

O IMPACTO DAS REFLEXÕES INTERDISCIPLINARES NA TEORIA GERAL DO DIREITO DE HANS KELSEN

THE IMPACT OF INTERDISCIPLINARY REFLECTIONS ON THE HANS KELSEN'S GENERAL THEORY OF LAW

Ivan Furmann¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Os limites do projeto da Teoria Geral do Direito de Kelsen; 2. A essência humana e sua impossibilidade; 3. Cultura como dimensão do simbólico; 4. Impacto do conceito de cultura nas ciências sociais; 5. Impacto do conceito de cultura na Teoria Geral do Direito; 5.1 Falta de uma unidade histórica e o problema da mudança; 5.2 Falta de uma unidade geográfica e o problema da diversidade; 5.3 falta de uma unidade dentro da cultura e o problema do pluralismo; 6. Considerações finais: O que sobrou do céu; 7. Referências.

RESUMO

O impacto das reflexões interdisciplinares nas ciências sociais tem levado a diversas áreas do conhecimento social a repensar seus pressupostos e possibilidades. A Teoria Geral do Direito, por outro lado, ainda não enfrentou tal debate de extrema relevância como suporte para repensar seus limites e possibilidades. A partir da proposição da cultura como elemento central para pensar o Direito é possível encontrar três limitações da teoria geral do Direito: a limitação temporal, a limitação geográfica e a limitação relacionada à diversidade dentro de uma mesma cultura.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura; Teoria Geral do Direito; Antropologia do Direito.

ABSTRACT

The impact of interdisciplinary reflections in the social sciences has led to several carriers of social knowledge to rethink their assumptions and possibilities. The General Theory of Law, on the other hand, has not faced such a debate of extreme importance as a support to rethink their limits and possibilities. From the proposition as a central element of culture to think the law is possible to find three limitations of the general theory of law: the limitation in time, geographic limitation and the limitation related to diversity within a single culture.

KEYWORDS: Culture; General Theory of Law; Legal Anthropology.

¹ Doutorando em Direito pela UFPR. Mestre em Educação e Bacharel em Direito. Professor do curso de Bacharelado em Direito do Instituto Federal do Paraná (IFPR), Campus Palmas-PR. Brasil. E-mail: ivan.furmann@gmail.com

INTRODUÇÃO

A teoria geral do Direito é uma proposta que ganhou contornos modernos pela elaboração teórica de jusfilósofos do século XIX e início do século XX. Seu maior expoente foi Hans Kelsen, importante professor do início do século XX que defendia o Estado de Direito durante o turbulento período entre guerras em oposição aos regimes totalitários que na época despontavam na Europa. Mesmo sabendo que existem outras formulações que se proclamam Teoria Geral do Direito, esse texto pretende abordar o referido discurso e suas limitações.

Para tanto, utiliza-se de metodologia de confronto entre o discurso da chamada "Teoria Geral do Direito" e outras áreas do conhecimento jurídico como a "Antropologia do Direito", a "História do Direito" e os "Estudos Multiculturais", através de revisão bibliográfica e comparação interdisciplinar.

Nesse sentido, pode-se iniciar sua análise afirmando que Kelsen se propunha a criar uma teoria da ciência jurídica livre de juízos políticos ou ideológicos.

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito.²

A pretensão era construir parâmetros para uma ciência do Direito que a distinguisse das demais disciplinas. Para tanto, dever-se-ia utilizar a experiência do século XIX para forjar instrumentos lógicos para compreensão do Direito.

Na verdade, a teoria combatida não é de forma alguma algo assim de tão completamente novo e em contradição com tudo o que até aqui surgiu. Ela pode ser entendida como um desenvolvimento ou desimplicação de pontos de vista que já se anunciavam na ciência jurídica positivista do séc. XIX. Ora, desta mesma ciência procedem também os meus opositores. Não foi, pois, por eu propor uma completa mudança de orientação à Jurisprudência, mas por eu afixar a uma das orientações entre as quais ela oscila insegura, não foi tanto a novidade, mas antes as conseqüências da minha doutrina, que provocaram este tumulto na literatura. E isto por si só já permite presumir que no combate à Teoria Pura do Direito não atuam apenas motivos científicos, mas,

² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo. Martins Fontes. 2000, p.xi.

sobretudo, motivos políticos e, portanto, providos de elevada carga afetiva.³

Se existe algo de frágil em termos epistemológicos na Teoria Geral do Direito de Kelsen, desde logo se pode afirmar que é a sua tentativa de buscar fundamentos objetivos ao exemplo das ciências naturais, algo já discutível no início do século passado.

Se é lícito dizer-se que a ciência natural pôde ir até ao ponto de levar a cabo a sua independência da política, isso sucedeu porque existia nesta vitória um interesse social ainda mais poderoso: o interesse no progresso da técnica que só uma investigação livre pode garantir. Porém, da teoria social nenhum caminho tão direto, tão imediatamente visível, conduz a um progresso da técnica social produtora de vantagens indiscutíveis, como o da física e da química conduz às aquisições que representam a construção de máquinas e a terapêutica médica.⁴

Entretanto, Kelsen em nenhum momento mostrou-se um autor ingênuo e reconhecia a diversidade jurídica. Justificava-se, porém, afirmando que não se propunha a analisar a diferença, a qual considerava superficial.

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.⁵

Para ele existia algo de profundo que poderia ser teorizado. Esse sentido profundo do Direito, uma lógica implícita, era sua grande ambição.

Em face da multiplicidade de conteúdo dos ordenamentos jurídicos positivos, em constante aumento com o decorrer da evolução, uma teoria geral do Direito corre sempre o risco de não abranger todos os fenômenos jurídicos nos conceitos jurídicos fundamentais por ela definidos. Muitos destes conceitos podem revelar-se demasiado estreitos, outros demasiado latos. Estou plenamente consciente deste perigo ao fazer a presente tentativa e, por isso, agradecerei sinceramente toda a crítica que sob este aspecto me seja feita.⁶

Em resumo, pretendia entender o Direito enquanto objeto puro de pensamento. Como objeto científico. Como ordenamento.

³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p.xii.

⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p.xv.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito, p.1.**

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito, p.xvii-xviii.**

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.⁷

1. OS LIMITES DO PROJETO DA TEORIA GERAL DO DIREITO DE KELSEN

Provavelmente as pretensões de Kelsen foram historicamente alimentadas por diversas teorias que ligavam o Direito à razão. Essa longa tradição filosófica, mesmo quando compreendia que as diferenças do tempo e das culturas eram essenciais à continuidade da racionalidade da lei, remonta a Aristóteles como aponta Coulanges:

Em Aristóteles, estas idéias precisam-se ainda mais. "A lei", diz o filósofo, "é a razão". Aristóteles ensina que é preciso procurar, não o que é conforme ao costume dos pais, mas o que, em si, é bom. Acrescenta que, à medida que o tempo caminha, se torna necessário modificarem-se as instituições. Põe de lado a veneração pelos antepassados: "Os nossos primeiros pais", diz ele, "quer sejam nascidos do seio da terra ou tenham sobrevivido a algum dilúvio, seriam, segundo todas as aparências, o que hoje existe de mais vulgar e de mais ignorante entre os homens. Seria evidente absurdo atermo-nos à opinião dessa gente." Aristóteles, como todos os filósofos, desconhecia em absoluto a origem religiosa da sociedade humana; não fala dos pitagóricos; ignora os cultos locais como fundamento do Estado. "O Estado", acrescenta, "nada mais é que uma associação de seres iguais procurando em comum uma existência feliz e fácil." Dessa forma, a filosofia rejeita os velhos princípios das sociedades, e procura um novo fundamento sobre o qual possa basear as suas leis sociais e a noção de pátria.⁸

Outro elo dessa longa tradição ocidental é Montesquieu. Considerava a essência (espírito) das leis vinculada à razão, apontando que cada povo detinha características próprias que inclusive impediam uma lei de fazer sentido em locais diferentes de sua origem.

A lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana. Devem ser tão próprias ao povo para o qual

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p.1.

⁸ COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.406.

foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra.⁹

Kelsen, Aristóteles e Montesquieu partem do fundamento da identidade da razão humana. Obviamente existem enormes diferenças entre esses autores, mas tais não serão abordadas nesse texto, por não ser este seu objetivo central. O que se pretende destacar é outra questão. Volte-se a atenção a uma idéia central que todos compartilham. Mesmo que o primeiro de forma mais radical aposte numa razão universal, cientificista, que investiga o objeto da ciência do Direito, e que os outros dois busquem compreender o direito enquanto fruto da razão por outras metodologias, todos estão inseridos numa tradição cultural que enxerga sua forma de pensar (a ocidental) como a forma universal, pressuposto portanto etnocêntrico.

Esse pressuposto porém, não era aceito sem contestações. Nem mesmo todos os juristas do século XIX o adotavam. Influenciados em parte por Montesquieu, existiam opositores bem próximos aos positivistas, a Escola histórica alemã. Apesar de concordar com diversos pontos do positivismo, essa escola vai destoar no sentido de negar a essência humana e a possível universalidade de uma visão geral do Direito.

O sentido da variedade da história devido à variedade do próprio homem: não existe o Homem (com H maiúsculo) com certos caracteres fundamentais sempre iguais e imutáveis, como pensavam os jusnaturalistas, existem homens, diversos entre si conforme a raça, o clima, o período histórico... De Maistre (considerado o predecessor do historicismo), defensor do *Ancien Régime* e opositor da Revolução Francesa, num panfleto anti-revolucionário, *Considerations Sur Lê France*, falando da Constituição francesa de 1795, que foi difundida pelos franceses em toda a Europa invadida pelas tropas da Revolução, apresenta uma afirmação que exprime causticamente essa atitude dos historicistas polemizando com os racionalistas: "*A constituição de 1795 é feita pelo homem. Ora, não existem homens no mundo. Tenho visto, na minha vida, franceses, italianos, ingleses; e Montesquieu me ensinou que também existem os persas; mas o homem, essa criatura que chamam de homem, essa eu não vi em lugar nenhum*".¹⁰

Nesse sentido, o rótulo de "Teoria Geral do Direito" utilizado pelo positivismo esconde uma concepção de mundo que pretende se justificar como universal. "Geral" significa "Universal". Nesse sentido, Roberto Lyra Filho conseguiu, a partir de Radbruch, encontrar o elo que liga o positivismo ao jusnaturalismo. No

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.16

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições sobre filosofia do direito**. São Paulo. 1995, p.48.

momento em que depende de uma legitimação exterior para o ordenamento jurídico, o positivismo acaba aceitando uma fundamentação política.

Em todo esse jogo de positividades manhosas, entretanto, a argúcia de Radbruch apontou um limite: é que, mesmo no plano ideológico, o positivismo, que diviniza a “lei e a ordem” como se ali estivesse o Direito inteiro, há de oferecer um qualquer fundamento jurídico para tal ordem, tal Estado produtor de leis, tal privilégio e exclusividade de produzir leis, que seria do Estado. E Radbruch, o grande iurisfilósofo alemão, com certa malícia nos mostra que o positivismo, neste empenho, “pressupõe um preceito jurídico de direito natural, na base de todas as suas construções”, isto é, um preceito jurídico anterior e superior ao direito positivo. O que se pretende afirmar assim é que, ou o positivismo se descobre como não-jurídico, fazendo derivar o Direito do simples fato de dominação, ou, para tentar a legitimação da ordem e do poder que nela se entroniza, recorre a um princípio que não é o direito positivo (este direito já feito e imposto, em substância, pelo Estado?, pois a função daquele princípio é precisamente dar fundamento jurídico ao direito positivo. Afinal de contas, por que se atribui ao Estado o monopólio de produzir Direito, com a legislação? Que razão jurídica legitimaria este privilégio? Nenhum positivista escapa a esta questão: no máximo, ele a transfere para outra sede, isto é, procura oferecer à sua ideologia jurídica o aval de sua ideologia política - o que não deixa de ser engraçado em quem se afirma “objetivo”, isento, até “neutro” politicamente.¹¹

No caso, o cerne da justificativa política da Teoria Geral do Direito seria capacidade de abarcar todas as experiências humanas a partir de conceitos gerais de organização do Direito. Em outras palavras, a Teoria Geral do Direito é universal (e, portanto, geral) porque é racional, e a razão ocidental abarca todas as possibilidades de existência humana porque faz parte da essência humana ser racional.

Novos debates sobre o conceito de cultura, porém, apontam novos dilemas àqueles que pretendem continuar a tarefa de elaborar uma Teoria Geral do Direito nos pressupostos kelsenianos. O antropólogo americano Clifford Geertz adverte que “(...) dedicar-se a construir uma teoria geral do direito é uma aventura tão inverossímil como a de dedicar-se à construção de uma máquina de movimento perpétuo.”¹²

¹¹ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?** 17 ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p.36-7

¹² GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa.** In: _____. O saber local. Novos ensaios em antropologia interpretativa. (Tradução de Vera Mello Joscelyne). 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p.327.

Por mais que tal máquina possa ser teorizada, ela se afasta tanto da realidade que perde sua utilidade. Hoje "(...) o estudo comparativo do direito não pode ser uma questão de transformar diferenças concretas em semelhanças abstratas".¹³ A esses novos desafios que o conceito de cultura trouxe precisam ser enfrentados para conhecer os limites da Teoria Geral do Direito.

2. A ESSÊNCIA HUMANA E SUA IMPOSSIBILIDADE

O historiador inglês Keith Thomas, em belo estudo sobre "o homem e o mundo natural", demonstra que o homem tentou durante séculos encontrar a essência humana a partir de distinções com os animais. E diversas "essências" humanas foram sugeridas ao longo da história ocidental.

A busca desse esquivo atributo foi um dos mais sérios desafios enfrentados pelos filósofos ocidentais, a maior parte dos quais tendeu a se fixar em um traço e a enfatizá-lo de maneira desproporcional, por vezes até o absurdo. Assim, o homem foi descrito como animal político (Aristóteles), animal de ri (Thomas Willis); animal que fabrica seus utensílios (Benjamin Franklin); animal religioso (Edmund Burke); e um animal que cozinha (James Boswell, antecipando Lévi-Strauss). Como observa o Sr. Cranium do romancista Peacock, o homem já foi definindo como bípede implume, como animal que forma opiniões e, ainda, animal que carrega um bastão. O que todas essas definições têm em comum é que assumem uma polaridade entre as categorias "homem" e "animal" e que invariavelmente encaram o animal como inferior". Na prática, obviamente, o objetivo de tais definições nunca esteve tanto em distinguir os homens dos animais quanto em propor algum ideal de comportamento humano, como quando Martinho Lutero e o papa Leão XII afirmaram, um em 1530 e outro em 1891, que a propriedade privada constituía a diferença essencial entre os homens e os animais.¹⁴

Essas essências sempre tentaram impor certos padrões de conduta, costumes e política aos homens. E Kelsen, assim como Lutero e Leão XII, não escapa de tal ressonância:

Um ordenamento que não reconheça o homem como personalidade livre neste sentido, ou seja, portanto, um ordenamento que não garanta o direito subjetivo da

¹³ GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa**, p.325.

¹⁴ THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural: mudanças em relação às plantas e aos animais (1500-1800)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.37-8.

propriedade - um tal ordenamento nem tampouco deve ser considerado como ordem jurídica.¹⁵

Keith Thomas explica ainda que a essência humana e o ideal de comportamento humano acabaram gerando efeitos reais de distinção entre seres humanos, entre os mais e os menos humanos.

