

CTC
ANO - 3º FLO 26
BOM ESTUDO

**NOS CONFINES
DO DIREITO**

Antropologia jurídica da modernidade
Norbert Rouland

Tradução
MARIA ERMANTINA DE ALMEIDA PRADO CALVÃO

FILOSOFIA E TEORIA
GERAL DO DIREITO
BIBLIOTECA

Martins Fontes
São Paulo 2003

06/03

Capítulo IV O direito no plural

Há certas idéias de uniformidade que entusiasman algumas vezes as grandes mentes [...] mas impressionam infelizmente as pequenas. Nelas encontram um gênio de perfeição que é impossível não descobrir; os mesmos pesos na política, as mesmas medidas no comércio, as mesmas leis no Estado, a mesma religião em todas as partes. Mas isto será sempre conveniente, sem exceção? [...] a grandeza do gênio não consistiria mais em saber um qual caso é preciso a uniformidade e em quais casos é preciso diferenças? [...] Quando os cidadãos seguem as leis, que importa que sigam a mesma?

MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, XXX, 18.

O caráter social do homem não se esgota no Estado, mas se realiza em diversos grupos intermediários, da família aos grupos econômicos, sociais, políticos e culturais, que têm cada qual sua autonomia própria.

JOÃO PAULO II, enciclica *Centesimus Annus*, 1991.

A pluralidade das culturas será um obstáculo para a unidade do gênero humano? Poderá ao mesmo tempo afirmar que todos os valores são equivalentes e querer combater a injustiça? É a essas questões que deveriam responder, em 1990, os candidatos ao exame de bacharelado. Elas se apresentam a todos os cidadãos. O direito francês não é espontaneamente inclinado a consagrar o pluralismo. Por mais que o Estado republicano se tenha resolvido há uns dez anos à descentralização, esta até hoje é apenas administrativa. O Estado retém em última análise o poder de fazer a lei: os juristas vêem nisso, faz muito tempo, a mais manifesta expressão da soberania. As coletividades territoriais podem, decerto, criar normas, mas o Estado lhes dá a rede curta: essas normas só podem acrescentar-se às regras estatais e não substituí-las, isso nas áreas e nas condições fixadas pelo direito estatal; o juiz ou o executivo podem anulá-las. Pois somos sempre influenciados por mitos elaborados há dois séculos.

Rumo às galáxias jurídicas

A lei "deve ser a mesma para todos, quer ela proteja, quer ela puna", prescreve o artigo 6 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, que pertence ao nosso direito positivo. Uma representação da sociedade modelada pela imagem de um corpo homogêneo a inspira. Paralelamente, o princípio de unidade do Estado é lido estritamente como um imperativo de uniformidade. País dos direitos do homem, que concele generosamente o direito de asilo, a França está infinitamente mais recuada no que concerne aos direitos das minorias¹. Abandonos de jurisdição ou concessões de territórios, tais como os está operando o Estado canadense em proveito das minorias ameríndias, seriam na França inimagináveis. E, no entanto, certos fatos começam a impor-se. No final de 1990, o governo elabora um estatuto administrativo da Córsega que, pela primeira vez, reconhece *juridicamente* a existência de um povo corso. Seu primeiro artigo é recheado de palavras que fazem empalidecer os partidários de um poder central forte: "A República francesa garante à comunidade histórica e cultural constituída pelo povo corso, componente do povo francês, os direitos à preservação de sua identidade cultural e à defesa de seus interesses econômicos e sociais específicos." Mais discretamente, o direito privado também recebe injeções de pluralismo, notadamente no ponto em que se aproxima mais da moral, no direito das pessoas. Faz onze anos, os casamentos polígamos são reconhecidos pela Corte de Cassação e pelo Conselho de Estado... desde que sejam os de imigrantes que os contrairam em seu país natal

1. Cf. D. Lothak, *Les minorités et le droit public français: du refus des différences à la gestion des différences*, in: *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, estudos reunidos por A. Renet e G. Soulier, Paris, L'Harmattan, 1989, 111-84. Alguns juristas são hostis ao pluralismo civil porque, colocados diante de uma escolha, tanto a moral como o direito têm de decidir-se: cf. C. Atlas, *Le mythe du pluralisme civil en législation*, *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif*, 2, 1982, 244-53.

antes de sua instalação na França. Prudente, a Previdência Social aperta os cordões de sua bolsa furada, não aceitando a existência senão de uma esposa. Está certo, mas trata-se de imigrantes, responderão. Não são os únicos vetores de pluralismo jurídico. Contra as tradições do Sul da França, fortemente impregnado de concepções individualistas e da onipotência do testamento legada pelo direito romano, os revolucionários suprimiram em 1791 todos os privilégios ligados à progeneritura, ao sexo, à sucessão por leitos. Cumprida emancipar os jovens (alguns anos mais tarde, o Código Civil era compreendido como o "Código da Juventude"), o que passava pela fragmentação das heranças (chamou-se também o Código de "a máquina de retalhar o solo") e contribuiu para pulverizar os clãs aristocráticos. Paralelamente, foi feita interdição aos pais de família de favorecer um dos filhos por testamento. Defenderam-se como puderam contra a legislação dos homens do Norte. Por exemplo, reduzindo voluntariamente o número dos filhos. Ou jogando com certas possibilidades deixadas abertas, como o mostram alguns exemplos atuais².

O camponês do Aveyron aplica sempre a regra (consuetudinária) "do quarto": aquele dos filhos que já trabalha na fazenda – em geral o primogênito – recebe um quinto suplementar ao que lhe cabe legalmente a fim de que seja preservada a unidade da propriedade, competindo-lhe resarcir os irmãos e irmãs. No país basco, o primogênito é beneficiado mais por meio de doações-partilhas operadas em vida dos pais. Entre os nobres e os burgueses, costuma-se usar o dispositivo de segurança da cota disponível (a parte – variável – do patrimônio pessoal que cada um de nós tem liberdade de transmitir a quem quiser) para legar ao filho primogênito a morada ancestral ou o castelo. Atitudes seguidas e minoritárias? Os mecanismos jurídicos que asseguram a transmissão preferencial das empresas se preendem largamente à mesma lógica.

2. Cf. C. Rigollet, *Et le droit d'aînesse?*, *Le Point*, 918, 23 abr. 1990, 131.

Existem em nossa sociedade muitas outras manifestações de pluralismo jurídico, voltaremos a elas. Tentemos brevemente definir o conceito? Em sua versão fraca, este alude à existência, no seio de determinada sociedade, de mecanismos jurídicos diferentes que se aplicam a situações idênticas. Por exemplo, o contrato comercial, em que o comerciante vende mercadorias segundo regras diferentes (mais maleáveis) que o resto dos cidadãos. Em sua versão forte, que tem minha preferência, inspira-se na idéia de que os diferentes grupos sociais vêem cruzar-se em seu seio múltiplas ordens jurídicas: o direito estatal, mas também aquele produzido por outros grupos, direitos que podem coincidir ou divergir. Por exemplo, o trabalhador imigrante é submetido em seu trabalho ao regulamento interno da empresa que o emprega; utiliza o direito estatal segundo o qual funciona a Previdência Social, cujos diversos benefícios ele recebe; ele os redistribui no interior de sua família segundo critérios consuetudinários que não são os do direito francês (condição da - ou das - mulher(es), principalmente). Outro exemplo: um *matifoso* pode fazer legalmente investimentos na Bolsa se utiliza dinheiro corretamente lavado, mas também pode liquidar um rival conforme as tradições da Honrada Sociedade. Versão fraca, versão forte, essas não são apenas argúcias de juristas? As conseqüências delas são muito diferentes. A versão fraca reverte em vantagem do direito estatal: nela o pluralismo em geral se reduz a manifestações de autonomia toleradas, reguladas ou incentivadas por ele. Vale mais então falar de pluralidade de mecanismos jurídicos do que de pluralismo jurídico, o qual pressupõe a existência e o encontro de múltiplas ordens jurídicas. A versão forte pode redundar em choques: as leis do meio, a excisão, a subtração

3. Ainda que todos os antropólogos do direito estejam de acordo sobre a existência do pluralismo jurídico, não chegaram a entender-se sobre uma definição única do fenômeno. Cf. N. Rouland, *Pluralisme juridique*, in: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, org. A. J. Arnaud, Paris, LGDJ, 1988, 303-4; *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, 83-4.

de inventores à autoridade paterna (que certas seitas viciam), as obrigações contratadas pelos traficantes de droga são contrárias à ordem que o Estado define como "pública". Pífios exemplos, dir-me-ão, de pluralismo jurídico? São fatos, nem um pouco excepcionais. Poderíamos citar outros, que a infâmia penal não macula: o direito canônico continua a proibir o divórcio, o direito estatal o admite desde 1884; o primeiro proíbe o aborto, o segundo deixou de considerá-lo crime em 1975; no antigo direito, a Igreja e o Estado condenavam o empréstimo a juros, os comerciantes o praticavam etc.

