

RODOLFO SACCO

ANTROPOLOGIA JURÍDICA

CONTRIBUIÇÃO PARA UMA MACRO-HISTÓRIA DO DIREITO

Para Angelo Falzea

TRADUÇÃO DE CARLO ALBERTO DASTOLI
REVISÃO DA TRADUÇÃO DE SILVANA COBUCCI LEITE

 **martinsfontes**

SÃO PAULO 2013

O PLURALISMO JURÍDICO

1. Culturas hegemônicas e direito dos povos subalternos

A uniformização tem um custo mais elevado quando é forçada, em particular se é imposta entre fronteiras culturais fortemente percebidas. A esse respeito chama a atenção a imposição do modelo jurídico europeu aos povos autóctones da África, da Oceania, da Ásia setentrional e meridional, das Américas. O assunto de que iremos tratar agora diz respeito a todas essas regiões. Quando tivermos que escolher um exemplo, este será a África.

A imposição do modelo europeu pode ter sido desejada para garantir ao destinatário um padrão tecnológico, sanitário ou cultural mais elevado. E pode ter sido ditada pelo fato de que o poder político não era capaz de fazer com que o europeu e o autóctone (na prática: o cidadão da metrópole presente na colônia, e o súdito colonial) usassem sistemas jurídicos diferentes.

Para entender melhor, vamos considerar duas premissas.

O europeu jamais concordaria em se submeter ao direito autóctone extraeuropeu. Ele tem tal intolerância a um ordenamento muito diferente do seu que, mesmo nos países asiáticos e africanos não coloniais, os europeus pretendiam e conseguiram não se

subordinar às fontes locais. Assim aconteceu na China, na Turquia e no Egito (sistema das "capitulações").

O europeu teria aceitado ver os autóctones submetidos ao seu direito ancestral. Mas a administração europeia baseava-se em suportes de poder impessoais e autônomos, ao passo que o poder africano tradicional, entendido como divino ou como sagrado, estava repleto de elementos extrajurídicos e se ligava à pessoa. Ou seja, o poder tradicional não se deixava enquadrar pela ideia da separação dos poderes. Ele era pouco compatível com determinadas ideias europeias sobre as garantias individuais dos sujeitos participantes dos processos. Nem o chefe tradicional africano parecia preparado para as novas tarefas, atribuídas às mudanças que a colonização trazia consigo.

A imposição do direito europeu também criou inovações que muitos de nós podem achar plausíveis.

A África e outras regiões estavam abertas a desagradáveis disparidades de tratamento: distinguiam-se o livre e o escravo, as etnias hegemônicas e as subalternas, os nobres e os plebeus, os pertencentes às várias castas e às subcastas. O colonizador empenhou-se pela abolição da escravatura (no que diz respeito à África, o vínculo jurídico foi determinado pela Conferência Internacional de Bruxelas de 1890). Quanto às outras desigualdades, o colonizador as eliminou mesmo porque não as entendia e, por isso, as ignorava.

Em larga medida, o caráter benéfico do modelo europeu existia apenas na visão europeia.

Em parte, a imposição ocorreu de maneira manifesta. Em parte, ela foi preterintencional e seguiu procedimentos tortuosos: submeteram-se os conflitos sujeitos ao direito tradicional a juízes não aptos à regra a ser aplicada; ou previram-se procedimentos judiciais não apropriados à norma; ou proibiu-se de forma genérica

dar continuidade em juízo a soluções contrárias à ética e aos bons costumes, entendendo com isso o sentimento ético europeu.

Em parte, a imposição produziu o resultado desejado. Em parte, o autóctone continuou a praticar às escondidas o antigo direito. Acrescentamos que, assim como o europeu, mesmo querendo, não sabia aplicar a regra tradicional do lugar; às vezes também o não europeu, mesmo querendo, não sabia e não sabe aplicar a regra europeia transferida para outro continente. Muitas vezes – não nos esqueçamos – a regra europeia apresenta-se em uma forma linguística difícil para o africano.