Robert Gray declarava que, em 1609 que “a maior parte” do globo era “possuída e injustamente usurpada por animais selvagens ou por selvagens brutais, que, em razão de sua ímpia ignorância e blasfema idolatria, são ainda piores que os animais” (...) relata sir Thomas Hebert, a respeito dos habitantes do Cabo da Boa Esperança; “duvido que a maioria deles tenha antepassados melhores que macacos” (...) No início dos tempos modernos essa atitude persistia. “Os membros da vasta rale que parece portar os sinais do homem no rosto”, explicava sir Thomas Pope Blount, em 1693, “não passavam de seres rudes em seu entendimento (...) é por metáfora que os chamamos de homens pois na melhor das hipóteses nada mais são que os autômatos de Descartes, molduras e sombras de homens, que têm tão-somente a aparência para justificar seus direitos à racionalidade”. Para outros observadores, os pobres eram “a parcela mais vil e grosseira da humanidade” (...).¹⁶

Percebe-se pelo exposto que a busca da essência humana teve como objetivo a justificativa de certo tipo de dominação. Seja a dominação do homem sobre o animal, seja a dominação de um homem sobre outro homem.

O atual contexto das ciências sociais rejeita a idéia de essência humana, ou de natureza humana ínsita. Isso porque estudos têm demonstrado que a própria biologia humana tem evoluído com o desenvolvimento da cultura. O neo-cortex humano precisa, necessariamente, de instruções culturais para tornar-se funcional. Um homem que crescesse de forma isolada provavelmente não teria nenhum intelecto ou sentimento reconhecíveis.

(...) O fato aparente de que os estágios finais da evolução biológica do homem ocorreram após os estágios iniciais do crescimento da cultura implica que a natureza humana “básica”, “pura” ou “não-condicionada”, no sentido da constituição inata do homem, é tão funcionalmente incompleta a ponto de não poder ser trabalhada. As ferramentas, a caça, a organização familiar e, mais tarde, a arte, a religião e a “ciência” moldaram o homem somaticamente. Elas são, portanto, necessárias não apenas

¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p.191.

¹⁶ THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural: mudanças em relação às plantas e aos animais (1500-1800)**. p.50;52.

à sua sobrevivência, mas à sua própria realização existencial.¹⁷

Isso significa que o homem desenvolveu-se dentro de um ambiente socializado, ele tem necessidade de compartilhamento social para tornar-se um sujeito existencial pleno.

O homem é o resultado do meio cultural em que foi socializado. Ele é um herdeiro de um longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquiridas pelas numerosas gerações que o antecederam. A manipulação adequada e criativa desse patrimônio cultural permite as inovações e as invenções. Estas não são, pois, o produto da ação isolada de um gênio, mas o resultado do esforço de toda uma comunidade.¹⁸

3. CULTURA COMO DIMENSÃO DO SIMBÓLICO

Cultura é um termo utilizado em vários sentidos pelas pessoas. O seu significado vai variar conforme os valores, conhecimentos e costumes compartilhados que fazem parte do modo de viver de cada um. Inicialmente cabe distinguir o conceito de cultura do conceito de sociedade. Esses dois conceitos apesar de serem complementares não são coincidentes.

A 'cultura' pode ser conceitualmente diferenciada da 'sociedade', mas há conexões muito próximas entre essas noções. Uma sociedade é um sistema de inter-relações que conecta os indivíduos uns com os outros. A Grã-bretanha, a França e os Estados Unidos são sociedade nesse sentido. Incluem milhões de pessoas. Outras, como as primeiras sociedade de caçadores e coletores, podem ser tão pequenas quanto 30 ou 40 pessoas. Todas as sociedade são unidas pelo fato de que seus membros são organizados em relações sociais estruturadas, de acordo com uma cultura única. Nenhuma cultura pode existir sem sociedades. Mas, igualmente, nenhuma sociedade poderia existir sem culturas. Sem cultura, não seríamos sequer 'humanos', no sentido em que comumente entendemos esse termo. Não teríamos línguas e que nos expressar, nenhuma noção de auto-consciência e nossa habilidade de pensar ou raciocinar seria severamente limitada.¹⁹

Existem vários conceitos de cultura quanto existem antropólogos no mundo. Em tom de sátira Geertz brinca com o desespero conceitual de seu colega antropólogo Kluckhohn.

¹⁷ GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1989, p.92-3.

¹⁸ LARAIA, R. **Cultura: um conceito antropológico**. 13. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000, p.45.

¹⁹ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p.38.

Em cerca de vinte e sete páginas do seu capítulo sobre o conceito, Kluckhohn conseguiu definir a cultura como: (1) 'o modo de vida global de um povo'; (2) 'o legado social que o indivíduo adquire do seu grupo'; (3) 'uma forma de pensar, sentir e acreditar'; (4) 'uma abstração do comportamento'; (5) 'uma teoria, elaborada pelo antropólogo, sobre a forma pela qual um grupo de pessoas se comporta realmente'; (6) 'um celeiro de aprendizagem em comum'; (7) 'um conjunto de orientações padronizadas para os problemas recorrentes'; (8) 'comportamento aprendido'; (9) 'um mecanismo para a regulamentação normativa do comportamento'; (10) 'um conjunto de técnicas para se ajustar tanto ao ambiente externo como em relação aos outros homens'; (11) 'um precipitado da história', e voltando-se, talvez em desespero, para as comparações, como um mapa, como uma peneira e como uma matriz.²⁰

A humilde proposta conceitual aqui exposta pretende abordar a cultura enquanto representação simbólica de mundo. A finalidade é apresentar alguns instrumentos teóricos para entender as limitações da Teoria Geral do Direito.

Inicialmente, portanto, cabe ressaltar a dimensão simbólica da cultura. Para compreender a idéia de cultura é preciso entender o que se compreende como universo simbólico. Para Ernest Cassirer, o homem vive numa dimensão diferente dos animais. Existe um mundo físico, o qual compartilhamos com todas as coisas vivas (mundo físico) mas existem coisas próprias de homens compartilháveis apenas entre homens.²¹

O homem não vive apenas no mundo físico ou biológico, ele também vive no mundo dos símbolos. Nesse mundo simbólico somente o homem pode entender o "significado". A própria palavra 'significado' remete a um sentido, uma orientação, uma imagem que represente algum objeto, sentimento ou ação. Os animais detêm, em geral, uma linguagem complexa, porém incompleta em relação à linguagem humana. Eis algumas diferenças entre a linguagem humana e a animal:

A primeira é que os sistemas de conhecimento humano são integrados e os dos animais não. Os humanos também são únicos em possuir recursividade, a habilidade de encaixar idéias umas nas outras e formar frases infinitas ("João amava Maria, que amava Joaquim" e assim por diante), em converter representações mentais analógicas em símbolos digitais e em separar o pensamento de impulsos sensoriais primários. "Uma maneira de pensar sobre isso é que todas as espécies possuem uma inteligência de raio laser, dedicada a resolver problemas ecológicos específicos [num laser a luz

²⁰ GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**, p.14.

²¹ CASSIRER, Ernest. **Antropología Filosófica**. Ciudad de México: Fondo de Cultura, 1998, p.26 e Ss.