Vamos parar essas enumerações para reter a constatação essencial. O monismo jurídico oferece vantagens e autoriza o repouso das certezas: o que pode ser mais tranquilizador que um astro único num céu líxio? O pluralismo, em sua versão forte, abre-nos as portas de um universo vertiginoso, povoado de galáxias jurídicas que se afastam umas das outras ou, ao contrário, se atraem, misturando às vezes seus braços. A visão clássica do direito seria tão ultrapassada quanto o geocentrismo? Devemos em todo caso interrogar-nos sobre as razões que, de modo muito particular na França, levaram a acontecer o direito ao Estado.

A paixão pelas leis

Já falei da influência do monoteísmo sobre as nossas concepções do direito. Evidentemente ela não explica tudo. Outros países cristãos (mormente os de *Common Law*) não sentiram tanto quanto a França a paixão pelas leis⁴ e pelo Estado.

É que a França foi cedo iluminada pelas Luzes. Alguns, como Voltaire, não eram contra o despotismo, contanto que fosse esclarecido. Esperança desiludida, sabe-se: Frederico da

4. Cf. *supra*, pp. 63-73.

5. Extraio esse belo título e algumas das explanações a seguir de J. Car-bonier, *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Défénis, 1979, 203-23.

Prússia o expulsou, comparando-o a uma laranja cuja casca convinha jogar depois de lhe ter espremido o suco. Mas todos os filósofos convergem na denúncia do Estado absolutista, cujas ambições devem-se coibir por constituições, códigos e leis, que a Razão, e não mais a tradição, inspira. Se esta está do lado do costume, a primeira faz da lei o instrumento de seu reinado. Sinal dos tempos, é aliás sob o reinado de Luís XV, quando se encerra o absolutismo e o liberalismo econômico fica no gosto do dia, que se multiplica a literatura legislativa. Obras com vocação tanto pedagógica quanto jurídica se empenham em arrastar os homens para fora das profundezas silvestres do costume, sob o quente sol dos códigos. Diderot declara à imperatriz da Rússia: "Cum-pritã prescrever que nas escolas utilizem para ensinar a ler o catecismo, ora o código. Seria melhor que fosse o mesmo livro." Prudente, Catarina responde ao seu projeto de código: "Trabalhai apenas com o papel, que agüenta tudo [...] ao passo que eu, pobre imperatriz, trabalho com a pele humana, que é muito mais irritável ou coqueguenta." Mas é Rousseau que manifesta com mais ardor a paixão de seu tempo pelas leis. Não escreve no *Contrato social*: "Seriam precisos Deuses para dar leis aos homens..." O que não o impede de redigir — já — um código para a Córsega, nunca aplicado.

Sob a Revolução, a afeição pela lei se torna delírio amoroso. Em 1790, o deputado Romme (inventor, entre outras coisas, do calendário republicano) abre no Faubourg Saint-Antoine o clube dos Nomófilos que será animado pela célebre Théroigne de Méncourt. No mesmo ano, Robespierre condena a jurisprudência... em nome da lei. Seu amigo Saint-Just, *Justiças republicanas*, em que destina às cidades futuras o sonho espartano de leis intangíveis gravadas no mármore. Rabaut Saint Etienne, também ele prometido à guilhotina, afirma vigorosamente: "Nossa história não é nosso código." Pois é pela lei que o homem se torna dono de seu próprio destino, em vez de se deixar derivar sobre frágeis e instáveis costumes. Estes, porém, não estavam votados a uma morte próxima.

Passam vinte anos somente, e na Alemanha acende-se o braseiro do Romantismo, reação contra as pretensões universais da *Aufklärung*. Esse movimento glorifica o costume, expresso direta da história e da vontade populares, contra a lei, vapor maléfico do qual gostam de se rodear algumas elites cortadas desse povo e que querem fazer-lhe a felicidade de contra a vontade dele. O grande jurista alemão desse tempo, Savigny, esforça-se para afastar da Alemanha o código de Napoleão, no qual só vê a expressão da mania francesa de legislar. O Código não ia, porém, tão longe quanto haviam desejado as Luzes: aos amores mais apaixonados sucedem depressa as primeiras decepções. Portalis e Napoleão foram os moderadores. O redator do Código Civil publicara um panfleto contra a codificação em sua juventude; apreciava o empirismo de Montesquieu e durante seu exílio na Alemanha sofreu a influência do romantismo. Por isso não concebe o Código como um absoluto, chegando a dizer que as pessoas não fazem os códigos, mas que eles se fazem com o tempo... Quanto a Napoleão, ele evoluirá. No apogeu do Império, corado de vitórias militares, sonha em fazer do Código dos franceses uma legislação universal. Mas os povos não têm os mesmos projetos. Mesmo na França, o autoritarismo do regime começa a pesar. Em 1812, Napoleão deve voltar da Rússia às pressas para pôr fim à conspiração do general Malet. Consciência do impasse militar (a terrível derrota de Leipzig só tem um ano de distância), reviravolta ideológica? Em todo caso, o imperador muda de discurso: à Razão racionalante, à sua "tenebrosa metafísica", ele afirma doravante preferir os ensinamentos tirados das lições da História e do conhecimento do coração humano.

Tarde demais. E sobretudo contraditório. Pois Napoleão bem que aceitou o legado da Revolução num ponto capital: a construção de um Estado forte e centralizador, que ele queria capaz de compensar o déficit sociológico gerado pela promoção do indivíduo. *Déficit sociológico*: que será que isto significa? Para compreendê-lo, retornemos justamente à época revolucionária.

O Estado, instituidor do social

Numa obra recente que mostra muito bem a complexidade do desenvolvimento das figuras do Estado no decorrer destes dois últimos séculos (nem tudo se reduz à alternativa simplista "mais" ou "menos" Estado)⁶, P. Rosanvallon opõe o Estado monárquico àquele que nasce da Revolução. O primeiro seria "o topo regulador e organizador de uma hierarquia articulada de corpos intermediários"⁷, enquanto o segundo não hesitaria em subverter e aniquilar esses corpos. Ficariam tentados a atenuar o vigor do contraste⁸, assinalando que a monarquia absoluta não se contentou em afirmar sua superioridade política sobre a nobreza, o clero e os diferentes corpos. Restringiu-lhes também as competências judiciárias (subordinação das justiças feudais e eclesiásticas à justiça régia); refreou-lhes o poder legislativo: submeteu-os à presença de seus agentes e de sua fiscalidade (o clero pagava um imposto, disfarçado sob o eufemismo de "doação gratuita"; Luís XIV instaurou a capitação, à qual até os nobres estavam em princípio sujeitos). Quanto às comunidades urbanas, o poder régio soube abater-lhes as veleidades de independência e uniformizar-lhes o regime jurídico. Tanta obstinação política e administrativa só podia restringir também a existência social desses corpos intermediários: não é sem razão que odiavam os intendentes do rei. Todavia, continuaram bastante fortes para constituir o freio mais eficaz do absolutismo, e o rei tocou só com precaução e sem muito sucesso nos privilégios (aliás, os juristas se dividiam sobre a questão de saber se ele tinha esse direito).

