

RECEBIDO EM 29/02/2016
APROVADO EM: 25/05/2016

O COSTUME NA TEORIA PURA DO DIREITO: UMA ANÁLISE PELO MÉTODO DA HISTÓRIA DO DIREITO

*CUSTOMS IN THE PURE THEORY OF LAW: AN ANALYSIS BY THE
METHOD OF HISTORY OF LAW*

Juliano Scherner Rossi

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em

Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Procurador Federal - AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1 A história como método para o direito; 2 A pureza metodológica; 3 O costume: História do direito na Teoria Pura do Direito?; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Será analisado o costume jurídico na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, a partir do método da história do direito: se a Teoria Pura articula de algum modo história do direito como elemento de sua proposta metodológica quando trata do costume e como. Tem-se então não a Teoria Pura na história, mas a história na Teoria Pura. Na primeira seção é apresentada uma proposta metodológica para a história do direito, com base nas obras de Costa, Grossi e Hespanha. Na segunda, é feita análise da proposta de pureza metodológica da Teoria Pura. Na última, é discutido o costume na Teoria Pura e se a abordagem de Kelsen acerca da vigência da norma costumeira incorpora elementos de história do direito, segundo o método proposto. A questão jurídica no exame do costume diz respeito à existência de um ato de vontade que estabeleça o costume como norma e seu conteúdo desta. O método da história do direito é útil para averiguação dos dois aspectos, mas Kelsen não estabelece um método para investigação do costume ou sua formação (especula-se que em razão da própria pureza metodológica). O método histórico se aplica sem prejuízo do método kelseniano, no âmbito de cada um, o que revele abertura deste em relação àquele.

PALAVRAS-CHAVES: História do Direito; Teoria Pura do Direito; Hans Kelsen; Costume

ABSTRACT: It will be analysed the custom as a source of law in the the Pure Theory of Law (Hans Kelsen) from a historical perspective: does the Pure Theory articulates somehow history as part of its methodological approach when dealing with customs and how? The first section presents a methodology for a historical investigation of law, based on the works of Costa, Grossi and Hespanha. The second section presents an analysis of the methodological purity proposed in the Pure Theory. The last section discusses how customs are addressed in the Pure Theory and how customs can incorporate elements of legal history, according to the proposed method. According to Kelsen, the legal analysis of customs involves determining the existence of an act of will establishing its compulsoriness and its normative content. The historical approach is useful to investigate these two aspects, but Kelsen does not establish any method for that (it is speculated that the reason lies in his methodological purity proposal). The historical approach applies without prejudice to the Kelsenian method, each one applicable to different domains, which reveals the opening of the last in relation to the former.

KEYWORDS: Legal History; Pure Theory of Law; Hans Kelsen; Customs.

INTRODUÇÃO

Um dos aspectos controversos da teoria de Hans Kelsen é de sua proposta de pureza metodológica. O recorte que ele propôs, que ao fim levará à conclusão de que a ciência do direito – e seu método – se ocupam do estudo de relações entre normas positivas, pode levar a uma compreensão incompleta do fenômeno jurídico. O direito, como fenômeno social, cultural e político, encarna não apenas seu aspecto técnico de solução de controvérsias, mas também ideais de civilização e projetos de sociedade. Na concepção de Kelsen, a despeito do reconhecimento da relevância dessas esferas, elas não são ocupação do jurista, mas de outros cientistas, como sociólogos, historiadores, cientistas políticos. Para ele, essa era uma resposta satisfatória. Se for tomada a sua concepção positivista de ciência, até pode ser.

Este artigo buscar analisar historicamente o costume na Teoria Pura (Teoria Pura, deste ponto em diante). Uma das leituras históricas possíveis da obra de Kelsen é situar a Teoria Pura como produto da história e de seu tempo. Essa vertente já foi bastante explorada e aqui serão dadas algumas pinceladas sobre esse aspecto, de modo lateral. Outra ainda é analisar a Teoria Pura como um documento histórico conforme um método historiográfico. Essa leitura é possível e aqui também são dadas algumas pistas de como fazê-lo. O objetivo principal aqui, entretanto, é outro, analisar se a Teoria Pura articula de algum modo história do direito como elemento de sua proposta metodológica quando trata do costume e como. Tem-se então não a Teoria Pura na história, mas a história na Teoria Pura. Não se pretende com isso procurar trincas em um vaso de porcelana, mas antes identificar os elementos de história do direito que possam servir a uma leitura renovada de uma concepção fundante de direito, uma leitura nova de uma teoria que já se aproxima do centenário.

É certo que o costume tem perdido importância como fonte de normas, o que de certa forma levanta a questão da relevância da pesquisa. O recorte foi escolhido por ser talvez o tema que tenha maior aproximação com a história do direito. Ainda, o costume é o campo do direito com maior aproximação ao direito internacional, em razão da anarquia que caracteriza a sociedade internacional. Um resultado satisfatório pode indicar algum caminho para pesquisa posterior. Uma resposta inicial, por outro lado, seria que há pouco espaço para a história do direito na Teoria Pura, em razão de a relação entre normas não pressupor análise histórica. Ainda assim, a construção das instituições jurídicas ao longo do tempo pode afetar o modo como essas relações se construíram.