é altamente concentrada e se propaga em apenas uma direção]. Mas apenas nós desenvolvemos uma inteligência de lâmpada, na qual a capacidade de resolver um problema é usada para lidar com vários outros. Hauser ilustra a diferença com um exemplo apropriado pelos defensores da inteligência animal: a dança das abelhas, descoberta no meio do século passado pelo austríaco Karl Von Frisch e considerada uma forma de linguagem. "Ela tem propriedades específicas da linguagem: a abelha busca comida, volta e informa à colméia onde está e a que distância está a comida. É uma linguagem simbólica e separada da ação no tempo e no espaço", diz. "O problema é que as abelhas só conversam sobre comida".²²

Linguagem dos animais é como um laser que segue apenas para uma direção, já a linguagem humana é como uma lâmpada que pode iluminar para várias direções. Essa capacidade simbólica da linguagem humana foi percebida por Cassirer. Para ele, a compreensão da cultura está associada à compreensão do universo simbólico. Animais não conseguem passar da linguagem emotiva para a proposicional:

La diferencia entre el lenguaje preposicional y el lenguaje emotivo representa la verdadera frontera entre el mundo humano y el animal. Todas las teorías y observaciones concernientes al lenguaje animal a las que se les escapa el reconocimiento de esta diferencia fundamental carecen de significación.¹⁹ En toda la abundante bibliografía sobre la materia no parece haber prueba concluyente de que ningún animal diera jamás este paso decisivo de lo subjetivo a lo objetivo, del lenguaje afectivo al lenguaje proposicional.²³

Enquanto os animais conseguem desenvolver emoções e inteligência prática, os homens além dessas habilidades têm a capacidade de desenvolver linguagem abstrata, fundamentada na razão, e inteligência simbólica. Diferença entre o Sinal e o Símbolo é exposta por Cassirer

Todos los fenómenos descritos comúnmente como reflejos condicionados no sólo se hallan muy lejos sino en oposición con el carácter esencial del pensamiento simbólico humano; los símbolos, en el sentido propio de esta palabra, no pueden ser reducidos a meras señales. Señales y símbolos corresponden a dos universos diferentes del discurso: una señal es una parte del mundo físico del ser; un símbolo es una parte del mundo humano del sentido. Las señales son "operadores"; los símbolos son "designadores". Las señales, aun siendo entendidas y utilizadas como tales, poseen, no

²² ANGELO, Cláudio. **Cientista de Harvard vê limitações em linguagem animal**. Folha on-line. Extraído de <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u373738.shtml>. Acesso em 19 de Fevereiro de 2008.

²³ CASSIRER, Ernest. **Antropología Filosófica**, p.30.

obstante, una especie de ser físico o sustancial; los símbolos poseen únicamente un valor funcional.²⁴

Em outras palavras, o sinal é ligado a representações objetivas de mundo, já o simbólico supera o sensorial, está ligado à perspectiva de compreensão humana. Para melhor explicitar essa capacidade pode-se relembrar o famoso caso de Ellen Keller e sua professora Sullivan. Ellen Keller era uma aluna surda, muda e cega que aprendeu a se comunicar com o mundo exterior devido à mediação do mundo simbólico compartilhado com os seres humanos.

Tengo que escribirle algunas líneas esta mañana porque ha ocurrido algo verdaderamente importante. Helen ha dado el segundo gran paso en su educación. Ha aprendido que cada cosa tiene un nombre y que el alfabeto manual es la llave para todo lo que desea conocer... Esta mañana, mientras se estaba lavando, deseó conocer el nombre del "agua." Cuando desea conocer el nombre de algo señala en su dirección y acaricia mi mano. Yo deletreé, "a-g-u-a" y ya no pensé más en el asunto hasta después del desayuno... Más tarde fuimos a la fuente e hice que Helen tuviera la jarra bajo el grifo en tanto que yo daba a la bomba. Mientras salía el agua fría y llenaba la jarra deletreé "a-g-u-a" sobre la mano abierta de Helen. La palabra, que se juntaba a la sensación del agua fría que caía sobre su mano, pareció ponerla en marcha. Retiró la jarra y se quedó como extática. Su cara parecía resplandecer. Deletreé "agua" varias veces. Se inclinó hacia el suelo y preguntó por su nombre y señaló hacia la fuente y, dando rápidamente la vuelta, preguntó por mi nombre. Deletreé "maestra". Al volver a la casa se hallaba muy excitada y aprendió el nombre de todos los objetos que tocaba, de suerte que en pocas horas ha añadido treinta nuevas palabras a su vocabulario. A la mañana siguiente anduvo como un hada radiante. Volaba de objeto en objeto preguntando por el nombre de cada cosa y besándome de pura alegría... Todas las cosas tienen que tener ahora un nombre. Adonde quiera que vayamos pregunta con ansiedad por el nombre de cosas que no ha aprendido en casa. Se halla ansiosa por deletrear con sus amigas y más ansiosa todavía por enseñar las letras a cualquiera que encuentre. Elimina los signos y las pantomimas que utilizaba antes en cuanto dispone de palabras que los suplan y la adquisición de una nueva palabra le produce el mayor gozo. Nos damos cuenta de que su cara se hace cada día más expresiva.²⁵

²⁴ CASSIRER, Ernest. **Antropología Filosófica**. p.32.

²⁵ CASSIRER, Ernest. **Antropología Filosófica**. p.33-4.

Ellen Keller aprendeu a utilizar as palavras, não meramente como signos ou sinais mecânicos, senão como um instrumento inteiramente novo de pensamento. A linguagem é a simbologia utilizada pelo homem para referir-se ao mundo. Enquanto os outros animais, por vezes apenas remetem-se a certas perspectivas do mundo por uma linguagem limitada, o homem abstrai da simbologia a reflexão sobre a própria simbologia. Assim, chega a uma conclusão interessante: *a. Os homens não pensam pela representação física, mas pelos signos (linguagem).*

Nesse mesmo sentido Clifford Geertz chega a um conceito de cultura baseado na semiótica weberiana:

O conceito de cultura que eu defendo, e cuja utilidade os ensaios abaixo tentam demonstrar, é essencialmente semiótico. Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado *a teias de significados que ele mesmo teceu*, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado.²⁶

Essas teias de significados tiveram um impacto total na vida humana. Raymond Williams estudou o significado da palavra 'cultura' na língua inglesa, até atingir seu moderno significado. Hoje cultura significa um 'modo de vida integral' dos seres humanos. "A idéia de cultura é a resposta global que demos à grande mudança geral que ocorreu nas condições de nossa vida comum".²⁷ Para ele as mudanças se deram da seguinte forma no mundo ocidental:

Anteriormente significara, primordialmente, 'tendência de crescimento natural' e, depois, por analogia, um processo de treinamento humano. Mas este último emprego, que implicava, habitualmente, cultura de alguma coisa, alterou-se, no século dezenove, no sentido de cultural como tal, bastante por si mesma. Veio a significar, de começo, 'um estado geral ou disposição de espírito', em relação estreita com a idéia de perfeição humana. Depois, passou a corresponder a 'estado geral de desenvolvimento intelectual no conjunto da sociedade'. Mais tarde, correspondeu a 'corpo geral das artes'. Mais tarde ainda, ao final do século, veio a indicar *'todo um sistema de vida, no seu aspecto material, intelectual e espiritual'*.²⁸

Em relação à proposição teórica de Williams:

²⁶ GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. p.15, itálico nosso.

²⁷ WILLIAMS, Raymond. **Cultura e sociedade**: 1780-1950. (Tradução de L. H. B. Hegenberg, O. S. da Mota e Anísio Teixeira). São Paulo: Nacional, 1969, p.305.

²⁸ WILLIAMS, Raymond. **Cultura e sociedade**, p.18, itálico nosso.