Os filhos das Luzes pretendiam ir muito mais longe e fazer do Estado o *instituidor do social*. Acabaram-se corpos in-

6. Cf. P. Rosanvallon, *L'État en France, de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 1990.

7. *Ibid.*, 96.

8. Nesse sentido, é inexacto pretender, como o faz P. Rosanvallon (*op. cit.*, 105), que o Estado absolutista "... não lutou contra os corpos intermediários nem contra os particularismos locais".

termediários, cuja abolição determinaria a superconcretização do direito e da sociedade: o Estado pretende produzir sozinho a coesão de uma sociedade, que ele almeja fazer de indivíduos subtraídos à rede cerrada dos grupos. Quanto às garantias de seus direitos, as declarações se encarregarão delas. Os corpos da antiga sociedade não são os únicos a arcar com o preço dessa paixão uniformizadora. Dois exemplos. O primeiro consiste na remodelagem jurídica do território. Há que destruir o "espírito de província" e pôr fim aos arcaísmos - reais - da antiga administração. O que importa é o espírito da reforma posta em prática já no início do ano 1790: o recorte departamental fraciona a França em 83 espaços de dimensões próximas, todos subdivididos em circunscrições e em distritos. O local já não passa de um reflexo de uma organização nacional unitária. Em 1793, Saint-Just enriquece essa organização de um conteúdo mítico. Na linha das identificações entre o corpo humano e o corpo social operadas de Hobbes a Rousseau, ele liga as noções de território e de povo, afirmando que as divisões do território são apenas o reflexo daquelas do povo. Segundo exemplo, de igual precocidade, de luta contra os particularismos: a língua e as medidas. Já em 1790, procura-se unificar a língua. Em 1794, o famoso abade Grégoire apresenta à Convenção um *Relatório sobre a necessidade e os meios de destruir os dialetos e de universalizar o uso da língua francesa*. A uniformização dos pesos e medidas procede do mesmo andamento unitário: a Lei de 18 germinal do ano III convida em seu artigo 1 os cidadãos a mostrar "uma prova do apego à unidade e à indivisibilidade da República, servindo-se das novas medidas nos cálculos e transações comerciais". Bona parte, por sua vez, faz que seus primeiros prefeitos procedam em 1801 a uma pesquisa sobre os usos locais, inaugurando uma etnologia administrativa⁹. Os encarregados têm dificuldade em fazê-lo, pois os recortes departamentais não corres-

9. Cf. M. N. Bourguet, *Déchiffrer la France - La statistique départementale à l'époque napoléonienne*, Paris, Ed. des Archives Contemporaines, 1988.

pondem necessariamente às realidades geográficas e sociológicas. Percebem em todo caso que, negados pelo direito e pela ideologia revolucionários, os particularismos regionais ainda estão bem vivos. Ordenando recenseá-los, Bonaparte não pretendia em absoluto protegê-los, mas, ao contrário, conhecê-los melhor para aniquilá-los com mais segurança. O destino efêmero do Império impediu-o.

E também uma angústia que não parou de crescer no decorrer das primeiras décadas do século XIX, compartilhada pela maioria dos publicistas e historiadores daquele tempo: a da dissolução social. Todos eles falam de sociedade reduzida a pó, desconstituição social, decomposição dos laços sociais anteriores. De fato, descobre-se a necessidade premente de substituir as antigas solidariedades por novos laços: são necessários corpos novos. O binômio Estado-indivíduos, em sua versão primitiva, não durou muito. Mas o Estado não renunciou a instituir o social. Vai somente recomeçar de outro jeito, tentando gerar efeitos sociais análogos aos vínculos produzidos pelas corporações do Antigo Regime, sem restaurar de modo algum estas. P. Rosanvallon qualifica com razão esse procedimento de "regulação corporativa". Já em 1802, o Estado implanta instituições neosulativas que lhe servem de interfaces em suas relações com certas profissões (câmaras de comércio, câmaras consultivas das manufaturas); o movimento prosegue com a multiplicação de conselhos superiores (da instrução pública, da agricultura, do trabalho etc.) que devem associar as competências privadas à sua ação. Por esse viés, reaparece a representação pluralista dos grupos secundários, somente uns dez anos depois de seu princípio ter sido negado. Os regimes se sucedem, mas o movimento continua. A revolução de fevereiro de 1848 institui a liberdade de associação, que será consagrada pela Lei de 1.^o de julho de 1901. As sociedades de socorro mútuo, nascidas das necessidades de uma classe operária em formação, estão agora legalizadas e se multiplicam sob o Segundo Império. Paralelamente, crítica-se o individualismo radical dos primeiros revolucionários. Em 1864, Émile Ollivier

O DIREITO NO PLURAL

165

denunciava o anticorporativismo de Le Chapelier: "Não é verdade que haja apenas indivíduos, grãos de poeira sem coesão, e o poder coletivo da nação. Entre os dois, como transição, um para o outro, como meio de evitar a compressão do indivíduo pelo Estado, existe o grupo, formado pelas livres aproximações e pelos acordos voluntários."¹⁰ Filósofos, sociólogos e juristas sentem cada vez mais a necessidade de pensar o social como uma totalidade não exclusiva do Estado, mas irreduzível ao seu único papel de instituidor desse social. Atestam Durkheim, em seu grande livro *De la division du travail social*¹¹, e de juristas como Saleilles, Hauriou, Duguit. Estes são conscientes da defasagem entre o individualismo legal e as aspirações desenvolvidas no final do século pelos progressos e pela concentração da industrialização. Elaboram diversas teorias, que vão do solidarismo ao socialismo jurídicos, e todas elas enfatizam a regulação das vontades dos indivíduos pelos diferentes grupos sociais aos quais pertencem (associações profissionais, classe social etc.). Sinal dos tempos, aparece em 1905 a noção de abuso de direito: o exercício de um direito, ainda que perfeitamente reconhecido, é vedado desde que não possa ter outro objetivo reconhecido, sar um dano a outrem. Isso põe em causa toda a noção de direito subjetivo. Alguns anos mais tarde (em 1912), E. Gounot ataca outro pilar do individualismo, a noção de autonomia da vontade. Em filigrana no Código Civil, ela significa que a vontade dos indivíduos é suficiente para criar efeitos de direito, notadamente graças à conclusão de contratos. Ora, alguns juristas começam a escrever que essa noção é incompatível com a multiplicação das associações e com a progressão do direito sindical. As idéias de justiça e de solidariedade devem impor-se à vontade individual.

10. E. Ollivier, *Commentaire de la loi du 15 mai 1864 sur les coalitions*, Paris, 1864, 52-3.

11. Trad. bras. *Da divisão do trabalho social*, 2.^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 1999.

Vasta e fundamental evolução, da qual todo o século XX ia ressentir-se, através do florescimento dos direitos sociais. Poder-se-ia ter acreditado que essa restauração do social, iniciada já nos primeiros anos do século XIX, teria enfraquecido o Estado pós-monárquico, na medida em que preenchia um vazio que ele mesmo criara fazendo prevalecer as concepções individualistas. Não foi nada disso, muito pelo contrário. Pois o Estado instituiu-se o protetor e o regulador das novas solidariedades; grupos modernos nasceram sobre os escombros dos antigos. A mesma lógica comandou-lhe a atitude para com o direito.