A primeira seção tratará da história do direito e sua importância em uma visão ampliada do fenômeno jurídico, sua dimensão cultural e na formação das instituições. O aspecto atual dessas instituições jurídicas relaciona-se com o passado, mas libertar-se do presente ao interpretá-lo, ainda que ao fim a interpretação se destine ao presente, é um dos grandes desafios. A segunda seção analisará a proposta de pureza metodológica contida na Teoria Pura. Será exposta segundo o pensamento de Kelsen e alguns comentários com respeito a suas implicações a partir de outros autores. O objetivo da crítica é posicionar a teoria no tempo e no seu contexto histórico e abrir espaços para a história, o que será visto na terceira seção. Esta estuda o costume na Teoria Pura e busca colocar a história do direito como em algum aspecto relevante na teoria, seja no seu método, seja como complementação.

O método empregado aqui é o dedutivo e a técnica, bibliográfica. As obras de referência de Kelsen serão a Teoria Pura do Direito (doravante Teoria Pura), em sua 2.^a edição, e a Teoria Geral do Direito e do Estado (doravante Teoria Geral), duas obras de maturidade que revisaram a produção teórica do autor. Será também consultada a autobiografia, cuja principal função será encontrar alguns elementos de política que tenham ficado de fora da teoria, em razão da sua proposta de pureza metodológica. Não se pretende com isso propor uma visão eclética, mas antes encontrar elementos de história do direito que possam corroborar um papel ampliado da história que tenham sido apenas sugeridos na Teoria Pura e na Teoria Geral. Eventualmente podem surgir daí propostas para pesquisa adicional.

Um esclarecimento: o termo estado, normalmente grafado com inicial maiúscula, será grafado como o comum das palavras em português, com maiúscula apenas quando abrir frase ou fizer parte de nome próprio. Não se crê que o termo mereça maior deferência apenas por significar aquilo que é, especialmente porque os tempos de ele ser considerado a realização da ideia moral já passaram.

1 A HISTÓRIA COMO MÉTODO PARA O DIREITO

Uma pergunta, talvez a primeira que surja a alguém que se depara com a ideia de história para o direito – e não história do direito – seja sua serventia. A segunda, o como isso se faz. A ideia de a ciência jurídica se ocupar das normas tornou-se tão naturalizada que há alguma dificuldade em se encontrar espaço para sua aplicação a que sirva ao direito. Isso é verdade mesmo nas vertentes mais recentes do positivismo que se adotam a pragmática, ou seja, a compreensão da norma a partir do contexto de

aplicação – um passo adiante do enfoque semântico, de compreensão da norma em referência a si ou a outras normas, que Kelsen tinha em mente quando escreveu a Teoria Pura do Direito. Isso porque a norma continua sendo a lente pela qual a realidade é apreciada. A história pode ser útil para a reconstrução factual do contexto de aplicação, mas ela será somente útil para apreender o sentido da norma se for considerado aquilo que se conhece por interpretação histórica, um procedimento heurístico de reconstrução histórica da formação da norma, especialmente de seu texto, como debates no parlamento. O formalismo do direito contribui para uma visão estreitada da história, pois os referenciais de análise prescindem da história, algo que destoa do senso comum de que a história é necessária para conhecer a realidade.

Grossi¹ atribui essa visão estreitada ao estado moderno e ao Iluminismo, em especial ao jacobinismo, o momento mais incisivo da Revolução Francesa que acentuou a função de controle do direito e o seu nexos com o poder político. O ideal revolucionário de reconstrução total da sociedade apropriou-se de um conceito já existente de soberano para fundá-lo na vontade geral, transformando o estado em um bloco compacto e unitário que exala o direito por meio da lei. Após a Revolução, assistiu-se um processo contínuo e maciço de legalização de todo o direito. A identificação do direito com a lei é a novidade do estado moderno. Tal processo levou ao que Grossi² chama de mito da lei, a crença acrítica na redução do direito a um sistema de leis.

Isso significou a superação da visão medieval de ordenamento jurídico como ordenamento da razão, um ato de conhecimento, de interpretação da realidade e sua tradução em regras. Essa concepção fundamentou o jusnaturalismo medieval, no qual o ordenamento será plenamente realizado apenas se a realidade for tomada em consideração, o que enfatiza o papel da interpretação e reduz a importância do legislador.

Grossi ainda observa que “a história do direito reforça no jurista a persuasão crucial de que este pertence a uma dimensão de civilização”.³ A identificação do direito com o ordenamento jurídico comprometeu sua autonomia e diminuiu suas relações naturais com a sociedade e com a história. Uma das consequências desse afastamento é a incapacidade de

1 GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

2 *Ibidem*.