Seu conceito central, o de cultura, é expresso em *The Long Revolution*, como a 'relação entre os elementos que compõem um modo de vida'. Essa noção pressupõe a possibilidade de uma existência comum, ou seja, que a cultura – ainda que tomada de um ponto de vista resolutamente historicizado – pode constituir uma comunidade, uma existência comum. Este tipo de formulação, se, por um lado, parece deixar em suspenso os estragos causados pela alienação e reificação das relações humanas, por outro, está na base de qualquer possibilidade de se imaginar um futuro diferente: 'As pessoas mudam, é certo, através da luta e da ação. Só se muda algo tão arraigado quanto uma estrutura de sentimentos através de uma nova experiência ativa'.²⁹

De qualquer forma esses conceitos não são suficientes para explicitar toda a complexidade do conceito de cultura. E "(...) só nos resta afirmar mineiramente como Murdock (1932): 'Os antropólogos sabem de fato o que é cultura, mas divergem na maneira de exteriorizar este conhecimento'.³⁰ De qualquer forma, um conceito de cultura só estará completo se, reflexivamente, entender-se como um conceito emergido numa cultura.

4. IMPACTO DO CONCEITO DE CULTURA NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

Durante a década de 80 o conceito de cultura explodiu em todos os âmbitos das ciências sociais. Tornou-se uma chave de interpretação importante para diversas disciplinas, mas trouxe muitos desafios e preocupações:

Susanne Langer observa que certas idéias surgem com tremendo ímpeto no panorama intelectual. Elas solucionam imediatamente tantos problemas fundamentais que parecem prometer também resolver todos os problemas fundamentais, esclarecer todos os pontos obscuros. Todos se agarram a elas como um "abre-te sésamo" de alguma nova ciência positiva, o ponto central em termos conceituais em torno do qual pode ser construído um sistema de análise abrangente. A moda repentina de tal grande idéie, que exclui praticamente tudo o mais por um momento, deve-se, diz ela, ao fato de todas as mentes sensíveis e ativas se voltarem logo para explorá-la. Utilizamo-la em cada conexão, para todos os propósitos, experimentamos cada extensão possível de seu significado preciso, com generalizações e derivativos (...) esse padrão se confirma no caso do conceito de cultura, em torno do qual surgiu todo o

²⁹ CEVASCO, Maria Elisa. **Cultura: Um tópico britânico do marxismo ocidental**. In: MUSSE, R.; LOUREIRO, I. M. Capítulos do marxismo ocidental. São Paulo: Editora UNESP, 1998, p.152.

³⁰ LARAIA, R. **Cultura: um conceito antropológico**. p.65.

estudo da antropologia e cujo âmbito essa matéria tem se preocupado cada vez mais em limitar, especificar, focar e conter. É justamente a essa redução do conceito de cultura a uma dimensão justa, que realmente assegure a sua importância continuada em vez de debilitá-lo.³¹

Além da moderna antropologia, que desenvolveu o conceito de cultura, parcela significativa da sociologia recente, baseada em teorizações de Max Weber, tem adotado a perspectiva de buscar através da interpretação de sentidos e significados endossar uma nova perspectiva sociológica.

Weber endossa o ponto de vista segundo o qual as ciências sociais visam a compreensão de eventos culturais enquanto singularidades. O alvo é, portanto, captar a especificidade dos fenômenos estudados e seus significados. Mas sendo a realidade cultural infinita, uma investigação exaustiva, que considerasse todas as circunstâncias ou variáveis envolvidas num determinado acontecimento, torna-se uma pretensão inatingível. Por isso, o cientista precisa isolar, da "imensidade absoluta, um fragmento ínfimo": que considera relevante.³²

Nesse novo olhar sobre a sociologia, não se aposta em grandes abstrações teóricas e leis gerais da sociedade, como fazia o estrutural-funcionalismo de Talcott Parsons, em grande medida referendado em Niklas Luhmann, mas na análise de sentidos e significados.

Existe uma grande diferença entre conferir significado à realidade histórica por meio de idéias de valor e conhecer suas leis e ordená-la de acordo com conceitos gerais e princípios lógicos, genéricos. Mas a explicação do fato significativo em sua especificidade nunca estará livre de pressupostos porque ele próprio foi escolhido em função de valores. Com isso, Weber rejeita a possibilidade de uma ciência social que reduza a realidade empírica a leis. Para explicar um acontecimento concreto, o cientista agrupa uma certa constelação de fatores que lhe permitam dar sentido a esta realidade particular. Weber procura demonstrar que conceitos muito genéricos, extensos, abrangentes ou abstratos, são menos proveitosos para o cientista social por serem pobres em conteúdo logo, afastados da riqueza da realidade histórica. Portanto, a tentativa de explicar tais fenômenos por meio de "leis" que expressem regularidades quantificáveis que se repetem não passa de um trabalho preliminar, possivelmente útil. Os fenômenos individuais são um conjunto infinito e caótico de elementos cuja ordenação

³¹ GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. p.13-4.

³² BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; QUINTANEIRO, Tânia; OLIVEIRA, Marcia Gardênia Monteiro de. **Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. 2ª ed. ver. amp. – Belo Horizonte: UFMG, 2003, p.100.

é realizada a partir da significação que representam e por meio da imputação causal que lhe é feita.³³

A abertura que o conceito de cultura trouxe atingiu outras áreas, como a História, especialmente no tocante a chamada Nova História (Escola de Annales), na qual "uma noção ampla de cultura é central (...)".³⁴ Nesse sentido:

O relativismo cultural aqui implícito merece ser enfatizado. A base filosófica da nova história é a idéia de que a realidade é social ou culturalmente constituída. O compartilhar dessa idéia, ou sua suposição, por muitos historiadores sociais e antropólogos sociais ajuda a explicar a recente convergência entre essas duas disciplinas, citadas mais de uma vez nas páginas que se seguem. Este relativismo também destrói a tradicional distinção entre o que é central e o que é periférico na história. (...) O historiador americano Michael Kammen pode bem estar certo em sua sugestão de que o conceito de "cultura", em seu sentido amplo, antropológico, pode servir como uma "base possível" para a "reintegração" de diferentes abordagens à história.³⁵

O conceito de cultura trouxe novas perspectivas para diversas áreas do conhecimento em ciências sociais. Na pedagogia e os estudos da cultura escolar, na psicologia, economia, etc. Entretanto, a Teoria Geral do Direito ainda pouco dialogou com esse importante conceito.

5. IMPACTO DO CONCEITO DE CULTURA NA TEORIA GERAL DO DIREITO

O ponto de vista que se pretende dar à interface entre o conceito de cultura e a Teoria Geral do Direito é o impacto sobre a idéia de universalização, generalidade da teoria. Portanto não é uma leitura interna ao discurso de Kelsen, que poderia considerar a idéia de cultura como um elemento exterior ao Direito. Mas uma leitura que interconecte o conceito de cultura com a Teoria Geral do Direito a fim de perceber sua capacidade de ser geral ou universal.

Nesse sentido destacam-se três impactos específicos: a) na perspectiva histórica; b) na perspectiva geográfica; c) na perspectiva da diversidade intrínseca a cultura.

5.1 Falta de uma unidade histórica e o problema da mudança

³³ BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; QUINTANEIRO, Tânia; OLIVEIRA, Marcia Gardênia Monteiro de. **Um toque de clássicos: Marx, Durkeim e Weber**. p.100-1.

³⁴ BURKE, Peter (org.). **A escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: UNESP, 1992, p.22-3.

³⁵ BURKE, Peter (org.). **A escrita da história: novas perspectivas**, p.12; 37.

O primeiro grande pressuposto equivocado da tradicional Teoria Geral do Direito é não focar a diversidade do passado. Um exemplo interessante é a idéia de sujeito de direitos. Kelsen explicita:

A teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa. Eis a sua definição: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres. Dado que, porém, não só o homem mas também outras entidades, tais como certas comunidades como as associações, as sociedades por ações, os municípios, os Estados, são apresentados como pessoas, define-se o conceito de pessoa como "portador" de direitos e deveres jurídicos, podendo funcionar como portador de tais direitos e deveres não só o indivíduo mas também estas outras entidades.³⁶

Por fim, completa que a Teoria Geral do Direito vai além da corporificação do sujeito enquanto pessoa natural, mas teoriza a existência do sujeito a partir da noção de ordenamento.

