

## Capítulo 8

### O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa

#### I

Assim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local. Um caso individual, seja ele o de Palsgraff ou o da Ponte sobre o Rio Charles, proporciona ao direito não só as bases que dão origem a toda uma série de reflexões, mas também o próprio objeto que lhe dá orientação; no caso da etnografia, as práticas estabelecidas, tais como o *potlatch* ou o *couvade*, têm a mesma função. Sejam quais forem as outras características que a antropologia e a jurisprudência possam ter em comum – como por exemplo uma linguagem erudita meio incompreensível e uma certa aura de fantasia – ambos se entregam à tarefa artesanal de descobrir princípios gerais em fatos paroquiais. Repetindo, uma vez mais, o provérbio africano: “a sabedoria vem de um monte de formigas”.

Dada a semelhança entre suas visões do mundo e até na maneira como focalizam o objeto de seus estudos (um enfoque no qual “para conhecer a cidade é preciso conhecer suas ruas”) pareceria que advogados e antropólogos foram feitos um para o outro e que o intercâmbio de ideias e de argumentos entre eles deveria fluir com enorme facilidade. No entanto, essa sensibilidade pelo caso individual pode tanto dividir como unir e, embora o homem que dirija um iate e um outro que plante uvas possam ter uma admiração recíproca pelo significado da vida do outro, isso não implica que tenham muitos assuntos em comum para conversar. O advogado e o antropólogo, ambos *connoisseurs* de casos específicos, peritos em assuntos práticos, estão na mesma situação. O que os distancia e separa é sua própria afinidade eletiva.

Várias das curiosidades que caracterizam o que os advogados normalmente chamam de antropologia legal e os antropólogos de antropologia do direito, têm sua origem nessa relação tão próxima e ao mesmo tempo tão distante entre aqueles cuja profissão é, citando Holmes, dar-nos “aquilo que necessitamos para apresentar-

## Capítulo 8

### O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa

#### I

Assim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local. Um caso individual, seja ele o de Palsgraff ou o da Ponte sobre o Rio Charles, proporciona ao direito não só as bases que dão origem a toda uma série de reflexões, mas também o próprio objeto que lhe dá orientação; no caso da etnografia, as práticas estabelecidas, tais como o *potlatch* ou o *couvade*, têm a mesma função. Sejam quais forem as outras características que a antropologia e a jurisprudência possam ter em comum – como por exemplo uma linguagem erudita meio incompreensível e uma certa aura de fantasia – ambos se entregam à tarefa artesanal de descobrir princípios gerais em fatos paroquiais. Repetindo, uma vez mais, o provérbio africano: “a sabedoria vem de um monte de formigas”.

Dada a semelhança entre suas visões do mundo e até na maneira como focalizam o objeto de seus estudos (um enfoque no qual “para conhecer a cidade é preciso conhecer suas ruas”) pareceria que advogados e antropólogos foram feitos um para o outro e que o intercâmbio de ideias e de argumentos entre eles deveria fluir com enorme facilidade. No entanto, essa sensibilidade pelo caso individual pode tanto dividir como unir e, embora o homem que dirija um iate e um outro que plante uvas possam ter uma admiração recíproca pelo significado da vida do outro, isso não implica que tenham muitos assuntos em comum para conversar. O advogado e o antropólogo, ambos *connoisseurs* de casos específicos, peritos em assuntos práticos, estão na mesma situação. O que os distancia e separa é sua própria afinidade eletiva.

Várias das curiosidades que caracterizam o que os advogados normalmente chamam de antropologia legal e os antropólogos de antropologia do direito, têm sua origem nessa relação tão próxima e ao mesmo tempo tão distante entre aqueles cuja profissão é, citando Holmes, dar-nos “aquilo que necessitamos para apresentar-

## Capítulo 8

### O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa

#### I

Assim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local. Um caso individual, seja ele o de Palsgraff ou o da Ponte sobre o Rio Charles, proporciona ao direito não só as bases que dão origem a toda uma série de reflexões, mas também o próprio objeto que lhe dá orientação; no caso da etnografia, as práticas estabelecidas, tais como o *potlatch* ou o *couvade*, têm a mesma função. Sejam quais forem as outras características que a antropologia e a jurisprudência possam ter em comum – como por exemplo uma linguagem erudita meio incompreensível e uma certa aura de fantasma – ambos se entregam à tarefa artesanal de descobrir princípios gerais em fatos paroquiais. Repetindo, uma vez mais, o provérbio africano: “a sabedoria vem de um monte de formigas”.

Dada a semelhança entre suas visões do mundo e até na maneira como focalizam o objeto de seus estudos (um enfoque no qual “para conhecer a cidade é preciso conhecer suas ruas”) pareceria que advogados e antropólogos foram feitos um para o outro e que o intercâmbio de ideias e de argumentos entre eles deveria fluir com a mesma facilidade. No entanto, essa sensibilidade pelo caso individual pode tanto impedir como unir e, embora o homem que dirija um iate e um outro que plante as plantas possam ter uma admiração recíproca pelo significado da vida do outro, isso não implica que tenham muitos assuntos em comum para conversar. O advogado e o antropólogo, ambos *connoisseurs* de casos específicos, peritos em assuntos práticos, vivem na mesma situação. O que os distancia e separa é sua própria afinidade eletiva. Várias das curiosidades que caracterizam o que os advogados normalmente chamam de antropologia legal e os antropólogos de antropologia do direito, têm sua origem nessa relação tão próxima e ao mesmo tempo tão distante entre aqueles cuja função é, citando Holmes, dar-nos “aquilo que necessitamos para apresentar-

nos ante juízes ou [...] para ficarmos [...] fora dos tribunais” e aqueles outros que, segundo uma frase de Kluckhohn, citada por Hoebel, ocupam-se em construir um espelho gigantesco no qual “podemos olhar-[nos] em [nossa] variedade infinita”<sup>1</sup>. Certamente a mais curiosa dessas curiosidades é o eterno debate sobre o conteúdo do direito; ou seja, se ele consiste de instituições ou regulamentos, de procedimentos ou de conceitos, de decisões ou de códigos, de processos ou de formas, e, portanto, se ele é uma categoria tal como o trabalho, que existe praticamente em qualquer parte do mundo onde nos deparemos com uma sociedade humana, ou algo assim como o contraponto, que certamente não é universal.

Muito depois de termos compreendido que essa questão – o relacionamento problemático entre rubricas que emergem de uma cultura e práticas encontradas em outra – não pode ser evitada, mas que, também, não é fatal no caso da “religião”, da “família”, do “governo”, da “arte”, ou mesmo da “ciência”, vemos que, no caso do direito, ela permanece estranhamente obstrutiva. Não só criou-se uma separação permanente entre os aspectos lógicos e os aspectos práticos do direito, malogrando assim, de início, qualquer possibilidade de que sejam concretizados os próprios objetivos da disciplina (mais uma citação semelhante à que diz que “a alma do direito... sempre foi a experiência” acabaria com ela de uma vez por todas), como, de uma forma muito pouco útil, colocou-se em campos opostos o enfoque forense e o enfoque etnográfico das análises jurídicas, o que nos leva a crer que a série de livros e artigos com títulos como “o direito sem advogados”, “o direito sem sanções”, “o direito sem os tribunais” ou “o direito sem precedentes” poderia ter, como conclusão apropriada, um cujo título fosse “o direito sem o direito”.

Com tudo isso, a interação de duas profissões tão orientadas para a prática, tão profundamente limitadas a universos específicos e tão fortemente dependentes de técnicas especiais, teve como resultado mais ambivalência e hesitação que acomodação e síntese. E, ao invés de termos uma penetração da sensibilidade jurídica na antropologia, ou da sensibilidade etnográfica no direito, o que vemos é um conjunto limitado de debates estáticos, em que se tenta descobrir se os conceitos da jurisprudência ocidental têm alguma aplicação útil em contextos não ocidentais, ou se o estudo do direito comparativo consiste em saber como os africanos ou os esquimós concebem a justiça, ou como são resolvidas as disputas na Turquia ou no México; ou ainda se os regulamentos jurídicos realmente restringem o comportamento ou unicamente servem como justificativas racionais para encobrir aquilo que algum juiz, advogado, litigante ou qualquer outro maquinador semelhante queria fazer, de qualquer maneira.

Faço esses comentários um tanto ou quanto impertinentes não com a intenção de desconsiderar o que foi feito em nome da antropologia jurídica – *Crime and*

1. HOLMES Jr., O.W. “The path of law”, reimpressa em *Landmarks of law*. Boston, 1960, p. 40-41 [org. R.D. Henson]. • HOEBEL, E.A. *The law of primitive man: A study in comparative legal dynamics*. Cambridge, Mass.: [s.e.], 1954, p. 10.

*custom, The cheyenne way, The judicial process among the Barotse, and Justice and judgement among the Tiv* foram e continuam sendo análises clássicas do controle social em sociedades tribais – nem como uma forma de criticar o que está sendo feito hoje em dia, sobre temas semelhantes e utilizando conceitos também semelhantes (à exceção de alguns estudos fascinantes como o de Sally Falk Moore sobre responsabilidade estrita ou Lawrence Rosen sobre discricção judicial), e sim para distanciar-me desses trabalhos<sup>2</sup>. A meu ver, ao considerar o produto do encontro da etnografia e do direito como um desenvolvimento interno da própria antropologia que teria dado origem a uma subdisciplina semiautônoma e especializada, como a psicologia social, ou a exobiologia, ou a história da ciência, os antropólogos (restringindo-me a eles por enquanto; minhas críticas aos advogados virão a seguir) tentaram resolver o problema do saber local enveredando justamente pelo caminho errado. A evolução de novos ramos das disciplinas estabelecidas pode fazer sentido quando se trata do aparecimento de fenômenos genuinamente intermediários, que não se enquadram inteiramente em nenhum dos ramos já desenvolvidos, como no caso da bioquímica; ou quando se trata de transferir conceitos-padrão para áreas ainda não padronizadas, como no caso da astrofísica. No caso do direito e da antropologia, no entanto, onde cada parte apenas se pergunta – às vezes esperançosamente, outras, com ceticismo – se a outra parte pode ter em algum lugar alguma coisa que lhe venha a ser útil na resolução de alguns de seus próprios problemas clássicos, a situação é diferente. O que esses coloquialistas em potencial necessitam não é uma disciplina centauro – plantação de uvas náutica ou navegação em vinhedos – e sim uma consciência maior e mais precisa do que a outra disciplina significa.

Por sua vez, creio que para que essa consciência se desenvolva é necessário que se adote uma abordagem mais desagregante que a atual; não uma mera tentativa de unir o direito, *simpliciter*, à antropologia, *sans phrase*, mas sim uma busca de temas específicos de análise que, mesmo apresentando-se em formatos diferentes, e sendo tratados de maneiras distintas, encontram-se no caminho das duas disciplinas. Parece-me também que isso exige um método menos internalista, que não seja algo como “nós lhe atacamos, vocês nos atacam, e que os ganhos fiquem onde caírem”; não um esforço para impregnar costumes sociais com significados jurídicos, nem para corrigir raciocínios jurídicos através de descobertas antropológicas, e sim um ir e vir hermenêutico entre os dois campos, olhando primeiramente em uma direção, depois na outra, a fim de formular as questões morais, políticas e intelectuais que são importantes para ambos.

O tema de que gostaria de tratar a seguir, utilizando essa metodologia, pode ser expresso, em termos os mais amplos possíveis – tão amplos que chegam a não

2. MALINOWSKI, B. *Crime and custom in savage society*. Londres: [s.e.], 1926. • LLEWELLYN, K. & HOEBEL, E.A. *The cheyenne way*. Norman, Oklahoma: [s.e.], 1941. • GLUCKMAN, M. *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester: [s.e.], 1955 [rev. ed. 1967]. • BOHANNAN, P. *Justice and judgement among the Tiv of Nigeria*. Londres: [s.e.], 1957.

ter uma estrutura – como o relacionamento entre fatos e leis. Essa questão, em sua formulação é/deve ser, *sein/sollen*, e todas as questões menores por ela geradas, é um tema clássico na filosofia ocidental, pelo menos desde Hume e Kant; e na jurisprudência, qualquer debate sobre leis naturais, ciência política ou legitimação positiva tendem a transformá-lo no ponto mais crucial de todos os pontos cruciais. Aparece também, sob a forma de interesses bastante específicos, e expressos de maneira bastante concreta, na linguagem cotidiana do direito e da antropologia: no primeiro caso, aparece associado com a relação entre as dimensões evidenciais e nomísticas da adjudicação, ou seja, o que ocorreu e o que é legal; no segundo, com a relação entre os padrões do comportamento observado que realmente existem na prática, e as convenções sociais que supostamente os governam, ou seja, o que ocorreu e o que é gramaticalmente correto. Entre uma simplificação dos fatos que torna as questões morais tão limitadas que podem ser solucionadas através do simples uso de regras específicas (a meu ver, a característica que define o processo jurídico) e a esquematização da ação social de modo que seu significado possa ser expresso em termos culturais (a característica, também a meu ver, que define a análise etnográfica), existe algo mais que uma simples semelhança entre membros de uma mesma família<sup>3</sup>. Em nível do monte de formigas, esses dois tipos de engenhosidades do trabalho cotidiano podem até descobrir algo substancial sobre o que conversar.

\*

Para iniciar o ir e vir na direção jurídica (e abusando também de um título famoso), o lugar dos fatos no universo dos julgamentos passou a ser uma questão central desde que os gregos a suscitaram contrapondo, como sempre o fizeram, natureza e convenções; em tempos modernos, porém, quando *physis* e *nomos* não mais parecem ser realidades tão puras, e quando, de certa maneira, parecem existir muito mais coisas a serem conhecidas, essa questão tornou-se um foco constante da ansiedade jurídica. A explosão dos fatos, o temor aos fatos, e, em resposta a essas ocorrências, a esterilização dos fatos, confundem, cada vez mais, tanto a prática do direito quanto as reflexões que sobre ele se façam.

Vemos a explosão dos fatos a nossa volta, diariamente. A princípio existem os procedimentos que levam à descoberta, que por sua vez produzem guerreiros jornalísticos despachando documentos uns para os outros em carrinhos de mão, e tentando obter declarações de qualquer pessoa capaz de falar em um gravador. Há também a tremenda complexidade dos casos comerciais em cujo labirinto nem mesmo um tesoureiro da IBM pode encontrar a saída – e o que dizer, então, de algum pobre

3. Sobre a simplificação dos fatos, cf. NOONAN Jr., J.T. *Persons and masks of the law; Cardozo, Holmes, Jefferson, and Whyte as makers of the masks*. Nova York: [s.e.], 1976. Sobre o estreitamento de questões morais para a adjudicação, cf. FALLERS, L.A. *Law without precedent*. Chicago: [s.e.], 1969. • Cf. HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: [s.e.], 1961. Sobre a visão “interpretativa” da análise etnográfica, cf. GEERTZ, C. “Thick description: toward an interpretive theory of culture”. In: *The interpretation of cultures*. Nova York: [s.e.], 1973, p. 3-30.

juiz ou algum infeliz jurado. Há ainda o aumento inusitado de peritos que testemunham: não só as figuras há muito familiares do patologista frio e do psiquiatra esfuziante, mas outras que supostamente sabem tudo o que se precisa saber sobre cemitérios índios, probabilidade bayesiana, qualidade literária de romances eróticos, história da colonização do Cabo Cod, estilos da linguagem oral nas Filipinas, ou os mistérios da concepção no comércio de aves – “O que é uma galinha? Tudo aquilo que não for um pato, um peru, ou um ganso.” Há o crescimento da litigação no direito público – ações classistas, advocacia institucional, patrocínios de causa, mestres especiais, e assim por diante – que obriga juízes a saberem muito mais do que realmente lhes interessa saber sobre clínicas psiquiátricas em Alabama, compra e venda de imóveis em Chicago, a polícia na Filadélfia ou departamentos de antropologia em Providence. E há a inquietação tecnológica da vida contemporânea, uma espécie de auge da moda da invenção, que traz para os tribunais, ao lado de técnicas mais estabelecidas como a balística e a impressão digital, ciências incertas como o grampo eletrônico, a impressão da voz, pesquisas de opinião, testes de inteligência, detectores de mentiras, e, em um caso famoso, até brincadeiras com bonecas. Mais que tudo isso, porém, há a revolução geral de expectativas crescentes com relação às possibilidades da determinação factual e a sua capacidade de resolver questões insolúveis, que a cultura geral de cientismo gerou em todos nós; enfim, o tipo de situação que provavelmente levou o magistrado Blackmun (e mais recentemente, com intenções menos imparciais, vários membros do Congresso norte-americano) a penetrar nos labirintos da embriologia, em busca de uma resposta para a questão do aborto.

O temor aos fatos, que todos esses fatores estimularam no direito e entre os defensores da lei, não é menos aparente. O temor sempre foi um sentimento jurídico, sob a forma de uma certa cautela com os meios de avaliação da informação nos tribunais, sobretudo em sistemas onde vigora o direito costumeiro, quando a tarefa de avaliação é normalmente repassada para amadores. É um lugar comum de qualquer compêndio que os regulamentos sobre a evidência e a divisão maniqueísta do Ser em Questões de Direito e Questões de Fato que esses regulamentos representam, surgem mais como um resultado da desconfiança de que membros do júri não serão totalmente capazes de exercer sua função como “juízes racionais de fatos”, seja lá o que isso signifique, e menos por uma possível preocupação com a relevância da evidência para o caso. Como diz explicitamente um desses compêndios mais recentes, a função do juiz nas questões de admissibilidade é decidir quando “o julgamento [seria] melhor sem a evidência”<sup>4</sup>. O decréscimo geral de julgamentos por júri em casos do direito civil, o crescimento de estudos empíricos sobre o funcionamento do júri, e a quantidade de sugestões para reformas desse sistema, para a utilização de procedimentos inquisitoriais importados de sistemas civis, e para uma revisão *de novo*, bem como a divulgação de dúvidas morais como as de A.P. Herbert de que

4. ROTHSTEIN, P. *Evidence in a Nutshell*. St. Paul: [s.e.], 1970, p. 5.

“trancar [...] dez homens e duas mulheres laudáveis em uma sala fria sem nada para comer” seria realmente uma forma sensata de tomar decisões sobre “questões que desafiam as mentes mais sábias da magistratura e da advocacia”, tudo isso revela a mesma ansiedade: as mãos jurídicas estão perdendo o controle do mundo das ocorrências e das circunstâncias<sup>5</sup>.

E a depreciação do júri (uma instituição que o juiz Frank comparou uma certa vez com os anzóis gigantes e inúteis preferidos por alguns habitantes das ilhas do Pacífico em busca de fama e prestígio) não é a única expressão desse desejo cada vez maior de manter os fatos à distância em procedimentos jurídicos<sup>6</sup>. A popularidade crescente dos conceitos de responsabilidade estrita em delitos de natureza civil, que reduzem a parte dos procedimentos que trata “daquilo que realmente aconteceu” em termos passíveis de serem trabalhados por qualquer comportamentalista, ou dos conceitos de “nenhuma responsabilidade” que praticamente a eliminam; a expansão das negociações sobre a alegação do réu (inocente ou culpado) no direito penal, que evita maiores esforços de todos os participantes para organizar a evidência e traz a parte factual do processo já virtualmente estipulada para o julgamento; e o número crescente de teorias “econômicas” de jurisprudência, que desviam o interesse empírico da estória fragmentada das questões e o transferem para as consequências calculáveis das resoluções dessas questões, ou da organização de reivindicações materiais para a atribuição de custos sociais, todas essas iniciativas têm o mesmo objetivo. Uma justiça sem complicações nunca pareceu tão atraente.

Obviamente, não é possível dar-se prosseguimento a um julgamento sem nenhuma evidência, ou pelo menos sem algum simulacro de evidência, e algum tipo de informação, real ou simulada – que venha daquele mundo onde se fazem promessas, sofrem-se danos, e cometem-se infâmias –, se infiltrará, ainda que de forma atenuada, até mesmo nos tribunais de recursos. A simplificação dos fatos, a sua redução às capacidades genéricas dos guardiães da lei, é, por si mesmo, como mencionei anteriormente, um processo inevitável e necessário. O exagero desta simplificação, no entanto, torna os fatos cada vez mais tênues à medida que crescem a complexidade empírica (ou, uma distinção crítica, cresce a sensação de complexidade empírica) e o temor a esta complexidade. Um fenômeno que vem preocupando seriamente a vários dos grandes pensadores jurídicos, do juiz Frank a Lon Fuller e John Noonan, e também – e eu diria que até mais seriamente – a um número ainda maior de querelantes e de acusados que subitamente começam a perceber que seja lá o que for que o direito busque, certamente não é a estória real e completa<sup>7</sup>. A compreensão de que os fatos não nascem espontaneamente e de que são feitos, ou, como diria um

5. HERBERT, A.P. *Uncommon law*. Londres: [s.e.], 1970, p. 350 [Troquei a ordem da citação].

6. FRANK, J. *Courts on trial*. Princeton: [s.e.], 1949.

7. FRANK, J. *Law and the modern mind*. Nova York: [s.e.], 1930. • FULLER, L. “American legal realism”. *University of Pennsylvania Law Review* 82 (1933-1934), p. 429-462. • NOONAN, J. *Persons and masks of the law*. [s.n.t.].

antropólogo, são construídos socialmente por todos os elementos jurídicos, desde os regulamentos sobre a evidência, a etiqueta que regula o comportamento nos tribunais, e as tradições em relatórios jurídicos até as técnicas da advocacia, a retórica dos juízes, e os academicismos ensinados nas faculdades de direito, suscita questões importantes para uma teoria da administração da justiça que a considera, citando um exemplo representativo, como “uma série de emparelhamentos de configurações factuais com normas” nos quais ou “uma situação factual pode ser emparelhada com uma das normas” ou “uma norma específica [...] pode ser sugerida por uma seleção das versões competitivas sobre o que aconteceu”<sup>8</sup>. Se as “configurações factuais” não são meros objetos que se encontram espalhados pelo mundo, e que podem ser carregados fisicamente até o tribunal para uma demonstração audiovisual, e sim diagramas altamente editados da realidade, produzidos pelo próprio processo de emparelhamento mencionado acima, então tudo o que acontece no tribunal torna-se algo assim como um truque de mãos.

Obviamente, não se trata de um truque de mãos, ou pelo menos nem sempre, mas sim de um fenômeno um pouco mais crucial, um fenômeno aliás que é a base de toda a cultura: isto é, o processo de representação. A descrição de um fato de tal forma que possibilite aos advogados defendê-lo, aos juízes ouvi-lo, e aos jurados solucioná-lo, nada mais é que uma representação: como em qualquer comércio, ciência, culto, ou arte, o direito, que tem um pouco de todos eles, apresenta um mundo no qual suas próprias descrições fazem sentido. Discutiremos, mais adiante, os paradoxos que este tipo de descrição pode gerar; o argumento aqui, no entanto, é que a parte “jurídica” do mundo não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios, e valores limitados, que geram tudo que tenha a ver com o direito, desde decisões do júri, até eventos destilados, e sim parte de uma maneira específica de imaginar a realidade. Trata-se, basicamente, não do que aconteceu, e sim do que acontece aos olhos do direito; e se o direito difere, de um lugar ao outro, de uma época a outra, então o que seus olhos veem também se modifica.