3 *Ibid.*, p. 35.

analisar criticamente os valores jurídicos atuais “como se fossem únicos, ou, inclusive, os melhores que caiba conceber”.⁴

Em uma leitura abrangente da história do direito, o objeto da história do direito é também a história do poder e das instituições. Segundo Hespanha, a teoria política liberal e o positivismo jurídico estabeleceram “um conceito segundo o qual o poder político tinha a ver com o ‘Estado’, sendo relevantes do ponto de vista da história e da ciência política apenas as instituições, os mecanismos e organizações instituídos por ele”.⁵

Essas observações já são suficientes a uma redefinição do papel da história do direito ao menos como crítica, relativizando o estatuto epistemológico perante a história e oferecendo um ponto de vista alternativo para ressignificação do direito e redescoberta de sua complexidade. Aqui ainda estamos na dimensão do porquê. Adiante será visto o como.

Inicialmente, Grossi⁶ propõe antes uma atitude que um método, o contato e o diálogo contínuos do historiador do direito com que atua no direito positivo. Sua preocupação é com o rompimento do isolacionismo dos juristas e dos historiadores do direito. O primeiro desses isolacionismos decorre da estrutura da própria ciência, pois história e direito possuem métodos próprios autônomos que dificultam o diálogo e a empatia. Grossi não faz menção, mas parece tratar dos paradigmas científicos a que se refere Kuhn,⁷ que funcionam como lente e como sistema de legitimação de produção científica, selecionando o que é e o que não é ciência. O autor propõe que historiadores e juristas busquem os enfoques uns dos outros para que possa se construir uma base comum de diálogo. Isso não se faz com ecletismo metodológico, pois cada saber mantém sua autonomia, mas é necessário identificar na história aquilo que um jurista buscaria para que seja possível se construir uma história do direito. O jurista, por sua vez, não deve olhar para a história como exegese, aplicando um referencial teórico lógico-formal, “psicologicamente alheios a respeito de um complexo de normas, em cujo processo de produção eles próprios não tiveram, nem tem, tarefa alguma”,⁸ pois isso limitaria demais o horizonte histórico do texto.

4 GROSSI, op. cit., p. 37.

5 HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*. Lisboa: Almedina, 2015. p. 49. E-book.

6 Ibidem, 2015.

7 KUHN, Tomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

8 GROSSI, op. cit., p. 42.

Costa⁹ enfatiza a dimensão hermenêutica da historiografia e propõe que a historiografia não seja a descrição de coisas o estado de coisas, mas atribuição de sentido: portanto interpretação. Isso é perceptível pelo fato de, em nenhum sentido da expressão, o historiador “observar os fatos”, pois eles estão no passado; quando muito há sinais. A objetividade das ciências, especialmente considerado o paradigma positivista, já foi questionada ao longo do séc. XX: o cientista não apenas registra fatos, mas também os seleciona, os ordena e lhes dá significado. Não é possível separar o objeto cognoscível do sujeito cognoscente, mesmo nas ciências naturais. A observação é um processo mediado pela linguagem, pelas teorias e pela cultura. A inexistência de objetividade como pressuposto da ciência não leva, todavia, ao niilismo ou negação da ciência. Costa¹⁰ sugere que o próprio texto seja capaz de fixar os limites de sua interpretação, pelos significados possíveis, seu contexto, sua coerência e sua unidade.

Partindo da historiografia como hermenêutica, ainda é necessário estabelecer as abordagens. Costa¹¹ estabelece um horizonte de possibilidades partindo da evolução do pensamento da historiografia do direito. Para Savigny, inicia Costa,¹² o direito é absorvido no pensamento jurídico; a experiência jurídica não se apoia sobre a lei, a jurisprudência ou os costumes, mas mediada pelos juristas como produtores de saber. O pensamento jurídico, por sua vez, se dá na tradição, que reforça a unidade do sistema jurídico e sua representação no pensamento por acumulação progressiva. A função do historiador do direito seria conferir harmonia entre direito e história, “atualizando” o direito, lendo retrospectivamente, procurando nos textos “a prova de que os conceitos e institutos actuais já tinham aflorado no passado”.¹³ Hespanha contesta essa visão da história do direito, pois ela confere à história um papel essencialmente dogmático: a continuidade dos dogmas jurídicos (conceitos, classificações, princípios) constitui via “para a naturalização do direito e dos modelos estabelecidos de poder para a aceitação de um direito natural, de uma organização política racional, fundados no primado de um espírito humano transtemporal”.¹⁴

Positivismo e marxismo romperam com a autossuficiência do direito proposta por Savigny, deslocando-o para dentro de uma “grande

9 COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia*. Curitiba: Juruá, 2010.

10 Ibid.

11 Ibid.

12 Ibid.

13 HESPANHA, op. cit., p. 70.

14 Ibid., p. 54.

narrativa” histórica da sociologia e da economia. O positivismo dá por objeto a reconstrução do fato, a lei, a jurisprudência e os costumes, levando a uma compreensão meramente funcionalista do direito. Essa abordagem provocaria a cisão entre dogmática e história, antes harmonizadas por Savigny; de um lado o direito e seus conceitos, do outro a história e a reconstrução do passado. Betti, citado por Costa,¹⁵ resolveria a questão da abordagem pela compreensão histórico-jurídica do direito a partir dos instrumentos conceituais do cientista: a dogmática hodierna seria o instrumento de abordagem de uma experiência jurídica do passado. Como consequência, direito e história voltam a harmonizar-se, mas sob outra ótica: “o saber jurídico do presente permite o diálogo como passado não porque o intérprete escolhe livremente (arbitrariamente) usar uma linguagem para atribuir significados e narrar textos, mas porque o passado do direito é “objetivamente” conexo com o presente na inquebrável unidade da tradição”.¹⁶