A unidade de deveres e direitos subjetivos, quer dizer, a unidade das normas jurídicas em questão, que forma uma pessoa física resulta do fato de ser a conduta de um e o mesmo indivíduo que constitui o conteúdo desses deveres e direitos, do fato de ser a conduta de um e o mesmo indivíduo a que é determinada através destas normas jurídicas. A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica (*Juristische Person*).³⁷

Justificando a idéia de pessoa jurídica, Kelsen propõe que a própria noção de sujeito é uma construção jurídica. Apesar disso, em nenhum momento retira da racionalidade antropocêntrica à noção de Direito. A pessoa física equivale à jurídica e vice-versa na acepção humana dos direitos. A questão é: como a teoria pura do direito trataria a existência de direitos para animais e objetos inanimados como era formulado na idade média?

A idéia de que animais, feras e mesmo coisas inanimadas, como o firmamento ou uma rocha, estavam jungidos por liames de propriedade ou de poder político não era uma metáfora poética de um erudito imaginativo. Personagens práticos, escrevendo textos prosaicos a respeito de temas quotidianos da vida, compartilharam a mesma convicção de

³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p.191.

³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p.194.

que irracionais ou coisas podiam ser sujeitos dos mesmos direitos e faculdades jurídicas reivindicados por seres humanos.³⁸

Provavelmente a resposta seria que a falta de uma capacidade de liberdade para cumprir com deveres objetivos impostos pelo ordenamento fariam com que essas normas não fossem consideradas jurídicas. Da mesma forma que elaborações sobre etiqueta, comportamento e boas maneiras. Tais normas também existiam na idade média.

O direito, o guardião da ordem, estava intimamente relacionado com esse tema. Etiqueta e boas maneiras eram tratadas pelo direito, e sua observância podia ser objeto de processo judicial. Precedência, manifestação corporal – como beijar, curvar-se, ajoelhar-se, ou mesmo relação sexual - ou a forma pessoal de falar eram juridicamente regulamentados e, muitas vezes, discutidos judicialmente.³⁹

Seguindo, por exemplo, as observações de Foucault sobre o surgimento da ordem jurídica moderna, em especial na formulação dos três poderes do Estado, chegaríamos à conclusão que, tendo em vista a Teoria Geral do Direito, não existiria Direito na idade média, isso porque:

A existência de poder executivo, legislativo e judiciário, é uma idéia aparentemente bastante velha no Direito Constitucional. Na verdade, trata-se de uma idéia recente que data mais ou menos de Montesquieu. O que nos interessa aqui, porém, é ver como se formou algo como um poder judiciário. Na alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse justiça, mas que constatasse, em função de seus poderes políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento. Não havia poder judiciário autônomo, nem mesmo poder judiciário nas mãos de quem detinha o poder das armas, o poder político. Na medida em que a contestação judiciária assegurava a circulação dos bens, o direito de ordenar e controlar essa contestação judiciária, por ser um meio de acumular riquezas, foi confiscado pelos mais ricos e mais poderosos.⁴⁰

Tendo em vista que o passado precisa ser pensado com o olhar da diversidade, os novos historiadores do Direito têm rejeitado o uso de conceitos modernos da Teoria Geral do Direito para entender o passado:

³⁸ HESPANHA, António Manuel. **A Política Perdida. Ordem e. Governo Antes da Modernidade.** Curitiba: Juruá, 2010, p.42.

³⁹ HESPANHA, António Manuel. **A Política Perdida. Ordem e. Governo Antes da Modernidade.** p.48.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau/PUC/RJ, 1996, p.64-5.

A atual consciência antropológica deu à historiografia, máxime, à historiografia jurídica, uma nova sensibilidade quanto à ruptura cultural e à diferença histórica, liberando a gramática autônoma de cada uma das diferentes culturas do passado europeu. Essa liberação de diferença tem duas grandes vantagens; uma, no plano jurídico, outra, na dimensão histórica. No plano da teoria do direito, recuperar o sentido da diferença histórica tem sido um fator importante para recuperar o sentido restrito ao âmbito local dos valores ocidentais. Hoje, a consciência jurídica é confrontada com as falhas das tecnologias jurídicas ocidentais exportadas, ou com sua reticente recepção de culturas alheias. Em um mundo que, vertiginosamente, tende para a integração o choque do universalismo jurídico e a correspondente consciência do caráter local do direito suscita o problema vital da reconstrução de uma teoria geral do direito, que passa a ser operativa, liberada do cronocentrismo e do etnocentrismo, dentro da estrutura e em prol do pluralismo.⁴¹

A Teoria Geral do Direito, portanto, não teria incidência sobre perspectivas jurídicas dos períodos históricos anteriores as revoluções burguesas, talvez sendo operativas apenas no século XIX em diante.

5.2 Falta de uma unidade geográfica e o problema da diversidade

Outro grande desafio da perspectiva de generalização da Teoria Geral do Direito são as profundas diferenças existentes entre o direito do mundo ocidental e oriental. Montesquieu já percebia que o direito no mundo oriental era ligado a outras dimensões simbólicas e que pensar o Direito desconectado da religião, hábitos, costumes, entre outros, seria impossível.

Daí resulta que a China não perde suas leis com a conquista. Sendo as maneiras, os costumes, as leis e a religião a mesma coisa, não se pode mudar tudo isto ao mesmo tempo. E como é necessário que o vencedor ou o vencido mudem, na China foi sempre preciso que fosse o vencedor a mudar, pois como seus costumes não eram suas maneiras, suas maneiras suas leis, suas leis sua religião, foi mais fácil que ele se dobrasse pouco a pouco diante do povo vencido do que o povo vencido diante dele. Segue-se ainda daí uma coisa muito triste: é quase impossível que o cristianismo algum dia se estabeleça na China. Os votos de virgindade, as reuniões das mulheres nas igrejas, sua necessária comunicação com os ministros da religião, sua participação

⁴¹ HESPANHA, António Manuel. **A Política Perdida. Ordem e Governo Antes da Modernidade.** Curitiba: Juruá, 2010, p.54.

nos sacramentos, a confissão auricular, a extrema-unção, o casamento com uma só mulher, tudo isto subverte os costumes e as maneiras do país, e fere ainda com o mesmo golpe a religião e as leis.⁴²

As formas de Direito orientais aparecem de forma tão diversa da experiência ocidental que muitas vezes com as ferramentas metodológicas da Teoria Geral do Direito se chega a conclusões frustrantes.

(...) de uma forma muito pouco útil, colocou-se em campos opostos o enfoque forense e o enfoque etnográfico das análises jurídicas, o que nos leva a crer que a série de livros e artigos com títulos como "o direito sem advogados", "o direito sem sanções", "o direito sem os tribunais" ou "o direito sem precedentes" poderia ter, como conclusão apropriada, um cujo título fosse "o direito sem o direito".⁴³

Foi a conclusão que alguns juristas chegaram ao ler a famosa etnografia de Evans-Pritchard denominada Os Nuers. Um grupo social da região do rio Nilo que não tem juízes, tribunais, regras gerais, nem processo, resolvendo os problemas sociais através das denominadas "vendetas" (lutas entre indivíduos, clãs e aldeias) que também não eram obrigatórias ou sempre necessárias. A conclusão diante do diverso foi frustrante, diziam os juristas: Os Nuers não têm Direito!