Ao invés de imaginar que o sistema jurídico, nosso ou alheio, está dividido entre a preocupação com o que é correto e a preocupação com o que simplesmente é (para fazer uso da formulação pungente de Llewellyn, quando mais não for, pela influência que exerceu sobre antropólogos); e que a “técnica jurista”, nossa ou alheia, é uma questão de conciliar as decisões éticas que respondem ao que é correto, com as determinações empíricas que respondem ao que simplesmente é, pareceria bem melhor – ou até mais “realista”, se me permitem o termo – imaginar que esses sistemas descrevem o mundo e o que nele acontece em termos explicitamente judiciosos, e que essa “técnica” nada mais é que um esforço organizado para que a descrição esteja correta<sup>9</sup>. A representação jurídica do fato é normativa por princípio; e o pro-

8. BARKUN, M. *Law without sanctions*. New Haven: [s.e.], 1968, p. 143.

9. LLEWELLYN, K. & HOEBEL, E.A. *The cheyenne way*, p. 304. Cf. sobre “justiça de fato” versus “justiça da lei”, POSPISIL, L. *Anthropology of law: a comparative perspective*, p. 234s. • GLUCKMAN, M. *The judicial process*, p. 336.

blema que isso gera para todos aqueles, sejam eles advogados ou antropólogos, cujo objetivo seja examinar os fatos com tranquilidade reflexiva, não é o de correlacionar dois hemisférios do ser, duas faculdades mentais, duas espécies de justiça, ou até dois tipos de procedimentos. O problema fundamental é descobrir como representar aquela representação.

A resposta a essa pergunta está longe de ser clara e talvez espere por desenvolvimentos na teoria da cultura que a própria jurisprudência provavelmente não será capaz de produzir. No entanto, certamente melhor que o processo de emparelhamento, em que se enquadra uma norma estabelecida a um fato que foi descoberto, uma espécie de mimese jurídica, é uma formulação que tem como ponto central a linguagem, e que, na versão de um jovem antropólogo suíço, Franz von Benda-Beckmann, considera adjudicação como o movimento de ir e vir entre a linguagem do “se então” das normas genéricas, seja como forem expressas, e o idioma do “como portanto” dos casos concretos, seja como forem argumentados<sup>10</sup>. Essa forma de ver o processo é demasiado ocidental para satisfazer completamente um etnógrafo, cujos sujeitos nem sempre têm inclinação para o raciocínio condicional explícito e menos ainda para contrastes entre o pensamento coletivo e o particular; e, além disso, gera seus próprios problemas metodológicos. Ainda assim, pelo menos tem a vantagem de focalizar sua atenção no lugar certo: a maneira pela qual as instituições legais traduzem a linguagem da imaginação para a linguagem da decisão, criando assim um sentido de justiça determinado.

Examinado por este ângulo, o problema entre leis e fatos adquire uma nova formulação: ao invés de tentar descobrir como juntar esses dois elementos, busca-se saber como diferenciá-los. Nesse caso, a perspectiva ocidental segundo a qual existem determinadas regras que separam o certo do errado, um fenômeno a que se dá o nome de julgamento, e também métodos para diferenciar o real do irreal, um fenômeno a que se dá o nome de provas, parece ser apenas uma entre as várias maneiras de executar a tarefa. Se é verdade que a adjudicação, em New Haven ou nas Ilhas Hébridais, significa representar situações concretas em uma linguagem de consequências específicas que é, simultaneamente, uma linguagem de coerência geral, poderíamos dizer que a defesa de um caso passa a ser algo mais que organizar a evidência para provar um argumento: terá que descrever uma série de eventos e uma concepção geral do mundo de tal maneira que a credibilidade de um reforça a credibilidade do outro. Nesse caso, para que um sistema jurídico seja viável, terá que ser capaz de unir a estrutura “se-então” da existência, em sua visão local, com os eventos que compõem o “como-portanto” da experiência, também segundo a percepção local, dando a impressão de que essas duas descrições são apenas versões

10. BENDA-BECKMANN, F. von. *Property in social continuity*. Verhandelingen van het Instituut voor Taal-, Land- en Volkenkunde, 86. Haia:[s.e.], 1979, p. 28s.

diferentes da mesma coisa, uma mais profunda, a outra mais superficial. O direito pode não ser uma onipresença que paira no céu, sobre tudo e todos, como Holmes afirmou insistentemente e talvez com demasiada veemência, mas tampouco é um mero conjunto de artifícios engenhosos para evitar disputas, promover interesses, e fazer acertos em casos problemáticos. Seria mais apropriado imaginá-lo como um *Anschauung* em um mercado público.

E outros mercados, outros *Anschauungen*. Aquele sentido de justiça que mencionei acima – a que chamarei, ao deixar paisagens mais conhecidas na direção de lugares mais exóticos, de sensibilidade jurídica – é, portanto, o primeiro fator que merece a atenção daqueles cujo objetivo é falar de uma forma comparativa sobre as bases culturais do direito. Pois essas sensibilidades variam, e não só em graus de definição; também no poder que exercem sobre os processos da vida social, frente a outras formas de pensar e sentir (dizem que, ao deparar-se com as leis antipoluição, a Toyota contratou mil engenheiros e a Ford mil advogados); ou nos seus estilos e conteúdos específicos. Diferem, e profundamente, nos meios que utilizam – nos símbolos que empregam, nas histórias que contam, nas distinções que estabelecem – para apresentar eventos judicialmente. É possível que fatos e leis existam universalmente; mas sua polarização provavelmente não.

\*

Já falamos o suficiente sobre os acórdãos, a marca simbólica que dá autenticidade à retórica jurídica. Mudando de tom, e voltando-nos agora, por um momento, para uma linguagem mais antropológica, deixe-me, imitando o famoso estilo de vento-nas-folhas-das-palmeiras de Malinowski, convidá-los para acompanhar-me até uma aldeia rural empoleirada entre terraços resplandecentes, nas colinas vulcânicas e verdejantes de uma pequena e ensolarada ilha no sul do Pacífico, onde o funcionamento de algo que tem bastante semelhança com aquilo que chamamos de direito fez com que um dos habitantes da ilha enlouquecesse. A ilha é Bali, à aldeia não precisamos dar um nome, e ao balinês (que pode até já ter morrido, pois tudo isso aconteceu em 1958) chamaremos de Regreg.

O problema de Regreg começou quando sua esposa fugiu com um homem de outra aldeia, ou um homem de outra aldeia fugiu com ela, ou os dois fugiram juntos: o casamento em um sistema como o de Bali, onde se simula uma captura, torna essas ocorrências mais ou menos indistinguíveis, ou pelo menos distingui-las não é lá muito importante aos olhos dos balineses. Apropriadamente enraivecido, Regreg exigiu que o conselho da aldeia, um grupo de cerca de cento e trinta homens que se reúnem a cada trinta e cinco dias para tomar decisões relacionadas com os assuntos locais, tomasse alguma providência para trazê-la de volta. Embora praticamente todos os membros do conselho tivessem compartilhado dos sentimentos de Regreg, chamaram sua atenção para o fato de que casamentos, adultérios e divórcios e coisas

semelhantes não eram problema da aldeia, coisa que Regreg já deveria saber muito bem. Esses eram assuntos que deveriam ser tratados pelos grupos de parentesco, os quais, em Bali, normalmente são bem-definidos e ciosos de suas prerrogativas. Portanto, o problema de Regreg estava fora da jurisdição do conselho, e ele estava pleiteando sua causa no fórum errado. (Nas aldeias balinesas existem regulamentos explícitos, inscritos e reinscritos em folhas de palmeira, uma geração após a outra, que definem em termos essencialmente religiosos, mas mesmo assim bem específicos, os direitos e obrigações dos vários organismos – conselhos, grupos de parentesco, sociedades para a irrigação, congregações religiosas, associações voluntárias – que, em um sistema mais ou menos federativo, as constituem.)<sup>11</sup> Os membros do conselho sinceramente gostariam de poder ajudá-lo de alguma maneira, mas, constitucionalmente, por assim dizer, não poderiam fazê-lo. E como o grupo de parentesco de Regreg, embora também compartilhando seus sentimentos, e com maior razão, pois a esposa, sendo prima de Regreg pelo lado paterno, fazia parte do mesmo grupo, era pequeno, sem poder, e de baixo *status*, tampouco pôde fazer qualquer coisa para ajudá-lo, a não ser tentar consolá-lo com banalidades do tipo “a vida é assim, o que passou, passou, e existem outras pedras – ou até outras primas – na praia”.

Regreg, no entanto, não se conformou com esse tipo de ajuda. Quando, sete ou oito meses mais tarde, aconteceu de ser a sua vez de tomar posse como um dos cinco chefes do conselho, segundo os costumes dessa aldeia, ele se recusou, e aí foi que seus problemas realmente começaram. Pelo menos nessa aldeia específica (não existem duas aldeias que tenham exatamente o mesmo sistema; se por acaso isso acontece, uma delas modifica algum detalhe do seu próprio sistema), a posição de chefe do conselho era ocupada por rotação automática, com um mandato de três anos para cada um deles; quando chegava a vez de um dos habitantes (o que era, aliás, um acontecimento bastante raro; certamente Regreg não teve muita sorte em todo esse episódio), este era simplesmente obrigado a aceitar o posto. Este sim era um problema do conselho, inscrito e reinscrito naquelas folhas de palmeira juntamente com a descrição exata e elaborada dos desastres que os deuses fariam desabar sobre a aldeia, se essa obrigação não fosse cumprida; uma recusa (e, na memória de todos eles, a recusa de Regreg tinha sido o primeiro caso) equivale a pedir demissão não só da aldeia, mas da própria raça humana. O autor dessa ofensa perde o terreno de sua casa, que, nesse caso, pertence à aldeia, e torna-se um nômade. Perde também o direito de entrar nos templos da aldeia, e assim distancia-se também dos deuses. Perde, obviamente, seus direitos políticos – um lugar no conselho, a participação em eventos públicos, o direito à assistência pública e ao uso de propriedade pública, todos temas de grande importância na aldeia; perde também sua posição, o lugar hereditário em uma ordem semelhante a um sistema de castas, que lhe garante o

11. GEERTZ, C. “Form and variation in balinese village structure”. *American Anthropologist* 61 (1949), p. 991-1.012. • Id. “Tihingan: a balinese village”. *Bijdragen tot Taal-, Land- en Volkenkunde* 120 (1964), p. 1-33.

respeito dos demais e, portanto, um tema de importância ainda maior. E, além disso, perde também todo seu universo social, pois ninguém na aldeia poderá lhe dirigir a palavra, sob pena de ser multado. Não é exatamente a pena capital. Para os balineses, no entanto, que têm um provérbio que diz “abandonar a comunidade de harmonia (a palavra em balinês é *adat*, um termo de suma importância, cujas ambiguidades estarei discutindo em maior detalhe adiante) é como deitar-se e morrer”, é a punição que mais se aproxima dela.

Desconhecemos o motivo pelo qual Regreg comportou-se de maneira tão atípica para os balineses, cuja obediência às próprias leis é tão extrema, que é recebida com enorme surpresa pessoal e prazer profissional por antropólogos, principalmente por aqueles que acabaram de sair de Java, sem falar naqueles que vieram dos Estados Unidos. De qualquer maneira, seus concidadãos não tinham o menor interesse em saber quais seriam seus motivos e nem sequer estavam interessados em especular sobre o assunto, quando perguntados. (“Quem sabe? Ele quer sua esposa de volta.”) Ao contrário, cientes da tragédia para a qual Regreg caminhava, procuraram, por todos os meios imaginários, dissuadi-lo de sua decisão e induzi-lo a ocupar o maldito posto de chefe. O conselho se reuniu uma meia dúzia de vezes no período de vários meses, em sessões especiais, unicamente para esse fim – convencê-lo a mudar de ideia. Os amigos passavam noites a fio a seu lado. Parentes imploravam, adulavam, ameaçavam. Nenhum resultado. Finalmente, o conselho o expulsou (por unanimidade, pois todas suas decisões eram unânimes); seu grupo de parentesco, depois de uma última tentativa desesperada de fazer com que ele voltasse atrás, também o expulsou, pois dada a precedência das prerrogativas do conselho sobre as suas nesse assunto específico, se não o tivesse feito, todos os seus membros teriam o mesmo destino que Regreg. Até seus familiares mais próximos – pais, irmãos, filhos – tiveram que abandoná-lo ao final. Embora, a seus olhos, e suponho que com bastante razão, era Regreg quem os havia abandonado.

O fato, no entanto, é que Regreg estava no abandono. Sem teto, perambulava pelas ruas e praças da aldeia como um fantasma, ou, mais precisamente, como um cão. (Os balineses, embora tenham muitos cães – criaturas sarnentas, esquálidas, que latem incessantemente e que são chutados nas ruas como se fossem lixo – desprezam os cães com um sentimento quase patológico que se origina da concepção que têm desses animais como o final demoníaco de uma hierarquia deuses-aos-homens-aos-animais.) E, embora as pessoas estivessem proibidas de falar com ele, de vez em quando lhe atiravam algum resto de comida e quando esta não era suficiente, ou não lhe atirassem pedras para afastá-lo, ele remexia os montes de lixo em busca de algo mais. Depois de vários meses nessa situação, cada dia mais desganhado, Regreg ficou virtualmente incoerente, e já não era capaz de contar sua estória aos gritos para os ouvidos moucos a seu redor, como fazia antes; talvez não fosse sequer capaz de lembrar o que lhe acontecera.

A essa altura, no entanto, ocorreu algo bastante inesperado, e, de certa maneira, sem precedentes. O rei de Bali mais tradicional e de maior importância, que, segundo os regulamentos em vigor na época, era também o chefe regional do novo governo republicano, veio à aldeia para interferir em defesa de Regreg. Esse homem, que, nos sistemas de governo índicos do Sudeste Asiático, como o existente em Bali (que, em parte modificado, e em parte reforçado, ainda existe) e na hierarquia mencionada acima, que vai dos deuses aos animais, encontra-se situado no ponto onde o humano transforma-se gradativamente na divindade, ou, como diriam os balineses, que consideram as categorias hierárquicas de cima para baixo, a divindade se transforma gradativamente no humano<sup>12</sup>. É, portanto, um semideus, ou quase-deus (chamam-lhe de *Dewa Agung* – o “Grande Deus”), a figura mais sagrada da ilha, e, pelo menos em 1958, também a mais nobre em termos políticos e sociais. Seus súditos ainda rastejavam em sua presença, falavam dele em sentenças formalíssimas, e acreditavam que havia sido atravessado por forças cósmicas que lhe davam poderes tanto benignos quanto terríveis. Em épocas passadas, alguém como Regreg, exilado de sua aldeia, mais que um pária, sem casta e incapaz, teria provavelmente terminado seus dias no palácio do *Dewa Agung*, ou no de algum de seus nobres, como um dependente sob a proteção do rei – não necessariamente um escravo, mas tampouco exatamente um homem livre.

Quando essa encarnação de Siva Vishnu, e outras personagens imperiais chegaram à aldeia – isto é, chegaram à reunião que o Conselho organizou especialmente para recebê-la – o rei pôs-se de cócoras no chão do pavilhão do Conselho mostrando, através desse gesto simbólico, que, nesse contexto, ele era somente um visitante, ainda que importante, e não um rei, e menos ainda um deus. Os membros do Conselho ouviram o que tinha a dizer com enorme deferência, e uma tremenda exibição de cortesia tradicional; no entanto, o que ele tinha a dizer não era nada tradicional. Disse-lhes o rei que estavam em uma nova era. Que o país havia se tornado independente. Que ele entendia os sentimentos dos aldeões, mas que não deviam continuar exilando as pessoas, confiscando suas terras, negando-lhes direitos políticos e religiosos, e assim por diante. Essa não era uma forma de agir moderna, democrática, condizente com o governo de Sukarno. Ao contrário, no espírito da nova Indonésia, e para mostrar ao resto do mundo que os balineses não eram um povo atrasado, deveriam aceitar Regreg de volta e, se fosse realmente necessário puni-lo, deveriam escolher outro tipo de punição. Quando terminou (foi um longo discurso), os membros do Conselho – vagarosamente, indiretamente e com deferência ainda maior – lhe disseram que fosse plantar batatas. Que, como ele bem sabia, os negócios relativos à aldeia eram prerrogativa do conselho e não dele, e os poderes reais, por mais que inimagináveis em sua extensão, e exercidos com maestria suprema, eram para outras coisas. A forma de agir da aldeia, no caso de Regreg, tinha o

12. GEERTZ, C. *Negara: The theatre state in nineteenth-century Bali*. Princeton: [s.e.], 1980.

apoio da constituição local, e, se eles a ignorassem, pragas e doenças cairiam sobre eles, os ratos devorariam suas colheitas, a terra tremeria, as montanhas explodiriam. Tudo o que rei dissera sobre a nova era, era correto, verdadeiro, nobre, belo e moderno, e eles estavam tão empenhados nisso quanto ele. (O que era verdade, pois essa aldeia era bem mais progressista que as outras e mais da metade da população era socialista.) Mesmo assim, a resposta era não – Regreg não seria readmitido como parte da comunidade humana. O rei-divindade-funcionário público, tendo ouvido uma vez mais o reconhecimento do seu *status* tradicional, e tendo, se não cumprido, pelo menos tentado cumprir sua obrigação de político moderno, expressou seu desejo de que a aldeia prosperasse, agradeceu o chá, e deixou o local por entre os salamaleques dos presentes, e o assunto nunca mais voltou à tona. A última vez que vi Regreg, ele havia submergido em uma psicose engolfante, e perambulava pela aldeia perdido em um mundo de alucinações, inacessível a qualquer comentário ou gesto de compaixão.

Obviamente, há inúmeras coisas a serem ditas sobre esse episódio curto, mas terrível, um episódio que talvez lembre àqueles leitores que são admiradores das conferências Storrs da descrição que Grant Gilmore fez do inferno como um lugar onde só existia a lei e onde os processos legais eram seguidos meticulosamente; eu estarei me referindo a ele, utilizando-o como uma forma de pedra de toque<sup>13</sup>, à medida que prossigo na discussão de assuntos mais importantes. O que é de relevância mais imediata, no entanto, é que temos aqui uma série de eventos, regulamentos, políticas, costumes, crenças, sentimentos, símbolos, procedimentos e conceitos metafísicos agrupados de uma maneira tão estranha e engenhosa que faz com que qualquer contraste menos sofisticado entre aquilo que “é” e aquilo que “deve ser” pareça – como diremos? – primitivo. A meu ver, nem podemos, nesse caso, negar a presença de uma sensibilidade jurídica poderosa: uma sensibilidade que contém forma, personalidade, perspicácia, e – mesmo sem a ajuda de faculdades de direito, juristas, reafirmações, periódicos, ou decisões que servem como pontos de referência – um conhecimento profundo, bem desenvolvido, e até obstinado de si mesma. Regreg certamente (se ainda tivesse a capacidade de expressar uma opinião) não iria querer negar a existência dessa sensibilidade.

Aqui, a ocorrência e o julgamento fluem conjuntamente em (utilizando uma frase de Paul Hyam sobre os ordálios ingleses) uma mistura fácil, que não encoraja nem uma investigação extensa dos detalhes factuais nem uma análise sistemática dos princípios legais<sup>14</sup>. Ao contrário, o que parece permear todo o caso, se é que esse episódio pode ser chamado apropriadamente de um caso, pois abrange desde o adultério até a desobediência à monarquia e inclusive a loucura, é uma visão geral de que as coisas deste mundo, e entre elas os seres humanos, estão dispostas em cate-

13. GILMORE, G. *The ages of american law*. New Haven: [s.e.], 1977, p. 111.

14. HYAMS, P.R. “Trial by Ordeal, the Key to Proof in the Common Law”.

gorias, algumas hierárquicas, outras coordenadas, mas todas claramente distintas, e qualquer assunto que não esteja incluído nessas categorias perturba toda a estrutura e, portanto, tem que ser corrigido ou destruído. A questão não era se a esposa de Regreg lhe tinha feito isso ou aquilo, ou se Regreg tinha feito isso ou aquilo com ela, ou até mesmo se, no estado mental em que se encontrava, ele estaria em condições para ocupar o posto de chefe da aldeia. Ninguém tinha o menor interesse nesses detalhes, nem fez o menor esforço para descobri-los. Tampouco tratava-se de saber se as leis sob as quais Regreg foi julgado eram ou não repugnantes. Todos com quem falei, unanimemente, as consideravam repugnantes. Não se tratava sequer de saber se o conselho tinha agido de forma admirável. Todos com quem falei acreditavam que, em seus próprios termos, o rei tinha alguma razão, e que os aldeões realmente eram um tanto ou quanto atrasados. A questão, expressando-a de uma forma que jamais seria – ou poderia ser – utilizada pelos balineses, é de que maneira as representações construcionais do “se/então” são traduzidas em representações diretivas do “como/portanto” e vice-versa. Ou seja, dadas nossas crenças, como devemos agir; ou, dados nossos atos, em que devemos acreditar.

Tal enfoque, que seria o tipo de perspectiva utilizada não por um antropólogo jurídico, nem por um antropólogo do direito, mas sim por um antropólogo cultural que tivesse abandonado por um momento os mitos e as estruturas de parentesco para examinar alguns assuntos que advogados ocidentais considerariam pelo menos semelhantes àqueles com os quais eles próprios lidam, não dá prioridade nem a regulamentos, nem a eventos, e sim ao que Nelson Goodman chamou de “versões do mundo” e outras “formas de vida”, “epistemés”, “Sinnzusammenhänge”, ou “sistemas noéticos”<sup>15</sup>. Nossa visão se concentra no significado, ou seja, como balineses (ou qualquer outro grupo) fazem sentido daquilo que fazem – de forma prática, moral, expressiva... jurídica – colocando seus atos em estruturas mais amplas de significação, e, ao mesmo tempo, como mantêm, ou pelo menos tentam manter, essas estruturas mais amplas em seu lugar, organizando suas ações em seus termos. A separação dos vários campos de ação das autoridades – o grupo de parentesco distingue-se do conselho, e o conselho do rei; a definição da culpa não como um distúrbio da ordem política (a teimosia de Regreg nunca chegou a ser considerada como uma ameaça a essa ordem), mas sim como uma ameaça à etiqueta pública; e a solução utilizada, uma destruição radical da personalidade social, tudo isso ilustra uma concepção específica e poderosa, e a nossos olhos até estranha, de – utilizando outra das expressões sucintas de Goodman – “como é o mundo”<sup>16</sup>.