A partir dessas considerações, Costa propõe, então, uma historiografia como interpretação: “a história do direito é a interpretação de textos jurídicos”.¹⁷ Na sua concepção, o direito não é um setor da experiência bem delimitado, compreensível em sua objetividade e unidade – “a juridicidade não é uma estrutura do texto”¹⁸ – mas busca construir uma narrativa aberta cujo standard de juridicidade é definido pela cultura do intérprete que não seja uma descrição acabada, totalizante, de uma experiência unitária de direito (o direito). O método, a abordagem, serão definidos conforme a narrativa – história do pensamento jurídico ou da legislação, por exemplo – e em função dos seus limites. Não há, ainda segundo Costa,¹⁹ um protocolo pré-determinado para tanto; deve ser, por outro lado, respeitada a alteridade do passado e evitadas as falácias anacrônicas, os interpretar o passado a partir das categorias presentes.

Hespanha qualifica o respeito à alteridade do passado como uma atitude de tomar os textos a sério, “preservar a lógica original das fontes, mesmo que esta não coincidissem com a actual”.²⁰ A primeira implicação da preservação da lógica original das fontes é recuperação dos sentidos originais, cuja perda ocorre por meio das sucessivas reinterpretações que

15 COSTA, op. cit.

16 Ibid., p. 21.

17 Ibid., p. 31.

18 Ibid., p. 23.

19 Ibid.

20 HESPANHA, op. cit., p. 70.

selecionam significados a partir de categorias presentes, em especial em função de um objetivo de harmonização.

A cada nível, portanto, o esforço é o de recuperar a estranheza, não a familiaridade, do que é dito; o esforço de evitar deixar-se levar por leituras pacíficas; o de ler e reler, pondo-se porquê a cada palavra, a cada conceito, a cada proposição, a cada “evidência” e procurando as resposta, não na nossa lógica, mas na própria lógica do texto. Até que o implícito deste se tenha tomado explícito e possa ser objecto de descrição. Nessa altura, o banal carrega-se de sentidos novos e inesperados. O passado, na sua escandalosa diversidade, é reencontrado.²¹

Com esse ferramental teórico, passa-se então à análise da Teoria Pura do Direito.

2 A PUREZA METODOLÓGICA

Hans Kelsen (1881-1973) queria fundar, na Teoria Pura do Direito, uma ciência do direito e purificar esse empreendimento acadêmico. A ciência jurídica deveria ser mantida livre de todos aqueles elementos estranhos aos métodos específicos de uma ciência cuja única finalidade é a cognição do direito. Pode parecer antiquado insistir-se em aderir a um método jurídico em uma época como a nossa, em que o holismo e a complexidade são elogiados ou mesmo exigidos. É provável que a época de Kelsen não seja tão diferente da nossa e os problemas que resultem de sincretismo metodológico sejam atemporais.

As filosofias tradicionais legais na época eram, conforme Kelsen alegou, irremediavelmente contaminadas com ideologia política e moralizante, por um lado, ou com tentativas de reduzir o direito às ciências naturais ou sociais, por outro. Ele considerava ambos estes esforços reducionistas seriamente falhos. Em vez disso, Kelsen sugeriu uma teoria “pura” do direito que permitiria evitar o reducionismo de qualquer tipo. A pureza é estabelecida logo no início da obra como pressuposto metodológico:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica

21 HESPANHA, op. cit., p. 73.

de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.²²

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen desenvolveu uma teoria geral de direito que tentou responder às perguntas sobre o que o direito é e como ele é feito, não as questões de que o direito deveria ser ou como deveria ser feito. A tese positivista não afirma que o valor do direito é ininteligível, sem importância ou periférico, mas afirma eles não determinam a existência de leis ou sistemas jurídicos. Kelsen concentrou-se em questões analíticas e estruturais, colocando o direito e a norma jurídica como o objeto de cognição focal de sua ciência jurídica. Sua teoria pura foi nessa medida firmemente localizada dentro da tradição do positivismo jurídico. Como uma teoria geral, a Teoria Pura do Direito não tem como objetivo proporcionar interpretações específicas de determinadas normas jurídicas nacionais ou internacionais. Segundo Warat, a Teoria Pura do Direito “foi concebida como um sistema conceitual destinado a fornecer tanto as normas metodológicas para a adequada produção do saber dogmático do direito, como as categorias gerais desse modelo de conhecimento”,²³ tanto como epistemologia e dogmática geral. A Teoria Pura aspirava a generalidade e ao mesmo tempo implicitamente afirmava a universalidade de sua aplicação: ele pretendia dar conta da lei em todos os momentos e em todos os lugares.