Recuaram rápido do culto absoluto da lei. Já na segunda metade do século XIX, a jurisprudência retomou seu papel criador. Depois de precisar o alcance dos textos codificados, os tribunais irão mais longe: completarão as suas disposições, apoiando-se em seu senso de equidade, nas noções de necessidades e tradições do povo: elaborarão até interpretações dos códigos opostas ao sentido primitivo deles. Também a doutrina sacode o jugo dos códigos no final do século: deixando de considerá-los monumentos indestrutíveis, ela sugere e propõe inovações. Mas tudo isto não constitui de modo algum um prejuízo para o enfraquecimento do monopólio que o Estado pretende exercer sobre o direito: somente uma outra maneira de exercê-lo. À regulação neocorporativa corresponde uma nova gestão da produção jurídica: o direito é sempre um negócio de Estado.

Percebe-se isso identificando-lhe as fontes. Está certo, os manuais de direito distinguem várias delas. A doutrina, ou seja, os pareceres expressos pelos outros eruditos. Mas estes não têm nenhum valor jurídico por si sós: só o adquirem se são repetidos pelo juiz ou pelo legislador. O costume: *na prática*, ele pode ser mais importante do que a lei, mormente nas relações comerciais. Mas o direito oficial dá-lhe pouco espaço: não pode ir contra a ordem pública, definida pelo Estado; os juízes da causa controlam sua aplicação. A própria lei depende estreitamente do Estado: mesmo que sejam todas votadas pelo Parlamento, 90% delas não pro-

vêm da iniciativa dos representantes do povo, mas resultam de projetos elaborados pelos ministérios e pela administração pública. Ademais, desde o início do século e sobretudo com a instauração da V República, ela sofre a concorrência do crescimento do poder regulamentar (decretos, portarias administrativas etc.), que pertence exclusivamente ao poder executivo.

As manifestações de pluralismo jurídico e judiciário às quais aludi¹¹ não contradizem nem um pouco essa tendência. As justíças internas ou alternativas toleradas pelo Estado sempre são suscetíveis, em caso de fracasso de suas instâncias, de conduzir às jurisdições estatais: a autonomia não é a independência. É por isso que em sua versão "fraca" o pluralismo jurídico não arranha realmente o monopólio estatal do direito: pode ser apenas o produto de uma "gestão estatal-corporativa"¹². Assim, o Estado escolheu resolver, a partir dos anos 1950, o problema da modernização da agricultura, jogando a carta de encarregar as profissões rurais de seus problemas, sem no entanto desafrouxar seu controle. Seus serviços agrícolas se tornam mais discretos, mas novos intermediários são introduzidos: diferentes fundos e associações são criados por sua iniciativa (Fundo Nacional de Desenvolvimento Agrícola), financiados por subvenções ou taxas parafiscais. O mesmo princípio é aplicado à siderurgia: o Estado auxilia financeiramente esse setor em dificuldade, com a condição de uma política de reestruturação cuja execução é confiada à Câmara Sindical da Siderurgia.

Portanto, o sonho revolucionário continuou, sob outras formas, mais maleáveis e mais eficazes. Aliás, o senso comum faz eco a essas concepções. Pergunte a um francês médio: à idêia de direito ele associará espontaneamente os códigos, as forças da ordem e as jurisdições (penais, de preferência, como sabemos). Podemos, todavia, perguntar-nos se esses procedimentos não atingiram hoje seus limites.

11. Cf. *supra*, pp. 136-49.

12. Cf. P. Rosanvallon, *op. cit.*, 264-8.

A sociedade civil a descoberto

Pois vários sinais parecem mostrar que as diferentes instâncias que compõem a sociedade civil almejam diminuir, se não suprimir, o papel de instituidor do social que o Estado pretende desempenhar há dois séculos. Isso não significa que o Estado deve desaparecer, mas, antes, modificar-se, mostrar-se mais o agente coordenador de novas solidariedades: em suma, mais um conciliador do que um regulador. Aqui nós nos juntaríamos às aspirações a um direito estatal mais inspirado na ordem negociada e ao reconhecimento de um autêntico pluralismo jurídico, irreduzível a uma única técnica de desconcentração.

Os problemas aos quais deve fazer frente a sociedade francesa são menos econômicos do que culturais. O principal consiste na *diversificação*. A dos modos de vida, acima de tudo. A elevação do nível de vida, o enfraquecimento dos sinais externos de pertencer à sociedade acarretam uma capacidade maior para cada família de construir como bem entender seu modo de vida. A diversificação da demanda corresponde, aliás, a da oferta de produtos de consumo e de bens de produção. Mesmo fenômeno na imprensa escrita, na qual se constrói um fortíssimo desenvolvimento das revistas especializadas: se se lêem menos livros, é também porque há mais jornais e público-alvo mais bem definido. O videocassete também permite uma programação mais pessoal do que a televisão.

A diversificação é também religiosa. País de tradição cristã, a França tornou-se multirreligiosa¹³. Mais significativa ainda parece a recentragem no *microsocial*, constatada por todos os sociólogos¹⁴. O local se autonomiza cada vez mais em relação aos grandes grupos e instituições nacionais. As diversas consciências de classe se esbateram em proveito da

13. Cf. La France multireligieuse, número fora de série de *Témoignage Chrétien*.

14. Cf. L. Ditt, *La société française en tendances*, Paris, PUF, 1990; G. Mermel, *Francospie*, Paris, Larousse, 1989, II, 199, 200.

O DIREITO NO PLURAL

crença cada vez mais compartilhada de pertencer a uma classe média. Percebem-se ainda mais certas consequências negativas do progresso tecnológico, cada vez menos associado à ideia de felicidade: a desconfiança contra certas figuras do Estado e da classe política em geral conduz à valorização de universos sociais de pequena dimensão: em particular as associações, a localidade e a família.

Mais de 50 mil associações foram criadas em 1987, ou seja, cerca de quatro vezes mais do que nos anos 1960 e dez vezes mais que no início do século XX. Quarenta e cinco por cento dos franceses pertencem a pelo menos uma associação (existem entre 300 mil e 500 mil). Interpreta-se em geral a baixa da taxa de sindicalização (8% em 1990) como o sinal premonitório do enfraquecimento da vida associativa¹⁵. É um erro. Os franceses julgam insuficientemente operantes certos tipos de associações de caráter extenso (sindicatos, partidos políticos): privilegiam aquelas que pretendem administrar uma instituição ou manter uma sociabilidade locais: não se procura transformar tanto o mundo e a sociedade quanto seu bairro ou sua comuna, *menos por egoísmo do que por preocupação de eficácia*. A localização das atividades ficou para muitos franceses uma das dimensões essenciais de sua existência, que o estereótipo de "busca das raízes" traduz bem. Já em 1975, as comunas rurais próximas de uma aglomeração grande vêm crescer sua população num ritmo superior ao das grandes cidades, caracterizadas pelo anonimato das relações sociais, pelo enfraquecimento das relações de face a face. A vida política local torna-se mais animada, principalmente por ocasiões das eleições municipais. Sinal da força das atitudes identitárias: as tentativas de fusão de comunas fracassaram largamente, embora a França, com suas 36 mil comunas, possua a menor unidade político-administrativa local. Podemos também citar os resultados de uma pesquisa efetuada em 1990 nos seis departamentos da região Provence-Alpes-Côte d'Azur:

15. Nesse sentido, cf. P. Rosanvallon, *op. cit.*, 278.

48% das pessoas interrogadas declaravam ter o sentimento de pertencer acima de tudo à cidade ou à comuna nas quais moravam, 35% à França¹⁶. As relações de parentesco, enfim, se modificaram e se fortaleceram a um só tempo. São mais fundamentadas do que antes na busca do consenso; os jovens ficam mais tempo com os pais e, uma vez casados, 75% deles têm a residência a menos de 20 quilômetros de pelo menos uma de suas famílias de origem; os pais e avós transferem em vida uma parte de seu patrimônio aos descendentes (formas diversas de assistência aos jovens casais). Quanto ao Estado, mesmo que, segundo uma pesquisa de 1984, 41% dos franceses desejem sua "diminuição", ele não é rejeitado. A opinião pública o considera sempre o garantidor da proteção social e um agente importante da integração à sociedade de grupos marginais ou desfavorecidos. Mas reclama que se retire mais da "vida privada" (medicina, família, informações, lazer).