Outras pesquisas clássicas foram lidas com olhares semelhantes por juristas adeptos a Teoria Geral do Direito Kelseniana, podem ser citadas "*The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*" de Karl N. Llewellyn; "*The judicial process among the barotse of northern rhodesia*" de Max Gluckman; e "*Justice and Judgment Among the Tiv*" de Paul Bohannan, que apesar de partirem de pressupostos diferentes e exporem sensibilidades jurídicas diversas, ora tentando aproximar o direito de povos não-ocidentais aos ocidentais como forma de valorização, como fez Gluckman, ora tentando descrever a cultura jurídica não-ocidental sem tentar aproximá-la dos conceitos ocidentais, como fez Bohannan, sempre geraram surpresa e desconfiança nos círculos jurídicos.

A primeira aproximação nesse sentido foi de Bronislaw Malinowski. Em seu estudo "Crime e Costume na sociedade selvagem" fazendo etnografia com algumas tribos das Ilhas Trobriands na Nova Guiné, Indonésia, chega à hesitante conclusão de que não é possível encontrar um conjunto rígido de normas ou regras que formem algo como um *Corpus Iuris* dos nativos.⁴⁴ O próprio título é uma provocação, pois na Ilhas Trobriand a noção de crime punido com uma sanção pública não existe. Geertz, em suas etnografias durante a vida, também

⁴² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**, p.326.

⁴³ GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa**. p.251.

⁴⁴ MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Brasília/ São Paulo: Ed. UnB/ Imprensa Oficial do Estado, 2003, p.94.

percebe três sensibilidades jurídicas orientais diversas. A islâmica com a idéia de *haqq*, a hindu com a noção de *dharma*, e a malaia com a perspectiva do *adat*.

Tentarei, em um espaço demasiado curto para ser de alguma maneira persuasivo e demasiado longo para poder falar total e verdadeiramente sobre uma única coisa, esboçar três variedades bastante distintas de sensibilidade jurídica a islâmica, a índica e a do chamado direito costumeiro que existe na parte malaia da Malásia-Polinésia - e estabelecer a conexão entre essas sensibilidades e as visões, nelas incorporadas, sobre o que é, realmente, a realidade. E o farei, desdobrando três termos, isto é, três conceitos, que, a meu ver, são centrais para essas visões do mundo: *haqq*, que significa "verdade" e muitas outras coisas mais, para os islâmicos; *dharma*, que significa "dever" e muitas outras coisas mais, para os índicos; e *adat*, que significa "prática" e muitas outras coisas mais, para os malaiois.⁴⁵

Nesse sentido, infelizmente falta muito para que se possa ao menos se tentar comunicar com as culturas orientais.

(...) ao invés de termos uma penetração da sensibilidade jurídica na antropologia, ou da sensibilidade etnográfica no direito, o que vemos é um conjunto limitado de debates estáticos, em que se tenta descobrir se os conceitos da jurisprudência ocidental têm alguma aplicação útil em contextos não-ocidentais, ou se o estudo do direito comparativo consiste em saber como os africanos ou os esquimós concebem a justiça, ou como são resolvidas as disputas na Turquia ou no México; ou ainda se os regulamentos jurídicos realmente restringem o comportamento ou unicamente servem como justificativas racionais para encobrir aquilo que algum juiz, advogado, litigante ou qualquer outro maquinador semelhante queria fazer, de qualquer maneira.⁴⁶

A Teoria Geral do Direito, portanto, só tem sentido cultural para a menor parcela da humanidade, em termos quantitativos, o mundo ocidental.

5.3 Falta de uma unidade dentro da cultura e o problema do pluralismo

Apesar de trabalhar com três grandes sensibilidades jurídicas, Geertz sabe que as culturas são dinâmicas e não homogêneas. Porém, seus grandes padrões tinham objetivo de criar o que ele chamava de moldura cultural.

⁴⁵ GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa**. p.274-5.

⁴⁶ GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa**, p.251.

Temos também que nos contentar com uma simplificação radical tanto da dimensão histórica como da dimensão regional desses temas. "Islã", "Mundo Índico" e, *sensu lato*, "Malásia" não são - como dediquei uma grande parte do meu trabalho buscando demonstrar - entidades unitárias e homogêneas, constantes no tempo, no espaço e em população. Reificá-Ios como tais, aliás, sempre foi o artifício principal através do qual o "Ocidente", acrescentando uma outra nulidade à coleção, conseguiu evitar compreendê-Ios ou até mesmo vê-Ios com alguma clareza. Essa reificação pode ter tido algumas poucas utilidades no passado, quando alternávamos entre uma total auto-absorção e um desejo ardente de moldar outros povos de acordo com nossa visão sobre como a vida deve ser vivida. É pouco provável que tenha qualquer utilidade hoje em dia (...).⁴⁷

Essa idéia que não pode ser ignorada a análise do no mundo oriental, muito menos pode ser considerada válida no mundo ocidental. "Uma forma garantida de chegar a um fim trágico seria imaginar que a diversidade não existe, ou esperar, simplesmente, que ela desaparecesse".⁴⁸ O grande desafio da Teoria Geral do Direito de Kelsen foi elaborar uma teoria que abarcasse todas as formas de Direito do mundo ocidental moderno. Para tanto se justifica na inexistência de Direito além do Estado. E aqui o ponto chave para entender o verdadeiro impacto da cultura no conceito de Direito ocidental: será que ao generalizar-se a noção de Direito não se pretende fazer com que as diferença sejam apagadas? Ou pior, será que espaço aonde o Estado alcança apenas em teoria e não na prática permanecessem como campos virgens esperando as sementes do direito estatal?

Para tentar responder a primeira pergunta desenvolveram-se os debates do multiculturalismo e para a segunda pergunta os debates sobre o pluralismo jurídico.

O multiculturalismo não é uma proposta universalista que tenta unificar diversas culturas dentro de um Estado. Ao contrário, como se pode notar em "*Ciudadania multicultural*", de Will Kymlicka, relata-se a existência de duas hipóteses de existência de múltiplas culturas em um Estado: a) Estados multinacionais (onde a nação significa uma comunidade histórica, mais ou menos completa institucionalmente, que ocupa um território ou uma terra natal determinada e que compartilha uma cultura e uma língua diferenciada) onde uma ou mais nações vivem dentro de um mesmo Estado, com minorias nacionais; b) Estados multiétnicos, onde a formação populacional foi efetivada pela imigração em grande escala.⁴⁹ Ambos enfrentam o problema de minorias de uma forma ou

⁴⁷ GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa**, p. 278-9.

⁴⁸ GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa**. p.331.

⁴⁹ KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996, p.26 e Ss.

outra acabam tendo seus direitos suprimidos. Tal autor aponta o Brasil como um Estado multicultural e multiétnico e crítica a postura do governo brasileiro:

O Brasil tem sido especialmente insistente na hora de afirmar que não detém minorias nacionais; o certo é que o quase total extermínio de suas tribos indígenas está perigosamente perto de ratificar dita afirmação.⁵⁰

Multiculturalismo não significa um grande consenso entre ideologias, ao contrário, mas a possibilidade de coexistência, mesmo em constante conflito, de diversos pontos de vistas culturais e políticos num mesmo Estado Nacional e as especificidades legais para tanto. Esse problema é evidente nos Estados Unidos e nos países europeus que detêm grande número de imigrantes estrangeiros em seu território. No Brasil, dentre as poucas traduções sobre o tema, destaca-se Andrea Semprini e o livro "Multiculturalismo", onde o autor esclarece que o multiculturalismo traz três questões que não se contrapõem, mas se complementam: a questão da diferença, o direito das minorias em relação às majorias e, finalmente, a identidade e seu reconhecimento.⁵¹

Quando Kelsen exclui possibilidade de Direito além do Estado exclui também todas as pessoas que, devido ao subdimensionamento do Estado, acabam não sendo abarcadas diretamente por ele. Boaventura de Sousa Santos foi um dos primeiros sociólogos a abordar a possibilidade de várias ordens jurídicas coexistirem dentro de um mesmo espaço geopolítico.

Existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social - neste caso, a habitação.⁵²

Nessa pesquisa Boaventura avalia as alternativas jurídicas numa favela do Rio de Janeiro que ele denominou Pasárgada.

(...) para além das razões diretamente econômicas, o estatuto de ilegalidade da comunidade favelada e o bloqueamento ideológico que lhe foi concomitante criaram uma situação de indisponibilidade ou inacessibilidade

⁵⁰ KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. p.40. (tradução livre)

⁵¹ SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. [Tradução de Laureano Pelegrin]. Bauru (SP): EDUSC, 1999, p.43 e Ss.

⁵² SANTOS, Boaventura de Souza. **Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada**. (pp. 87-95) In: SOTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim. (org.) **Sociologia e Direito**: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002, p.87.

estrutural dos mecanismos oficiais de ordenação e controle social. Esta situação poderia ter sido de algum modo neutralizada, se entretanto se tivessem desenvolvido na comunidade mecanismos internos, informais e não-oficiais, capazes de articular e exercer uma legalidade e uma jurisdição alternativas para vigorar dentro da comunidade.⁵³

A existência de mais de uma ordem jurídica dentro de um mesmo território não significa apenas que o poder muda de mãos, pelo contrário estatui também uma nova lógica jurídica que, incontestavelmente, pode ser diversas nos conceitos, preceitos e lógicas da ordem jurídica ocidental moderna.

Na medida em que a realização social de tais interesses se processa harmoniosamente, isto é, sem ocorrência de conflitos entre os vários centros individuais de juridicidade, a relação entre estes é de extrema autonomia e tolerância recíprocas. No momento, porém, em que os conflitos surgem, o choque não é meramente entre reivindicações fáticas ou normas jurídicas isoladas, é antes entre duas ordens jurídicas, duas pretensões globais de juridicidade ou ainda entre duas vocações contraditórias (mutuamente exclusivas) de universalização jurídica.⁵⁴

O multiculturalismo e a existência de direitos locais, alguns ligados inclusive a perspectivas indígenas e quilombolas tradicionais, a experiência do direito à laje e a forma de organização dos direitos da comunidade em torno da Associação de moradores demonstraram ser possível experimentar novas formas de vivenciar o Direito mesmo dentro das sociedades ocidentais modernas. O que limita ainda mais o âmbito de incidência da Teoria Geral do Direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O QUE SOBROU DO CÉU

Depois de avaliar todos os limites apresentados fica a pergunta: qual o alcance da Teoria Geral do Direito?

Para respondê-la voltamos a um dos principais referenciais desse artigo, o antropólogo Clifford Geertz, quando aponta para o que denomina "processo de representação":

(...) um fenômeno aliás que é a base de toda a cultura: isto é, o processo de representação. A descrição de um fato de tal forma que possibilite aos advogados defendê-lo, aos juízes ouvi-lo, e aos jurados solucioná-lo, nada mais é que uma representação: como em qualquer comércio, ciência, culto, ou arte, o direito, que tem um pouco de todos eles, apresenta um mundo no qual suas próprias descrições fazem

⁵³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada**. p.94.

⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada**. p.95.

sentido. Discutiremos, mais adiante, os paradoxos que este tipo de descrição pode gerar; o argumento aqui, no entanto, é que *a parte "jurídica" do mundo não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios, e valores limitados, que geram tudo que tenha a ver com o direito, desde decisões do júri, até eventos destilados, e sim parte de uma maneira específica de imaginar a realidade.* Trata-se, basicamente, não do que aconteceu, e sim do que acontece aos olhos do direito; e se o direito difere, de um lugar ao outro, de uma época a outra, então o que seus olhos vêem também se modifica.⁵⁵

A Teoria Geral do Direito é uma forma específica de imaginar a realidade que dialoga com o nosso olhar ocidental moderno de compreender e representar a realidade e, em conseqüência, o Direito. Essa forma de imaginar tem alcance historicamente delimitado ao século XIX. Também é limitado culturalmente ao mundo ocidental. Além disso, trata-se apenas do mundo ocidental oficializado, sem espaço para os excluídos do Estado-nação.

A função do estudo da Teoria Geral do Direito deve objetivar a compreensão de nossa cultura, a fim de compreender a lógica discursiva do Direito que prevaleceu no século XIX e XX e que somos herdeiros.

Essa função é muito mais próxima ao autoconhecimento: conhecer para entender a lógica sob a qual foi concebido o sistema jurídico ocidental contemporâneo. Porém não vale mais a pena se investir no desenvolvimento da Teoria Geral do Direito, isso porque é um projeto superado cientificamente falando. Em suma:

Se é que existe alguma mensagem naquilo que disse aqui, é o que o mundo é um lugar variado, variado entre advogados e antropólogos, variado entre muçulmanos e hindus, variado entre grandes e pequenas culturas, variado entre os 'então coloniais' e os 'aqui e agora' nacionalistas; e muito pode ser ganho, cientificamente ou não, se confrontarmos essa grande verdade ao invés de desejar que ela simplesmente desapareça em um nevoeiro de generalizações fáceis e falsos confrontos.⁵⁶

Generalizações e conceitos fáceis são a forma mais fácil de facilitar a vida daqueles que preferem fingir que não existe diversidade no mundo.

7. REFERÊNCIAS

⁵⁵ GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa.** p.259, Itálico nosso.

⁵⁶ GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa.** p.355.

FURMANN, Ivan. O impacto das reflexões interdisciplinares na Teoria Geral do Direito de Hans Kelsen. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ANGELO, Cláudio. Cientista de Harvard vê limitações em linguagem animal. **Folha on-line.** Extraído de <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u373738.shtml>. Acesso em 19 de Fevereiro de 2008.

BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; QUINTANEIRO, Tânia; OLIVEIRA, Marcia Gardênia Monteiro de. **Um toque de clássicos:** Marx, Durkeim e Weber. 2ª ed. ver. amp. – Belo Horizonte: UFMG, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** lições sobre filosofia do direito. São Paulo. 1995.

BURKE, Peter (org.). **A escrita da história:** novas perspectivas. São Paulo: UNESP, 1992.

CASSIRER, Ernest. **Antropología Filosófica.** Ciudad de México: Fondo de Cultura, 1998.

CEVASCO, Maria Elisa. Cultura: Um tópico britânico do marxismo ocidental. In: MUSSE, R.; LOUREIRO, I. M. **Capítulos do marxismo ocidental.** São Paulo: Editora UNESP, 1998.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau/PUC/RJ, 1996.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas.** Rio de Janeiro: LTC Editora, 1989.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: _____. **O saber local.** Novos ensaios em antropologia interpretativa. (Tradução de Vera Mello Joscelyne). 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **A Política Perdida. Ordem e. Governo Antes da Modernidade.** Curitiba: Juruá, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo. Martins Fontes. 2000.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural.** Barcelona: Paidós, 1996.

LARAIA, R. **Cultura:** um conceito antropológico. 13. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?** 17 ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem.** Brasília/ São Paulo: Ed. UnB/ Imprensa Oficial do Estado, 2003.

FURMANN, Ivan. O impacto das reflexões interdisciplinares na Teoria Geral do Direito de Hans Kelsen. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. (pp. 87-95) *In*: SOTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim. (org.) **Sociologia e Direito**: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. [Tradução de Laureano Pelegrin]. Bauru (SP): EDUSC, 1999.

THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural**: mudanças em relação às plantas e aos animais (1500-1800). São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

WILLIAMS, Raymond. **Cultura e sociedade**: 1780-1950. (Tradução de L. H. B. Hegenberg, O. S. da Mota e Anísio Teixeira). São Paulo: Nacional, 1969.

WILLIAMS, Raymond. **The long Revolution**. New York: Columbia University Press, 1961.