Kelsen propõe uma abordagem diferente de análises sociológicas ou psicológicas da lei. A fim de separar a ciência jurídica de ciências sociais, Kelsen afirma que se deve analisar a natureza essencial do direito, sem qualquer referência à obediência dos cidadãos à lei ou aos determinantes psicológicos das ações humanas. A abordagem de Kelsen não permite inferir que existam normas legais a partir de observações de padrões de seguir regras ou a partir de estudos psicológicos de como os cidadãos ou burocratas se comportam diante da lei.

A separação dos “elementos que lhes são estranhos” é realizada pela identificação daquilo que é próprio do direito, partindo do conceito mais amplo e geral para o particular. Kelsen procurou separar as esferas do moral do jurídico e rejeitou a visão de que o direito é parte da moral. O direito também foi diferenciado a partir da noção de justiça, entendida em três sentidos: como uma categoria moral, no sentido jurídico de conformidade com o direito positivo e como um valor absoluto. Kelsen concluiu que a

22 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1.

23 WARAT, Luis Alberto. *A partir de Kelsen*. Seqüência. Florianópolis, v. 3, n. 5, 1982. p. 108.

justiça (no sentido de valor absoluto) é irracional e tautológica, pois não é dada à cognição, não é exprimível de modo objetivo. A Teoria Pura adota, assim, uma postura antiideológica, descrevendo o objeto como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto. Neste sentido, a neutralidade axiológica a tornava “uma verdadeira ciência do Direito”.²⁴ Era uma ciência cognitiva: a “teoria do Direito radicalmente realista”.²⁵ Por meio da tese da normatividade, Kelsen procurou separar o mundo do direito do mundo de fato. Kelsen não negou que o direito é um fenômeno social, observável na sociedade, mas distinguiu a sua noção de ciência jurídica de sociologia jurídica que – na Teoria Pura do Direito e em outros lugares – ele retratou como uma ciência puramente causal, naturalística, por assim dizer. Kelsen estabeleceu um reino autônomo para a ciência jurídica, separada de uma variante particular da sociologia.

A separação entre as esferas da sociologia e do direito, entre o fato e a norma, dá-se em Kelsen a partir de um juízo de imputação, de dever-ser “se A é, deve ser B”. A norma estatui um dever-ser, uma prescrição cuja validade independe de a conduta prescrita verificar-se ou não na prática. Esse raciocínio difere das ciências naturais, que seguem juízo de causalidade, expresso pela fórmula “se A é, é B”. Essas categorias faziam parte do neokantismo de sua época. A consciência humana, segundo essa concepção, ou vê as coisas como elas são (esta cadeira é de madeira) ou como elas devem ser (esta cadeira deve ser de madeira). Normas são prescrições de dever-ser, conferindo ao comportamento humano um sentido prescritivo.

Enquanto prescrição, “a norma é o produto de um ato de vontade que proíbe, obriga ou permite um comportamento”.²⁶ Embora produzida por um ato de vontade, a norma não se confunde com ele nem tem sua existência dele dependente: “sua ‘existência’ específica é sua validade”.²⁷ A razão essencial da validade se localiza na competência normativa do autor, competência esta conferida por outra norma e assim por diante, até uma norma hipotética fundamental que encontra seu fundamento nela própria (autorreferenciada). Kelsen²⁸ exemplifica esse processo com a obediência aos princípios religiosos: – Não devo matar. – Por quê? – Por que devo obedecer ao mandamento. – Por quê? – Porque devo obedecer a Deus. –

24 KELSEN, op. cit., p. 75.

25 Ibid, p. 75.

26 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Hans Kelsen, *um divisor de águas 1881-1981*. Sequência, Florianópolis, v. 2, n. 4, p. 133-138, 1981. p. 135.

27 Ibid., p. 136.

28 KELSEN, op. cit.

Por quê? – Porque sim. Esse “porque sim” indica que obedecer a Deus é uma norma autorreferenciada que funda todas as demais. No direito, a norma fundamental, o “porque sim”, decorreria de uma eficácia geral do ordenamento jurídico. Desse modo, Kelsen torna a ciência jurídica uma ciência pura de normas, que as investiga como entidades a serem analisadas no seu encadeamento hierárquico. Cada norma vale “não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental”.²⁹

A ideia de uma norma fundamental está ligada diretamente a uma concepção de estado como único produtor legítimo de normas. Essa formulação é compatível com o conceito de Weber³⁰ de estado moderno: a comunidade humana que reivindica com sucesso o monopólio da violência física legítima em um território; uma associação compulsória que organiza a dominação. A Teoria Pura não faz referência a Weber, como em geral não faz referência ao pensamento de outros autores, mas Kelsen conhecia a sua obra, tanto assim que referiu-o em sua opção de tratamento puramente formal das proposições jurídicas.³¹ Essa concepção de estado revela uma das limitações da Teoria Pura e que explica em boa parte os problemas para descrever o direito internacional a partir dela, algo que Kelsen empreendeu na Teoria Geral do Direito e do Estado e no Princípios de Direito Internacional.