No país ex-colonial, de fato, falam-se muitas línguas, e nenhuma delas tem tal importância a ponto de adquirir o título de nacional. Desse modo, o direito se expressa na língua do ex-colonizador, e isso não significa que o operador jurídico local a conheça em todas as suas sutilezas¹.

A situação pós-colonial, em todos os continentes envolvidos, é fácil de imaginar. Na América e na Oceania existem comunidades não assimiladas aos europeus. Na Ásia e na África existem tensões entre as normas importadas na época colonial e os costumes tradicionais.

As circunstâncias agora evocadas suscitaram duas reações interessantes.

A primeira delas é a resistência do direito dos povos colonizados ao modelo europeu. Para a África existe, a esse respeito, uma

¹ Nos dias 2 e 3 de dezembro de 1983 realizou-se em Bruxelas, por iniciativa da Académie Royale des Sciences d'Outremer, um simpósio sobre o conhecimento do direito na África. Foram apresentados trabalhos sobre Gana (Kludze), Somália (Sacco), Nigéria (Comhaire), Botsuana (Griffiths), Senegal (Le Roy), Congo, então Zaire (Mwamba; Lamy), África Negra (Reynfens), Moçambique (Guedagni e Dagnino), Zâmbia (Muentner), Etiópia (Scholler e Haile), Gabão (Agondio-Okawe e Bongon), falaram também De Gaudissou, Verdier e Coupez sobre vários temas. Sobre o clássico problema do conhecimento do direito na África, ver também Vanderlinden (1969); Pedamon *et al.* (1979).

ampla e interessante bibliografia², que não carece de interrogações sobre o futuro do direito africano autóctone³.

A observância falha mesmo quando se conhece a lei.

Os testemunhos são explícitos. Eles nos dizem que se chegou a acreditar que o direito tradicional fora reduzido a um direito residual e, ao contrário, seu dinamismo terminou por atrair a atenção dos observadores. E concluem que o direito tradicional triunfou⁴.

Falando da lei marfinense sobre a família, o estudioso se pergunta se a população se submete a ela, e responde que a honestidade mais elementar obriga a responder de forma negativa: de modo geral, os cidadãos não aceitam os novos procedimentos; e as instituições consuetudinárias estão muito vivas⁵.

Em 1980, a situação é resumida nos termos seguintes. Um pouco por vez, a confiança no direito, herdada pela Europa no momento da independência, dá lugar à desconfiança em relação à lei e em relação aos riscos de uniformização que ela traz consigo. Renasce o respeito tradicional pelos grupos constitutivos de uma sociedade. Volta-se, também, a um direito estritamente submetido às comunidades locais, a um direito diversificado, respeitoso das características originais, a um direito que, em nível local, é consuetudinário⁶.

² Nos dias 5-9 de julho de 1977, a Associação Internacional das Ciências Jurídicas realizou em Dakar o seu Congresso Annual, dedicado à resistência do direito africano. Presidia Keba M'Baye, que pronunciou a frase "La coutume africaine [...] est bien vivante [...] et nous enterre tous", mesmo negando à tradição um valor axiológico ("La résistance du droit africain n'est ni bonne ni mauvaise"). São interessantes os trabalhos de Melone e Decottignies (In: *Rev. séng. de droit*, 1977, pp. 45 ss., 59 ss.), de Ndiaye, J. Paul, Raharjaona, Kouassigan, Date-Bah, Boye. Outra literatura sobre o tema: Poirier (org.) (1965); id. Alliot (1965); Conac (org.) (1980).

³ Distinguem-se Poirier, Cotran, Kouassigan.

⁴ Melone, trabalho citado, n. 4.

⁵ É o caso de Dumetz, ver sua citação no trabalho cit. de Ndiaye.

⁶ É o que afirma Alliot, in Conac (1980, 465-95, aqui p. 489).

Entram em cena a interpretação da lei⁷, especialmente aquela realizada pelos tribunais periféricos⁸, as formações sociais descentralizadas, as neoformações consuetudinárias, a reafirmação dos aparelhos de justiça tradicionais⁹, prontos – se necessário – a recorrer a expedientes mágicos para melhor decidir¹⁰.