Importância dos grupos secundários; inserção de novas solidariedades no local; fortalecimento dos parentescos; desencorajamento diante de um Estado muito aglutinador: todos esses traços aproximam em certa medida as sociedades pós-industriais das sociedades tradicionais caras aos antropólogos. Mas outros as afastam delas. A importância da "solidão" (à qual corresponde justamente o desenvolvimento da vida associativa): 13 milhões de franceses dizem senti-la: o número dos solitários (7,6 milhões de solteiros entre os indivíduos com 20 anos e mais; 1,5 milhão de divorciados; 4 milhões de viúvos e um número indeterminado de pessoas que não possuem ou possuem poucas relações de amizade) que não possuem ou possuem poucas relações de amizade) cresceu mais depressa do que o da população global: sabe-se que em Paris 48% dos lares comportam apenas uma única pessoa (contra 32% em 1954). A amplitude, também, dos fenômenos de exclusão. A integração dos imigrantes magre-

binos é difícil; a criminalidade aparente (conhecida da polícia, mas que não é obrigatoriamente objeto de um julgamento) aumentou, sobretudo aquela contra os bens. Outros fenômenos são mais inquietadores ainda, pois demonstram uma dificuldade de viver que pode afetar consideráveis camadas da população. Aumento do consumo de drogas; consumo de hipnóticos e psicotrópicos que faz da França o país que os consome cada vez mais em comparação à população global; aumento dos suicídios, muito forte entre os jovens. De modo que podemos perguntar-nos qual tendência prevalecerá: a que conduziria à desagregação, por falta de instituidores do social (Estado ou outros), ou, ao contrário, as que parecem prenunciar sua reagregação. A teoria do Estado de direito, apesar de suas ambigüidades, aposta nestas últimas.

O Estado de direito e o direito do Estado

Sente-se a respeito de certos conceitos um temor reventual: é o caso do Estado de direito, cuja promoção foi assegurada por tantos acontecimentos recentes. É em seu nome que desaparecem na Europa central e alhures regimes autoritários; é para ele que dizem tender as sociedades liberais avançadas em busca de um acordo entre a necessidade do Estado e os direitos da sociedade civil. Pois o Estado de direito se distingue das outras formas estatais de organização política por sua aceitação da limitação de seus poderes pelo direito. Daí o sucesso do conceito, numa época em que o Estado dirigente saiu da moda e em que os Estados despóticos registram no mundo um recuo inequívoco.

Resta saber como interpretá-lo¹⁸. Pois é possível tanto redundar na exaltação do direito do Estado como naqueles da sociedade civil. O problema é o seguinte: estamos de acordo sobre o fato de que, num Estado de direito, o Estado não

16. Cf. a *Lettre du Conseil Régional Provence-Alpes-Côte d'Azur*, n. 83, fora de série, 1990, 3.

17. Cf. G. Meernet, *op. cit.*, 199.

18. Cf. o excelente resumo de J. Chevallier, *subvertete État*, in: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, 147-51.

pode fazer o que bem entende e aceitar ver-se contido pelo direito. Mas a questão crucial é: de onde vem esse direito que limita o Estado? Do próprio Estado, ou de uma outra instância?

Certos autores são pela autolimitação. O direito não preexiste ao Estado, que produz a ordem jurídica. Se o Estado se submete ao direito, é por seu próprio movimento. A maior parte dos juristas é favorável a essa abordagem. Muitos historiadores do direito, quando pintam o grande afresco que conduziu das profundezas merovingias ao sol jurídico do Código Civil, salientam os benefícios do crescimento estatal e de seu corolário, a unificação do direito, oposta à desordem consuetudinária. Para o cientista político B. Barret-Kriegel, a redação dos costumes, a penetração do direito romano, a sucessão das codificações embeberam de direito a sociedade, e o direito acabaria investindo o Estado. Daí uma lei de evolução: quanto mais se amplia e se uniformiza o direito, mais se democratiza a sociedade e mais se civiliza o Estado. Essas idéias têm certos riscos. O principal resulta da identificação do direito ao Estado que elas operam: o Estado *de direito redunuda no direito do Estado*. Para o grande jurista G. Burdeau, o Estado é assim a própria encarnação da idéia de direito. Aliás, o direito público dos países europeus (sobretudo na Alemanha e na França) organizou-se no século XIX e no início do século XX em torno dessa exaltação da potência estatal.

Donde uma segunda abordagem, que inverte o movimento: esse direito ao qual o Estado de direito aceita submeter-se não vem dele, mas de um princípio que lhe é anterior e superior. Já no passado, os que tinham a rivalidade da potência estatal ou contestavam o absolutismo formularam diferentemente esse princípio: invocou-se primeiro Deus, depois a Natureza e o Homem. Em nossos dias, a ordem preexistente ao Estado é, antes, atribuída à Sociedade, daí a distinção entre a sociedade civil e o Estado. Isso traz problema: se a sociedade é a fonte do direito ao qual se submete o Estado, como explicar que, como o indiquei, este permanença não obstante a principal fonte do direito? A teoria política entra aqui em contradição com o direito positivo.

Essas duas abordagens resultam, portanto, num impasse: ou o Estado de direito só é limitado por si mesmo, o que não constitui um sistema de freamento muito confiável; ou se fracassa em encontrar no direito positivo os vestígios de uma hipotética limitação *extrínseca* da potência do Estado. Existe, porém, uma saída, sugerida pela experiência antropológica: a do pluralismo jurídico.

Todas as sociedades tradicionais ou modernas, em graus diversos, são *sociologicamente* plurais, no sentido de se comporem de grupos secundários, com maior ou menor autonomia. Em ambos os casos, a proteção do indivíduo pode vir mais dessa estrutura plural do que de declarações de direitos ou de garantias fornecidas por uma autoridade central, pois esses diferentes grupos são interdependentes uns dos outros. Mas, enquanto inúmeras sociedades tradicionais o reconhecem abertamente, as sociedades modernas o negam e, incentivadas pelo discurso dominante dos juristas, têm tendência a recorrer ao Estado para assegurar a coesão. Tropeça-se então sempre no mesmo obstáculo: venha o direito dele ou de outro lugar, é ao Estado que é principalmente atribuída sua produção.

Mas tudo se esclarece se admitimos que a esse pluralismo sociológico corresponde inevitavelmente um pluralismo *jurídico*. O Estado não é a única forma de organização social. Muitas sociedades perfeitamente viáveis passaram sem elas. Quanto às nossas sociedades modernas, por certo são estatais, mas somente em parte estatizadas. Existem alguns grupos organizados, ao mesmo tempo aquém e além do Estado, e esses grupos produzem seu próprio direito, o que confirma e infirma o direito estatal ou se atasta dele. Possuem também seus próprios mecanismos de punição, seus "tribunais", se se crê e com muita frequência é ensinado: ela encima ordens jurídicas infra-estatais (as dos grupos secundários) ou se avizinha delas e se inclina diante das ordens jurídicas supra-estatais (por exemplo, as ordens jurídicas européia ou internacional, ou ainda os "códigos de conduta" das multinacionais).

Gracês à transnacionalidade delas, estas usufruem uma soberania normativa que lhes permite negociar com os Estados soberanos com soberano, e não de súdito com soberano).