Até para esboçar muito superficialmente “como é o mundo” na visão dos balineses, seria necessário uma monografia: um número gigantesco de deuses, grupos,

15. GOODMAN, N. *Ways of worldmaking*. Indianápolis/Cambridge: [s.e.], 1978.

16. GOODMAN, N. “The way the world is”. In: *Problems and projects*. Indianápolis/Cambridge: [s.e.], 1972, p. 24-32.

categorias, bruxas, danças, ritos, reis, arroz, parentesco, êxtases, e artesanato, todos encaixados em um labirinto de cortesia formal. A chave para tudo, se é que existe, é provavelmente essa cortesia, pois tal é o poder das boas maneiras em Bali, que se torna quase impossível para nós ocidentais imaginá-lo e, menos ainda, entendê-lo. Seja lá como for essa sociedade – e tentarei, ainda neste ensaio, tornar tudo isso um pouco menos marciano – a contextualização cultural do incidente é um aspecto crítico da análise jurídica, e também da análise política, estética, histórica ou sociológica, em Bali, aqui, ou em qualquer outro lugar. Se existem elementos comuns nessas várias contextualizações, é na maneira como ela é feita quando o objetivo é especificamente a adjudicação e não, digamos, uma explicação causal, uma reflexão filosófica, uma expressão emocional ou um julgamento moral. O fato de que, em nossa própria sociedade, podemos – isto é, achamos que podemos – tomar como certo, sem maior análise, uma parte tão importante desse contexto, faz com que não sejamos capazes de identificar com clareza grande parte daquilo que um processo jurídico realmente é: uma forma de conseguir que nossas concepções do mundo e nossos veredictos se ratifiquem mutuamente, ou, utilizando uma expressão menos cotidiana, fazer com que essas concepções e esses veredictos sejam respectivamente o lado abstrato e o lado prático da mesma razão constitutiva.

\*

Se é que a antropologia – ou pelo menos o tipo de antropologia que me interessa, e aquele tipo que, com sucesso não muito significativo, venho tentando fazer com que as pessoas chamem de interpretativo – penetra no estudo do direito, o faz nesse momento. Comparando nossa própria versão da visão do membro do conselho com outras formas de saber local, não só torna aquela visão mais consciente de outras formas de sensibilidade jurídica que não a sua, como também a faz mais consciente da qualidade precisa de sua própria sensibilidade. Sem dúvida, este é o tipo de relativismo pelo qual a antropologia é famosa: os africanos casam seus mortos e na Austrália come-se vermes. No entanto, é um relativismo que não defende o niilismo, nem o ecletismo, nem a noção de que qualquer coisa é válida; nem tampouco se satisfaz simplesmente com demonstrar, ainda uma vez, que além dos Pireneus as verdades são o oposto das nossas. Ao contrário, é um relativismo que funde os processos de autoconhecimento, autopercepção e autoentendimento com os processos de conhecimento, percepção e entendimento do outro; que identifica, ou quase, organizando o que somos e entre quem estamos. Dessa forma, consegue contribuir para que nos libertemos de representações errôneas de nossa maneira de apresentar assuntos judicatórios (a dissociação radical entre fato e leis, por exemplo) e obrigar que nossas consciências relutantes aceitem visões discordantes de como essas representações devem ser feitas (como, por exemplo, a visão dos balineses), visões essas que não são menos dogmáticas que as nossas, e tampouco menos lógicas.

A maior atenção que a antropologia, ou pelo menos alguns setores da antropologia, passou a dar às estruturas do significado em cujos termos indivíduos e grupos de indivíduos vivem suas vidas, e, mais especificamente, aos símbolos e sistemas de símbolos através dos quais essas estruturas são elaboradas, comunicadas, impostas, compartilhadas, modificadas e reproduzidas, promete ser tão útil para a análise comparativa do direito, como o é para o estudo de mitos, rituais, ideologia, arte, ou sistemas classificatórios, campos onde sua aplicação já vem sendo mais testada<sup>17</sup>. “O homem”, como observou A.M. Hocart, “não foi criado sendo governado” e a compreensão de que se tornou governável severa e coletivamente, envolvendo-se em uma série de formas significativas, “teias de significação que ele próprio teceu”, reciclando uma frase deste mesmo autor, nos conduz a uma perspectiva da adjudicação que a considera semelhante a um tipo de hermenêutica cultural, a uma semântica da ação, e não a um tipo de mecânica social, ou a uma física do julgamento<sup>18</sup>. O que Frank O’Hara disse sobre a poesia, que ela torna os eventos nebulosos da vida tangíveis e restaura seus detalhes, pode ser igualmente verdadeiro – e realizado através de formas não menos variadas – com relação ao direito.

Como sugeri anteriormente, esse ir e vir entre o abstrato e o prático encontra-se em uma posição totalmente oposta – ou pelo menos em uma posição de ângulo obtuso – àquela que vem sendo utilizada pela corrente principal de antropólogos que se dedicam à análise do direito e por seus possíveis companheiros de viagem nas outras ciências sociais e nas profissões legais. A perspectiva de Michael Barkun, que, segundo ele, foi inspirada por M.G. Smith, que sugere que o que nós, comparativistas de sistemas jurídicos, devemos fazer é “retirar a estrutura abstrata de suas acréscimos culturais específicas” – parece-me uma sugestão para uma espécie de alquimia perversa que transformaria ouro em chumbo<sup>19</sup>. A “declaração de fé” adaptada por P.H. Gulliver – e que, segundo ele, foi-lhe sugerida por meu único predecessor antropológico nas conferências Storrs, Max Gluckman – na qual ele diz que seu interesse principal são “os processos sociais que, em grande parte, determinam o resultado de uma disputa” e não “a análise dos processos de raciocínio através dos quais dá-se prosseguimento às negociações” – parece-me incoerente, como é bastante comum no caso de declarações desse tipo<sup>20</sup>. E a concepção de Elizabeth Colson, vinda de só Deus sabe onde, segundo a qual os que se interessam por sistemas simbólicos só desenvolvem esse interesse porque, intimidados pela poeira e pelo sangue do conflito social e

17. GEERTZ, C. *The interpretation of cultures*. • RABINOW, P. & SULLIVAN, W.M. (orgs.). *Interpretive social science: a reader*. Berkeley/Los Angeles: [s.e.], 1979.

18. HOCART, A.M. *Kings and Councillors: an essay in the comparative anatomy of human society*. Chicago: [s.e.], 1970, p. 128.

19. BARKUN. *Law without sanctions*, p. 33.

20. GULLIVER, P.H. *Dispute Settlement Without Courts: The Ndenduli of Southern Tanzania*. In: NADER, L. (org.). *Law in culture and society*. Chicago: [s.e.], 1969, p. 59.

ansiosos para agradar os poderosos, retiram-se para os territórios presumivelmente impessoais, situados acima das batalhas, e seguem a sua própria lógica, parece-me simplesmente uma calúnia sem qualquer fundamento<sup>21</sup>. Uma vez mais, resmungo dessa maneira não como uma forma de desprezar o que outros fizeram ou estão fazendo (embora eu tenha uma visão crítica de muito do que fazem), nem para separar minha disciplina em campos adversários (eles já fazem isso bastante eficientemente sem minha ajuda). Faço-o para abrir uma nova estrada. A seguir, estarei me divertindo com as acréscimos culturalmente específicas, debruçando-me sobre processos de raciocínio, e mergulhando de cabeça em sistemas simbólicos. Nada disso faz o mundo sair de foco; pelo contrário, torna-o mais visível.

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

É justamente o “muitas outras coisas mais” que me absorverá. A intenção aqui é evocar perspectivas, e não anatomizar códigos; é esboçar pelo menos algo dos *se/então* nos quais os *como/portanto* estão situados em cada um desses casos específicos (que serão ainda mais específicos porque estarei dependendo de meu trabalho em Marrocos e na Indonésia para formulá-los) e através disso ter uma noção do que significa a questão fato/lei nesses casos, em oposição ao que ela significa para nós.

Terminada essa pequena tarefa no decorrer das próximas quarenta e poucas páginas, restarão somente as questões menos importantes relacionadas com a forma como essas visões irão se relacionar, ou, para ser mais preciso, estão se relacionando no momento e vêm se relacionando já há bastante tempo, umas com as outras, e como todas elas estão cada vez mais envolvidas na vida das outras; como o saber local e objetivos cosmopolitas podem se comportar, ou não se comportar, na desordem mundial emergente. Sem me deixar intimidar pela modéstia ou pelo senso comum, voltar-me-ei finalmente para essa última questão na terceira parte do ensaio, argumentando, acho eu, que ninguém tem resposta para tais perguntas, mas que as conjecturas antropológicas merecem, no mínimo, a atenção do mundo jurídico.

21. COLSON, E. *Traduction and contract: the problem of order*. Chicago: [s.e.], 1974, p. 82.

Afirmar na primeira parte deste ensaio que “o direito”, aqui, acolá, ou em qualquer lugar do mundo, é parte de uma forma específica de imaginar a realidade: gostaria agora de apresentar alguma evidência disso – somente uma evidência, esquemática, peremptória, e, como não falo dos tribunais e sim de um pódio, muito pouco conclusiva, e até coletada de forma pouco sistemática, mas, apesar disso, e segundo tudo aquilo que creio, bastante instrutiva. Menos que provar alguma coisa, seja o que for que “prova” possa significar no caso de uma tarefa tão experimental, quero *evocar* alguma coisa: a saber, outras formas de vida jurídica. E, para esse fim, e com o risco de ser considerado simplesmente ultrajante, o que necessitamos ou pelo menos o que podemos ter a esperança de conseguir, não são proposições exatas, precisamente estabelecidas. O que necessitamos, ou pelo menos podemos ter a esperança de conseguir, é o que Nelson Goodman, cuja atitude nesses assuntos é bastante parecida com a minha, considera – e para ele, até aquele exemplo perfeito da verdade nua e crua, a lei científica, pode ser incluída nessa categoria – como a primeira mentira aceitável e esclarecedora que esteja mais próxima<sup>22</sup>.

Se considerarmos o direito sob essa perspectiva, como uma forma de ver o mundo, semelhante, diríamos, à ciência, ou à religião, ou à ideologia, ou à arte – mas que, no caso específico do direito, vem acompanhada de um conjunto de atitudes práticas sobre o gerenciamento de disputas que essa própria forma de ver o mundo impõe aos que a ela se apegam – então toda a questão fato/leis passa a ser vista sob uma luz diferente. Descobre-se, então, que a dialética que parecia existir entre o fato cru e o julgamento ponderado, entre aquilo que simplesmente é, e aquilo que é correto, é, como mencionei acima, uma dialética entre uma linguagem de coerência coletiva, por mais vaga e incompleta que seja, e uma outra de consequência específica, por mais oportunista e improvisada que seja. E é sobre essas “linguagens” (ou seja, sobre sistemas simbólicos) e essa dialética que eu gostaria de falar algo que é, ao mesmo tempo, suficientemente empírico para ser verossímil e suficientemente analítico para ser interessante.

Como também mencionei anteriormente, para discutir esses temas utilizarei a metodologia pouco ortodoxa de desdobrar três termos ressonantes, cada um deles de um mundo moral diferente, e ligado a uma sensibilidade jurídica também diferente: a islâmica, a índica, e aquela que, à falta de uma designação melhor, chamarei

22. GOODMAN, N. *Ways of worldmaking*, p. 121: “Mas, é claro, a verdade é menos uma condição necessária e mais uma condição suficiente na escolha de um depoimento. Não só pode acontecer que a escolha recaia sobre um depoimento cujas qualidades outras que não a sua veracidade sejam mais corretas, no lugar de um que seja mais próximo da verdade, mas também nos casos em que a verdade é muito complexa, ou desigual, e não se ajusta confortavelmente a outros princípios, é possível que nossa escolha recaia sobre a mentira aceitável e esclarecedora mais próxima. A maioria das leis científicas são desse tipo: não são relatos cuidadosos de dados detalhados e sim simplificações procustianas de alcance geral”.

de malaia, que abrangeria não só o país –, a Malásia –, mas todas as civilizações de língua austronésia do Sudeste Asiático. Como indica a invocação dessas imagens culturais tão generalizadas, a metodologia não só é pouco ortodoxa, como também repleta de uma forma de armadilha na qual um certo tipo de antropologia – o tipo que acha que todos os franceses são cartesianos e todos os ingleses lockeanos – gosta especificamente de cair. Além disso, sugerir que estarei comunicando algo sobre o caráter dessas megaentidades através de um exame de conceitos individuais, por mais ricos que esses sejam, pareceria simplesmente um prenúncio de desastre. É possível que seja um desastre. No entanto, se tomarmos certas precauções e observarmos certas restrições, talvez ainda possamos evitar o desastre total: a produção de meros estereótipos.

A primeira precaução a ser tomada é admitir que os três termos que utilizarei – *haqq*, uma palavra árabe que tem alguma semelhança com aquilo que, também sem muita precisão, chamaríamos de “realidade”, ou talvez “verdade”, ou talvez “validade”; *dharmā*, uma palavra sânscrita, pelo menos em origem, embora hoje em dia seja encontrada em várias línguas, desde o urdu até o tailandês, que gira, de uma maneira bem local, em torno de noções como “dever”, “obrigação”, “mérito” e outras semelhantes; e *adat*, também de origem árabe, mas introduzida nas linguagens malaia com um significado intermediário entre “consenso social” e “estilo moral” – não só não seriam as três únicas palavras que eu poderia ter escolhido, como também podem não ser as melhores. *Śarīra* (“trilha”, “caminho”) e *fiqh* (“conhecimento”, “compreensão”) certamente são pontos de partida mais comuns em reflexões sobre as tendências características do direito islâmico. *Āgama* (“preceito”, “doutrina”) ou *śāstra* (“tratado”, “cânon”) podem conduzir mais diretamente às concepções índicas da legalidade. E *patut* (“apropriado”, “condizente”) ou *pantas* (“adequado”, “ajustado”), no caso do Sudeste Asiático, teria pelo menos a vantagem de ser um termo nativo e não uma palavra importada indiretamente e retrabalhada. O que necessitamos realmente é de uma série de termos que definam uma estrutura de ideias e não pontos conceituais – significados múltiplos, utilizados em situações múltiplas e em vários níveis. É óbvio, no entanto, que isso não é viável neste ensaio. Temos que nos contentar com a parcialidade.

Temos também que nos contentar com uma simplificação radical tanto da dimensão histórica como da dimensão regional desses temas. “Islã”, “Mundo Índico” e, *sensu lato*, “Malásia” não são – como dediquei uma grande parte do meu trabalho buscando demonstrar – entidades unitárias e homogêneas, constantes no tempo, no espaço e em população<sup>23</sup>. Reificá-los como tais, aliás, sempre foi o artifício principal através do qual o “Ocidente”, acrescentando uma outra nulidade à coleção, conse-

23. Sobre o tema de desagregação em minha obra, cf. especialmente meus livros *Islam observed*. New Haven: [s.e.], 1968; e *The religion of Java*. Glencoe, Ill.: [s.e.], 1960. Devo também acrescentar que quando uso a palavra “islâmico” não me refiro ao Oriente Médio; e, quando digo “índico”, não me refiro à Índia.

guiu evitar compreendê-los ou até mesmo vê-los com alguma clareza. Essa reificação pode ter tido algumas poucas utilidades no passado, quando alternávamos entre uma total autoabsorção e um desejo ardente de moldar outros povos de acordo com nossa visão sobre como a vida deve ser vivida. É pouco provável que tenha qualquer utilidade hoje em dia, quando, como estarei argumentando com certa minuciosidade na parte final deste ensaio, deparamo-nos com a necessidade de definir-nos a nós mesmos, não afastando os outros como contrapolos e nem atraindo-os para bem perto como fac-símiles, e sim situando-nos entre eles.

Porém, como meu objetivo é colocar uma moldura comparativa ao redor de algumas de nossas ideias sobre o que é exatamente a justiça, e não apresentar uma versão resumida do “O Oriente como ele é”, a necessidade de tratar apenas superficialmente as variações internas e a dinâmica histórica talvez seja menos prejudicial do que poderia ser em outras circunstâncias; tornar os detalhes menos visíveis pode até contribuir para que as questões essenciais fiquem mais em foco. De qualquer forma, há ainda outra precaução a ser tomada com respeito ao fato de que, mesmo utilizando como fonte matérias de várias épocas e de vários países, quando falo do “Islã”, ou do “Mundo Índico” ou da “Malásia”, tenho como pano de fundo um ou outro caso relativamente marginais que foram observados bastante recentemente e com os quais trabalhei como antropólogo em algum momento: o Marrocos, no extremo ocidental do mundo muçulmano, bem distante dos chamados da Meca; Bali, uma pequena ilha isolada no extremo leste do arquipélago indonésio, profundamente diferente, e com uma população principalmente hindu e budista; e Java, uma espécie de antologia dos melhores imperialismos do mundo, onde uma base cultural “malaia” foi superposta por quase todas as civilizações mais importantes – a do sul asiático, a do Oriente Médio, a chinesa e a europeia – e que se lançou no comércio asiático há mais de mil e quinhentos anos.

Finalmente, e terei então terminado com as justificativas (que, aliás, nunca adiantam muito) devo também deixar claro que não estou envolvido em uma tarefa dedutiva na qual toda a estrutura do pensamento e de práticas irá brotar de umas poucas noções gerais normalmente chamadas de postulados, e fluir de acordo com alguma lógica implícita, e sim em uma tarefa hermenêutica – na qual essas ideias são utilizadas como um meio mais ou menos fácil de entender as instituições sociais e as formulações culturais que as cercam e lhes dão sentido<sup>24</sup>. Nesse caso, essas ideias têm a função de orientar, e não de servir como base fundamental. Sua utilidade não depende da existência presumida de um sistema de comportamentos e crenças altamente integrado (nem mesmo na pequena ilha de Bali existe tal sistema). Depende

24. Para um enfoque que utiliza postulados, cf. HOEBEL, E.A. *The law of primitive man*. Uma vez mais, quero afirmar que não é minha intenção menosprezar esse tipo de abordagem, nem negar suas conquistas, e sim meramente estabelecer uma distinção entre minha própria abordagem e a de outros.

sim do fato de que, como idéias com alguma profundidade local, elas podem nos orientar na definição de algumas das características, embora múltiplas e desordenadas, daquilo que estamos procurando entender: um sentido do Direito que é diferente do nosso.

\*

Para expressar o que foi dito acima de uma maneira ligeiramente diferente, nossas três palavras têm mais semelhança com a noção ocidental de “direito” (*right, recht, droit*) que com a noção de “lei” (*law, Gesetz, loi*). Ou seja, o ponto central, comum às três, é menos relacionado com algum tipo de noção de “regulamento”, “regras”, “injunção” ou “decreto” e mais próximo a um outro conceito, ainda pouco nítido, que representaria uma conexão interna, original e inseparável, entre aquilo que é “próprio”, “adequado”, “apropriado”, ou “condizente” e o que é “real”, “verdadeiro”, “genuíno”, ou “autêntico”; entre o “correto” de “um comportamento correto” e o “correto” de “um entendimento correto”. Essa articulação dos dois significados é particularmente verdadeira no caso da palavra *haqq*.

Existe uma palavra árabe que é também um termo da jurisprudência islâmica que corresponde pelo menos de uma maneira geral ao conceito de “regras e regulamentos”, a saber, *hukm*, cuja raiz está relacionada com proferir um veredicto, pronunciar uma sentença, infligir uma pena, impor uma restrição, ou expedir uma ordem, e é dessa raiz que se derivam as palavras mais conhecidas para juiz, tribunal, legalidade e julgamento. *Haqq*, no entanto, é bastante diferente: um conceito que une uma teoria do dever como um conjunto de meras afirmações, umas quantas declarações sobre fatos em bruto, a uma visão da realidade que a considera imperativa em sua essência, uma estrutura de vontades e não de objetos. O moral e o ontológico trocam de lugar, pelo menos no nosso ponto de vista. O moral, onde nós vemos o “deve ser”, é que é um conjunto de descrições; e o ontológico, para nós o território do “que é realmente”, é que é associado às demandas.

É minha intenção utilizar *haqq* para iluminar essa representação do realmente real como um conjunto de imperativos a serem respondidos, um mundo de várias vontades que se encontram, e a vontade de Alá encontrando-se com todas, e não algo referente a formas a serem contempladas, assuntos a serem entendidos, ou números a serem postulados. Mesmo porque, como essa perspectiva é característica da sensibilidade jurídica que estamos buscando, qualquer análise sistemática de termos jurídicos do mundo islâmico, nos levaria, creio eu, até ela<sup>25</sup>. O “real” neste caso é um real profundamente moralizado, ativo, exigente, e não um “ser” neutro, metafísico, simplesmente inerte em algum lugar, à espera de observação e reflexão; é um real

25. Algumas passagens transcritas aqui e em outros trechos dessa discussão vêm de trabalhos meus anteriores, principalmente “Suq: the bazaar economy in Morocco”. In: GEERTZ, C.; GEERTZ, H. & ROSEN, L. *Meaning and order in moroccan society*. Cambridge, Inglaterra e Nova York, 1979, p. 123-313. • GEERTZ, C. *Islam observed*.

de profetas e não de filósofos. O que nos leva até a religião, como de um modo ou de outro, e por caminhos às vezes tortuosos, quase tudo nessa parte do mundo tão veemente o faz.

*Haqq*, como *al-Haqq*, é, na verdade, um dos nomes de Deus, bem como o de outras coisas como “linguagem”, “poder”, “vitalidade” e “vontade”, um dos seus eternos atributos. Como tal, *haqq* retrata a maneira como as coisas geralmente são, mesmo para o muçulmano inculto, para quem esses conceitos vêm envoltos na moralidade cotidiana, em práticas estabelecidas, em rótulos do Corão, em homilias aprendidas no “catecismo” das mesquitas, e na sabedoria dos provérbios. Como se expressou o islamista W.C. Smith: *Haqq* refere-se ao que é real, internamente e por si mesmo. É, *par excellence*, um termo de Deus. *Huwa al-Haqq*: Ele é a própria Realidade. No entanto, qualquer outra coisa que seja genuína também é *haqq*. Significa realidade em primeiro lugar, e significa Deus somente para aqueles [isto é, para aqueles muçulmanos] que [além disso] o igualam à realidade. É verdade no sentido de real, com ou sem R maiúsculo<sup>26</sup>. Na verdade, a escritura árabe não usa maiúsculas. Porém, o importante é a relação entre o significado do R (ou, mais precisamente, ha’) maiúsculo e o do r minúsculo: uma vez mais a conexão de um sentido geral de como as coisas se relacionam, as necessidades se/então da coerência *Anschauung*, com juízos específicos sobre ocasiões concretas, as determinações como/portanto da vida cotidiana.