Para compreender os problemas do costume africano, o jurista educado segundo os padrões europeus deve ter em mente um dado. Costume não significa regra observada desde tempos imemoriais, enraizada em uma observância prolongada por períodos muito longos, e por isso estático e imutável. O costume é caracterizado pela espontaneidade.

O costume é criado, substituído, alterado mais rapidamente que a lei. A África traumatizada pelo encontro com a Europa, com a cultura industrial, com as megalópoles e com os meios de transporte mecanizados assistiu ao surgimento de situações novas e criou costumes novos.

Por exemplo, em 1964, em Gasumay (Senegal, no vilarejo de Djola), tendo-se que defender as propriedades agrícolas dos ani-

⁷ O Supremo Tribunal de Camarões adapta à tradição a lei que proíbe a poligamia, evitando transformar em causa peremptória de divórcio o adultério do marido, se ele oculta uma bigamia. Ver Melone, trabalho cit., n. 43 e 44; Verdier, in Conac (1980, 310).

⁸ O marido bate na mulher com objetivo correccional e, em termos legais, é absolvido (por um tribunal local de Camarões). Nkouendjin-Yónda (1977, 7 ss.).

⁹ O mundo tradicional volta a expressar seus tribunais: Allot (1970); Roberts (1972, 103); Nwogugu (1976, 1). Em Gana, as leis de 1957, 1967 e 1974 anularam os poderes jurisdicionais dos chefes tradicionais. Mas as Magistrates Courts trabalham em inglês, as pessoas não gostam delas, e preferem ir ao chefe da aldeia, que ignora o Estado e julga, pedindo esclarecimentos sobre o fato, caso seja necessário, ao adivinho: Schott, in: Conac (1980, 289-93). No Togo, o estatuto pessoal tradicional é aplicado sem maiores problemas pelo tribunal de Estado; fodavia, sobrevive a justiça do chefe da aldeia tradicional: Verdier, in: Conac (1980, 310 ss.).

¹⁰ A literatura sobre o tema é ampla: Kétel-Laurentin (1974); Mathe (1976, 287); Rau (1976); Orde Brown (1935, 481); Seidman (1965, 46); Brietzke (1972, 1); Fadika (1975, 439); Rouvin (1978, 407); Fisiy (1990, 60).

mais selvagens e errantes, constituiu-se espontaneamente uma milícia capaz de distribuir sanções aos donos dos animais e de realizar funções de polícia e de organização religiosa¹¹.

A segunda reação consiste na revalorização do direito das minorias e dos povos subalternos, que redundou nas formulações teóricas do pluralismo jurídico e em algumas conseqüentes adequações práticas.

Vejamos do que se trata.

2. O direito estatal e legal na visão ocidental

A partir de certa data (digamos: a partir da Revolução Francesa), o Estado assumiu o poder de criar direito em todos os setores (ver adiante, pp. 103 ss.); de modo geral, ele negou ou reduziu a competência nesse âmbito das organizações territoriais menores. Esse Estado (cuja forma caricatural coincide com a República jacobina) não reconhece poder originário ao ordenamento internacional, não o reconhece aos ordenamentos religiosos, nem às entidades territoriais menores, nem às corporações de ofício. O direito é criado totalmente pelo Estado.

O Estado em questão cria o direito por meio de órgãos próprios especializados nessa tarefa (Assembleias Legislativas, ministros). O direito nasce, portanto, de fontes autoritativas. A criação espontânea, popular, é renegada, assim como é negada qualquer imanência na sociedade de um direito não verbalizado, presente no limiar da consciência do consociado.

Com a colonização, o Estado europeu parlamentar e legalista, com seu direito "oficial", viu-se em colisão com o direito informal e espontâneo das etnias coloniais. E, dado ainda mais relevante, a visão científica do Estado como criador único e absoluto de todo

o direito tornou-se incoerente com a próspera vitalidade de ordens jurídicas toleradas de fato pelo Estado, mas não reconhecidas, fundadas na tradição ou na *sharia*.