A formulação do dever-ser é ainda análoga ao is-ought problem (ou Navalha de Hume), como articulado por David Hume, que propôs que há uma diferença significativa entre enunciados descritivos (o que é) e enunciados prescritivos ou normativos (sobre o que deveria ser), e que não é óbvio que se possa mover de forma coerente de afirmações descritivas para prescritivas.³² Se em Hume a formulação tem implicações no campo da moral e da limitação do raciocínio indutivo, por exemplo, em Kelsen ela se traduz na impossibilidade de deduzir fatos a partir de normas e vice-versa.

Essa conclusão expõe uma inconsistência na Teoria Pura, de fundar o ordenamento sobre um fato (a sua eficácia geral), o que também não deixa

29 FERRAZ JR., op. cit., p. 136.

30 WEBER, Max. *Ciência e política*: duas vocações. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

31 TOFFOLI, José Antonio Dias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (estudo introdutório para a edição brasileira da “Autobiografia” de Hans Kelsen). In: KELSEN, Hans. *Autobiografia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

32 HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. [s. l.]: Project Gutenberg, 2010. Ebook. Revisado em 2012.

de implicar que o direito se funda na força, ao menos do grupo humano que reivindicou com sucesso o monopólio da violência física legítima. Do ponto de vista da coerência interna da teoria, essa pressuposição é desnecessária. Isso, todavia, desafiaria o problema da coerência externa e como ancorá-la para que ela efetivamente descrevesse a realidade e não um fosse um esquema puramente abstrato. Esse dilema é exposto por Kelsen ao tratar do bando de salteadores: uma organização criminosa, quando propõe e aplica um código de condutas, produz direito? A saída encontrada por ele está no monopólio da força do estado. O bando de salteadores não produz direito porque suas normas não derivam das normas postas pelo estado, que não reconhece essa faculdade e que pode se fazer valer pela coerção em última instância. Perceba-se que não são feitas referências a valores, como bem comum, como fundamento. O como as coisas são, o estado em sua objetividade, também implica não justificá-lo em valores éticos. Sua prevalência não decorre de sua superioridade moral, como, por exemplo, em Hegel,³³ que o define como a máxima realização da ideia moral.

O pressuposto de monopólio normativo da teoria kelseniana revela uma limitação em seu aspecto descritivo (âmbito do ser) que a qualificaria como um direito da normalidade institucional, ou seja, um direito de uma sociedade em que o estado não encontra rival como associação que organiza a dominação, voltando ao conceito de Weber. A implicação mais evidente está nos momentos de exceção, como nas revoluções, guerras de independência ou desagregação institucional, mesmo que não haja organização que busque substituir o estado, como no caso das guerras: como cobrar uma dívida se os tribunais ou não existem mais ou não conseguem fazer valer suas decisões? No que restou da polícia? Com a ajuda dos vizinhos ou do que restou da associação de moradores? Nessas situações não há direito?

Outra implicação diz respeito à relação de como se compreende a relação entre estado e sociedade. Estado algum é capaz de controlar todos os aspectos da sociedade, mesmo os totalitários, mas existe essa pretensão quando há monopólio da produção normativa, mesmo nos democráticos. O interessante é perceber que Kelsen³⁴ não tinha em mente estados totalitários ao desenvolver sua teoria, mas buscava uma solução para o direito do Império Austro-húngaro, um estado plural, ao menos se comparado com os congêneres europeus da época. Teorias institucionalistas, como a de Santi Romano, propõem que a fonte do direito não está no estado, mas

33 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

34 KELSEN, Hans. *Autobiografia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

na sociedade.³⁵ Esta operaria a partir de referenciais próprios e organiza-se espontaneamente em instituições, comunidades que estruturam a convivência social por meio de normas criadas nos seus seios. O estado seria uma das instituições, mas certamente não a única, e haveria tantos direitos quantas instituições houvesse. Essa concepção explica mais facilmente a pluralidade nas sociedades, como a internacional, e, em boa medida, a cobrança de uma dívida onde não existem mais tribunais. Por outro lado, afirma a juridicidade do bando de salteadores, a menos que se recorra a elementos éticos para caracterizar as instituições (algo que, Santi Romano, por exemplo, não fez), o que implicaria um retorno a concepções jusnaturalistas.

Pelas considerações acima, há um obstáculo conceitual à existência de elementos de história do direito na Teoria Pura senão como originada de sua incoerência interna. O que se deve explorar, todavia, é a abertura que a pureza metodológica tem à história não como equívoco, mas como parte do método. É isso que será feito a seguir.

3 O COSTUME: HISTÓRIA DO DIREITO NA TEORIA PURA DO DIREITO?

Os lugares mais óbvios para uma abertura para a história na Teoria Pura está naquilo de mais “real”, não nas operações lógico-formais de derivação que caracterizariam o ordenamento jurídico ou nos juízos de dever-ser, mas onde a teoria se ancora na realidade. O primeiro deles diz respeito ao costume jurídico. O segundo, à aplicação das normas.

Kelsen³⁶ conceitua costume da seguinte forma:

uma linha de conduta de observância generalizada, durante a qual os indivíduos atuantes não têm o propósito consciente de criar Direito; mas eles devem considerar seus atos como estando em conformidade com uma norma obrigatória e não como uma questão de escolha arbitrária.