Essa conexão se faz (pelo menos semanticamente – não estou discutindo causas, que são tão vastas quanto a história e a sociedade do Oriente Médio) através da própria palavra. Pois, ao mesmo tempo que significa “realidade”, “verdade”, “precisão”, “fato”, “Deus” e assim por diante, e, como acontece na língua árabe, várias outras permutações morfofonêmicas dessas palavras, também significa “direito” ou “dever” ou “reivindicação” ou “obrigação”, bem assim como “justo”, “válido”, “imparcial” ou “próprio”. Assim, “o *haqq* está em você” (*andek*) quer dizer (uma vez mais utilizo exemplos do Marrocos) “você tem razão”, “a razão está do seu lado”. “O *haqq* está dentro de você” (*fik*) significa “você está errado”, “você foi injusto, ou parcial” aparentemente no sentido de que você sabe a verdade, mas não a admite. “O *haqq* está sobre você” (*alik*) significa “é seu dever, sua responsabilidade”, “você tem que”, “você tem obrigação de”. “O *haqq* está com você” (*minek*) significa “você tem direito a isso”, “isso lhe é devido”. E nas várias formas e frases denota um beneficiário; um participante em um acordo comercial; a sua parte em algum “direito de propriedade” legítimo tal como lucro, um pacote de produtos, parte de um terreno,

26. SMITH, W.C. “Orientalism and truth” (Conferência Jovem T. Cuyler, Programa de Estudos sobre o Oriente Próximo, Universidade de Princeton, 1969); cf. SMITH, W.C. “A human view of truth”. *Studies in Religion* 1 (1971), p. 6-24. Para não desfigurar a página com reticências, eliminei algumas frases e sentenças sem utilizar elipses. Sobre a questão de atributos na teologia islâmica, cf. WOLFSON, H.A. *The Philosophy of the Kalam*. Cambridge, Mass.: [s.e.], 1976, p. 112-234.

uma herança, ou um escritório. É empregada para expressar um dever contratual, ou de forma derivada, até para o próprio documento de um contrato; para expressar uma responsabilidade geral em algum assunto; para uma multa ou indenização. E, em seu plural definido, *al-huqūq*, significa direito ou jurisprudência. *A huqūqī*, a forma atributiva, e suponho que portanto mais literal: “(alguém) preso ao que é real, fixado ao que é real, significa um advogado ou um jurisprudente.

A concepção de uma identidade entre o correto e o real é assim constante em todos os níveis da utilização do termo: no nível religioso (no qual é empregado não só para Deus, mas também para o Corão, onde sua vontade é declarada, para o Dia do Juízo, para o paraíso, para o inferno, para o estado que acompanha a obtenção da gnose mística); no nível metafísico (onde expressa não somente a própria factualidade, mas também a essência, a natureza legítima, “o núcleo inteligível de algo que existe”); no nível moral, nas frases que acabei de citar acima, que são ouvidas diariamente no Marrocos que eu conheço; e no nível jurídico, onde se transforma em uma reivindicação passível de ser atendida, um título válido, um direito assegurado, e a própria justiça ou o próprio direito<sup>27</sup>. E essa identidade do correto e do real permeia a sensibilidade jurídica islâmica não só de uma forma abstrata, em tom e modo, mas também concretamente, como nos processos de deliberação e nos procedimentos. A adjudicação muçulmana não envolve simplesmente a conexão de uma situação empírica a um princípio jurídico; esses dois elementos já surgem juntos. Determinar um deles é determinar o outro. Os fatos são normativos: há menos probabilidade de que eles possam divergir do Bem, do que de que Deus possa mentir.

Os homens, é claro, podem mentir, e, principalmente na presença de juízes, o fazem com frequência; e é aí que surgem os problemas. Da mesma forma que o nível como/portanto das coisas é difícil de determinar, seu nível se/então (pelo menos em teoria) é nítido e inevitável. O Corão, como as palavras de Deus que existem e existirão eternamente – a “Inlivração da Divindade” como o chamou, de forma tão brilhante, H.A. Wolfson, em um contraste polêmico com as concepções da Encarnação da cristologia – é considerado cristalino e completo em suas afirmações sobre o que Alá diz que devem ou não fazer aqueles para os quais Ele é realmente o *al-Haqq*<sup>28</sup>. Obviamente, existem inúmeros comentários e polêmicas, formações

27. Para uma discussão mais detalhada dos vários níveis do significado de *haqq*, cf. o verbete sob *Haqq* em *The Encyclopedia of Islam*, nova edição, Leiden e Londres, 1971, vol. 3, p. 81-82, onde se argumenta, de uma forma um tanto ou quanto especulativa, que o sentido jurídico foi o original (pré-islâmico), e que dele se derivaram os significados ético e religioso. “Em resumo, os significados da raiz (*h-q-q*) tinham originalmente relação com ‘talhar’ por referência às leis da época que eram talhadas em madeira, pedra ou metal e permanentemente válidas; foram expandidos para abranger os ideais éticos resumidos nas palavras correto, real, justo e verdadeiro, e ampliaram-se ainda mais para incluir também o Divino, a realidade espiritual.” Sobre outras dimensões dessa raiz tão extraordinariamente produtiva, cf. tb. o verbete sob “*Hakika*” (ibid., p. 75-76) e sob “*huqūq*” (ibid., p. 551).

28. WOLFSON, H.A. *Philosophy of the Kalam*, p. 235-303.

de escolas diferentes, discordância de secretários etc. No entanto, a noção de que a certeza e a inteligibilidade do Direito estão “enlavradas” (outra das frases criativas de Wolfson) no Corão, se não elimina totalmente, pelo menos reduz significativamente qualquer impressão de que questões relacionadas com o que é ou não justo possam ser, intrinsecamente e por si próprias, ambíguas, quixotescas ou irrespondíveis. A análise jurídica, embora uma atividade complexa e desafiante, e frequentemente até mesmo um risco político, é considerada como uma questão de expressar versões coloquiais, de praças públicas, das verdades sobre a vontade divina – descrevendo a Casa Sagrada quando esta não está visível, conforme Shafi’i, talvez um dos maiores juristas clássicos, a definiu – e não de tentar equilibrar valores conflitantes. O equilíbrio de valores só surge no caso de relatos de incidentes e situações. E é o temor a isso que conduz àquela que, a meu ver, é uma das características mais admiráveis da administração islâmica da justiça: a enorme preocupação com aquilo que poderia ser chamado de “testemunho normativo”.

Como é sabido, pelo menos por aqueles cuja profissão é saber essas coisas, qualquer evidência apresentada diante de um tribunal muçulmano – isso é um tribunal regulado pelo *šarī’a* e presidido por um *qāḍī* – é considerada como sendo oral, mesmo que inclua documentos escritos ou elementos materiais de prova. Só o testemunho falado – *šahāda*, “testemunhar” de uma raiz que significa “ver com nossos próprios olhos” – tem valor, e qualquer material por escrito que possa ser incluído, não é considerado como uma prova legal e sim como meras (e normalmente um pouco suspeitas) inscrições daquilo que alguém disse a alguém na presença de testemunhas moralmente confiáveis<sup>29</sup>. Essa negação da validade legal de um ato escrito propriamente dito data dos períodos mais antigos do Islã, e nas fases formativas

29. Sobre documentos e testemunhas no direito clássico islâmico, cf. WAKIN, J.A. *The function of documents in islamic law*. Albany: [s.e.], 1972. Cf. ROSEN, “Equity and discretion in a modern islamic legal system”. • MEZ, A. *The renaissance of islam*. Beirute: [s.e.], 1973 [originalmente ca. 1917], p. 227-229. • SCHACHT, J. *Islamic law*. Oxford: [s.e.], 1964, p. 192-194. A palavra para “mártir” – *šahīd* – derivou-se da mesma raiz, aparentemente no sentido de “o testemunho de Deus”. Cf. o artigo “Shahīd”, de GIBB, H.A.R. & KRAMERS, J.H. *Shorter Encyclopaedia of Islam*. Leiden/Londres, 1961, p. 515-518. O termo *Šahāda*, “depoimento” ou “testemunho”, é também utilizado para designar a famosa “Profissão de Fé” muçulmana: “[Testemunho que] não existe nenhum outro Deus a não ser Deus, e [testemunho que] Mohamed é o Mensageiro de Deus”. As condições bastante estritas que governam os depoimentos (por exemplo, que “as partes a quem couber [provar a culpa] [...] estariam obrigadas a apresentar duas outras testemunhas do sexo masculino, adultas e muçulmanas, cuja integridade moral e probidade religiosa sejam impecáveis, para depor oralmente sobre seu conhecimento direto da verdade da declaração”) foi algumas vezes considerada como a causa principal para a redução progressiva da jurisdição dos tribunais de *šarī’a* em épocas recentes. (COULSON, N.J. “Islamic law”. In: *An introduction to legal systems*. Nova York/Washington, D.C.: [s.e.], 1968, p. 54-74, citação à p. 70 [org. J.D.M. Derrett].). Há alguma verdade nessas afirmações, mas até certo ponto elas ignoram a extensão da influência que essas formas “estritas” de testemunhar tiveram sobre os procedimentos dos tribunais “seculares” que são os sucessores dos tribunais *šarī’a*.

do direito islâmico a evidência escrita e também a evidência a que chamaríamos de circunstancial ou material, eram, com bastante frequência, totalmente rejeitadas. “A palavra pessoal de um muçulmano conhecido, “como escreveu Jeanette Wakin, “era considerada mais valiosa que um pedaço de papel abstrato ou uma informação sujeita a dúvidas e falsificações”<sup>30</sup>. Hoje em dia, quando a evidência escrita é aceita, mesmo que com certa relutância, a sua validade ainda é grandemente dependente do caráter moral do indivíduo ou indivíduos que, pessoalmente envolvidos em sua elaboração, emprestam-lhe sua própria autenticidade. Parafraseando Lawrence Rosen sobre práticas contemporâneas no Marrocos, não é o documento que torna o homem confiável, e sim o homem (e, em determinados contextos, a mulher) que dá autenticidade ao documento<sup>31</sup>.

A evolução das instituições referentes a depoimentos se deu, portanto, de forma muito mais bem-elaborada em relação àquelas que se referem ao trabalho da defesa, as quais são rudimentares. Buscou-se não indivíduos cultos, e suficientemente imparciais para relatar detalhes empíricos de tal forma que um juiz-árbitro pudesse pesá-los na balança jurídica e sim indivíduos sagazes, com princípios suficientes para produzir juízos corretos que um juiz-exegeta pudesse expressar em retórica corânica. E essa busca tomou uma variedade de direções e assumiu uma variedade de formas. O tipo de cautela que a tradição ocidental tem, assegurando-se e reassegurando-se, com sucesso pouco significativo, de que suas leis são justas, o islâmico, sem qualquer dúvida quanto à justiça de suas leis, dedica ao esforço de assegurar-se e reassegurar-se, tampouco sem grande sucesso, de que seus fatos são respeitáveis.

Em épocas clássicas, essa obsessão (a palavra não é demasiado forte) com a confiabilidade moral do depoimento oral deu origem à instituição de testemunhas acreditadas, homens (ou, como mencionei acima, em casos especiais ou com restrições especiais, também mulheres) considerados como “firmes”, “honestos”, “honrados”, “decentes”, “morais” (‘ādil), e além disso, é claro, que possuíssem uma certa proeminência na sociedade local e um suposto conhecimento das particularidades dos assuntos locais. Escolhidos pelo *qāḍī*, uma vez para sempre, através de um processo preestabelecido de avaliação e de certificação formal, a partir desse momento, testemunhavam, repetidamente, em todos os casos levados aos tribunais, como indivíduos “cujo testemunho”, como disse Wakin, “não poderia estar sujeito a dúvidas” – pelo menos não juridicamente<sup>32</sup>.

Não só o número dessas testemunhas oficiais e permanentes podia ser muito alto (eram cerca de mil e oitocentas no século X em Bagdá), mas sua escolha e validação, uma das obrigações principais do *qāḍī* (cada *qāḍī* nomeava suas próprias testemunhas, despedindo-as de seus predecessores) podia ser extremamente elaborada.

30. WAKIN. *Function of documents in islamic law*, p. 6.

31. ROSE. “Equity and discretion in a modern islamic legal system”.

32. WAKIN. *Function of documents in islamic law*, p. 7.

da, chegando a estabelecer um costume ainda mais estranho, pelo menos aos nossos olhos, que era o de criar-se um grupo de testemunhas secundárias semelhante ao primeiro – *šahāda ‘alā šahāda*, ou seja, “as testemunhas das testemunhas”<sup>33</sup>. Essas testemunhas secundárias confirmavam a probidade das primárias, duas secundárias para cada uma das primárias, particularmente quando essas últimas tinham falecido ou mudado de residência depois de haver prestado seu depoimento original ou, por outra razão qualquer, não podiam comparecer pessoalmente ao tribunal, mas também nos casos em que o *qāḍī* ainda tinha alguma reserva quanto a sua perfeição moral. (Provavelmente, como observa Joseph Schacht, as testemunhas poderiam ser consideradas pouco idôneas se tivessem sido vistas jogando gamão ou frequentando um banho público sem a proteção de uma tanga. Relata-se que pelo menos um dos *qāḍīs* medievais costumava disfarçar-se e andar pelas ruas à noite para checar o caráter de suas testemunhas.)<sup>34</sup> A ansiedade do *qāḍī* nesse sentido era bastante compreensível, e também intransferível: se ele aceitasse a palavra de uma testemunha falsa, a sentença que proferisse baseada nesse depoimento seria legalmente válida, judicialmente irreversível e moralmente sua total responsabilidade<sup>35</sup>. Quando o normativo e o real fundem-se ontologicamente – *Ḥaqq* com um *Ḥa*’ maiúsculo – e o depoimento oral (ou um registro do depoimento oral) é praticamente o único meio pelo qual o que acontece no mundo – *ḥaqq* com um *ḥa*’ minúsculo – pode ser representado juridicamente, o perjúrio tem uma fatalidade muito específica. Na verdade, no direito islâmico, o perjúrio não chega nem mesmo a ser considerado um crime, punível pelas sanções humanas. Assim como violar o jejum, não rezar, ou entregar parceiros a Deus, ela é apenas um sacrilégio, punível com a perdição eterna<sup>36</sup>.

Nos dias de hoje, essa instituição específica, de uma comunidade de pessoas que falam a verdade oficialmente, é rara, ou não existente, mesmo nos tribunais *šarī’a*; e, obviamente, já há bastante tempo, muito da vida jurídica no mundo islâmico vem sendo administrado por tribunais civis presididos por magistrados mais ou menos seculares, que aplicam uma lei mais ou menos positiva, segundo

33. Sobre Bagdá, cf. MEZ. *Renaissance of Islam*, p. 229. Esse número era excepcionalmente alto. Alguns anos mais tarde, o número de testemunhas foi reduzido para 303, um número que, embora mais fácil de manejar, ainda era considerado pelos juristas da época como sendo um pouco alto demais. Sobre testemunhas secundárias, WAKIN. *Function of documents in islamic law*, p. 66s. • SCHACHT. *Islamic law*, p. 194, observa que duas testemunhas secundárias devem depor para validar cada uma das testemunhas primárias. *Šahada ‘alā šahada* é singular e em termos técnicos jurídicos refere-se ao ato de testemunhar, e não às testemunhas propriamente ditas; portanto, talvez pudesse ser melhor traduzido por “testemunhando o testemunho”. Cf. a nota de rodapé 29.

34. SCHACHT. *Islamic law*, p. 193. Sobre o *qāḍī* incógnito, cf. MEZ. *Renaissance of Islam*, p. 228.

35. SCHACHT. *Islamic law*, p. 122, 189.

36. *Ibid.*, p. 187. Como acontece com uma série de outros argumentos no texto, esse assunto não é totalmente consensual entre comentaristas jurídicos, mas é aceito pela maioria deles.

procedimentos mais ou menos “modernos”, deixando pouco mais que assuntos familiares ou de heranças aos cuidados do *qāḍī*<sup>37</sup>. No entanto, da mesma maneira que, entre nós, uma quantidade enorme de coisas que, em nossa ignorância, fazíamos antes, e, agora, iluminados, as fazemos de uma forma ligeiramente diferente – a distinção hoje quase inexistente entre equidade e direito costumeiro, a distinção hoje transfigurada entre representação e julgamento, ou as instituições culturalmente sublimadas do ordálio, do embate, da ilibação de um réu por juramento de testemunhas a seu favor, e da defesa “forma de ação” – rondam nossa visão de um processo apropriado também a noção de uma testemunha virtuosa e aprovada, que fala verdades morais para um jurista que segue os regulamentos ao pé da letra, ronda a consciência jurídica dos muçulmanos, por mais secular que possa ter-se tornado essa consciência. Mais precisamente, a sensibilidade crescente à problemática da evidência que, em nosso caso, levou-nos aos júris, no caso dos muçulmanos, levou-os aos notários.

Esses notários, chamados *šuhūd ‘udūl*, testemunhas “justas” ou “honestas”, mas, na época, nomeados como funcionários profissionais dos tribunais, trabalhando em tempo integral, e com algum tipo de treinamento pelo menos nas formas práticas do direito, em épocas mais recentes, tornaram-se tão essenciais para o funcionamento dos tribunais *qāḍī*, como o próprio *qāḍī*<sup>38</sup>. Na verdade, como são mediadores no processo pelo qual as disputas sociais recebem representação judicial ou são encaminhadas a um contexto onde possam ser decididas por meio de regulamentos estabelecidos, na maioria das vezes de uma forma quase mecânica, é possível que os notários sejam até mais importantes que o *qāḍī*. Em um sentido que não é meramente metafórico, os notários *fazem* a evidência ou pelo menos a evidência legal, e assim, de acordo com os argumentos que venho desenvolvendo sobre o *status* normativo do fato, e portanto dos depoimentos, fazem também a maior parte do julgamento. A realidade como uma estrutura de imperativos divinos – a vontade de Deus, *Ḥaqq* – pode estar nas mãos do *qāḍī*. No entanto, a realidade como um fluxo de ocorrências morais – *ḥaqq* dentro de você, sobre você e em você – está, em proporção bastante significativa, nas mãos dos notários.

37. Sobre o funcionamento contemporâneo dos tribunais *šarī’a*, cf. COULSON. “Islamic law”.

38. Os termos são geralmente abreviados para *šuhūd* (como *šahīd*; cf. nota de rodapé 29) nas regiões centrais islâmicas, ou *‘udūl* (como *‘adl*) nas fronteiras ocidentais e orientais dessas regiões; WAKIN. *Function of documents in islamic law*, p. 7. Como sua função não é somente registrar o que dizem as pessoas mas também acrescentar ao que dizem a aura de seu próprio caráter, *‘adl* talvez não devesse ser traduzido por “notário” (e menos ainda por “notaire”, por suas conexões com o direito civil). No entanto, essa é a tradução normalmente utilizada e não tenho nenhuma sugestão melhor, a não ser a literal que não pareceria muito apropriada (testemunha confiável). Sobre os notários islâmicos (e o uso da expressão “testemunha confiável” de um modo geral, cf. TYAN, E. *Le notariat et le preuve par écrit dan le pratique du droit musulman*. Beirute, 1945. Uma vez mais, agradeço a Lawrence Rosen por grande parte daquilo que sei sobre o papel desempenhado pelos *‘adl* em Marrocos.

Não só dos notários, no entanto. Os notários propriamente ditos, aqueles que estão ligados aos tribunais *qāḍī*, são apenas o caso típico em uma abordagem do inquérito judicial que se expandiu como uma rede de espionagem gigantesca, atingindo praticamente todas as áreas de interesse do Direito. Como a própria *šarī'a*, a jurisdição dos notários nos dias de hoje limita-se principalmente a assuntos relacionados com matrimônios e herança, na maioria das regiões do mundo islâmico, e seu poder para transformar queixas em evidência é exercitado sobretudo com respeito a contratos matrimoniais, acordos de divórcio, reivindicações em partilhas de bens, e escrituras de um modo geral<sup>39</sup>. Além desses, existe hoje um conjunto semelhante de testemunhas normativas oficiais ou quase oficiais: pessoas cujo testemunho, ainda que não total e absolutamente confiável – afinal de contas, esta é uma época decadente – tem o peso específico de sua estatura moral e religiosa, como era o caso do *šahīd* clássico e ao contrário do que acontece com um litigante comum ou com o réu.

Os tribunais seculares são quase literalmente rodeados por esse tipo de “mensageiros da verdade” oficiais – o termo genérico em árabe que os designa é normalmente *arīf*, que deriva de “saber”, “estar ciente/consciente de”, “reconhecer” e “descobrir”; sendo que a tradução mais comum em inglês (e em francês) é *expert*. No Marrocos, por exemplo, existe o *amīn* (que vem da mesma raiz que deu origem aos termos árabes para “fiel”, “confiável”, “fidedigno”) em cada ramo do comércio ou do artesanato e também em algumas categorias profissionais. O *amīn* é a “autoridade em fatos” no caso de disputas sobre estes. Há também o *jāri*, que tem a mesma função no caso de assuntos de irrigação; e o *muqqadem* para conflitos entre vizinhos. Em cada um desses casos, os contendores trazem o problema para a autoridade relevante em primeiro lugar, e se não aceitam sua mediação – o que normalmente acontece – ele passa a ser a principal testemunha quando o caso chega ao tribunal, na maioria das vezes a única testemunha a quem o juiz dá maior credibilidade. Existe também o *mezwār*, que age da mesma forma para grupos religiosos específicos; o *ṭāleb*, “estudante de religião”, ou o *šūrfā*, “descendente do Profeta”, que podem ser requisitados em um número extenso de assuntos morais; e ainda o “homem santo” das áreas rurais, o *siyyid* ou *murābit* que exerce a mesma função para a população rural. E, ainda mais importante, há um conjunto de repórteres-investigadores, em tempo integral, chamados de *kebīr* (de “conhecer pela experiência”, “ter familiaridade com” – a palavra para “as notícias” em árabe é *kabar*) alguns deles *expert* em assuntos agrícolas, outros na área da construção civil, outros (mulheres) em descobrir quem engravidou quem, ou quem não está cumprindo suas obrigações sexuais, ou abusando sexualmente de quem. Essas mulheres são enviadas pelos magistrados dos tribunais seculares até o local da ocorrência, em praticamente todos os casos onde o

39. A *šarī'a*, e com ela, provavelmente, também os notários, são ainda utilizados com maior frequência nos regimes mais tradicionais do Oriente Médio, tais como o da Arábia Saudita. Além disso, mais recentemente, o chamado Renascimento Islâmico parece ter contribuído para uma ampliação – pelo menos formal – de sua aplicação em países como a Líbia, o Irã, o Paquistão e alguns outros mais.

conflito é genuíno, entrevistam as pessoas envolvidas e voltam para relatar quais são “realmente” os fatos – sem muita consideração pela versão dos litigantes.

Não seria possível detalhar o funcionamento dessas instituições neste curto ensaio, nem discutir os problemas que essa expansão do testemunho normativo criou – embora, a meu ver, uma compreensão razoável desses temas seja a chave para um conhecimento realista das sensibilidades jurídicas pelo menos em grande parte do mundo muçulmano contemporâneo, onde a “explosão dos fatos” que mencionei anteriormente e as ansiedades que ela produz são quase desconhecidas. O argumento essencial é que as energias que, na tradição ocidental, foram gastas para distinguir leis e fatos, e para elaborar procedimentos destinados a evitar que um contamine o outro, no mundo islâmico foram utilizadas para unir esses dois conceitos e para elaborar procedimentos que aprofundem essa conexão. O testemunho normativo é crucial para a administração da justiça no mundo muçulmano porque representa, dentro do possível, o “aqui-estamos-e-ali-estamos” das circunstâncias específicas, *ḥāqq* com *ḥa'* minúsculo, nos termos estabelecidos da verdade mais ampla, *Hāqq* com *Ḥa'* maiúsculo.