O dado estático, agora indicado, fundia-se a um dado dinâmico: por autoafirmação, por escolha política, por praticidade, por incapacidade de agir de outro modo, o Estado tendia a deslruir as regras locais em proveito das regras estatais.

A sociologia, a ciência política e a ciência jurídica poderiam ter analisado essa descontinuidade do tecido jurídico e esse abuso operado pela cultura europeia em prejuízo das culturas tradicionais; mas esses ramos do saber viram os fatos com os olhos do país colonizador. Mais tarde, a independência africana encontrou esses ramos do saber pouco afeitos aos instrumentos necessários para estudar os fatos e os problemas.

Assim, a tarefa de falar da situação coube à antropologia jurídica. O capítulo destinado ao problema foi dedicado ao pluralismo jurídico (adiante, pp. 93-9).

3. Uma visão mais realista

Hoje, o jurista acredita que onde existe sociedade existe direito; e nem sempre onde existe sociedade existe o Estado, repleto de todas as suas funções.

Caso se queira, certamente pode-se afirmar, de maneira convencional, que as sociedades humanas desprovidas de Estado não têm um direito. Mas para fazer tal afirmação deve-se renegar a juridicidade das regras de arquitetura social que caracterizam as sociedades humanas por quase todo o tempo da sua existência.

A estatalidade do direito também foi afirmada por quem fez iniciar o Estado com o começo da coação jurídica e fez coincidir o começo da coação jurídica com o surgimento dos antagonismos sociais, ou seja, com o nascimento da escravidão.

¹¹ Snyder, in Conac (1980, 273).

Esse ensinamento tem um significado denso em F. Engels e K. Marx.

Quem aceita sem reservas suas categorias não gosta da expressão "etnologia jurídica". O objeto da etnologia jurídica não pode ser chamado de direito.

Seguidores de Marx e Engels atenuaram a aspereza da doutrina dos mestres, por exemplo, introduzindo a noção de pré-Estado.

A esse respeito, as sociedades do Neolítico (agricultores e pastores) praticam normalmente a escravidão e, todavia, não são necessariamente dotadas de um poder centralizado.

Examinando sociedades ainda menos complexas, as culturas dos caçadores e coletores não praticam o escravismo e, contudo, dispõem de remédios para regular os conflitos – e, portanto, dispõem de um direito.

A ideia legalista, que confunde direito e lei, pôde conseguir e conseguiu compreensíveis sucessos quando a lei revolucionária estava empenhada em enterrar os costumes feudais e locais, e o estatualismo hegeliano recorria à ideia da lei, expressão da vontade do Estado.

Mas a ideia da necessária estatalidade e legalidade do direito perdeu e perde terreno de maneira crescente desde o início do século XX.

A comparação jurídica começou a difundir o conhecimento de sistemas muito ligados ao religioso ou ao tradicional. O ordenamento internacional, adquirindo robustez e visibilidade, fez sentir de maneira mais aguda a sua presença, bem como os limites que ele impõe ao desgramamento das escolhas do Estado. A descolonização fez com que desaparecessem os teoremas elaborados pela ciência juscolonial, que via no Estado (da metrópole, evidentemente) a fonte única de todo o direito vigente na colônia.

Enquanto isso, difunde-se a contraposição – proposta por R. Pound há quase um século – entre o chamado "law in the books"

e o "law in action", entre o direito como está verbalizado nos livros (textos de lei ou doutrinários) e o direito como atua nos fatos.¹²

Um teórico do direito muito presente no cenário da antropologia, Ehrlich, criou a expressão "direito vivo" para indicar o direito criado fora da instituição, ou seja, o direito que regula a vida social sem estar verbalizado em proposições jurídicas.¹³ De resto, precisamente o pensador que formulou com mais rigor as teses do estatismo e formalismo jurídico, H. Kelsen, perguntou-se como distinguir um ordenamento propriamente dito de um ordenamento imaginário, e (mesmo concedendo pouco espaço à criação espontânea do direito) teve que escolher a efetividade como marcador do elemento não imaginário.¹⁴

