível circunscrever a análise ao contexto ocidental moderno, dificilmente o mesmo tipo de seleção pode ser realizado sob uma perspectiva dogmática que lida com a decidibilidade de conflitos. Ao enfrentarem casos concretos, tanto os juristas quanto as partes interessadas estão inseridos numa profunda trama, em meio à qual focar o direito de maneira pura seria, aludindo novamente à metáfora de Le Roy, explicitada por Villas Bôas Filho, levar em consideração apenas a superfície do *iceberg* da juridicidade, ignorando completamente o que está na linha de flutuação, sem contar o imenso volume submerso.

Todo operador do direito é – readaptando uma expressão luhmanniana – um operador do direito na sociedade. Mas se é na sociedade que modernidade e tradição se avizinham, quando não se entrelaçam, então, mais que isso, o operador do direito é também um operador da juridicidade. E, finalmente, como foi possível constatar ao longo desta tese, as variadas formas de concreção da juridicidade, atravessadas por contextos políticos e visões de mundo díspares, frequentemente requerem mecanismos que não se reduzem à dimensão normativa.⁶⁰³

⁶⁰² FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Bau de ossos de um sociólogo do direito*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 73-74 e 109-110.

⁶⁰³ ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito, p. 766-767.

Na medida em que têm uma eficácia social, teorias não são simples produtos intelectuais que se delimitam formalmente daquilo que designam como objeto: elas moldam formas de pensar, de se comportar e de agir, tanto com relação ao que designam como objeto quanto no tocante ao que excluem como tal. Como diria Viveiros de Castro: “[s]abemos, entretanto, e isto é uma lição da própria antropologia, que concepções imaginárias (mas todas o são) produzem efeitos reais (e todos o são)”.⁶⁰⁴ Diante da relação de sentido que a teoria pura do direito mantém com aquilo que se convencionou chamar de sociedade moderna, não se poderia reputá-la como uma concepção *completamente* imaginária da juridicidade. No entanto, naquilo em que a teoria pura do direito, como todo tipo ideal, sobreleva determinados aspectos da juridicidade em detrimento de outros, ela apresenta um considerável grau de imaginação que produz, como seu efeito real, uma concepção do direito que orienta a conduta daqueles que geralmente entram em contato direto ou indireto com essa obra: os juristas.

Portanto, lidando não apenas como simples observadores passivos, mas como agentes ativos e performativos inseridos em uma realidade sociojurídica complexa, plural e multifacetada, os operadores do direito dificilmente teriam seus ofícios bem assistidos exclusivamente à base de teorias que, à maneira dos tipos puros ideais, superestimam unilateralmente um ou alguns traços da realidade para melhor apreenderem sua originalidade em termos conceituais. Provavelmente essa é uma – senão a principal – razão do tão aludido distanciamento entre o direito ensinado nas universidades brasileiras e os desafios cada vez mais exigentes que os profissionais formados em direito enfrentam cotidianamente em sua prática.⁶⁰⁵ Nesse sentido, as limitações teóricas dos tipos ideais, que mantêm clara homologia com as limitações socioculturais da teoria pura do direito, desaconselham o emprego dessa teoria como parâmetro exclusivo ou preponderante para a

⁶⁰⁴ VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *A inconstância da alma selvagem: e outros ensaios de antropologia*, p. 273.

⁶⁰⁵ Essa insatisfação pode ser sintetizada na indagação inquietante, que permanece atual, de José Eduardo Campos de Oliveira Faria e Celso Fernandes Campilongo: “Num contexto como esse, portanto, qual é de fato a utilidade de um ensino jurídico de natureza exclusivamente lógico-formal? Em outras palavras, para que serve uma requintada formação de caráter dogmático se a eficiência do profissional do direito, ao longo da última década, como vimos, passou a exigir uma intrincada combinação do conhecimento técnico da legislação com a sensibilidade político-social?” (*A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 24).

orientação de atividades práticas, como é o caso da atividade profissional do operador do direito, que, mais do que isso, atua como verdadeiro operador da juridicidade.

REFERÊNCIAS

ABENSOUR, Miguel. Pierre Clastres et nous. La révolution copernicienne et la question de l'État. In: ABENSOUR, Miguel; KUPIEC, Anne. *Pierre Clastres*. Paris: Sens & Tonka, 2011. p. 11-12.