\*

Quando nos voltamos para o direito índico e a ideia que lhe dá vida, o *dharma*, os problemas inerentes à tentativa de resumir toda uma sensibilidade em umas poucas páginas são ainda maiores<sup>40</sup>. Apesar de toda a adaptação às circunstâncias locais, da irregularidade de sua influência, e da diferenciação interna entre as várias escolas e tradições, o direito islâmico clássico foi, no final das contas, uma força homogeneizante, criando um *oikumene* jurídico tal que, no século XIV, por exemplo, Ibn Battuta, ele próprio um juiz, pôde viajar, de *qāḍī* a *qāḍī*, do Marrocos até a Malásia e vice-versa, sem sentir jamais que estava em ambientes totalmente estranhos. O clima e a raça eram diferentes e, por essa razão, os costumes também variavam; mas a *šarī'a* era sempre a *šarī'a*, em Samarkand ou Timbuctu, pelo menos nos lares dos legistas.

O direito índico, no entanto, não se expandiu dessa forma. No próprio ato de universalizar-se ele tornou singular aquilo que descobria, segmentando-o em múltiplas manifestações hiperparticulares e concretas de uma forma também hipergeral e abstrata: um mundo de *avatares*\*. Não somente partiu-se em dois com a grande divisão entre o hinduísmo e o budismo; mas, sendo uma coleção gigantesca e desor-

40. Devo reiterar que o uso do termo “índico” (“indicizado”) ao invés de “índiano” (“indianizado”) e “hindu” (“hinduizado”) é uma tentativa de manipular com uma certa delicadeza a questão freqüentemente discutida do grau, tipo, profundidade etc., da “índidade”, ou seja, da influência da Índia no Sudeste Asiático. Para uma maior discussão desse assunto, cf. GEERTZ. *Negara*, p. 138. Cf. A visão – “o que não for um pato, um ganso ou um peru, é uma galinha” – do hinduísmo, de Derrett: “Para efeitos da aplicação das partes *codificadas* do direito pessoal um hindu (na Índia) é alguém que não é nem muçulmano, nem parse, nem cristão, nem judeu. DERRETT, J.D.M. *Religion, law and the state in India*. Nova York: [s.e.], 1968, p. 44 [itálicos no original].

\* Avatares – na mitologia hindu, encarnações da divindade em seres humanos [N.T.].

ganizada de regulamentos obsessivamente específicos, o número dezoito diz isso, o número trinta e quatro diz aquilo, manteve-se unido não por um único testamento canônico, copiado diretamente da palavra explícita de Deus, e sim por um conjunto de concepções irritantemente universais, retiradas de uma biblioteca borgesiana de textos irregulares, com objetivos diferentes, origens diferentes e autoridade desigual<sup>41</sup>. Em todas as localidades, e quase em todos os grupos sociais de cada localidade, o direito desenvolveu uma variante determinada e distinta, cuja conexão com suas cognatas era algo assim como uma semelhança familiar entre primos distantes. Como a Divindade (ou, nesse contexto, a humanidade, bondade, poder ou amor), o direito era apenas uma das muitas expressões do mundo índico.

Na medida em que ia sendo divulgado, intermitente e assimetricamente, primeiro pela Índia, depois pelo Ceilão, Birmânia, Sião, Cambodja, Sumatra, Java e Bali, a alta cultura índica, e, como sua parte integrante, o direito índico, esses iam absorvendo uma pluralidade imensa de costumes, símbolos, crenças e instituições locais. Hindu em alguns lugares, budista em outros, hindu-budista ainda em outros, conquistava não por anátema, eliminando-os, e sim por consagração, absorvendo-os. Como se expressou J.D.M. Derrett, subordinando “uma infinidade imensa, uma mistura inadministrável de regras, a um modelo compreensível de vida e pensamento”<sup>42</sup>. No nível formativo de decisões, no como/portanto, via-se por toda parte um catálogo desordenado de fórmulas individuais, possivelmente originárias de textos, costumes, lendas ou decretos, que se adaptavam ao lugar e modificavam-se de acordo com a necessidade. No nível do fazer sentido, da coerência, do se/então, estava, por todas as partes, baseado em uma ideia essencial, profundamente peculiar, e extraordinariamente estável, que se originara da revelação direta, a doutrina védica ou do pipal, o *ficus religiosa*: uma doutrina cósmica do dever, na qual cada espécie no universo, fosse ela humana, transumana ou infra-humana, tem, por virtude de seu destino, uma tarefa ética a cumprir e uma natureza a expressar – e as duas se confundem na mesma coisa. “As cobras mordem, os demônios enganam, os deuses concedem, os sábios controlam seus instintos, [...] os ladrões roubam [...] os guerreiros matam [...] os sacerdotes fazem sacrifícios [...] os filhos obedecem suas mães”, escreveu Wendy O’Flaherty. “É este o seu *dharmā*”<sup>43</sup>.

41. Para discussões de textos do direito clássico na Índia (ou, mais precisamente, textos dos quais se originaram as noções jurídicas) cf., para o hinduísmo, LINGAT, R. *The classical law of India*. Berkeley/Los Angeles: [s.e.], 1973, p. 7-9, 18-122 [Trad. J.D.M. Derrett]; para o budismo, GOMBRICH, R.F. *Precept and practice: traditional buddhism in the rural highlands of Ceylon*. Oxford, 1971, p. 40-45; para obras derivativas do Sudeste Asiático, HOADLEY, M.C. & HOOKER, M.B. *An introduction to javanese law: a translation of and commentary on the Agama*. Tucson: [s.e.], 1981, p. 12-31, e HOOKER, M.B. “Law texts of southeast Asia”. *The Journal of Asian Studies* 37 (1978), p. 201-219.

42. DERRETT. *Religion, law and the state*, p. 118.

43. FLAHERTY, W.D. *The origins of evil in hindu mythology*. Berkeley/Los Angeles: [s.e.], 1976. A citação é uma composição de várias passagens às p. 94, 95, 96, 98, 109. Essa formulação é obviamente hindu; as

Traduzir *dharmā* (e o seu oposto *adharma*) em inglês é uma tarefa ainda mais difícil que traduzir *haqq*. Pois aqui o maior problema não é o estilçamento do significado, a separação de um território semântico em uma série de partes inesperadas, e sim a própria imprecisão do significado, a expansão desse território semântico até dimensões infinitas. O especialista em sânscrito J. Gonda diz que *dharmā* é intraduzível, observando que é tratado superficialmente em dicionários bilíngues através de “dez ou doze linhas de palavras ou frases em inglês: ‘lei, uso, observação dos costumes, dever, moralidade, mérito religioso, boas obras etc.’ e muitas outras palavras equivalentes poderiam ser acrescentadas se tentarmos fazer justiça a todos os aspectos do conceito e a sua riqueza inesgotável”. Do lado Pali do budismo, onde a palavra é *dhamma*, diz Richard Gombrich que “ela pode ser traduzida por milhares de palavras: ‘honradez, verdade, o Caminho’ etc. É melhor simplesmente não traduzi-la”. Para Walpola Rahula, ele próprio um monge budista, “não existe nenhum outro termo na terminologia budista que seja tão amplo como *dhamma* [...] não há nada fora ou dentro do universo, bom ou mau, condicionado ou não condicionado, relativo ou absoluto, que não esteja incluído nesse termo”. Robert Lingat começa seu longo tratado *The classical law of India*, que basicamente é uma mediação extensa sobre o termo, com o comentário de que “*dharmā* é um conceito difícil de definir porque ignora – ou transcende – distinções que nos parecem essenciais”. E o dicionário de javanês antigo de Soewojo Wojowasito define o conceito como “lei, direito, tarefa, obrigação, mérito, serviço, ato de caridade, dever, e continua por uma página e meia com palavras compostas de *dharmā*, desde *dharmadesanā* [a], ciência da boa conduta” e *dharmabuddhi*, “justo, honesto, imparcial [de espírito]”, até *dhammayuddha*, “uma [...] guerra [que se luta] segundo um código [estabelecido]”, e *dharmotama*, “[o] código de justiça mais adequado para cada classe social”<sup>44</sup>.

formulações budistas têm diferenças importantes (para uma discussão desse assunto cf. RAHULA, X *What the Buddha taught*. Londres, 1978 [ed. rev.]. Na discussão no texto, procurei, tanto quanto possível, expressar as ideias de tal maneira que pudessem abranger tanto a Índia hindu e os países budistas do ramo Theravada da região norte do Sudeste Asiático, como a situação mais complexa do arquipélago indonésio, embora qualquer análise mais profunda não possa deixar de examinar as diferenças nas visões jurídicas das duas maiores tradições índicas, da mesma forma que uma análise mais profunda das tradições ocidentais não poderia deixar de examinar as diferenças entre o catolicismo e o cristianismo protestante. Mas, como acontece com a civilização ocidental (e, apesar de todas suas divisões sectárias, também com a islâmica, onde igualmente ignorei as diferenças entre *Sunni/Shi'i*), a civilização índica realmente possui uma forma e tonalidade distintas, que são projetadas no direito. “Se perguntarmos a um budista quais são suas crenças religiosas, ele partirá do princípio de que estamos falando de seu *Dharma*. No entanto, essas crenças funcionam no contexto de outras crenças, de premissas mais básicas. Isso é verdade tanto do ponto de vista lógico, como sob uma perspectiva histórica: o Buda foi criado em uma sociedade hindu e aceitou muitas das premissas hindus” (Gombrich, *Precept and practice*, p. 68).

44. GONDA, J. *Sanskrit in Indonesia*. 2. ed. Nova Delhi: [s.e.], 1973, p. 537, 157. • GOMBRICH. *Precept and practice*, p. 60. • RAHULA. *What the Buddha taught*, p. 58. • LINGAT. *Classical law of India*, p. 3. •

No caso do direito, as noções mais relevantes são precisamente essas últimas. Pois o que mais distingue a sensibilidade jurídica índica das outras é que, nessa sensibilidade, o direito e a obrigação são considerados como relativos à posição na ordem social, e a posição na ordem social é definida transcendentemente. Parafraseando uma expressão do inglês, “o que é justo para o ganso fêmea, não o é para o ganso macho”; e o mesmo poderia ser dito com relação ao sacerdote e o guerreiro, o monge e o homem leigo, o dono de uma propriedade e o eremita, o que nasceu apenas uma vez e o que nasceu duas, o que nasceu em épocas decadentes e o que nasceu em épocas gloriosas. A categoria social, se caracterizada ritualmente, como no caso do sistema de castas do hinduísmo, ou eticamente, como no caso do budismo meritório, representa uma organização de grupos e de indivíduos em classes naturais, de acordo com regulamentos aos quais esses indivíduos e grupos adaptam suas vidas, de uma forma natural. *Status* é substância. Se *haqq* negocia com o “é” e o “deve ser” transformando a lei em uma espécie de fato, o *dharma* o faz transformando o fato em uma espécie de lei, o que certamente não é a mesma coisa.

É certo que a diferenciação da aplicação da justiça segundo a posição social não acontece somente no mundo índico. O direito clássico chinês, e o da África tribal, por exemplo, que associam direitos a relações de parentesco, são pelo menos tão minuciosos quanto o direito índico nessas diferenciações. Além disso, traços dessas categorizações existem em todos os sistemas jurídicos, como no caso dos nossos juizados de menores, e das premissas do tipo – “a mãe é a melhor guardiã” – nos casos de custódia. É a noção do *dharma* – ou seja, que os códigos que regulamentam o comportamento dos vários tipos de homens e mulheres (ou dos deuses, demônios, espíritos, animais, e até mesmo de objetos inanimados) definem o que eles são primordialmente – que distingue o direito índico. Aquilo que Ronald Inden e Ralph Nicholas disseram sobre Bengala é, se apropriadamente matizado, aplicável a todos os países onde as premissas indianas penetraram, proporcionalmente à extensão dessa penetração:

Todos os seres são classificados em [espécies]. Cada [espécie] é definida segundo sua [natureza] particular e código [comportamental] e esses são considerados inseparáveis um do outro. Como consequência dessa premissa cultural [...] não se distingue, como se distingue na cultura norte-americana, entre uma ordem da “natureza” e uma ordem do “direito”. Tampouco faz-se distinção entre uma ordem “material” ou “secular” e uma ordem “espiritual” ou “sagrada”. Há, portanto, uma ordem única de seres, uma ordem que seria, em termos ocidentais, tanto natural como moral, e tanto material como espiritual<sup>45</sup>.

WOJOWASITO, S. *A Kawi Lexicon*. Ann Arbor, 1979, p. 287-288 [org. R.F. Mills]. Para uma discussão breve, mas excelente sobre o significado de *dharma* e sua relação com o direito na tradição hindu, cf. ROCHER, L. “Hindu conceptions of law”. *The Hastings Law Journal* 29 (1978), p. 1.280-1.305.

45. INDEN, R.B. & NICHOLAS, R.W. *Kinship in bengali culture* (Chicago, 1977), p. xiv. Omiti, sem o benefício de elipses, termos vernaculares bengaleses e algumas passagens que só se aplicariam ao sistema de

E poderíamos acrescentar tanto jurídico como factual. Ou, nas palavras de O’Flaherty, resumindo o conceito índico do mal:

Dharma é o fato de que existem regras que devem ser obedecidas: é o princípio da ordem, independente do que essa ordem seja realmente [...] [É] um termo ao mesmo tempo normativo e descritivo. [Assim], na Índia, o código moral [*dharma*] é a própria natureza, enquanto que no Ocidente ele geralmente está em conflito com a natureza [...] O *dharma* de um [ser] é sua característica como um tipo específico e também seu dever como indivíduo [...] Ele pode rejeitar seu dever [e portanto] negar sua natureza [a condição menosprezada do *adharma*], mas para os hindus esse conflito seria desnatural, algo que necessariamente deve ser resolvido [...]<sup>46</sup>.

O conflito deve ser resolvido porque, como já dizia o Código de Manu, em alguma época um pouco anterior ou um pouco posterior a Cristo, “o *dharma*, se destruído, destrói, se protegido, protege”<sup>47</sup>. O Direito encontra-se simplesmente no mundo, como o sol ou o gado, tanto na forma infinita e grandiosa de tudo “que é sólido e durável, que sustenta e mantém, que impede a fraqueza e o fracasso”, e na forma limitada e local de deveres específicos incorporados em regulamentos específicos, atribuídos a indivíduos específicos em situações também específicas<sup>48</sup>. A

castas hindu. Para formulações semelhantes, veja DAVIS, M. *Rank and rivalry: the politics of inequality in rural West Bengal* (Cambridge, Inglaterra) e Nova York; e também MARRIOTT, M. & INDEN, R.B. “Sistemas de casta”. *Enciclopédia Britânica*, 15. ed., 1974.

46. O’FLAHERTY. *Origins of evil*, p. 94-95, uma vez mais com emendas e inserções para tornar a formulação mais geral. Tanto a afirmação de Inden-Nicholas como a de O’Flaherty referem-se, é claro, ao sistema de castas hindu, mas, como foi dito anteriormente, pelo menos neste caso, a visão budista não parece ser tão diferente: “O universo [budista] está repleto de seres viventes, em camadas ordenadas hierarquicamente. Os homens estão em uma das camadas medianas. Acima deles estão as várias classes de deuses e de espíritos, e, abaixo, os animais, fantasmas e demônios. Acima do mundo estão os céus, e, abaixo desse, os infernos. De um modo geral, o poder, o conforto, e o número de anos de vida aumentam à medida que se galga a escala. Aumentam também a capacidade e a inclinação para fazer o bem. Mas em todos os níveis existe a morte, a lembrança inevitável da insatisfação da vida. A morte provê a mobilidade entre os diferentes níveis. Onde quer que seja, e permanentemente, existem a morte e o renascimento. Nossa posição ao nascer é determinada pelo *karma*. O *karma* é uma palavra sânscrita que significa simplesmente ‘ação’, mas que adquiriu um sentido técnico [...] Tudo isso é aceito por todos os tipos de hindus e pelos Jains [membros de uma seita indiana não brahâmica, com doutrinas semelhantes às do budismo [N.T.] – enfim, por todos os principais sistemas religiosos da Índia. Entretanto, o budismo foi o primeiro sistema religioso a dar um conteúdo ético ao conceito. Para os budistas o *karma* consiste unicamente em ações moralmente boas ou más, e não inclui outras ações tais como as referentes ao rito.” GOMBRICH. *Precept and practice*, p. 68.

47. *Manu*, VIII, 5, apud LINGAT. *Classical law of India*, p. 4. Segundo Lingat, o código remonta-se ao período entre o século II a.C. e o século II d.C., aproximadamente (ibid., p. 96).

48. Ibid., p. 3, aparentemente originário do *Manu*. A melhor definição possível do *dharma* em seu sentido infinito – a palavra se relaciona etimologicamente com o latim *firmus* como em *terra firme*, no sentido de “só-

obrigação de seus guardiães é protegê-lo, para que ele também os proteja. E o mais importante desses guardiães é – ou pelo menos era, até que o colonialismo praticamente o substituiu – não o jurista, que era apenas um comentarista, e sim o rei. Ou seja, resumindo o princípio básico da legalidade índica de uma forma índica, o *dharmā* do rei é defender o *dharmā*.

O lugar que o rei – seja ele um rei pequeno, médio ou grande (e é importante lembrar que alguns reis são extremamente pequenos) – ocupa na adjudicação índica é tão característico – e tão decisivo – como o papel do testemunho normativo na adjudicação islâmica. Pois é ele que, aconselhado pelos sábios adequados, e por monges ou brâmanes, faz a conexão entre os paradigmas do *se/então*, que dão coerência às coisas, e que são relacionados com o *dharmā* geral, e as determinações do *como/portanto* de um governo concreto, que produzem determinadas consequências. Uma sociedade sem um rei, *arājaka*, é uma sociedade sem leis, *adharma*, sujeita ao “Governo do Peixe”. A habilidade de um indivíduo para seguir seu código natural em um mundo repleto de códigos naturais e de tentações para evadi-los depende da proteção do rei. Como diz explicitamente o *Mahabharata*, todos os *dharma*s dependem do *dharmā* real – “todos têm o *rāja-dharma* em suas mentes”<sup>49</sup>.

lido”, “duro”, “durável” – é, provavelmente, a do *Mahabharata* (Santip. 109, 59; citado em *ibid.*, p. 3, n. 2): “O *Dharma* tem esse nome porque ele protege [...] tudo; O *dharmā* mantém tudo que foi criado. O *dharmā* é, portanto, o próprio princípio que é capaz de manter o universo”. Para o sentido local do termo (*svadharmā*), cf. DAVIS. *Rank and rivalry*, “Posfácio”: “O *dharmā* refere-se ao comportamento natural e moral adequado para um indivíduo ou para um grupo de indivíduos e para a sociedade como um todo. [É] definido em parte pela comunidade físico-social na qual vivemos, pois cada comunidade tem um modelo de vida tradicional que, de várias maneiras, se difere das outras comunidades. O *dharmā* de [um indivíduo] é também em parte definido [...] pela época em que vive, pois todas as comunidades têm sua própria história, única e diferente das outras, e até em uma mesma comunidade, o que, em uma época, é considerado como um comportamento correto e apropriado, pode variar com o passar do tempo. Além disso, o *dharmā* pode ser também definido em parte por nossas próprias qualidades e pelos vários estágios de nossas vidas, pois o comportamento apropriado para um indivíduo depende de sua própria natureza, e do grau de sua maturidade física e moral. Espaço, tempo, qualidades e estágios da vida [...] são as quatro [...] constantes segundo as quais o *dharmā* de qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos é definido. Os comportamentos específicos que constituem [seu] *dharmā* não são igualmente constantes, pois diferem no tempo e no espaço, entre indivíduos que vivem no mesmo lugar na mesma época, e também no decorrer da vida de um mesmo indivíduo.” Para uma discussão bastante perceptiva do complexo relacionamento entre o *dharmā* geral e o *dharmā* pessoal, cf. O’FLAHERTY. *Origins of evil*, p. 94s.

49. LINGAT. *Classical law of India*, p. 208. Cf. HOADLEY & HOOKER. *Introduction to javanese law*, p. 14: “Regulamentos específicos do *dharmā* ganham estabilidade somente através do exercício apropriado da vontade do rei e, nesse sentido, o *Rāja-dharma* tem precedência sobre todos os outros deveres especificados no mundo [do Direito clássico] (grifo no original). Cf. ROCHER. “*Hindu conceptions of law*”, p. 1.294. “Os aspectos do *dharmā* nos quais o tipo de direito da civilização ocidental desempenha um papel mais importante, unem-se ao redor da figura central do rei.” Para *arajaka* e “O Governo do Peixe”, cf. LINGAT. *Classical law of India*, p. 207, e DERRETT. *Religion, law and the state*, p. 560.

Apesar de seus tons imperatoriais, no entanto – tons que são bastante verdadeiros não só na teoria jurídica, mas, como veremos, também na administração prática da justiça decisória – este não é um conceito austiniano. Pois, nesse mundo, o direito não é uma mera expressão dos comandos do soberano. Ao contrário, os comandos do soberano, se são realmente apropriados, são, como as ações de qualquer outro tipo de pessoa, se apropriadas, uma expressão do direito. O comportamento de reis justos é uma ilustração do direito, como escreve Lingat: sua materialização, como diz David Wyatt; seu símbolo, nas palavras de M.B. Hooker; ou sua promulgação, segundo David Engel<sup>50</sup>. O problema é que os reis podem não ser justos na vida real, e, provavelmente, só são justos esporadicamente. A problemática que, no mundo islâmico, é expressa em termos da confiabilidade das testemunhas – a conformação dos veredictos *como/portanto* com as perspectivas do *se/então* – no direito índico é formulada em

50. LINGAT, R. “Evolution of the conception of law in Burma and Siam”. *Journal of the Siam Society* 38 (1980), p. 9-31, citado em O’CONNOR, R.A. “Law as indigenous social theory”. *American Ethnologist* 8 (1980), p. 223-237. • WYATT, D.K. *The politics of reform in Thailand*. New Haven, 1969, p. 8, apud ENGEL, D.M. *Law and Kingship in Thailand during the reign of king chulalongkorn*. Ann Arbor, 1979, p. 3. • HOOKER, M.B. *A concise legal history of southeast Asia*. Oxford: [s.e.], 1978, p. 31. • ENGEL. *Law and Kingship*, p. 8. Otrecho de Wyatt indica, uma vez mais, a semelhança essencial que os conceitos hindus e budistas têm com respeito a isso: “A concepção brãmã de *Devaraja*, o rei como deus, transformou-se, passando a considerar o rei como a materialização do direito, enquanto que a adoção de princípios morais budistas garantia que o rei deveria ser avaliado pelo direito. O resultado nesse caso foi um fortalecimento dos sistemas de controle que, no império Khmer [no Camboja], os brâmanes tentaram adotar e exercer contra os excessos despóticos de governos absolutistas”. É importante também mencionar uma outra “diferenciação” da problemática que surge aqui – aquela entre a Índia propriamente dita e as regiões do Sudeste Asiático que sofreram sua influência, e entre as regiões que o holandês colonial, com um etnocentrismo bastante útil neste caso, chamou de *Voorindië* e *Achterindië*: a mudança que sofreu o papel do rei no Sudeste Asiático, que passou de uma categoria que L. Dumont chamou, no caso da Índia, de “categoria secularizada”, ou seja, “uma pessoa que não pode executar seu próprio sacrifício, é forçada a colocar diante de si mesma um sacerdote, e *portanto* perde sua prominência hierárquica em benefício dos sacerdotes mantendo, para si mesma, somente o poder” (*Homo Hierarchicus: an essay on the caste system*. Chicago, 1970, p. 67-68 [traduzido por M. Swainsbury; palavras em itálico no original]) para os vários tipos de monarquias “divinas” ou “semidivinas” ou “exemplares” do Sudeste Asiático [cf. ENGEL. *Concise legal history*. • O’CONNOR. “Law as Indigenous Social Theory”. • COEDÉS, G. *The Indianized states of southeast Asia*. Kuala Lumpur: [s.e.], 1958 [tradução de B. Cowing]; e GEERTZ. *Negara*, p. 121-136]. Além do fato de que essa diferenciação pode ter sido um pouco exagerada nos dois casos, seja qual for sua utilidade para comparações internas ao mundo índico, no caso de comparações entre o mundo do direito índico e outros direitos, ela perde quase totalmente sua importância. A formulação de Coedés, “Indianização deve ser essencialmente compreendida como a expansão de uma cultura organizada que se baseava na concepção indiana de realeza, tornou-se característica dos cultos hindus e budistas, da mitologia dos *Purânās*, e da observância dos *Dharmaśāstras*, e foi expressa no idioma sânscrito” (*Indianized states*, essa nota, p. 15-16) parece ser a visão mais correta do tema, desde que a desigualdade entre os vários graus da “indianização” assim definida, fora da Índia (e até mesmo na própria Índia) seja levada em séria consideração.

termos da honradez dos reis. Aquilo que a mentira, a negação da verdade, simbolizava em um deles, o autointeresse, a desobediência ao direito, simbolizava no outro.