Na área do direito internacional está presente a ideia do direito espontâneo, elaborada por juristas italianos.¹⁵

Os juristas gostam de evocar a "natureza das coisas". As mais variadas situações de fato condicionam a norma autoritativa, impedindo sua aplicação ou influenciando-a. Até o jurista mais ponderado tem uma consideração especial por essa figura.¹⁶

Os padrões sociais mencionados pelo legislador (boa-fé, culpa), abuso, bons costumes, ordem pública) abrem visivelmente as

¹² Pound (1921; 1922; 1923; 1951; 1959). Sobre o caso, cf. Mattei (1992, 274-82, em particular 281).

¹³ Ehrlich (1929; 1986). Sobre o direito vivo, na Itália, Mengoni (1990); Zagrebelsky (1986, 1159); Pizzorosso e Ferreri (1998, 47).

¹⁴ Kelsen (1923). Ver a exposição orgânica do tema em Piovani (1953); Menghelli (1966, I, 21); Gavazzi (1989); Pizzorosso e Ferreri (1998, 36, 69).

¹⁵ Ago (1950). Haggemacher (1990) trata desse caso.

¹⁶ A referência à natureza das coisas é comum entre os juristas. Recordamos Gény (1919; 1914; 1921). Referências literais encontram-se em Radbruch (1941, 145); Bobbio (1978, 305). A natureza das coisas torna-se uma fonte plenamente significativa se se imagina e diz que a coisa – Sache, Dinge – traz em si uma verdade que o legislador não pode ignorar e que, portanto, gera normas. Essa posição extrema é a do jovem Marx (1843).

portas do *fortim* normativo para regras de fato, baseadas no sentimento do cidadão.

Movimentos de ideias dotados de todos os graus de nobreza tornaram-se avalistas dessas posições.

Na Alemanha, também no século de ouro da pandectística, que assistiu ao triunfo da visão do direito legalista, estatista e positivista, desenvolveram-se correntes anticonformistas. Elas co-nheciam a importância do dado social na interpretação do direito; filtravam o saber jurídico através de grades de interesses e finalidades da norma; e viam o concurso em ação entre a criação legal e a criação jurisprudencial do direito.

A França do século XIX aceitara lealmente a ideia do monopólio do Parlamento na criação do direito. Mas, no final do século, Gény afirmou que parte do direito é elaborada na vida social, é construída na reflexão do direito, e sua voz venceu o jurista francês.

Nos Estados Unidos, há um século os termos da comparação não eram a lei e a criação do intérprete, mas a proclamação escoltar e a prática. E cabia a R. Pound, como já mencionamos, propor uma reavaliação da prática e obter um consenso generalizado.

Desde a metade do século XX, um movimento como o realismo – escandinavo e americano¹⁷ – levou a todas as consequências a visão de um sistema das fontes em que se contesta a centralidade da lei e se nega a confiabilidade ao dogma.

Um movimento muito forte e bem consolidado, que certamente não se assemelha às tendências favoráveis ao espontaneísmo, também está distante de qualquer visão legalista: é o caso da análise econômica do direito¹⁸.

¹⁷ Sobre o realismo americano, ver Boggett (1958); Tarello (1962). Sobre o realismo escandinavo, ver Strömholm e Vogel (1975). Os grandes nomes do movimento são Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Alf Ross, J. Frank, Llewellyn.

¹⁸ A teoria está formulada em Posner (2003, 6. ed.); Hirsh (1979); Oliver (1979). A literatura sobre o tema já é imensa e fácil de encontrar.

Digamos, então, que o frenesi estatista e legalista nunca foi o único dono do campo e que no decorrer do século XX perdeu credibilidade e segurança em si.

4. A reação pluralista

À visão estatista e legalista do direito seguiu-se uma reação vivida e cientificamente construída por antropólogos. Ela recebe o nome de pluralismo jurídico.

O antropólogo fala de pluralismo, e com isso indica a confluência do direito recitado no código e administrado pelo tribunal e do direito praticado e administrado pela etnia.