Portanto, o pluralismo jurídico permite superar a problemática do Estado de direito ao afirmar que o Estado não tem o monopólio da produção do direito oficial. Para o antropólogo, a limitação jurídica do Estado não pode ser oriunda do próprio Estado, por intermédio de um direito cujo domínio ele conserva de todos os modos. No plano interno, ele vem mesmo da sociedade, da qual se deve reconhecer que produz sistemas de direito. Pois, se o direito estatal é o único mais ainda do que a constatação da pluralidade das ordens jurídicas, conta a da interação delas: essas ordens não são mônadas. Elas se enredam no funcionamento concreto dos diversos sistemas de regulação: um médico é sujeito às regras deontológicas ditadas pelo Conselho Regional de Medicina, mas também aos princípios gerais da responsabilidade civil; um detento continua a obedecer às leis do meio mesmo sendo forçado a observar as do estabelecimento carcerário. É a partir dessa interação que se pode elaborar um duplo controle. O do Estado sobre as ordens infrajurídicas, que ele tolera, incentivava ou combate. Mas também o que resulta para o Estado da própria existência dessas ordens. A antropologia ultrapassa, pois, a visão clássica do Estado de direito, que se esgota diante do monismo jurídico, e propõe uma teoria pluralista que explica melhor uma limitação do Estado pelo direito ou, mais exatamente, pelos direitos.

Volta à definição do direito

Mas volta então a interrogação já evocada¹⁹, o que é o direito? Lacinante questão, de difícil resolução, mas inevitável. Pois antes de falar de pluralismo jurídico, ainda cumpre

19. Cf. *supra*, pp. 5-7.

assegurar-se de que os sistemas de direito não estatais têm boas possibilidades de ser direito:

Há mais de uma definição na casa do direito, escreveu J. Carbonnier, especialista incontestado de direito positivo e sociólogo do direito. O que inclina a guiar-se pelas definições que lhe são caras²⁰ para isolar o jurídico do social não-jurídico. *De minimis non curat praetor*, dizia-se em Roma: o direito e a justiça intervêm nas relações sociais apenas a partir de certo limiar, eminentemente variável conforme as sociedades. Consegue-se sem muita dificuldade, quando um sistema cultural exige (nem sempre é esse o caso), separar o direito da moral, da política ou da religião. É mais difícil distingui-lo dos costumes. Pertencerão ao reino do direito a palmada tradicional que acompanha as vendas de gado, os grãos de arroz lançados sobre os noivos à saída da igreja, a regra que obriga o sedutor a se casar com a moça seduzida, as algazarras canônicas, as regras estritas que as crianças se impõem em suas brincadeiras, as convenções de concubinato que os concubinos às vezes pedem ao tabelião redigir, os modos *práticos* (podem afastar-se dos regimes legais ou contratuais) de gestão dos bens pelos esposos, os costumes locais (persistência do direito de progeneritura no Béarn)? Respostas *antes* positivas iriam no sentido do pluralismo jurídico e inversamente: pois, em todos esses exemplos, o direito estatal está ausente, ou em sua borda. Podemos admitir com J. Carbonnier que a regra de direito é "... uma regra de conduta humana, a cuja observação a sociedade pode nos coagir mediante uma pressão exterior de maior ou menor intensidade". Mas ela compartilha essa característica geral com outras normas: se ela compartilha essa característica geral com outras normas: se bem que as regras de polidez me convidem a isso, posso não me dirigir a um ministro chamando-o "Senhor Ministro" sem ser ameaçado pela lei. Portanto, há que se debruchar pri-

20. Cf. J. Carbonnier, *Il y a plus d'une définition dans la maison du droit*, *Droits*, 11, 1990, 5-9; *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972, 122-36; *Droit civil (Introduction)*, Paris, PUF, 1988, 21-2. Cf. igualmente o parecer de outros civilistas: A. Weill e F. Terre, *Droit civil (Introduction générale)*, Paris, Dalloz, 3-21.

meiro sobre a noção de *coerção*. Ela está presente noutros lugares além do direito: regras de direito e de costumes são igualmente apoiadas por uma pressão da sociedade. Mas o que distinguiria o direito é uma coerção emanante de um poder organizado especialmente para esse fim. Pensa-se espontaneamente no Estado. Mas outras instituições podem cumprir esse papel, trate-se de sociedades não estatais (Anciões de clãs, senhores da Terra ou da Chuva, espíritos invisíveis, defuntos etc.), ou lide-se com grupos secundários de sociedades estatais modernas que vivem mais ou menos à margem do Estado, de seu direito e de suas forças. Notemos que a coerção não é necessariamente menos forte quando o Estado desaparece ou se encobre: as pressões exercidas por um grupo social (seita) ou os imperativos religiosos quando se associam ao direito (sem falar do temor das assombrações infligidas pelos mortos aos parentes vivos que não os vingaram) podem ser muito mais intensas do que uma intimação do oficial de justiça.

J. Carbonnier invoca igualmente o critério de *justiciabilidade*: a regra de direito é suscetível de um tipo particular de contestação, resultante da intervenção eventual de um terceiro nas relações entre as partes (juiz, árbitro, conciliador, mediador etc.).

Decerto esses critérios não deixam de ter pertinência. Mas deve-se relativizá-los. Em primeiro lugar, acontece ao direito ultrapassar a coerção. Pode consagrar regras sem as reconhecer assim a existência de *obrigações naturais* entre parentes (um irmão deve socorrer a irmã na miséria), mas nenhuma ação judicial pode ser intentada pelo beneficiário da obrigação natural se esta não foi espontaneamente executada: em compensação, quando o devedor dessa obrigação satisfaz, o direito considera que pagou uma dívida, e não que realizou um ato gratuito. Ademais, o direito pode nem sempre se apoiar numa coerção rígida e preferir a via as técnicas da ordem negociada: isso tanto nas sociedades estatais quanto nas não estatais, tanto tradicionais quanto modernas.

Em segundo lugar, embora esses critérios da coerção e da justiciabilidade constituam pontos de referência do direito, não são definições dele: uma regra não é jurídica porque o grupo lhe imputa esses caracteres, imputa-lhe esses caracteres porque a pensa juridicamente e a qualifica assim. No mesmo sentido, mesmo que admitamos que a eventualidade da passagem para a justiciabilidade transforme os costumes em direito, perguntamo-nos o que determina essa transposição. Questão que nos remete sinais exteriores do direito ao seu conteúdo.

Sociologia e antropologia jurídicas nos mostram que a qualificação jurídica pode ter geometria variável no interior de uma mesma sociedade (no metrô, a proibição de fumar procede do direito; noutros lugares, da boa educação ou da higiene) e que o sentido das prescrições jurídicas pode variar conforme as sociedades (o homicídio pode ser prova de virilidade ou de fraqueza). Inútil, portanto, procurar a universalidade do direito diretamente em seus conteúdos. Em compensação, ela aparece melhor num tipo de definição funcional. O direito, através da diversidade das experiências que as sociedades humanas fizeram dele, seria o que cada sociedade *ou alguns de seus grupos* consideram como indispensável à sua coerência e à sua reprodução. Compreende-se assim por que, em graus diversos, o direito veste as roupas da coerção e do litígio, e as razões por que nem todas as sociedades lhe dão um conteúdo idêntico. Além de combinar com os qualificativos comumente aceitos do direito acrescentando-lhes ao mesmo tempo uma dimensão antropológica, essa definição deixa todas as possibilidades ao pluralismo jurídico, visando igualmente os grupos que constituem uma sociedade global. Será legítimo fazê-lo? Penso que sim: na maioria dos casos, a regulação social praticada por esses grupos possui os atributos externos do jurídico (coerção, justiciabilidade); corresponde igualmente à definição funcional que acabo de expor.

Portanto, o pluralismo jurídico se relaciona não com fenômenos infrajurídicos, mas com sistemas jurídicos próprios

dos subgrupos de uma sociedade. Para dizer a verdade, muitos historiadores do direito, há muito tempo, constataram esses fenômenos, mesmo que lhe tenham deixado a teorização aos antropólogos do direito. Percebemos isso quando fazemos brevemente a história do pluralismo jurídico.