Por sua vez, o *dharmā* daqueles que se dedicam não à execução, mas sim ao conhecimento das leis, é o de fazer com que o rei seja cauteloso, e aja de forma a cumprir seu próprio *dharmā*, protegendo os *dharma*s alheios e assim mantendo toda a sociedade no equilíbrio cósmico que é o *dharmā* propriamente dito. O relacionamento entre aquele que exerce o poder, o que pune, e os mestres do aprendizado, os que purificam, é talvez o mais delicado e elusivo em toda a civilização tradicional índica – é, na visão dos balineses, como a relação entre um irmão mais jovem e um mais velho; um estudante e seu professor; um navio e seu capitão; uma faca e seu punho; os instrumentos de uma orquestra e os sons que produzem<sup>51</sup>. No caso da adjudicação prática, esse relacionamento era o ponto central da questão, em todos os níveis, desde o estado, até a aldeia. Se por acaso os clérigos – os brâmanes para os hindus, os monges para os budistas, e em assuntos menos importantes, algum sábio menor – persuadissem o rei, o príncipe, o senhor ou algum funcionário local a frear seus instintos e a seguir altruisticamente o caminho de seu *dharmā*, estariam ao mesmo tempo dando-lhe a possibilidade de seguir um princípio estabelecido pela justiça e não um princípio arbitrário de sua vontade<sup>52</sup>.

51. GEERTZ. *Negara*, p. 37, 126, 240. Existem imagens semelhantes em textos indianos clássicos: o homem culto é “aquele que concebe”, o homem que exerce o poder é “o que faz”; o primeiro é “inteligência”, o segundo “vontade”; o sacerdote da corte é “o cérebro do rei”, e assim por diante (LINGAT. *Classical law of India*, p. 216, 217. Para uma revisão geral do relacionamento entre o homem culto e o monarca na Índia, cf. LINGAT. *Classical law of India*, p. 215-22. • DUMONT. *Homo Hierachus*, p. 71-79. • DUMONT, L. The conception of kingship in ancient India. In: *Religion/politics and history in India*. Haia: [s.e.], 1970, p. 62-81. Para o Sudeste Asiático, cf. GEERTZ. *Negara*, p. 36-37, 125-127. A distinção entre a administração da pena, *daṇḍa* (literalmente “bastão” ou “cetro”), considerada como parte do *dharmā* do rei, e a efetivação da purificação através da penitência, *prāyścitta* (literalmente, “o pensamento primário”, “o pensamento de descobrir”) considerada como parte do aprendizado humano do *dharmā*, e também como uma relação entre os dois (“Os [Brâmanes] prescrevem a penitência: cabe [ao rei] garantir que essa seja cumprida e punir o recalcitrante” [LINGAT. *Classical law of India*, p. 66]; as formulações budistas diferem principalmente quanto à concepção exata do que é penitência e do que é purificação) é essencial para a compreensão das dimensões legais desse relacionamento. “Seria em vão buscar, na tradição indiana sobre o relacionamento entre esses dois poderes, uma analogia com a teoria cristã das Duas Espadas. É bem verdade que o brâmane é senhor quando se trata de rituais e [...] de penitências. Mas, na verdade, sua jurisdição se estende por todos os campos da atividade real, sejam esses políticos ou religiosos. Não existem aqui dois poderes, cada qual atuando em sua esfera específica, o sagrado de um lado e o profano do outro. Só o poder secular tem a capacidade de atuar, mas é um poder cego, que necessita ser orientado antes que possa ser exercido efetivamente. Se o rei menosprezar o conselho de seus brâmanes, não só estará deixando de cumprir seu dever, mas também correndo o risco de governar mal” (ibid., p. 214-218; cf. tb. p. 50, 61-67, 232-237). Sobre Java, cf. HOADLEY & HOOKER. *Introduction to javanese law*, p. 227-228.

52. A doutrina do autointeresse (*artha*, um sentimento que por si só não seria ilegítimo, a não ser quando suas atrações encobrissem nosso sentido do dever) é, assim como a sensualidade (*kama*), quase tão desenvolvida

Existem várias maneiras de conseguir persuadir os monarcas, contra sua arrogância natural, ou de fazer, como Derrett sugeriu, “que o *dharmā* reine até mesmo sobre os reis”; elogios clericais em poesia cortesã, abandono dos rituais da corte pelos clérigos, fazer com que a corte se envergonhe de sua falta de moralidade<sup>53</sup>. No que se refere à administração da lei propriamente dita, dois instrumentos eram certamente os mais importantes: a codificação do *dharmā* real e a inclusão de conselheiros sábios nos tribunais reais.

A codificação do dever real de manter a ordem no que se refere ao comportamento social, punindo aqueles que perturbassem essa ordem, já existia na Índia Clássica, onde o Manu dedica três capítulos inteiros dos seus doze a esse assunto. No entanto, tornou-se ainda mais explicitamente elaborada no Sudeste Asiático, onde o melhor exemplo (ou talvez o exemplo melhor descrito) seja o *Thammasat* tailandês<sup>54</sup>. Ao descrever a história do mundo e do ser humano, a evolução das leis, e a origem dos reis, o *Thammasat* “definiu o relacionamento entre indivíduos e o estado, prescrevendo as normas que o rei deveria obedecer em suas ações”<sup>55</sup>. Em vinte títulos – ou em alguns casos em trinta e nove – abrangia desde o Direito palaciano, ordálio, multas, testemunhas, e “a divisão das pessoas (em categorias) segundo dívidas, heranças, roubos, conflitos e traição”<sup>56</sup>. Segundo Engel, o *Thammasat* era “a declaração básica dos direitos e da legitimidade da monarquia na Tailândia Antiga”, como no caso das declarações

no pensamento indiano clássico como o *dharmā*, e existem tratados inteiros (*arthaśāstra*) dedicados ao aprendizado de como cultivá-los. Cf. DUMONT. *Homo Hierarchicus*, p. 165-166, 196, 251-252. • DERRETT. *Legal systems*, p. 96-97. • LINGAT. *Classical law in India*, p. 5-6, 145-148, 156-157, e, com referência à função adjudicatória do rei, p. 251-254. Para uma discussão sobre o papel do autointeresse – *pamrih* em javanês – na teoria política javanesa, cf. ANDERSON, B.R. O’G. “The idea of power in javanese culture”. In: *Culture and politics in Indonesia*. Ithaca, 1972, p. 1-69 [org. C. Holt]: “[...] a atitude correta para um funcionário é abster-se de suas motivações pessoais, se estiver trabalhando efetivamente para o bem do Estado [...] O *pamrih* [daquele que exerce o poder] é realmente, e em última análise, uma ameaça para seus próprios interesses, pois a indulgência com as paixões ou preconceitos pessoais, e portanto parciais, tem como resultado o desequilíbrio interior e a difusão da concentração e do poder pessoal. Sobre a Tailândia, cf. O’CONNOR. “Law as indigenous social theory”, p. 233-234: O tailandês moderno [...] aceita o autointeresse desenfreado, mas o considera moralmente inferior às leis cósmicas e reais, aos costumes e à disciplina normativa [...] que liga um indivíduo à ordem maior da sociedade”; e ENGEL. *Law and kingship*, p. 7-8. Cf. HANKS, L. “Merit and power in the Thai social order”. *American Anthropologist* 64 (1962), p. 1.246-1.261.

53. DERRETT. *Legal systems*, p. 99.

54. Sobre o *Manu*: ROCHER. “Hindu conceptions of law”, p. 1.294. • LINGAT. *Classical law in India*, p. 222-232. Sobre o *Thammasat* (a versão tailandesa do *Dharmasastra* sânscrito): ENGEL. *Law and kingship*, p. 1-8. • HOOKER. *Legal history*, p. 25-35. • LINGAT. *Classical law in India*, p. 269-279. • LINGAT. “Evolution of the conception of law”. • O’CONNOR. *Law as indigenous social theory*.

55. ENGEL. *Law and kingship*, p. 3.

56. HOOKER. *Legal history*, p. 26-27.

equivalentes na Birmânia, Cambodja e em Java, tinha como objetivo justificar o papel adjudicatório do rei, através de uma descrição do modelo ético a que este estava circunscrito:

Segundo [...] o *Thammasat* [escreveu um sábio tailandês, que era, ele próprio, um príncipe] o monarca ideal segue firmemente as dez virtudes reais, defendendo permanentemente os cinco preceitos básicos [...] Ele se esforça para estudar o *Thammasat* e manter os quatro princípios da justiça, a saber: avaliar o benefício ou o prejuízo de todos os serviços ou desserviços que lhe são prestados, defender aqueles que são honrados e honestos, adquirir riquezas unicamente por meios lícitos, e manter a prosperidade do estado também unicamente por meios justos<sup>57</sup>.

No entanto, no Oriente misterioso ou no Ocidente transparente, as constituições, por mais detalhadas que sejam, não são melhores que as instituições nas quais elas são escritas. Foi na composição dos tribunais que se conseguiu – menos do que se esperava, e mais do que era possível imaginar – criar algum instrumento jurídico para monitorar a vontade real já expressa em ações.

Os tipos de tribunais existentes em todo o mundo índico antes das tentativas dos vários regimes coloniais de padronizá-los, com graus diferentes de sucesso, eram tão diversos e numerosos como as normas que tentavam aplicar, ou como os grupos a quem essas normas deveriam ser aplicáveis, e como as justificativas que davam para sua existência. No entanto, o princípio segundo o qual a responsabilidade de justificar as normas cabia aos homens cultos e a sua aplicação aos poderosos, existia em todas as culturas. Na Índia, havia uma enorme hierarquia de conselhos de casta ou entre castas, rajás menores dos chamados “reinos pequenos” da “casta dominante”, e os grandes rajás das dinastias regionais mais importantes, que, segundo suas necessidades, tinham uma variedade de homens sábios a seu dispor. Na Tailândia, existia uma mistura de uns trinta tipos de tribunais ministeriais, tão maldefinidos juridicamente quanto os próprios ministérios, que recebiam a orientação de um ministério consultivo de assuntos jurídicos, cujos membros, nesse país supostamente budista, eram doze brâmanes. Na Indonésia, havia centenas de tribunais grandes ou pequenos, ligados ao palácio real, e compostos de juristas de vários tipos e competência, sob o controle imediato do senhor do palácio.

57. ENGEL. *Law and kingship*, p. 5: Prince Dhani Nivat, “The old siamese conception of the monarchy”, *Journal of the Siam Society* 36 (1947), p. 91-106. Como os decretos reais eram incorporados ao *Thammasat*, é possível dizer que este último continha elementos de “direito positivo”; porém esses eram limitados à concepção geral do *dharma* sobre o próprio *Thammasat*, e eram considerados como expressões deste. Sobre este assunto, e em uma correção parcial da opinião de Lingat (em “Evolution of the conception of law”) segundo a qual a incorporação do decreto no *Thammasat* representava uma posição divergente das concepções de “lei natural” no Sudeste Asiático, cf. O’CONNOR. “Law as indigenous social theory”, especialmente p. 225-227, que, a meu ver corretamente, lança dúvidas sobre a utilidade de qualquer tipo de distinção entre direito natural e direito positivo nesse contexto.

Assim, onde quer que se fosse, a *grundnorm* de procedimentos, que, desde o século IV, fazia parte dos textos indianos, “somos condenados pelos juízes [e] punidos pelo rei segundo o [*dharmā*]”<sup>58</sup>, era a ideia que dava vida ao processo adjudicatório.

Fosse qual fosse a forma institucional específica desse processo, os casos considerados adequados para serem por ele tratados (um aspecto que também variava bastante, como sugere “Regreg *versus* o Conselho da Aldeia”) e as conseqüências que pudesse ter para a vida social (um elemento ainda mais variável; nem todos os reis são poderosos e nenhum pode ser poderoso em todas as áreas), as principais questões relativas à evidência às quais esse processo se dirigia não se referiam nem às ocasiões em que se davam os atos, nem as suas conseqüências, mas sim ao tipo desses atos. Ou seja, eram questões relacionadas com o *dharmā* e o *adharma*, que eram trazidas para o nível judicial, uma questão de determinar onde, na versão local da grandiosa taxinomia de comportamentos corretos, este comportamento específico se encaixava. Enquanto que o tribunal clássico islâmico – para tentar explicar o argumento de uma forma comparativa, sem dúvida exagerando-o um pouco – tentava estabelecer a autenticidade de um fato através de uma categorização do caráter moral, e tinha obsessão por depoimentos, o tribunal índico tentava determiná-lo através de uma categorização do tipo moral e era obcecado por veredictos.

58. O *Nārada-Smṛiti*, em *The Minor Law Books*: Narada and Brihaspati. Oxford, 1889, p. 35 [trad. J. Jolly]; apud HOADLEY, M.C. “Continuity and change in javanese legal tradition: the evidence of the Jayapattra”. *Indonesia* 11:95-10-9, at p. 97. É possível encontrar algumas matérias úteis sobre épocas mais recentes da Índia, onde, como diz Rocher (“Hindu conceptions of law”, p. 1.302), “não se sabe quase nada sobre a prática do direito em épocas antigas”, em COHN, B.S. “Some notes on law and change in north India”. *Economic Development and Cultural Change* 8 (1959), p. 79-93 e especialmente em seu “Anthropological notes on disputes and law in India”. *American Anthropologist* 67 (1965), p. 82-122, bem como em uma carta fascinante escrita por um jesuíta francês, Jean Venant Boucher, de “Pondicherry to a great man in France” (“Father Bouchet’s letter on the administration of hindu law”, trad. L. Rocher). O melodrama em sânscrito, escrito no sul da Índia no século IV, *The toy cart*, atribuído a um certo rei Shudraka, porém mais provavelmente escrito por um poeta (do clérigo) na corte desse rei (trad. P. Lal, in *Traditional asian plays*, org. J.R. Brandon, Nova York, 1972, p. 14-114), contém uma cena de um julgamento no qual a tensão entre o poder real e os sábios juristas é particularmente bem descrita. (Cf. especialmente o discurso, à p. 96, do “juiz” – isto é, o “assessor” ou “conselheiro” presidente – que fez a abertura do julgamento.) Sobre alguns comentários baseados em textos sobre procedimentos jurídicos tradicionais na Índia, cf. LINGAT. *Classical law in India*, p. 69-70, 254-256. Sobre a Tailândia, cf. ENGEL. *Law and kingship*, p. 60-63. Sobre a Indonésia, HOADLEY. “Continuity and change”; HOADLEY & HOOKER. *Introduction to javanese law*, p. 26-28; NAERSSSEN, F.H. van. “De Saptopatti: Naar Aanleiding van een Tekstverbetering in den Nágarakrtágama”. *Bijdragen tot Taal-, Land- en Volkenkund* 90 (1933), p. 239-258; PIGEAUD, Th.G. “Decree Jaya Song, About 1350 A.D.” em seu livro *Java in the Fourteenth Century: a cultural history*. 4 vols. (Haia, 1960-1963), 4: 391-398 (texto original em 1: 104-107; tradução em 3: 151-155); GEERTZ. *Negara*, p. 241-244; Sobre a Birmânia e Cambodja, sabe-se menos ainda, ou menos é disponível, com respeito a procedimentos; sobre o que existe, cf. AUNG, Maung Htin. *Burmese Law Tales*. Londres, 1962; e SAHAI, S. *Les institutions politiques et L’organisation administrative du Cambodge ancien VI-XIII siècles*. Paris, 1970.

“A essência da justiça [índica tradicional] não era a imparcialidade dos procedimentos para selecionar a evidência de erros específicos”, disse Engel (referindo-se à Tailândia, mas o mesmo acontece nos outros países), e, sim a adequação dos julgamentos finais ao valor total de vida de um indivíduo<sup>59</sup>. Os julgamentos finais cabiam ao rei, e isso era simbolizado no selo real judiciário pela figura de Yama, o deus da morte, montado em um leão<sup>60</sup>. Essa adequação dos julgamentos, no entanto, dependia da habilidade dos juristas para localizar normas universais nas leis locais, e conseguir que o rei observasse essas leis.

Essa maneira bem peculiar de estruturar os casos, simplificando-os, para tornar mais fácil o processo de decisão, pode ser observado com maior clareza em estórias jurídicas tradicionais sobre juízes legendários, as quais, na ausência de registros de julgamentos verdadeiros, são tudo o que temos sobre o estilo como/portanto da adjudicação clássica. Duas dessas estórias sobre o sul da Índia, referentes a um arquetípico jurista brâmane chamado Mariyātai-rāman, foram relatadas pelo missionário jesuíta Jean Bouchet, e são particularmente informativas<sup>61</sup>.

A primeira estória que, segundo Bouchet, “tem algo em comum com o julgamento de Salomão”, mas que, na verdade, foi elaborada de uma forma inversa, é sobre as duas mulheres de um homem rico e polígamo. A primeira delas, muito feia, tinha tido um filho com seu marido; a segunda não podia ter filhos, mas, graças a sua beleza extraordinária, era mais amada pelo esposo, enquanto que a primeira era por ele menos-prezada. Louca de ciúmes, a primeira esposa planejou vingança. Passou a persuadir a todos que a cercavam, por palavras e ações, que ela adorava seu filho, que esse era tudo para ela, e a convencê-los de que a segunda esposa, apesar de toda sua beleza, tinha-lhe inveja. Algum tempo depois, estrangulou seu próprio filho e colocou o corpo ao lado da cama de sua rival enquanto esta dormia. Na manhã seguinte, fingindo procurar o menino, entrou subitamente no quarto da segunda esposa, e, “descobrimo” o corpo, saiu em disparada, gritando para a multidão: “Oh essa mulher desgraçada! Olhem o que ela fez em sua inveja, porque eu tinha um filho e ela não.” A multidão, excitada, acusou a segunda esposa, pois “como seria possível uma mulher matar seu próprio filho, principalmente um filho que adorava tanto?”

Chamado para julgar o caso, Mariyātai-rāman ouviu, sem fazer perguntas, o que tinham a dizer as duas mulheres e a seguir decretou: “aquela que for inocente [...] passeará por essa sala nas condições que eu estabelecer”, e a condição estabelecida era alta-

59. ENGEL, D. *Code and custom in a Thai provincial court*. Tucson: Univ. of Arizona Press, 1978, p. 5.

60. Ibid., p. 4. “Yama sempre foi associado [na cosmologia hindu-budista clássica] com a justiça. Na verdade *thamma* (*dharma*) é supostamente um outro nome para o deus da morte: ele personifica o próprio conceito de justiça.”

61. BOUCHET. “Letter on the administration”. As mesmas estórias aparecem também, em uma versão ligeiramente diferente, em RAMACHANDRA RAO, P. *Tales of Mariada Raman, 21 Amusing Stories*. Londres [?], 1902, p. 5-10, 43-47; citado (por Rocher), em *ibid.*

mente indecorosa. A esposa culpada concordou – “Eu o farei com vezes se necessário”; a esposa inocente, no entanto, recusou-se – “Nunca farei tal coisa [...] prefiro morrer cem vezes do que concordar em agir de uma forma [...] tão indigna para uma mulher”. Com isso, Mariyātai-rāman declarou a segunda esposa inocente, e a primeira culpada, com a justificativa de que uma mulher tão consciente de seu *dharma* a ponto de preferir submeter-se à morte para não desobedecê-lo obviamente não poderia ter cometido um ato tão “*adármico*” como o de matar uma criança, enquanto que uma mulher tão indiferente ao seu *dharma* seria certamente capaz de matar até seu próprio filho.

A segunda estória, mais fantástica em seu conteúdo (pelo menos do nosso ponto de vista), torna ainda mais vívidos os aspectos ontológicos do *dharma*, e mostra como estes estão entranhados no próprio tecido da realidade. Um homem, conhecido por sua força extraordinária, em um momento de raiva, abandonou sua esposa. Um deus, então, tomou sua forma e passou a viver com a mulher. Uns meses depois, o verdadeiro esposo, já mais calmo, voltou, e o caso que foi apresentado a Mariyātai-rāman (a quem o rei chamava quando seus próprios juristas se sentiam impotentes para julgar um caso) era saber qual dos dois era o verdadeiro marido. Sabendo da força física do marido verdadeiro, o sábio juiz ordenou a cada um dos homens que levantassem uma pedra gigantesca. O marido verdadeiro, depois de muito esforço, conseguiu levantar a pedra apenas uns poucos centímetros. O marido falso, porém, levantou-a sobre sua cabeça como se fosse uma pena, fazendo a multidão gritar: “Não há dúvida, este é o marido verdadeiro”. O juiz, no entanto, decidiu a favor do primeiro, dizendo que esse tinha feito o que era possível aos humanos, mesmo humanos com uma força extraordinária, enquanto que, o que o segundo fizera, só um deus poderia fazer.

Uma vez mais, no entanto, não só deuses disfarçados e juízes sábios, mas também os reis absolutos – “todos os grilos dourados e as abelhas” – se foram, se não totalmente do imaginário do direito, pelo menos de suas instituições. Na Índia houve, a princípio, a estranha fusão de procedimentos ocidentais e costumes hindus, a que chamam de direito anglo-indiano, e, a seguir, o experimento em codificação, semirreformista, semirrestaurador, e um tanto ou quanto desesperado, do período da independência. Na Tailândia, um movimento de reforma liderado pela monarquia (o selo real foi modificado, e o deus-rei da morte, montado em um leão, foi substituído pela balança da justiça romana, envolta em roupagens reais) teve como consequência uma revolução parlamentar. Na Indonésia, ao sistema de tribunais estatais multirraciais imposto pelos holandeses, seguiu-se a unificação desses mesmos tribunais, imposta pela ideologia culturalista da República de Sukarno. Tudo isso trouxe mudanças fundamentais, sobre as quais voltarei a falar mais extensamente na parte final deste ensaio<sup>62</sup>.