O pluralismo jurídico¹⁹ focaliza sua atenção nos subgrupos sociais²⁰, na interação entre a ordem das comunidades locais e a ordem normativa superior²¹, nos tratamentos diversificados dos conflitos que se apresentam no interior do grupo restrito e daque-

¹⁹ A literatura é ampla. Tocam o essencial do tema: Gurvitch (1935); VV.AA., *Études sur le pluralisme* (1972); Gillissen (org.) (1972); Vanderlinden (1972); Boley (1977) (org.) 1996); Griffiths (1983); Chiba (org.) (1986, 11 e 378-95); Von Benda-Beckmann e Strihbosch (org.) (1986); MacDonald (1986; 1987; 2002, 133); MacDonald e Kleinhaus (1997, 37 ss.); Motta (1986; 1994; 1996; 2001); Rouland (1992a, 72-89 e depois 97-103) (essas páginas contêm uma excelente exposição histórica dos casos do pensamento pluralista; as regras sobre o direito do autor impedem sua reprodução integral, como deveria ser feito para servir melhor o leitor); Rouland, Pierré-Caps e Pounnarré (1996); Lajoie *et al.* (org.) (1998); Gagnon e Rocher (orgs.) (2002). Em agosto de 2004 (22-25) realizou-se em Moncton (Novo Brunswick) o encontro "Étudier et enseigner le droit: hier, aujourd'hui et demain", em homenagem a Vanderlinden. Nas atas podem ser lidos os trabalhos de Boley, Dembour e MacDonald. Alguns periódicos estão voltados para os temas do pluralismo e do direito informal: é o caso do *Journal of Legal Pluralism*, das *Newsletters of the Commission on Folk-Law and Legal Pluralism*, *Law and Anthropology* (Viena). O pluralismo é correlato a diversidades (culturais, étnicas etc.). A diversidade está se tornando um tema de estudo. Bussani e Graziadei (orgs.) (2005); *Id.* trabalhos de Blanc-Jouvain, MacDonald, Moréteau, Caterina, M. Ferraris. Fala-se de um "direito à identidade cultural": Déprez (1988, IV, 19 ss.); Burgers (1990, 251); De Vergottini (1995, 9); Jayne (1997); Stavenhagen (2001, 85).

²⁰ Van Vollenhoven.

²¹ Redfield, Gluckman.

les que ocorrem entre grupos diversos²², contrapõe o direito oficial e o não oficial²³ e toma como alvo a identificação do direito com o Estado²⁴.

No âmbito da corrente de pensamento, distinguem-se várias posições.

Alguns falam de pluralismo quando o Estado prevê normas diversas para os cidadãos dependendo de seu caráter, por exemplo, dependendo de sua religião ou da origem metropolitana ou autóctone. Outros falam de pluralismo apenas se veem um sujeito destinatário de várias regras conflitantes, que não se reconhecem reciprocamente (exemplo: uma regra estatal, uma regra religiosa, uma regra tradicional)²⁵.

Um pluralismo "radical", policêntrico, não busca nem a separação nem uma eventual redução à unidade das diversas ordens jurídicas. É direito aquilo que homens consideram tal: o direito é uma opinião, uma aspiração; não é nem uma estrutura, nem uma norma.

O pluralismo jurídico pronuncia-se sobre a teoria geral do direito, sobre a doutrina das fontes, e proclama sua própria política do direito.

A teoria geral do direito contra a qual se lança o pensamento pluralista é aquela que vê o direito presente em determinada área como único e monopolista, como centralista e estatal, como prescritivista, ou seja, imposto de fora aos associados que o praticam, como positivista, como nitidamente previsível e distinguível. O antropólogo pluralista – com o olhar voltado para o direito tradi-

²² Llewellyn e Hoebel.

²³ Chiba.

²⁴ Ehrlich, Gurvitch.