ALLIOT, Michel. Antropologia jurídica. In: ARNAUD, André-Jean (dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução Patrice Charles, F. X. Willaume. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 45-47.

ANDRADE, Luiz Fernando Schaefer. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 112, p. 737-772, 2017.

BARBOSA, Gustavo. A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 47, n. 2, p. 529-576, 2004.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. Formalismo como conceito sociológico: uma introdução ao conceito weberiano de direito. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUES, José Rodrigo (coord.). *Manual de sociologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 57-65.

BELLEY, Jean-Gui. Georges Gurvith et les professionnels de la pensée juridique. *Droit et Société*, n. 4, p. 353-371, 1986.

BENDA-BECKMAN, Franz von. Who's afraid of legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, London, n. 47, p. 37-83, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber. In: CORREAS, Óscar (org.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agnostinetti. 3. ed. Martins Fontes: 2010.

BOHANNAN, Paul. Etnografia e comparação em antropologia do direito. In: DAVIS, Shelton H. (Org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Tradução Vera Maria Cândido Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 1973. p. 101-123.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *A profissão de sociólogo: preliminares epistemológicas*. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*. México: Fontamara, 1993.

CARDOSO, Sérgio. *A crítica da antropologia política na obra de Pierre Clastres*. 1989. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

CARDOSO, Sérgio. Copérnico no Orbe da Antropologia Política: o projeto crítico de Pierre Clastres. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 41, p. 134 e 121-142, mar. 1995.

CHAMBOREDON, Jean-Claude. Pierre Clastres et le retour de la question politique en ethnologie (a propos de Recherches d'anthropologie politique). *Revue Française de Sociologie*, [s.l.], v. 24, n. 3, p. 557-564, Jul./Sep. 1983.

CHEVALLIER, Jacques. Penser à partir de Pierre Clastres: l'État et le devoir de parole. In: ABENSOUR, Miguel; KUPIEC, Anne. *Pierre Clastres*. Paris: Sens & Tonka, 2011. p. 311-322.

CLASTRES, Hélène. *Terra sem mal*. Tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 1978.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. Tradução Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2014.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*. Tradução Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

CLASTRES, Pierre. *Crônica dos índios Guayaki: o que sabem os Aché, caçadores nômades do Paraguai*. Tradução Tânia Stolze Lima e Janice Caiafa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia 2*. Tradução de Peter Pál Pelbart e Janice Caiafa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2012.

DESCOLA, Philippe. La chefferie amérindienne dans l'anthropologie politique. *Revue Française de Science Politique*, 38.º année, n. 4, p. 818-827, 1988.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: RT, 2010.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1987.

EHRlich, Eugen. Resposta. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 817-824, 2019.

EHRlich, Eugen. Tréplica. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 831-833, 2019.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Baú de ossos de um sociólogo do direito*. Curitiba: Juruá, 2018.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Marina Vanzolini. Eleições na aldeia, ou o alto Xingu contra o Estado? *Anuário Antropológico*, v. 36, n. 1, p. 31-54, jul. 2011. Disponível em: <http://journals.openedition.org/aa/998>. Acesso em: 29 out. 2022.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Tradução Luís Claudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GERTH, Hans Heinrich; MILLS, Charles Wright. Introdução: o homem e sua obra. In: WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Tradução Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982. p. 13-95.

GOLDMAN, Marcio. Pierre Clastres ou uma antropologia contra o Estado. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 54, n. 2, p. 577-599, 2011.

GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, London, n. 24, p. 1-55, 1986.

GUIBENTIF, Pierre. Teorias sociológicas comparadas e aplicadas: Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao direito. *Cidades – Comunidades e Territórios*, [s.l.], n. 14, p. 89-104, jun. 2007. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/cct/article/view/9250>. Acesso em 12 jul. 2019.

GLUCKMAN, Max. Obrigação e dívida. In: DAVIS, Shelton H. (org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Tradução Vera Maria Cândido Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 1973. p. 25-56.

HABERMAS, Jürgen. *A modernidade, um projecto inacabado*. 2. ed. Lisboa: Nova Veja, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2015.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Fernando Costa Mattos. São Paulo: Mediafashion-Folha de São Paulo, 2021.

KELLY, John Maurice. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

KELSEN, Hans. On the basic norm. *California Law Review*, [s.l.], v. 47, n. 1, p. 107-110, mar. 1959.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, H. *Pure theory of law*. Translation by Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1960 [Nachdruck 1992].