62. A literatura sobre o Direito moderno na Índia e no Sudeste Asiático é extensa, ainda que desigual. Para a Índia, cf. DERRETT, J.D.M. *Introduction to modern hindu law*. Bombay, 1963, bem assim como seu *Re-*

Entretanto, como observou Derrett com relação à Índia, mas que poderia ser dito também com relação ao Sudeste Asiático como um todo, o sistema jurídico esteve nas mãos de juristas nativos por dois milênios e está nas mãos de europeus, ou de indianos educados no Ocidente, só por dois séculos. Portanto, nem tudo mudou tão absolutamente, sobretudo as formas da sensibilidade jurídica<sup>63</sup>. O direito pode ter-se tornado secular, ou algo semelhante, e até mesmo causídico. Porém, não perdeu seu relacionamento com a vida local.

\*

Os obstáculos à compreensão do significado do *adat*, para os que se consideram legal e moralmente ligados a ele, são um tanto ou quanto diferentes, ainda que não menos terríveis, que os que dificultam nossa compreensão do *haqq* e do *dharma*; pois, no caso do *adat*, as dificuldades são criadas principalmente pelo próprio Ocidente: algo assim como areia de advogados, jogada nos olhos de outros advogados. Seja qual for a opinião que estudantes europeus e norte-americanos de direito comparativo tivessem no passado sobre os conceitos que regem a jurisprudência islâmica ou índica – que eram imorais, arcaicos, ou tinham uma profundidade mágica – sempre estiveram cientes de que esses conceitos, que surgiram de tradições já desenvolvidas do pensamento literário, são difíceis de entender em termos das concepções da adjudicação que existem no direito civil ou no direito comum. O *adat*, no entanto, que foi encontrado perambulando entre as rotinas cotidianas da vida nas aldeias, os tranquilizou por ser facilmente reconhecível e confortavelmente familiar. Um *pot-pourri* de normas vernáculas, à primeira vista sem grandes complicações e, na sua maior parte, orais. Eram os “costumes”.

O dano causado pela palavra “costumes” na antropologia, onde seu uso fez com que os produtos do pensamento passassem a ser simplesmente considerados “hábitos”, só pode talvez ser superado pelo dano que causou na história do direito, onde os produtos do pensamento eram vistos como “práticas”. E quando os dois danos se combinaram, como aconteceu no estudo do *adat*, o resultado foi o aparecimento de uma visão do funcionamento da justiça popular que pode talvez ser melhor caracterizada como convencionalista, segundo a qual o costume explica tudo. Já que o *adat* era “costume”, passou a ser, por definição, para os juristas-etnógrafos que lhe davam alguma atenção, na melhor das hipóteses, semijurídico, um conjunto de normas tradicionais, aplicadas de forma tradicional

*ligion, law and the state*; para a Tailândia, cf. ENGEL. *Code and custom and law and kingship*; para a Indonésia, LEV, D.S. “Judicial institutions and legal culture in Indonesia”. In: HOLT. *Culture and politics*, p. 246-318. Material sobre a Birmânia e Cambodja é mais difícil de achar, mas cf. HOOKER. *Legal history*, p. 150-152 (Birmânia) e 166-168 (Cambodja). Para uma visão geral, cf. HOOKER, M.B. *Legal pluralism: an introduction to colonial and neo-colonial laws*. Oxford, 1975.

63. DERRETT. *Legal systems*, p. 83.

para a solução de problemas também tradicionais. A dúvida era se ele deveria ser abandonado, em benefício de direitos racionais, importados de outros países, ou se deveria ser transformado ele próprio em um direito racional, passível de sistematização e mais exato. A partir da metade do século XIX, e até quase a metade do século XX, o conflito entre juristas ocidentais defensores da ocidentalização e juristas ocidentais opostos à ocidentalização – os primeiros pressionando para que se impusesse, uniformemente, o código inglês, ou holandês ou norte-americano, em um lugar qualquer da Malásia, e os segundos exigindo o estabelecimento independente de esferas de leis nativas cuja origem seria um conjunto de alguns tipos de costumes nativos – dominou o debate acadêmico sobre o *adat*, não tanto com relação à sua natureza (que, de uma forma geral, todos consideravam clara), mas sim com respeito a seu futuro. Sejam quais forem as virtudes de cada uma dessas posições (pois há muita coisa a ser dita a favor de cada uma delas – e mais ainda a ser dito contra ambas) o resultado, principalmente nas Índias territoriais, onde o debate foi mais intenso e onde os defensores da antiocidentalização eram mais articulados, foi a transformação do *adat*, que, de um termo que representava alguma forma de sensibilidade jurídica, algum modo específico de pensar sobre os se/então e como/portanto, tornou-se um *adatrecht*, um “direito costumeiro”, que representava algum tipo de *corpus juris* (ou um conjunto deles) doméstico que precisava ser imperialmente abandonado e juridicamente ignorado, ou então oficialmente pesquisado, registrado, categorizado, e com o apoio poderoso do estado colonial, administrado<sup>64</sup>.

O movimento *adatrecht* e outros movimentos semelhantes nas demais partes mais subdivididas do continente (mais ou menos do sul da Tailândia até o sul das Filipinas) onde o termo *adat* – que, como foi mencionado, tem origem árabe – foi encontrado, produziram algumas das melhores etnografias jurídicas existentes, no sentido mais simples de coleta de fatos, estabelecimento de categorias e descrição de normas; estudos maravilhosamente detalhados sobre os princípios de herança por um lado, restrições matrimoniais por outro, e direitos à propriedade da terra ainda

64. As figuras principais no movimento *adatrecht*, na sua maioria baseadas na Universidade de Leiden, foram Cornelis van Vollenhoven, normalmente considerado seu fundador, embora a ideia geral tivesse surgido antes dele (cf. sobretudo seu *Het Adatrecht van Nederlandsche Indië*. 3 vols. [Leiden, 1918, 1931, 1933]) e B. ter Haar (cf. seu *Adat Law in Indonesia*, trad. E.A. Hoebel e A.A. Schiller [Nova York, 1948]). Para uma série de manuais sobre o direito do *adat*, organizados por áreas geográficas, como uma forma de direito civil, e produzido pela The Commission for Adat Law, sob a influência geral, para não dizer dominação da Escola de Leiden, cf. *Adatrecht Bundels*. Haya, 1910-1955. A oposição à ocidentalização era mais difusa (e menos acadêmica), mas. NEDERBURGH, I.A. *Wet en Adat*. Batávia, 1896-1898, pode ser considerado um exemplo representativo. Para uma revisão geral do assunto, cf. HOOKER, M.B. *Adat law in modern indonésia*. Kuala Lumpur, 1978. Para uma crítica antropológica da ideia do *adatrecht*, a partir da própria Universidade de Leiden, cf. JOSSELIN DE JONG, J.P.B. de “Customary law, a confusing fiction”, Koninklijke Vereeniging Indisch Instituut Mededeling, 80, Afd. Volkenkunde, n. 20, Amsterdam, 1948.

por outro<sup>65</sup>. No entanto, com a premissa de que o direito, ou pelo menos o “direito popular”, era simplesmente “costume”, de que costumes eram uma questão de uso, e de que o uso, portanto, era rei – um círculo sem conexão do “deve ser” e do “é” – esse movimento representou – ou melhor dito, mal representou – um sentido nativo da justiça, e uma consonância social<sup>66</sup>, utilizando elementos de uma visão alheia da ordem, isto é, de um *Rechtsstaat*. Depois da independência, o grupo que defendia o *adatrecht* passou a ter como adversários modernistas radicais que tinham muito mais iniciativa, mas, apesar disso, continuou a existir, embora com menor vigor e influência decrescente. Passaram também a dar menos importância às perspectivas estrangeiras. No entanto, nacionalismo sendo o que é, essa nova visão tinha um elemento idealista, as justificativas românticas utilizadas pelos culturalmente defensivos<sup>67</sup>. Mesmo tendo se tornado um pouco mais visível, a compreensão de que o

65. Entre os exemplos mais importantes, WILLINCK, G.D. *Het Rechtsleven der Minangkabau Maleirs*. Leiden: [s.e.], 1909. • VERGOUWEN, J.C. *The social organization and customary law of the Toba Batak of North Sumatra*. Haia: [s.e.], 1964 [Trad. Scott-Kemball]. • SOEPOMO, R. *Het Adatprivaatrecht van West-Java*. Batávia: [s.e.], 1933. • DJOJODIGOENO, M.M. & TIRTAWINATA, R. *Het Adatprivaatrecht van Middel-Java*. Batávia: [s.e.], 1940. • KORN, V.E. *Het Adatrecht van Bali*. 2. ed. Haia: [s.e.], 1932. Embora *Adat* fosse, originalmente, uma palavra árabe (*'ada*) e, na verdade, seja normalmente traduzida por “praxe”, “costume”, “uso” e “prática”, a raiz de onde se origina, *'-w-d*, tem o sentido mais forte de “retornar”, “voltar”, “reaparecer”, “reverter”, “reiterar” (*'aud* significa “outra vez”) que realmente aproxima-se mais do sentido indonésio da palavra. De qualquer forma, a palavra usada mais comumente para “costume” nos territórios islâmicos centrais não é *'ada*, e sim *'urf*, derivada da raiz *'-r-f*, que quer dizer “saber”, “estar ciente de”, “reconhecer”, “ter conhecimento de”.

66. B. ter Haar, *Adat Law*, desenvolveu, em seu conceito de *Beslissingsrecht* (cujo significado é algo assim como “um direito feito por juizes” ou “um direito de precedentes”) uma versão ligeiramente “popular” da teoria do Direito *adat* (ele tinha até a esperança de obter registros legais e citações de casos) em oposição ao enfoque mais ortodoxo de manual de Van Vollenhoven, embora o abandono das noções de regras e sanções civis e “administracionistas” nunca tenha sido uma boa ideia. Para o desenvolvimento da noção de *Rechtsstaat*, sob a rubrica “Negara Hukum”, na Indonésia independente, cf. Lev, “Judicial institutions”, p. 258.

67. Para a discussão melhor, mais ponderada e melhor sustentada do pós-guerra, cujo único defeito é uma visão um tanto ou quanto utópica da vida rural, causada talvez pela nostalgia que o intelectual urbano sente por uma sociedade “orgânica” que, na realidade, nunca existiu, cf. MOH. KOESNOE. *Introduction into indonesian adat law*. Nijmegen, 1971. • Id. *Report concerning a research of adat law on the islands of Bali e Lombok*, 1971-1973, Nijmegen, 1977. • Id. *Opstellen over Hedendaagse Adat, Adatrecht, en Rechts Ontwikkeling van Indonesië*. Nijmegen, 1977. • Id. *Musjawarah, Een Wijze van Volksbesluitvorming Volgens Adatrecht*. Nijmegen, 1969. Para outras discussões igualmente valiosas, que também apresentam certa tendência à idealização do “tipo de vida oriental” e um pouco de etnocentrismo em reação, cf. DJOJODIGOENO, M.M. *Wat is Recht? Over de Aard van het Recht als Sociaal Proces van Normeringen*. Nijmegen, 1969, onde as bases sociológicas da elaboração de normas são claramente reconhecidas. • SOEPOMO, T. *Kedudukan Adat Dikumudian Hari*. Plakata, 1947, onde o futuro do Direito do *adat* em um estado moderno em potencial é considerado de forma bastante ponderada. A concentração dos estudos sobre o direito do *adat*, após a Segunda Grande Guerra, em Nijmegen (cf. tb. JASPAN, M.A. *The Redjang Village Tribunal* [Nijmegen, 1968]; •

*adat* não é um conjunto de costumes e sim uma visão do mundo, *volksgedachte* e não *volksgebruik*, ainda não se consolidou totalmente<sup>68</sup>.

O *adat*, escreve um de seus comentaristas melhores e mais recentes, Mohamed Koesnoe, com uma prolixidade totalmente adequada ao assunto, “é a forma de vida do povo indonésio que tem como base seu sentido de decoro” e a palavra-chave é “decoro”<sup>69</sup>. Pois a maior dificuldade da adjudicação do *adat* (e, apesar de algumas reivindicações contrárias, é realmente uma adjudicação), é traduzir uma concepção que define a justiça como harmonia espiritual, como uma espécie de tranquilidade universal, em uma concepção decisória, que a considera um procedimento consensual, um acordo social exibido publicamente. O julgamento, nesse caso, como vimos com Regreg, é menos relacionado com a sistematização de direitos e mais associado à normalização da conduta.

A perspectiva que vê uma ordem justa como uma situação na qual existe um murmúrio geral de aprovação e de concordância nos setores externos da vida e uma estabilidade e tranquilidade mental em seus setores internos justifica seus argumentos por uma série de expressões comportamentais, institucionais e imaginativas. Uma nuvem de quase sinônimos não muito exatos – *patut* (“apropriado”),  *pantas* (“adequado”), *layak* (“parecido”), *cocok* (“condizente”), *biasa* (“normal”), *laras* (“harmonioso”), *tepat* (“apto”), *halus* (“uniforme”), *luwes* (“flexível”), *enak* (“agradável”), cada um deles produzindo, com suas próprias variações semânticas, algumas implicações discriminatórias (*laras* é um termo musical; *enak* é um termo que se relaciona com gustação) – envolve a linguagem cotidiana em uma suave névoa moral<sup>70</sup>. Um inventário gigantesco de instituições altamente específicas e frequente-

STEENHOVEN, G. van den. *The Land of Karenda* [Nijmegen, 1969]; • SONIUS, H.W.J. *Over Mr. Cornelis van Vollenhoven en het Adatrecht van Nederlands-Indië* [Nijmegen, 1976]) não tem nada a ver com o evangelismo cristão (embora possa ter algo a ver com a hegemonia islâmica), mas, sim, foi resultado de um desvio de interesse, de Leiden para Nijmegen, possivelmente sob a influência de Van den Steenhoven.

68. À exceção, uma vez mais, de Von Benda-Beckmann, *Property in social continuity*: “O *adat* é o universo simbólico segundo o qual os povos do arquipélago indonésio construíram seu mundo [...] *adat* não significa costumes [...]” p. 113, 114. Em seu glossário, a palavra é “definida” como “tradição, costumes, direito, moralidade, sistema político e sistema legal”, o que, a não ser pela omissão de “etiqueta” e de “ritual”, abrange quase tudo. Minha dependência em sua obra (e na de Koesnoe; cf. nota de rodapé 66) na formulação que se segue é bastante grande, embora, é claro, as formulações propriamente ditas sejam minhas. Para uma visão geral do “direito dos costumes” que é semelhante à minha, embora aplicada ao leste africano, cf. FALLERS. *Law without precedent*.

69. “[...] ‘Adat’ adalah tatanan hidup rakyat Indonesia yang bersumber pada rasa susilannya.” Koesnoe, *Indonesian adat law*, p. A9. (Modifiquei a tradução inglesa – *ibid.*, p. A8 – porque me pareceu um pouco solta e, além disso, introduz noções como “ética”, que considero demasiado acadêmicas para reproduzir o sentido coloquial da palavra.)

70. Esses termos variam nas diversas regiões da “Malásia”. Os citados acima são um pouco “javanistas”. Para uma discussão interessante sobre alguns deles, cf. KOESNOE. “Over de Operationele Beginselen voor het Oplossen van Adatrechtsgeschillen” em seu *Opstellen*, p. 39-80.

mente bastante complicadas que têm como objetivo tornar mais eficiente a cooperação no trabalho, na política, e nos relacionamentos pessoais, vagamente reunidas sob imagens de valor que são culturalmente saturadas e bastante indefinidas – *rukun* (“ajuste mútuo”), *gotong royong* (“união para suportar fardos, ou dificuldades”), *tolong-menolong* (“ajuda recíproca”) – regula a interação social com um poder que é ao mesmo tempo soberano e submisso<sup>71</sup>. E a vida ritual popular em toda a região é pontuada com símbolos prosaicos da profunda interfusão das coisas: casamentos com arroz, limpezas da aldeia, refeições em comunidade<sup>72</sup>. O “deve ser”, nesse caso, aquela visão *se/então* da coerência coletiva, não é nem uma execução universal de alguma ordem absoluta nem o exercício metucioso de um dever cósmico; é a perfeição silenciosa de um acordo coletivo.

Sem dúvida, como em outros contextos e com respeito a outras formas de vida, não se pode esperar que uma situação assim tão ideal e perfeita exista na prática: assim como, pela ordem natural das coisas, as faíscas sempre sobem, o ser humano também parece ter nascido para criar dificuldades, e para fazer mal uso das coisas. A importância do *adat* no sentido de julgamento, ou de uma maneira de categorizar assuntos, está, portanto, na tarefa prática de pelo menos buscar aproximar-se da harmonia social e do decoro individual, e não de abandoná-los em benefício da dissonância e da vertigem social. Ele tem como elemento principal os mecanismos utilizados nas tomadas de decisão, e os procedimentos no sentido mais comportamental, e não técnicas para identificar o que realmente aconteceu ou métodos para estabelecer limites aos desejos dos magistrados ou do rei. Como demonstra o caso de Regreg, que só é excepcional com relação à severidade do seu resultado final (e não muito, mesmo nesse caso), a adjudicação do *adat* relaciona-se com aquilo que nós, ocidentais, poderíamos chamar de etiqueta: um exame detalhado, paciente, preciso e tranquilo das formas elaboradas para obter o consenso em uma comunidade. O que importa afinal é que essa unanimidade mental se manifesta não tanto no próprio veredicto, que é apenas um desenlace, um aplauso final à concordância, e sim nos processos públicos nos quais é gerada. Para que o decoro seja preservado é preciso que sua preservação seja visível a todos.

Os processos a que me refiro são sobretudo processos de discussão, um decoro principalmente discursivo. Chega-se à unanimidade, ou pelo menos à aparência de

71. O erro que se comete normalmente, ao confundir essas ideias normativas com instituições específicas em vez de considerá-las apenas orientações morais que regem essas instituições, às vezes dá origem a esforços bastante eruditos para estabelecer uma distinção entre elas, em termos de alguma teoria dos “princípios do direito *adat*”, estabilizando seu significado. Para discussões mais realistas, sociologicamente falando, cf. JAY, R.R. *Javanese villagers: social relations in rural Modjokuto*. Cambridge, Mass., 1969; e KOENTJARAN-INGRAT, R.M. “Some social-anthropological observations on Gotong Rojong practices in two villages of central Java”. Ithaca, 1961.

72. A bibliografia sobre esses assuntos é, sem dúvida, bastante vasta. Para um exemplo específico, cf. meu *The religion of Java*. Glencoe, Ill., 1960, para 1, p. 11-118.

unanimidade, discutindo-se cada detalhe de tudo, e, nos casos mais difíceis, repetidamente e em uma variedade enorme de contextos, de uma forma organizada e preestabelecida. O direito nesse caso é verdadeiramente a ciência sentenciosa – uma corrente de provérbios admonitórios, de *slogans* morais, de discursos estereotipados, de recitações de algum tipo de literatura didática, de metáforas conhecidas sobre vício e virtude, todos pronunciados de uma maneira que tem como objetivo tranquilizar e, ao mesmo tempo, persuadir. Um trecho longo, de um poema da Sumatra Ocidental (isso é, de Minangkabau), que tem três mil e quinhentas linhas, no qual uma mãe aconselha seu filho sobre como se comportar, quando, depois de seu futuro casamento, for admitido para os vários conselhos locais nos quais as decisões do *adat* são tomadas, nos dá, apesar de seus elementos culturalmente peculiares, um exemplo bastante claro desses processos:

Oh, meu filho querido  
se o conselho lhe chamar, você tem que responder;  
se convidado, você deve ir.  
Se acontecer de você ser chamado,  
convidado para assistir um banquete do conselho,  
coma bastante antes de ir  
e beba alguma coisa também;  
pois em uma festa ou em um banquete,  
o comer e o beber têm regras estritas  
sentar-se e levantar-se têm momentos adequados.  
Lá você terá que utilizar todas suas boas maneiras,  
nunca esquecendo quem você é.  
Seja educado em tudo  
e lembre-se de todas as regras,  
mesmo quando estiver passando as folhas de betel ou cigarros.  
Mais tarde, quando chegar a hora dos discursos,  
sempre tenha muito cuidado com o que diz:  
um discurso suave é um atributo da bondade.  
Sempre diga a verdade  
levando em consideração as boas maneiras,  
e procurando entender os sentimentos alheios.  
Quando você falar, fale humildemente,  
sempre se menosprezando.  
Faça o possível para comportar-se corretamente  
e para controlar seus instintos.  
Um membro do conselho deve viver de acordo com seus  
princípios,  
sua linguagem deve ser a do *adat*  
seguindo o caminho da correção  
que é tranquilo como um mar sem ondas,

estável como uma planície sem vento,  
seu saber firme em seu coração  
e para sempre consciente dos conselhos dos mais velhos<sup>73</sup>.

Os ambientes onde esse tipo de processo acontece são múltiplos, abrangendo, como se deu no caso de Regreg, desde reuniões domiciliares até conclaves de toda a aldeia, e uma reunião final, onde chegam à unanimidade publicamente demonstrada, uma assembleia correta, de mentes corretas, que tem tantos nomes quanto sejam os ambientes<sup>74</sup>. Existe também uma conexão bastante explícita (como ficou claro no caso de Regreg) com imagens dos desastres naturais e espirituais que acontecerão se as condições estabelecidas pela reunião final forem menosprezadas ou suas conclusões ignoradas. O argumento central, no entanto, é a concepção de que a busca da verdade – seja essa a verdade circunstancial ou a dos princípios – é uma tarefa retórica, uma aproximação de pontos de vista através do uso persuasivo de palavras sancionadas: as frases, os usos idiomáticos, os tropos que são, na verdade, parte do *adat*. Ou, como expressa sucintamente uma outra fórmula do Minangkabau, uma espécie de provérbio poético:

A água circula nos canudos do bambu  
O consenso circula nas discussões que chegam a um acordo unânime  
A água corre através do bambu  
A verdade corre através do homem<sup>75</sup>.

73. A.H. Johns, org. e trad., *Rantjak Dilabueh: A Minangkabau Kaba, a specimen of the traditional literature of central Sumatra*, Ithaca, 1958, p. 113-116. Fiz algumas modificações na tradução de Johns, para evitar ter de explicar detalhes etnográficos ou descrever o lugar do trecho na narrativa geral. Sobre o papel fundamental desempenhado pelos provérbios, máximas e outros tipos de “dizeres estabelecidos” ou “discursos formais” e outras coisas mais – ou seja, outros tipos de retórica – na adjudicação do *adat*, cf. (uma vez mais, especificamente sobre o *Minangkabau*, mas o fenômeno é generalizado) BENDA-BECKMANN, Von. *Property in social continuity*, p. 114-115, 132-133.

74. A mais importante dessas, na Indonésia independente, é o *musjawarah*, originário do árabe, que significa “discussão comunitária”, “deliberação coletiva” (cf. KOESNOE. *Musjawarah*), mas é bastante abstrata e ideológica, e palavras como *mupakat* (também de origem árabe, mas com uma assimilação mais profunda) “acordo”, “consenso”: *setuju*, “de uma só direção”; *setahu*, “com uma única mente”; *bulat*, “unânime” “perfeito”; *rukun*, “acomodação pacífica” e um grande número de termos locais vernaculares (cf., p. ex., *ibid.*, p. 9-15, sobre *Sasak begundum*, “discussões detalhadas”; BENDA-BECKMANN, Von. *Propoerty in social continuity*, p. 193, sobre o *Minangkabau*, *seizin* (“consentimento”) são, em qualquer um dos lugares considerados, mais comuns.