²⁵ Esta última visão é a de Griffiths e de Boley, que, em relação a esse ponto, se distanciam de Glissen e de Vanderhinden em um primeiro momento.

cional, por exemplo, o africano, criado na selva – enxergará naquela área regras jurídicas múltiplas (o direito administrativo herdado da potência colonial e o direito de família resultante de premissas tradicionais), normas geradas espontaneamente pela sociedade sem intervenção das assembleias legislativas, passíveis de maneiras de aplicação sugeridas pelas circunstâncias não no momento do fato, mas no momento da reação social-jurídica ao fato.

Durante alguns séculos, a doutrina das fontes do direito privilegiou a pena do legislador: O pluralismo exalta o direito espontâneo – quer se chame consuetudinário, quer se chame tradicional. E a esse direito espontâneo atribui, como traço típico, a ausência de verbalização²⁶.

Analisada a situação africana, o antropólogo podia, enfim, refletir sobre o direito europeu. Não existem, no direito europeu, partículas não escritas (nesse sentido, consuetudinárias)? Não podem existir – em vales isolados, nas periferias extremas dos grandes conglomerados urbanos, nos núcleos coesos de imigrantes ou de nômades, sobrevivências jurídicas ou novas soluções jurídicas de que o mundo oficial nada sabe? Do processo ao direito colonial nasceu o direito da metrópole²⁷.

Se lembramos que a visão estatal-legalista do direito não é de todos os juristas, podemos também dizer que, na realidade, a visão proposta pelos antropólogos pluralistas difere da visão do jurista médio não pela maneira como concebe o direito, mas porque percebe que aquele direito que se distancia da lei, que ignora os dogmas de escola e, se necessário, prescindindo do reconhecimento do Estado torna-se particularmente significativo quando é o direito de grupos sociais ou étnicos culturalmente diferenciados

²⁶ Para uma análise mais ampla, ver Sacco (1995a, 71-6, 124-9, 168-9).

²⁷ Sobre o tema, ver Sacco (1999a, 43-7 e 62-7), em que se fala dos costumes, e Sacco (1992, 125 ss.).

dos outros, minoritários ou subalternos. O direito assim definido é chamado agora de "folk-law".

Esse direito dos grupos subalternos pode ser expressamente desconhecido pelo Estado, pode ser ignorado, mas não expressamente desconhecido (chama-se então direito informal), pode ser reconhecido²⁸. Neste último caso, pode ser que sua aplicação seja confiada aos juizes do Estado (que, intencional ou fatalmente, o deformarão)²⁹ ou pode ser que providenciem juizes contemplados por aquele sistema específico.

5. A defesa dos direitos étnicos

A prática colonial viu a potência europeia mobilizar-se a favor do modelo jurídico da metrópole e contra o direito tradicional local. A ex-colônia asiática ou africana independente fez o mesmo. Enquanto o europeu distinguiu, e por isso aplicou o direito europeu ao europeu, e o direito local ao autóctone, a ex-colônia independente percebeu, muitas vezes, o duplo trilhio jurídico como uma carta de inferioridade expedida ao autóctone, e generalizou a aplicação do direito europeu. Essa atitude aplacou-se apenas em um segundo momento. Mas de todos os lados chegam notícias sobre a batalha de retaguarda realizada pelas regras ancestrais.

Essa batalha não deixou o antropólogo indiferente.

A antropologia jurídica, sendo uma ciência, fica feliz em nos providenciar um saber. Não julga. O antropólogo constata que uma regra jurídica, tendo o apoio da força política e militar, da força tecnológica, do nível de conhecimento de seus defensores tende tomar o lugar de outra regra jurídica fraca. Na área onde está instalada a cultura fraca introduzem-se representantes da cultura forte, os quais mandam, governam e impõem sua regra jurídica. Expo-

entes da cultura fraca são transferidos ou se transferem por razões econômicas para a área onde está instalada a cultura forte, que lhes é imposta (deportação de africanos para a América, imigração do Terceiro Mundo para a área ocidental). A dinâmica das duas culturas dá a palma a um modelo em detrimento do outro.

Diante dessas violações, o antropólogo não é neutro. Toma posição a favor do modelo fraco.

Ele entra em cena *como antropólogo*. Pode fazê-lo?