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009 [Tradução em língua portuguesa da segunda edição.]

KELSEN, Hans. The law as a specific social technique. *The University of Chicago Law Review*, v. 9, n. 1, p. 75-97, dec. 1941.

KELSEN, Hans. The pure theory of law: its methods and fundamental concepts. *The Law Quarterly Review*, London, v. 50, p. 477-498, oct. 1934.

KELSEN, Hans. Uma fundamentação para a sociologia do direito. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 775-816, 2019.

KELSEN, Hans. What is the pure theory of law? *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 34, p. 269-276, 1960.

KONZEN, Lucas P.; BORDINI, Henrique S. Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 303-334, 2019.

KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Tradução John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006.

LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. Tradução Evelyn Tesche. São Paulo: Mediafashion-Folha de S. Paulo, 2021.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2013.

LEAL, Fernando. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 10, p. 245-268, jan./jun. 2014.

LE ROY, Étienne. *La terre de l'autre. Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*. Paris: LGDJ, 2011.

LE ROY, Étienne. *Le jeu des lois: une anthropologie "dynamique" du droit*. Paris: LGDJ, 1999.

LE ROY, Étienne. Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité. In: LE ROY, Étienne (dir.). *Les pluralismes juridiques*. Paris: Karthala, 2003. p. 7-16.

LE ROY, Étienne. Le tripode juridique: variations anthropologiques sur un thème de flexible droit. *L'Année Sociologique*, v. 57, n. 2, p. 341-351, 2007.

LE ROY, Étienne. Norma. In: ARNAUD, André-Jean (dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução Patrice Charles, F. X. Willaume. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LE ROY, Étienne. O lugar da juridicidade na mediação. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez. 2012.

LE ROY, Étienne. *Une juridicité plurielle pour le XXI.º siècle*. Saarbrücken: Éditions Universitaires Européennes, 2017.

LIMA, Tânia Stolze; GOLDMAN, Marcio. Pierre Clastres, etnólogo da América. *Sexta Feira*, São Paulo, n. 6, p. 291-309, 2001.

LIMA, Tânia Stolze; GOLDMAN, Marcio. Prefácio. In: CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. Tradução Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2013. p. 9-24.

LOSANO, Mario G. Hans Kelsen: una biografía cultural mínima. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 10, n. 14, p. 113-128, 2006.

LOSANO, Mario G. Introdução. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. XVI.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução Javier Taorres Nagarrate. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da UFRGS; Goethe-Institut, 1997. p. 75-91.

LUHMANN, Niklas. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da UFRGS; Goethe-Institut, 1997. p. 60-74.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACPHERSON, Crawford Brough. *The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

MARTUCCELLI, Danilo. *Sociologias de la modernidad: itinerario del siglo XX*. Traducción Carlos Iturra. Santiago: LOM Ediciones, 2013.

MERRY, Sally Engle. Legal pluralism. *Law & Society Review*, London, v. 22, p. 869-896, 1988.

MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen: vida y obra*. Traducción Javier Esquivel. Ciudad de México: UNAM, 1976.

MOORE, Sally Falk. Certainties undone: fifty turbulent years of legal anthropology, 1949-1999. *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, London, v. 7, n. 1, p. 95-116, Mar. 2001.

MOORE, Sally Falk. Legal pluralism as omnium gatherum. *FIU Law Review*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 6-18, 2014. Disponível em: <http://ecollections.law.fiu.edu/lawreview/vol10/iss1/5>. Acesso em: 15 nov. 2015.

PICCOLI, Emmanuelle; MOTARD, Geneviève; EBERHARD, Christoph. Présentation: les vies du pluralism, entre l'anthropologie et le droit. *Anthropologie et Sociétés*, v. 40, n. 2, p. 9-23. Disponível em <https://doi.org/10.7202/1037509ar>. Acesso em: 26 jun. 2022.

PIERUCCI, Antônio Flávio. *O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Max Weber*. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2013.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar um velho sentido. In: SOUZA, Jessé (org.). *A atualidade de Max Weber*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

RIBEIRO, Florbela Almeida. *Políticas Tenetehara e Tenetehara na política: um estudo sobre as estratégias de uma campanha eleitoral direcionada a uma população indígena*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

RIVIÈRE, Claude. *Introdução à antropologia*. Tradução José Francisco Espadeiro Martins. Lisboa: Edições 70, 2013.