Uma breve história do pluralismo jurídico

Faz séculos que se procuram as causas da queda do Império Romano. Melhor seria interrogar-se sobre aquelas de sua excepcional longevidade²¹. No final do século V de nossa era, o Império do Ocidente não passa de um corpo desmembrado, salpicado de efêmeros reinos bárbaros e atravessado por povos em fuga que transpuseram a fronteira de uma província. Um sonho se esvanece: o Mediterrâneo, desde os confins das charnecas escocesas até as dunas do Saara, não somente submetido às armas, mas unido a Roma numa *communis patria*. Unida, mas dessemelhante em suas partes. Como reunir, manter esse imenso Império, pacientemente construído desde os obscuros primórdios da cidade tiberiana? Imenso, ele o era não só por suas dimensões, mas também pela ausência de um sistema de comunicações permitido pela tecnologia moderna. Daí o caráter crucial de certas questões. Nivelar todas as disparidades, transformar todos em romanos pela espada ou pelo direito ou, ao contrário, criar uma espécie de Estado federal, irradiado pelo influxo nervoso da *Urbs*? Descentralizar com o risco de uma fragmentação tornada muito provável pelas imensas dessemelhanças entre os territórios e as populações, ou centralizar com o perigo de partir-se diante dessas irreduzíveis diferenças? Integração, assimilação, respeito das diferenças: o debate é antigo. Roma procede à exploração econômica dos países conquistados e arrebanha suas populações para garantir

21. Cf. N. Rouland, Décentralisation, citoyenneté et clientélisme: l'expérience romaine, Cahiers Pierre-Bapiste I, Actes, Actes Sud, 1982, 156-75.

seus exércitos. Mas não procura de modo algum impor a preeminência de alguma raça (o racismo e praticamente desconhecido na Antiguidade), tampouco sua língua (aprende, ao contrário, a falar grego), ou seus deuses (acolhe em seu panteão as divindades dos vencidos). Quanto às suas elites governantes – até o trono real inclusive –, ela as abre largamente aos homens vindos dos países conquistados. Tampouco impõe seu direito, deixando uma larga autonomia aos direitos locais e nacionais: contrariamente aos estereótipos, o Império Romano foi amplamente pluralista. Daí seu sucesso: as populações heterogêneas que o constituem encontram na referência política comum a Roma um ponto de convergência. Em 143 d.C., Elio Aristides, um retórico grego, faz com razão um discurso entusiasta: “Mas há algo que, decididamente, merece agora tanta atenção e admiração quanto todo o resto: quero dizer, vossa generosa e magnífica cidadania, romanos, com sua grandiosa concepção, pois não há nada equivalente em toda a história da humanidade [...] Nem os mares, nem as terras são um obstáculo na rota da cidadania, a Europa e a Ásia não são tratadas diferentemente. Todos os direitos estão à disposição de todos. Nenhum daqueles que merecem poder ou confiança é deixado de lado, mas, ao contrário, foi estabelecida uma livre comunidade por toda a terra, sob a direção de um responsável único, fiador da ordem do mundo, que vem a ser a melhor possível; e todos acorrem, a fim de cada qual receber o que lhe é devido, à vossa cidadania, como a uma água comum. E como as outras cidades têm suas próprias fronteiras e como território o mundo habitado inteiro, essa cidade (a vossa) tem como fronteira e como território o mundo habitado inteiro.”²²

Esse sucesso deve-se à recusa da uniformidade. Em direito privado, a regra é a maior parte do tempo a autonomia: cada cidade conserva suas leis, seu direito *civil*. Ademais, o direito prático (dito “vulgar”) se afasta com frequência do direito oficial. Em geral os atos jurídicos comportam disposi-

22. Elio Aristides, *Eloge de Rome*, 59-61.

ções de direito romano, mal interpretadas ou contradias pela continuação do texto: as partes quiseram "bancar romanas" (o prestígio de Roma era grande), não conseguiram. Mas autonomia não é sinônimo de independência: ainda é preciso que os direitos locais não se choquem com demasiado vigor contra o direito romano. É possível em inúmeros casos: Pilatos, para salvar Jesus da crucificação, tenta jogar com um costume judeu para fazê-lo libertar, mas é Barrabás que se beneficia dele. Outras circunstâncias, finalmente pouco numerosas, o direito romano prima sobre o direito local, pelo menos oficialmente. Por exemplo, o imperador suprime em um edito de Diocleciano proíbe os casamentos entre irmãs e irmãs (os recenseamentos operados por Roma na província do Egito deixam entretanto que 15% a 20% dos casais teriam sido formados de consanguíneos). Mas, no essencial, o direito do antigo Egito (assim como sua língua e sua religião) sobreviveu às conquistas macedônicas e romanas, ainda que os juizes provinciais estão dispostos a respeitar o direito local, podendo às vezes atenuar-lhe o alcance. É o caso da *général*, permite a um pai tirar a filha do marido ao qual a deu como esposa. Os juizes provinciais reconhecem sua existência, ainda mais que em Roma, no tipo de casamento dito "sem o poder (do marido)", a moça romana continua submetida ao pai mesmo depois de casada. Mas parece-lhes desumano que o direito dos egípcios chegue a permitir ao pai romper o casamento da filha contra a vontade dela. Assim, de 80 a 180 d.C., restringem o alcance da aférese para afinal suprimi-la.

O Império do Ocidente desapareceu, a Europa conhecerá durante séculos o regime da personalidade das leis: cada qual viverá segundo o direito de seu povo ou de sua etnia. Em certo número de reinos bárbaros, elabora-se uma dupla legislação: uma válida para as populações romanizadas, mais penetradas de direito romano; a outra para a minoria bárbara (os bárbaros sempre foram numericamente

muito inferiores às populações romanizadas). A diferença dos costumes podia ser tanta que, para assegurar a coexistência de povos diferentes no interior de um mesmo reino, reconheceu-se a cada um uma autonomia jurídica (por exemplo, os germânicos consideravam o casamento um ato que devia desenvolver-se por etapas, enquanto romanos e cristãos o viam como gerado por um ato único). Depois a vida mudou lentamente os costumes: os bárbaros falaram mais o latim, muitos deles desfezaram romanizar-se; os intercassamentos, de início proscritos, se multiplicaram; o hábitat — tanto o dos vivos como o dos mortos — misturou as comunidades. A religião também as cimentou. Os povos bárbaros se converteram oficialmente ao cristianismo (a despeito da sobrevivência de inúmeros costumes pagãos), mas, salvo os francos, adotaram-lhe a versão ariana (que punha em dúvida a divindade de Cristo). Por muito tempo, a heresia desempenhou um papel identitário: o arianismo era peculiar aos bárbaros; o catolicismo, aos romanos. Reprimida duramente a heresia, a religião cristã se impôs. Afinal de contas, a personalidade das leis deu lugar à territorialidade delas: todos os habitantes de um mesmo território obedeceram a um mesmo direito, fossem quais fossem suas origens étnicas. Mas o direito continuava plural: os costumes mudavam de um território para outro: apenas o poder central, o dos imperadores franceses, promulgava uma legislação aplicável a todo o reino. Diferentes regimes de autonomia jurídica que foram esses, permitiram a unificação realizada pelos impérios carolíngios. Se tivessem tentado impor um direito uniforme a populações tão diversas, o caos e o desmembramento seriam seguidos inevitavelmente. A integração se realizou por duas razões: sua progressividade (vários séculos); a existência de laços federalizadores (o poder político imperial, o cristianismo) comuns a todos.