Kelsen³⁷ não o diferencia da norma passada pelo parlamento em substância. As duas situações são qualificadas como norma positiva:

o sentido subjetivo dos atos constitutivos do costume apenas pode ser interpretado como norma objetivamente válida se o costume é assumido

35 ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: FUNJAB, 2008.

36 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 167.

37 Id., 1998b, 1999.

como fato produtor de normas por uma norma superior. Visto o fato do costume ser constituído por atos de conduta humana, também as normas produzidas pelo costume são estabelecidas por atos de conduta humana e, portanto, normas postas, isto é, normas positivas, tal como as normas que são o sentido subjetivo de atos legislativos. Através do costume tanto podem ser produzidas normas morais como normas jurídicas. As normas jurídicas são normas produzidas pelo costume se a Constituição da comunidade assume o costume - um costume qualificado - como fato criador de Direito.³⁸

O sentido de Constituição a que alude Kelsen no contexto de sua teoria: “a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”,³⁹ produzida por via consuetudinária ou por ato individual coletivo dirigido a esse fim.⁴⁰ A norma consuetudinária está no escalão imediatamente inferior à Constituição, pois dela deriva imediatamente. O sentido de dever-ser surge de uma norma constitucional com a formulação devemos nos conduzir conforme o costume. Essa norma pode inclusive ter sido criada pelo costume.

Segundo Kelsen,⁴¹ o costume para que se torne norma jurídica deve ser reconhecido como tal por um ato de vontade – este o sentido de direito positivo, posto – individual ou coletivo. Não há diferença substancial entre a norma costumeira e a promulgada pelo parlamento, pois ambas decorrem de um ato de vontade, apenas havendo diferença de fonte legiferante. A ideia de que a norma consuetudinária seja produto de um ato de vontade somente pode ser compreendida nos termos do devemos nos conduzir conforme o costume, pois é do processo de formação do costume a indeterminação quanto aos sujeitos ou ao momento de sua criação. Do ponto de vista histórico, esse fato pode ser item de investigação, mas, do ponto de vista jurídico, o resultado é indiferente, pois a existência específica do costume

38 KELSEN, op. cit., 1999, p. 7.

39 Ibid., p. 155.

40 Kelsen (1999) diferencia Constituição em sentido material, o sentido aqui apresentado, de Constituição formal, “um documento designado como ‘Constituição’ que - como Constituição escrita - não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual.”

41 Ibid., 1998b, 1999.

como norma independe de quando, por que o costume existe ou qual seu germe, mas apenas de se no dado momento há o reconhecimento de sua obrigatoriedade por um ato de vontade do estado (ainda que esse mesmo ato seja consuetudinário).

Kelsen nega o caráter declaratório do costume, conforme proposto por Savigny e pela escola histórica alemã, segundo o qual o costume é expressão do direito e não sua causa. Nessa concepção, o direito não é produzido nem pela legislação nem pelo costume, mas pelo espírito do povo (*Volksggeist*); a função do direito positivo é antes a de reconhecê-lo, deduzindo as normas positivas a partir dele. Uma das implicações desta visão é o condicionamento da validade das normas positivas à conformidade com o espírito do povo e que o conteúdo da lei não pode ser determinado senão por referência a princípios morais. Kelsen⁴² avalia essa concepção como jusnaturalista ao atribuir a criação do direito a uma entidade imaginária. Essa concepção seria mistificadora, na medida em que retira da criação do direito o conteúdo de poder (ato de vontade), naturalizando o discurso. Essa noção leva ao costume como constitutivo do valor de justiça.⁴³

No mais, por serem norma positiva, direito estatuído e consuetudinário revogam-se mutuamente conforme o *lex posterior*. O mesmo se diz da desuetude como fator de revogação de norma positiva. Essas questões são resolvidas conforme as prescrições da Constituição em sentido material como decorrência de sua própria definição. A formulação é flexível o suficiente para dar ao costume maior ou menor relevância como fonte de normas a depender da organização de dada sociedade.

Uma das dificuldades do direito consuetudinário reside na dificuldade da certificação de sua validade – verificar a sua criação constitucional, “a existência específica da normas”⁴⁴ – pelo órgão aplicador do direito, em comparação com o direito estatuído, geralmente publicado em jornal oficial. Essa dificuldade, todavia, segundo Kelsen, não implica diferença de um e de outro em sua substância, pois nos dois casos preexiste uma norma jurídica geral ao ato de aplicação do direito, que tem eficácia retroativa: “o fato é havido como já posto no momento determinado pelo órgão aplicador do Direito e não como apenas posto no momento dessa averiguação”.⁴⁵

42 KELSEN, op. cit., 1999.

43 KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

44 *Ibid.*, 1998b, p. 43.