ROBERTS, Simon. Against legal pluralism – some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, London, v. 42, p. 95-106, 1998.

ROBERTS, Simon. *Order and dispute: an introduction to legal anthropology*. 2. ed. New Orleans: Quid Pro Books, 2013. *E-book*.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz; DIAS TOFFOLI, José Antonio. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (Estudo introdutório para a edição brasileira da “Autobiografia de Hans Kelsen”). In: KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução Gabriel

Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

ROULAND, Norbert. Entrevista com Norbert Rouland. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 1-32, 2018.

ROULAND, Norbert. *Legal anthropology*. Tradução Philippe G. Planel. London: Athlone, 1994.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SACCO, Rodolfo. *Antropologia jurídica: contribuição para uma macro-história do direito*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 429-461.

SCHLUCHTER, Wolfgang. *O desencantamento do mundo: seis estudos sobre Max Weber*. Tradução Carlos Eduardo Sell. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2014.

SCHLUCHTER, Wolfgang. *Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 2011.

SCHLUCHTER, Wolfgang. Politeísmo de valores: uma reflexão referida a Max Weber. In: SOUZA, Jessé (org.). *A atualidade de Max Weber*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 13-48.

SCHLUCHTER, Wolfgang. *The rise of western rationalism: Max Weber's developmental history*. Translated by Guenther Roth. Los Angeles: University of California Press, 1992.

SCHMILL, Ulises. Prólogo. In: MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen: vida y obra*. Traducción Javier Esquivel. México: UNAM, 1976. p. 1-8.

SHIVAKUMAR, Dhananjai. The pure theory as ideal type: defending Kelsen on the basis of weberian methodology. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 105, p. 1383-1414, 1996.

SZTUTMAN, Renato. A potência da recusa – algumas lições ameríndias. *Sala Preta*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 163-182, jun. 2013.

SZTUTMAN, Renato. Introdução: pensar com Clastres ou da atualidade do contra-Estado. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 54, n. 2, p. 558-576, 2011.

SZTUTMAN, Renato. Metamorfoses do Contra-Estado: Pierre Clastres e as políticas ameríndias. *Ponto Urbe*, São Paulo, n. 13, p. 15-18, 2013. Disponível em: <http://pontourbe.revues.org/893>. Acesso em: 20 jun. 2018.

TAMANAH, Brian Z. A non-essentialist version of legal pluralism. *Journal of Law and Society*, Oxford, v. 27, n. 2, p. 296-321, Jun. 2000.

TAMANAH, Brian Z. The folly of the ‘social scientific’ concept of legal pluralism. *Journal of Law and Society*, Oxford, v. 20, p. 192-217, 1993.

VACHON, Robert; COLL, Augustí Nicolau. Etnicidad y derecho: un enfoque diatópico y dialogal del estudio y la enseñanza del pluralismo jurídico. In: ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (coord.). *Etnicidad y derecho: un diálogo postergado entre los científicos sociales*. México: UNAM, 1996. p. 267-290.

VANDERLINDEN, Jacques. Return to legal pluralism: twenty years later. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 28, p. 149-157, 1989.

VILLAS BÔS FILHO, Orlando. A governança em suas múltiplas formas de expressão: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo. *REI – Revista Estudos Institucionais*, v. 2, p. 570-706, 2017.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A questão da universalidade das categorias jurídicas ocidentais a partir da abordagem antropológica: nota sobre a discussão entre Max Gluckman e Paul Bohannan. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 110, p. 277-318, jan./dez. 2015.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 159-295, 2015.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 129-150.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 281-325, jan./dez. 2014.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito de qual sociedade? Os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica. In: FEBBRAJO, Alberto; SOUSA LIMA, Fernando Rister; PUGLIESI, Márcio (org.). *Sociologia do direito: teoria e práxis*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 337-366.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *A inconstância da alma selvagem: e outros ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2002.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. O intempestivo, ainda. In: CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. Tradução Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2014. p. 301-360.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. 1.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2012. v. 2.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEBER, Max. Consideração intermediária: teoria dos graus e orientações da rejeição religiosa do mundo. In: WEBER, Max. *Sociologia das religiões e consideração intermediária*. Tradução Paulo Osório de Castro. Lisboa: Relógio d'Água, 2006.

WEBER, Max. Religião e racionalidade econômica. In: WEBER, Max. *Sociologia*. Tradução Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 142-159.