Na Idade Média, amplia-se o pluralismo. Não só territorial (direito consuetudinário), mas também sociológico: o direito canônico (o dos clérigos), o direito do Estado, o direi-

to nobre (o dos senhores), o direito dos comerciantes, o dos servos não são os mesmos, e por vezes se opõem (*uni servorum non sunt omnes servos*). A monarquia o reduz muito lentamente, mas, às vésperas da Revolução, a diversidade consuetudinária ainda é grande. Depois é o breve triunfo das idéias das Luzes, com as conseqüências que descrevi. Quando a França, algumas décadas mais tarde, construirá a África negra uma parte de seu império colonial, retornará a soluções pluralistas organizando um duplo sistema de jurisdições: as do direito moderno, que julgam os súditos do direito francês; as do direito consuetudinário, a bem dizer em estado de subordinação perante as primeiras. Atualmente (desde 1989), na Nova Caledônia, o costume canaca é de novo levado em consideração pelos tribunais: justa volta das coisas.

Como se vê, o monismo é uma idéia relativamente nova na França: em sua história e na das civilizações que a geraram, domina o pluralismo jurídico. Encontramo-lo ainda hoje. Nos direitos produzidos pelos grupos secundários, dos quais já falei. Nas persistências de certas tendências consuetudinárias locais: direito de progentura no Béarn²³, mas também afeição na Córsega pela indivisão em razão de uma sucessão, apego do Sul da França ao regime de dote até o início deste século; preferência êcentrada na Bretanha pela separação de corpos em comparação aos outros departamentos. Mas ainda, com uma amplitude insuspeita, nas delegacias de polícia, lugares de repressão mas *também* de solução de muitos litígios: é a eles que primeiro se dirigem o esposo abandonado, os pais da criança fujona, a mulher surrada, o cliente insatisfeito de um comerciante do bairro. E acontece de as coisas ficarem por lá. Direito vulgar, justiça do cotidiano? Decerto, mas mesmo assim direito.

Sociólogos e antropólogos perceberam esses fenômenos com mais freqüência do que os juristas de faculdade, dedicados ao direito nobre. Fizeram-no no início do século XX:

23. Cf. *supra*, pp. 160-1.

de modo que se fica impressionado em constatar que, em tantos anos, o pluralismo jurídico parece ainda hoje na França uma idéia nova, até mesmo perigosa.

Já o grande jurista M. Hauriou (1883-1926) mostrava perfeitamente que alguns grupos organizados que não o Estado produziam sistemas de direito que lhes são próprios, ditando a um só tempo normas e sanções. Não foi muito seguido pelos colegas, que ficaram surdos às sugestões dos antropólogos. No início do século, Marcel Mauss e B. Malinowski, mais conhecidos por seus estudos sobre a doação e a sexualidade, também enunciam a idéia de que vários direitos podem interagir no interior de uma mesma sociedade. Um antropólogo do direito holandês, injustamente esquecido, é a bem dizer o pai do conceito: já em 1901, Van Vollenhoven o formula e, durante quarenta anos, seus colegas holandeses o verificarão nas colônias indonésias dos Países Baixos. Pois os antropólogos examinam primeiro o pluralismo onde é mais manifesto, e nos terrenos exóticos que lhes são mais familiares: onde a expansão europeia favoreceu a emergência de sociedades pluriétricas, multirraciais, de culturas muito diferentes. Depois, em 1941, o jurista Llewellyn e o antropólogo Adamson-Hoebel, co-autores de *Cheyenne Way*, enfatizam o pluralismo dos modos de resolução dos conflitos no interior de uma mesma sociedade: o acordo tem tendência a impor-se quando as partes pertencem a uma mesma unidade social; a vingança, no caso contrário. Nos anos 1960, as pesquisas *in loco* centradas no pluralismo se multiplicam, enquanto na França G. Balandier desenvolve a antropologia dinamista, que analisa a situação colonial por meio de certos vizinhos dos utilizados pelas teorias do pluralismo.

Mas, paralelamente, os sociólogos e certos juristas isolados chegaram a conclusões próximas, tiradas mais notadamente das experiências das sociedades modernas. Considerado por muitos o verdadeiro fundador da sociologia do direito, o jurista austríaco Eugène Ehrlich (1862-1923) era especialista de direito romano; mas, nas universidades germânicas, os historiadores do direito deveriam praticar também o direito mo-

verno, hábito em que a França deveria ter-se inspirado mais. Foi professor em Czernowitz, em Bukovine, numa região situada na encruzilhada de diferentes etnias. O Código Civil austríaco só reprimira muito pouco seus costumes, cujas normas se avizinham das suas: um bom terreno para que germine a ideia do pluralismo jurídico. Ehrlich concluiu disso que o direito não vem principalmente do Estado, nem dos autores eruditos, nem dos tribunais, mas da própria sociedade, o que corresponde às nossas teorias atuais do Estado de direito. Outras ideias muito modernas que os antropólogos do direito devam verificar no local (primeiro colonial, depois europeu): o direito não pode reduzir-se ao contencioso (obsevamos-lo a maior parte do tempo sem precisar ser forçados a isso); a maioria dos conflitos se resolve sem que as partes recorram às regras de direito abstratas elaboradas pelo Estado e sancionadas por seus tribunais. Assim, tudo o que atribuímos ao direito (os códigos, a polícia, os juizes, os fóruns) não é mais que seu apêndice: do continente, só vemos a península. Infelizmente, a obra fundamental de Ehrlich (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*) foi publicada em 1913: alguns meses mais tarde, já não era a hora das reflexões eruditas. Por isso, a obra nunca foi traduzida para o francês; só houve edição inglesa nos Estados Unidos, em 1936. E, se os anglófonos não lêem os franceses, os juristas franceses devolvem na mesma moeda.

Mas outros autores enveredaram nas mesmas direções. Um jurista polonês, L. Petrazyki (1867-1931), eleva à dignidade do direito sistemas de normas que concorrem com o direito oficial: regras de jogos, códigos esportivos, leis do meio, jogos infantis, regulamentos de estabelecimentos psiquiátricos, reciprocidades entre amantes ou amigos etc. O sociólogo G. Gurvitch (1894-1965) é seu aluno. Pensa também que o direito não necessita do Estado para existir e enfatiza o papel criador do direito exercido por entidades tais como o feudalismo, a Igreja, as corporações ou os sindicatos, e insiste no caráter comunitário do *direito social* gerado por cada um desses grupos. As faculdades de direito ignoraram muito amplamente suas teorias.

Atualmente, embora o pluralismo jurídico tenha na França apenas uma audiência recente²⁴, tardia, e não tenha em absoluto a unanimidade, o consenso sobre esse tema é geral na comunidade internacional dos antropólogos do direito. Estes, claro, elaboram diversas teorias dele, cujo sentido leva a um afastamento cada vez maior relativamente ao direito estatal: o direito é cada vez menos um negócio de Estado. Notemos que, como sempre, o observador influi no objeto observado. Se os antropólogos do direito se entusiasmassem por essa teoria, é também porque ela valoriza seus campos de pesquisas e, portanto, as legítimas. Ora, estes estão em busca de um estatuto acadêmico, sobretudo na Europa. Ocorre que, a meu ver como ao de muitos de meus colegas pelo mundo, as teorias do pluralismo jurídico possuem no plano científico um inegável valor operatorio: verdadeiras ou falsas, despertam o interesse ou a reprovação, permitem compreender melhor o que é o direito e como ele funciona, *utbi et ubi*. Assim, não há nenhuma razão de privar-se de suas luzes, quando se tiver encontrado novos astros no céu das ideias. Por ora, elas bastam para fazer que apareçam a nossos olhos numerosos direitos ocultos.

Os direitos ocultos

O carvalho abriga sob sua sombra a soberania e a justiça: velha imagem que todos nós em criança contemplamos. Apesar de sua majestade, ele é apenas uma árvore cujos galhos e raízes se entrelaçam a outras silvas mais sombrias. Abriamos um caminho.

Passando primeiro pela África negra atual, terra salpicada de pluralismo. Na superfície, os direitos dos dominantes, irrigado pela seiva estatal: largamente imitados dos

24. Cf. as *Actes du Colloque "Le Pluralisme Juridique"*, Aix-en-Provence, 21-22 nov. 1991, orgs. A. Senaux e N. Rouland.