45 KELSEN, op. cit., 1999, p. 159.

E só. Kelsen não elabora o como averiguar a existência de uma norma consuetudinária, na Teoria Pura ou na Teoria Geral. Igualmente não explica o motivo pelo qual deixou de fazê-lo. É possível inferir, entretanto, que a proposta de pureza metodológica tenha imposto esse limite ao jurista. Essa frustração se sente também na leitura do Cap. 8 da Teoria Pura, quando trata da interpretação e propõe a célebre analogia da ciência do direito como moldura. A ciência do direito, segundo o raciocínio de Kelsen, não é capaz de resolver sozinha um único problema de direito, pois precisa do apoio da ciência da linguagem para que se conheça o sentido exato dos termos da norma (Kelsen estava no campo da semântica, não da pragmática).

Surgiram ao longo do século XX outras concepções de ciência que questionaram alguns dos pressupostos da concepção positivista, como a separação de sujeito e objeto, a neutralidade do cientista, especialmente nas ciências sociais. Para o que nos interessa aqui, talvez a questão mais importante seja outro desses pressupostos, a proposta cartesiana de análise e síntese: dividir-se o problema em outros menores, de compreensão mais simples, até que, solucionados estes, chegue-se à solução do problema maior. A metódica da interpretação (o literal, o histórico, o teleológico, etc.) parte desse pressuposto. Kelsen parece dar ao problema da interpretação uma resposta coerente com sua proposta de pureza metodológica: a ciência jurídica, como sendo uma ciência da linguagem, não é capaz de resolver esse problema antes de a própria linguística estabelecer um método racional de interpretação. Do ponto de vista da ciência jurídica, por outro lado, mesmo que a ciência da linguagem não esteja plenamente desenvolvida – e nem venha a ser, ao menos em uma concepção de ciência como acúmulo de conhecimento –, mais importante que o ato de conhecimento é o ato de vontade que constitui a norma (no caso, a norma positiva individual criada pelo juiz). Se esta norma for produzida conforme a previsão constitucional, ela é norma válida.

Aplicado o mesmo raciocínio ao costume, na certificação da norma costumeira, ainda que não se tenha um método suficientemente desenvolvido que estabeleça o ato de conhecimento, prevalecerá o ato de vontade que reconhece – ou não – a norma consuetudinária como válida. Nesse sentido, ao menos quando se averigua o costume, parece não haver trinca no vaso de porcelana; a proposta de pureza metodológica foi coerente com o tratamento da matéria.

Há abertura para a história do direito, por outro lado, enquanto ciência autônoma, operando por método próprio. Parece pouco, mas já se considera algo novo. O fato de a Teoria Pura ignorar a história do

direito não implica negá-la com método, mas antes afirma sua autonomia epistemológica.

O objetivo do estudo histórico é limitado, todavia, pela implicação jurídica. Se a ciência do direito se ocupa de normas, são essas que o historiador do direito deve entregar ao jurista. Nessa acepção, o objeto da história do direito – talvez história para o direito – é a pesquisa da existência das normas (consuetudinárias, no âmbito desta pesquisa), do ato de vontade que lhe deu existência e do seu enunciado. O método para tanto será o da historiografia jurídica.

Uma última observação quanto à historiografia aplicada à norma consuetudinária. A proximidade dos fatos no tempo talvez diminua a importância de algumas das advertências feitas por Hespanha e Costa no que tange aos textos, pois as mesmas categorias jurídicas provavelmente orientam tanto os textos hodiernos como os históricos que se analisam. Os processos de seleção de significados devem ser investigados nesse caminho. Nas situações em que o costume seja antigo, pode haver mudanças de significado que devam ser tomadas em consideração, mas os significados, para efeito da aplicação da norma, são aqueles vigentes no momento dos fatos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O risco que se corre hoje é o do ecletismo metodológico, capaz de produzir resultados incoerentes ou inconsistentes, a pretexto de serem científicos. Se a pureza metodológica revela limitações como proposta epistemológica, a autocontenção que ela determina ao jurista com respeito ao método pode ser compreendida como abertura, e não como fechamento: abertura a outros campos da ciência. Essa observação é feita não com base no conceito atual de ciência, mas no conceito empregado por Kelsen. Ao historiador do direito caberia partir de onde parou o jurista. É bem verdade que esse tipo de raciocínio parece artificial, na medida em que qualquer problema de direito precisaria de um sem número de profissionais. Em verdade, é mesmo, pois do que se trata aqui não é de profissões, mas de métodos. O método da ciência jurídica seguido do método da historiografia do direito. O nome para isso é rigor científico.

Não é necessário refutar a Teoria Pura para haver uma história do direito que seja compatível com ela. No campo do costume, o caminho ao menos está aberto.

REFERÊNCIAS

- COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia*. Curitiba: Juruá, 2010.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981. *Seqüência*, Florianópolis, v. 2, n. 4, p. 133-138, 1981.
- GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*. Lisboa: Almedina, 2015. E-book.
- HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. [s. l.]: Project Gutenberg, 2010. Ebook. Revisado em 2012.
- KELSEN, Hans. *Autobiografia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- _____. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- _____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KUHN, Tomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: FUNJAB, 2008.
- TOFFOLI, José Antonio Dias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (estudo introdutório para a edição brasileira da “Autobiografia” de Hans Kelsen). In KELSEN, Hans. *Autobiografia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. *Seqüência*. Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 107-115, 1982.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