Faz. Aqui não se trata de avaliar os modelos e determinar se um deles é melhor do que o outro. Trata-se de tomar posição diante do abuso de um modelo por parte do outro. Não é preciso dizer que a hipótese da defesa do abuso não tem nada que ver com a hipótese oposta, em que se faz o possível para que os membros de uma cultura não possam ter acesso à cultura estrangeira (proibição de importação de bens culturais estrangeiros, boicote dos modelos estrangeiros, perseguição de quem abandona a cultura do grupo etc.).

Não se trata de demarcar uma série de parques do Grande Paraiso para preservar essa ou aquela espécie ameaçada de extinção. O objetivo é fazer com que as comunidades em questão, livres para ter acesso à cultura do vizinho, possam se dirigir (se quiserem) à própria cultura sem ser obrigadas a assimilar a do outro.

6. O pluralismo e a política do direito

O movimento pluralista não ficou confinado às bibliotecas. Ele assumiu um discurso político³⁰, colocando-se a favor de culturas jurídicas oprimidas, em particular a favor das culturas coloniais. Nos casos em que o povo autóctone, instalado na colônia,

²⁸ Sacco (1995a, 127).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Na abertura da VIII Sessão das Jornadas em homenagem a Vandertindan, *Étudier et enseigner le droit*, cit. MacDonald, tratando o tema *Droit et théorie pluraliste*, afirmou "Legal pluralism [...] is first and foremost about ideology".

se tornou independente e administra o próprio poder, o problema passou a ser encarado como um problema normal de escolha entre um modelo culto, proveniente do exterior, bem verbalizado, transmitido através de universidades, compatível com uma economia dinâmica, e um modelo tradicional local, não verbalizado ou imperfeitamente verbalizado, não assistido por um ensino universitário. Mas, nos casos em que a independência confiou o poder à maioria proveniente da Europa, os autóctones remanescentes só podem aplicar o próprio direito com um procedimento de segregação.

O movimento pluralista interessou-se por esses últimos casos. A Academia Internacional de Direito Comparado teve a felicidade de criar uma iniciativa. Em 1978, no decorrer do X Congresso Quadrienal (Budapeste), os holandeses (entre os quais Vanden Steenhoven) propuseram um projeto de pesquisa sobre o *folk-law*. Com base nesse projeto, a União Internacional das Ciências Antropológicas e Etnológicas (IUAES), por ocasião do congresso de 1978 (Nova Delhi), criou uma Commission on Folk-Law and Legal Pluralism, que estuda as relações entre *folk-law* e direito estatal. Uma nova subciência (chamada demologia) se ocupa desse direito popular.

Nas mesmas décadas começavam a surgir soluções jurídicas novas³¹. Aqui e ali, o Estado passou a reconhecer a autonomia (no plano da legitimação, dos processos, da substância) aos tribunais tradicionais, desconhecidos havia séculos. Os fenômenos mais evidentes podem ser encontrados no Canadá e na Austrália³².

³¹ Disponimos de uma apresentação muito informada e penetrante dos problemas: Motta (2001). Ele aborda a doutrina dos direitos ancestrais da América do Norte. Ali encontramos uma bibliografia sobre o tema, em que se notam, em particular: Brun (1974); Mc Neil (1989); Savard (1981); Lajoie, Normand, Bissonette e Brisson (1996).
³² Um reconhecimento de princípios encontra-se na lei constitucional canadense de 17 de abril de 1982 (ver anexo B, art. 35). Na Austrália, encontramos o *Aborigi-*

Uma observação se impõe. Não se conhecem casos em que o modelo popular, finalmente respeitado e preservado pelos representantes do modelo culto, pratique normas que a cultura ocidental julgaria eticamente repulsivas. Não ouvimos falar de normas que permitam pôr em risco a vida de um cidadão com objetivos de culto ou de lazer ou como ostentação de um poder social.

genal Land Right Act do Novo Gales do Sul (1983), o *Aboriginal Relics Preservation Act* e o *Aborigines Act* do Queensland (1967 e 1979), e o *Aboriginal Lands Act* do Victoria (1970).