75. BENDA-BECKMANN, Von. *Property in social continuity*, p. 115; original citado de NASROEN, M. *Dasa Filsafah Adat Minangkabau*. Jakarta, 1957, p. 56. Uma vez mais, fiz modificações na tradução, neste caso para obter uma expressão idiomática que fosse mais natural em inglês. O poema depende de um trocadilho com a palavra *bulek*, “redondo”, que significa “circular”, no sentido de “andar em volta”, “ser distribuída” quando se refere à água (*bulek aie*) e “acordo unânime”, quando se refere a um discurso (*bulek kato*; *kato* – “pa-

Uma vez mais, é de fundamental importância saber o que acontecerá com uma forma como essa, que esquematiza os casos elaborando-os unicamente com o vocabulário formalizado do discurso coletivo e que os soluciona mergulhando-os em uma voz uníssona, em um mundo cujo sentido do estilo forense for diferente. Baseada tão profundamente nos mecanismos da atuação, a sensibilidade jurídica do *adat* talvez seja ainda mais vulnerável à influência externa que as do *haqq* ou do *dharma*, pois, no caso dessas últimas, parece bem mais fácil conseguir um ajuste, ainda que parcial, entre a matéria-prima local e o maquinário estrangeiro. Por enquanto, porém, ancorada na organização social das aldeias, sob a vigilância dos seus guardiães locais, adaptada às circunstâncias locais, e expressa através de símbolos também locais, ela permanece tão viva quanto as outras duas. E, como todas essas outras coisas que supostamente estão desaparecendo – mulás, casta, e o imperador do Japão – agora que a Modernidade finalmente chegou a essas partes, o *adat* também é, à sua maneira, extraordinariamente tenaz.

Até aqui, as ideias vindas de regiões distantes. E não é que não existam outras coisas a serem ditas sobre elas; praticamente tudo ainda teria que ser dito. No entanto, como mencionei anteriormente, não foi nem é minha intenção condensar as noções islâmicas, índicas ou malaias sobre as interconexões entre normas e acontecimentos, em algum tipo de manual para que litigantes expatriados possam demonstrar que, sim, essas noções são *realmente* noções. Os dois enfoques principais no direito comparativo – o primeiro que considera que sua tarefa é comparar várias estruturas de poder, e o segundo que se dedica a comparar os vários processos de resolução de conflito nas diferentes sociedades – em minha opinião, parecem não ter entendido bem qual é a questão: o primeiro devido a uma visão demasiado autônoma do direito que o vê como um “sistema jurídico” isolado e autossuficiente, lutando para defender sua integridade analítica frente ao desleixo moral e conceptual da vida cotidiana; e o segundo, devido a uma visão demasiado política do direito, que o vê como um conjunto pragmaticamente organizado de artifícios sociais para promover certos interesses e gerenciar conflitos de poder<sup>76</sup>. Se os estilos de adjudicação que se congregam aos *Anschaauungen* projetados pelo *haqq*, pelo *dharma* e pelo *adat*

lavra(s)”. A tradução de Von Benda-Beckmann é: “A água circula no tubo do bambu/ As palavras (decisão) circulam através do *mupakat* (da decisão unânime)/ A água é conduzida através do bambu/ a verdade é revelada (atravessada) pelo homem”. O original é: *Bulek aie dek pambuluah/Bulek kato dek mupakat/Aie batitisan batuang/Bana batitisan urang*. Como *urang* não tem número ou gênero, como a maioria dos substantivos austronesianos, poderia ser traduzido tanto por “homem” como por “ser humano”.

76. Para uma discussão crítica excelente sobre esses dois enfoques, ou, como lhes chamam, paradigmas, que, no entanto, ao final, adota uma versão um pouco modificada do segundo enfoque, cf. COMOROFF, J.L. & ROBERTS, S. *Rules and processes: the cultural logic of dispute in an african context*. Chicago, 1981, p. 5-21. Para um exemplo do primeiro paradigma (baseado nas leis), cf. POSPISIL, L. *Kapauku Pauans and their laws*. New Haven, 1958; para um exemplo do segundo (baseado no processo), cf. MALINOWSKI. *Crime and custom in a savage society*.

podem ou não ser corretamente chamados de “direito” (os defensores do enfoque “leis” os considerariam demasiado informais, e os entusiastas do enfoque “conflito” demasiado abstratos) não tem grande importância; embora, pessoalmente, eu prefira chamá-los assim. O que importa é não encobrir o seu poder imaginativo. Pois eles não só regulamentam o comportamento, eles o constroem.

É a esse poder imaginativo, construtivo ou interpretativo, um poder que tem suas raízes nos recursos coletivos da cultura e não na capacidade isolada de indivíduos (algo que acredito ser semelhante em qualquer parte do mundo, pois duvido muito que exista um gene jurídico) que os estudos comparativos do direito, da justiça, de processos forenses ou da adjudicação deveriam, a meu ver, dar mais atenção. É neles – nesses métodos e formas de conceber as situações de tomadas de decisão de modo a que as leis estabelecidas possam ser aplicadas para solucioná-las (e também, é claro, nos próprios métodos de formulação e elaboração das leis), isto é, naquilo que venho chamando de sensibilidade jurídica – que se encontram os contrastes mais informativos. E é também neles que a paixão do antropólogo pela colocação de perspectivas locais em seus devidos contextos locais, ou a dos juristas pela colocação de casos específicos em molduras determinadas, podem encontrar-se e reforçar-se mutuamente. Na conclusão deste ensaio, e em conexão com a questão mais ampla sobre o “amalgama” (a meu ver, a palavra perfeita para o que quero dizer) jurídico no mundo moderno, tentarei não exatamente demonstrar essa verdade, mas fazer suposições sobre o que aconteceria se partirmos do princípio de que estou correto em minhas afirmações.

### III

O direito, como venho afirmando um pouco em oposição às pretensões encoberidas pela retórica acadêmica – é saber local; local não só com respeito ao lugar, à época, à categoria e variedade de seus temas, mas também com relação a sua nota característica – caracterizações vernáculas do que acontece ligadas a suposições vernáculas sobre o que é possível. É a esse complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos, que venho dando o nome de sensibilidade jurídica. Sem dúvida, isso parecerá bastante vago, mas, como observou Wittgenstein, o santo padroeiro de tudo isso que vem sendo dito aqui, um retrato autêntico de um objeto obscuro não pode ser claro, certamente terá que ser obscuro. É melhor pintar o mar como Turner o fez, do que tentar transformá-lo em uma das vacas pintadas por Constable.

Ainda que elusiva, essa perspectiva tem um número de implicações que são muito menos abstratas. Uma delas é que o estudo comparativo do direito não pode ser uma questão de transformar diferenças concretas em semelhanças abstratas. Outra é

que também não pode ser uma questão de localizar fenômenos idênticos disfarçados sob nomes diferentes. E uma terceira é que sejam quais forem as conclusões a que cheguem esses estudos, estas devem ter como referência o gerenciamento da diferença e não sua eliminação. Aconteça o que acontecer no futuro distante – o domínio universal da justiça gulag ou a vitória final da mentalidade de mercado – o futuro próximo não apresentará uma curva ascendente de uma uniformidade jurídica que se sobreponha às tradições (algo que, até o momento, fui forçado a ignorar neste ensaio) ou que as torne internamente iguais, e sim verá uma maior particularização dessas tradições. O universo jurídico não está sendo comprimido em uma bola, e sim, expandindo-se e multiplicando-se; e nós mesmos estamos sendo conduzidos mais para as convulsões de alfa que para as resoluções de ômega.

Essa ideia de que as coisas não estão se aglutinando e sim rapidamente se subdividindo (algo que a meu ver pode ser dito sobre a mudança social como um todo, e não só sobre o direito) é totalmente contrária a algumas das principais doutrinas das ciências sociais contemporâneas, segundo as quais o mundo está ficando cada vez mais monotonamente igual com a Modernidade – filiais da McDonald's nos Campos Elísios e *rock punk* na China; que há uma evolução intrínseca do *Gemeinschaft* para o *Gesellschaft*, do tradicionalismo para o racionalismo, da solidariedade mecânica para a solidariedade orgânica, do *status* para o contrato; que a infraestrutura pós-capitalista, sob a forma de corporações multinacionais e da tecnologia informatizada, em breve moldará as mentes dos tonganos e dos yemens, dando a todas elas um padrão comum. No entanto, ela também se opõe a uma perspectiva muito importante sobre o poder social do direito, ou pelo menos levanta dúvidas sobre suas afirmações; uma perspectiva segundo a qual esse poder depende de um consenso normativo. Grant Gilmore, em um pronunciamento feito do púlpito das conferências Storrs, há sete anos, com a economia e o vigor que lhe são característicos, analisou esse argumento. “A função do *Direito*, em uma sociedade como a nossa”, disse ele,

[...] é fornecer um mecanismo para a resolução de disputas sobre cuja confiabilidade, presumivelmente, exista um consenso geral entre nós. Se a premissa for incorreta, e se não houver consenso, seremos levados à guerra, a conflitos civis, a revoluções, e a administração sistemática da justiça tornar-se-á uma extravagância irrelevante e saudosista, até que o tecido social tenha sido costurado uma vez mais, e que tenha surgido um novo consenso. No entanto, enquanto existir o consenso, o mecanismo fornecido pelo direito tem como função garantir que nossas instituições possam adaptar-se a mudanças que são inevitáveis, em um processo contínuo que será sistemático, gradual, e, dentro do que é possível em situações que envolvem seres humanos, racional<sup>77</sup>.

77. GILMORE. *The ages of american law*, p. 109-110.

Minha objeção a esse argumento não se relaciona com a esperança de ordem, razão, e estabilidade que ele contém, nem com um ceticismo pouco típico entre norte-americanos a respeito do muito que pode ser obtido com o bom funcionamento do direito. Como Gilmore, tampouco sinto a garganta fechar quando ouço falar do governo de direito, ou quando imagino que a adjudicação de conflitos internacionais em um Tribunal Mundial – “Arafat *versus* o Estado de Israel” – será a onda do futuro, ou quando penso que dedicar-se a construir uma teoria geral do direito é uma aventura tão inverossímil como a de dedicar-se à construção de uma máquina de movimento perpétuo. O problema é que um contraste assim tão drástico, separando o mundo em partes que, se ele fosse muçulmano, chamaria de Casa da Observância e Casa da Guerra, não só faz o direito mais poderoso onde é menos necessário, algo assim como um extintor de incêndio que se apaga automaticamente quando o fogo fica demasiado quente, mas também – e isso é ainda mais importante, dadas as condições em que anda a frente do consenso hoje em dia, torna-o totalmente marginal às inquietações mais sérias da vida moderna. Se o direito precisa, mesmo “em uma sociedade como a nossa” um tecido social bem costurado para poder funcionar, ele não é só uma “extravagância saudosista”; já foi totalmente superado.

Felizmente ou infelizmente, no entanto, a mente jurídica, em qualquer tipo de sociedade, parece alimentar-se mais de desordem que de ordem. Ela opera, cada vez mais, não só em águas relativamente paradas – ofensas criminais, conflitos matrimoniais, transferências de propriedade – mas em águas fortemente agitadas onde os querelantes são multidões impessoais, as alegações ressentimentos morais, e os veredictos programas sociais, ou onde à captura ou liberação de diplomatas opõe-se a captura ou liberação de contas bancárias. Não há muita dúvida de que, nesse tipo de águas, ele não funciona muito bem. Mas não há nenhuma dúvida de que é nessas águas que ele estará funcionando cada vez mais, à medida em que tanto as injustiças sociais em nível doméstico, e as injustiças políticas em nível internacional, sejam crescentemente expressas em termos de habilitação e equidade, de legitimidade e justiça, ou de direitos e obrigações. Como quase todas as outras instituições permanentes – a religião, a arte, a ciência, o Estado, a família – o direito está envolvido em um processo de aprender a sobreviver sem as certezas que o geraram.

A ideia de que os mecanismos do direito têm uma utilidade valiosa só quando o consenso prévio garante seu poder social deriva, a meu ver, de uma perspectiva do direito, que por sua vez, como reconhece o Professor Gilmore, deriva daquele estoico nervoso, o Magistrado Holmes, como uma reflexão passiva da comunidade na qual existe: “O direito reflete [essa parte é de Gilmore] mas, em nenhum sentido, determina o saber moral de uma sociedade. Os valores de uma sociedade razoavelmente justa se refletirão em um direito razoavelmente justo [...] Os valores de uma sociedade injusta se refletirão em um direito injusto”<sup>78</sup>.

78. *Ibid.*, p. 110-111. A citação de Holmes, “tudo sobre a jurisprudência [reduzido] a uma declaração única e terrível” que Gilmore diz estar parafraseando encontra-se à p. 49: “A primeira condição para a existência

Sem dúvida há mais que uma gota de verdade nessa visão um tanto ou quanto sideral dos assuntos jurídicos, e, certamente, ela pode ser um consolo para a consciência de magistrados. No entanto, ela ignora a verdade ainda mais crucial, de que o direito, em vez de ser um simples apêndice técnico acrescentado a uma sociedade moralmente (ou imoralmente) pronta, é, juntamente com um conjunto imenso de outras realidades culturais – desde os símbolos da fé, até os meios de produção – uma parte ativa dessa sociedade. *Haqq, dharma e adat... ius, recht*, e direito... dão vida às comunidades onde existem (isto é, as sensibilidades que eles representam o fazem): e as transformam – também juntamente com um grande número de outras coisas, e em graus diferentes nos vários contextos – naquilo que essas comunidades são tanto juridicamente, se é que me permitem fazer essa afirmação, ou, se não tenho essa permissão, humanamente.

O direito, mesmo um tipo de direito tão tecnocrata como o nosso, é, em uma palavra, construtivo; em outra, constitutivo; em uma terceira, formacional. Uma perspectiva, seja qual for sua origem, segundo a qual a adjudicação passa a ser uma forma voluntária de disciplinar desejos, ou uma devida sistematização de deveres, ou uma harmônica harmonização de comportamentos – ou que ela consiste em uma articulação de valores coletivos tacitamente residentes em precedentes, estatutos e constituições – contribui para uma definição de um estilo de vida social (diríamos, uma cultura?) tanto quanto perspectivas que afirmassem que a virtude é a glória do homem, ou que o dinheiro faz o mundo girar, ou que acima de uma floresta de periquitos está uma marquise de periquitos, o fariam. Essas noções são parte daquilo que a ordem significa; são pontos de vista da comunidade, e não seus ecos.

Em conjunto, essas duas proposições, que o direito é saber local e não um princípio abstrato e que ele constrói a vida social em vez de refleti-la, ou, melhor dito, de meramente refleti-la, leva-nos a uma visão pouco ortodoxa sobre a metodologia de um estudo comparativo: a tradução cultural. Em vez de ser um exercício de taxionomia institucional, uma homenagem aos instrumentos tribais de controle social, ou uma busca do *quod semper aequum et bonum est* (todas elas atividades, em si mesmas, bastante meritórias, embora eu, pessoalmente, não tenha muita esperança com relação à última) um enfoque comparativo no estudo do direito passa a ser uma tentativa, como o foi neste ensaio, de formular características de um tipo de sensibilidade jurídica, em termos das pressuposições, preocupações, e

de um corpo de direito confiável é que ele corresponda aos sentimentos e necessidades reais da comunidade, sejam esses certos ou errados”, e foi extraída de HOLMES Jr. *The common Law*. Cambridge, Mass., 1963, p. 36 [org. M. de W. Howe]. Até que ponto este *dictum* presume uma existência de “sentimentos e necessidades” prévia e independentemente à existência de um “corpo de direito” (e, além disso, que “o certo e o errado” são terceiras partes, também independentes) de modo que a “confiabilidade” pudesse vir a ser medida pelo grau de adequação do corpo de direito, um elemento construído, aos sentimentos e necessidades, um elemento natural, parece não ter sido notado nem por Gilmore, nem por seu ilustre predecessor.

estruturas de ação características de outra sensibilidade jurídica. Ou, de forma um pouco mais prática, ter algum sucesso nesse *grand jeté* hermenêutico com referência a algum problema específico, como a relação entre o estabelecimento de normas e a representação de fatos (ou a representação de normas e o estabelecimento de fatos). Essa tarefa é um pouco como tentar anglicizar Dante, ou simplificar a matemática da teoria do quantum para o consumo de massa, um empreendimento imperfeito, aproximado, e improvisado, como seguramente demonstrei. No entanto, se não quisermos nos resignar à monotonia de nossos próprios horizontes, ou conformarmo-nos com a admiração fútil de objetos fantásticos, é tudo o que temos, e tem lá suas utilidades.

Uma dessas utilidades é que, nesse enfoque, o direito une-se, uma vez mais, às outras grandes formações culturais da vida humana – a moral, a arte, a tecnologia, a ciência, a religião, a divisão de trabalho, a história (categorias que, por sua vez, não são nem mais unitárias, nem mais definidas, nem mais universais, do que o direito) sem ser tragado por elas, nem transformando-se em uma espécie de auxiliar de serviços gerais de sua força construtiva. Para o direito, como para essas outras categorias, as dispersões e discontinuidades da vida moderna são realidades que, de alguma maneira, terão que compreender, se quiserem manter suas próprias forças. Se ele será capaz de compreendê-las ou não, neste contexto ou em outros, com relação a esse ou aquele assunto, utilizando esses ou aqueles conceitos, ainda não sabemos, e há razão suficiente para um pessimismo como o de Holmes, embora não para ficar tão satisfeito como ele com suas conclusões. Entretanto, no caso do direito, a dificuldade não é maior nem menor do que aquela que terá que ser enfrentada por qualquer outra instituição cultural: o direito fará progressos se puder contornar a dissensão – “guerra, conflitos civis e revoluções”. Se isso não for possível, não progredirá. Uma forma garantida de chegar a um fim trágico seria imaginar que a variedade não existe, ou esperar, simplesmente, que ela desaparecesse.

\*

Como eu vinha dizendo, nos dias de hoje, não é tão difícil encontrar dissensão, seja essa jurídica ou de outro tipo qualquer. Convivemos com demasiadas diferenças, que surgiram muito rapidamente. No entanto, é no campo internacional que mais facilmente encontraremos essas diferenças, principalmente naquela parte que passou a ser chamada, a meu ver um pouco tendenciosamente, de Terceiro Mundo; e ainda mais especificamente nas interações entre o Terceiro Mundo e aquele mundo que, nessa taxionomia de cabeçalho de jornal, suponho seja ainda chamado de Primeiro: ou seja, o Ocidente. O advogado que tenha atração por casos difíceis ou por um direito corrupto, e o antropólogo cuja atração principal seja tradições deturpadas e incoerência cultural encontrarão aqui mais do que o suficiente para satisfazer suas estranhas inclinações.

Com referência ao direito, essa desordem atraente tem duas fontes principais: a persistência das sensibilidades jurídicas formadas em épocas não necessariamente mais simples, mas certamente mais autossuficientes, e o confronto dessas sensibilidades com outras não necessariamente mais admiráveis, nem formuladas com maior profundidade, mas que certamente têm maior sucesso internacional. Em todos os países do Terceiro Mundo – até Volta, ou Cingapura – a tensão entre as noções tradicionais sobre o que é a justiça... *haqq...* *dharma...* *adat...* e sobre as maneiras como ela deve ser exercida e noções importadas que refletem de forma mais efetiva os modos de ser e as pressões da vida moderna, permeia todos os tipos de processos judiciais. E sequer podemos afirmar que essa confusão de linguagens jurídicas é apenas transitória, um desajuste temporário que em breve dará lugar à correção histórica. Não é uma fase, e sim uma condição solidificada.

À medida em que se foi solidificando, e fazendo surgir uma variedade de tipos esdrúxulos, começou também a ser discutida sob uma variedade de rubricas – “pluralismo jurídico”, “transplantes jurídicos”, “migrações jurídicas”, “sincretismo jurídico”, “direito externo” (em oposição ao direito interno), “direito de advogados” (por oposição ao direito costumeiro ou de leigos”; a própria multiplicidade de termos já demonstra o caráter improvisado das discussões<sup>79</sup>. Pessoalmente, adotarei o termo “pluralismo jurídico” sobretudo porque parece comprometer-nos menos, na realidade, só nos comprometendo com a mera afirmação de que a variedade existe; e principalmente porque não nos compromete com a noção de que o fenômeno, em sua totalidade, pode ser redutível a apenas um outro capítulo na história da opressão: quem engana a quem, quando, onde e como. Sejam quais forem os motivos que levaram à introdução de formas ocidentais do direito em contextos não ocidentais,

79. Cf. *inter alia*, HOOKER, M.B. *Legal pluralism: an introduction to colonial and neo-colonial laws*. Oxford, 1975. • BURMAN, S.B. & HARREL-BOND, B.E. (orgs.). *The imposition of law*. Nova York, 1979. • GALANTER. *The modernization of law*. In: WEINER, M. (org.). *Modernization*. Nova York, 1966, p. 153-165. • Id. “The displacement of traditional law in modern India”. *Journal of Social Issues* 24 (1968), p. 65-91. • Id. “Hinduism, secularism and the indian judiciary”. *Philosophy East and West* 21 (1971), p. 467-487. • COHN, B. “Some notes on law and change in North India”. *Economic Development and Cultural Change* 8 (1959), p. 79-93. • KHARE, R.S. “Indigenous culture and lawyer’s law in India”. *Comparative Studies in Society and History* 14 (1972), p. 71-96. • A HANNIGAN, St.J. “The Imposition of Western Law Forms on Primitive Societies”. *Comparative Studies in Society and History* 4 (1961-1962), p. 1-9. • ROSE, V. “The migration of the common law: India”. *Law Quarterly Review* 76 (1960), p. 59-63. • ANDERSON, J.N.D. “Conflict of laws in Northern Nigeria”. *International and Comparative Law Quarterly* 8 (1959), p. 44-56. • RHEINSTEIN, M. *Problems of law in the new nations of Africa*. In: Geertz, C. (org.). *Old Societies and New States*. Nova York, 1963, p. 220-246. • WATSON, A. *Legal transplants: an approach to comparative law*. Edinburgh, 1974. • BECKSTROM, J.H. “Transplantation of legal systems: an early report on the reception of western laws in Ethiopia”. *American Journal of Comparative Law* 21 (1973), p. 557-583. • JASPAN, M.A. “In quest of new law: the perplexity of legal syncretism in Indonesia”. *Comparative Studies in Society and History* 7 (1964-1965), p. 252-266. HATANAKA, S. “Conflict of laws in a New Guinea highlands society”. *Man* 8 (1973), p. 59-73. • SCHILLER, A.A. “Conflict of laws in Indonesia”. *Far Eastern Quarterly* 2 (1942-1943), p. 31-47.

e eu não tenho qualquer oposição à visão de que esses motivos, de um modo geral, não foram lá muito filantrópicos, o que está sucedendo com as sensibilidades jurídicas no Terceiro Mundo, não está se tornando nem um pouco mais claro com a ajuda dessas categorias opinativas da polêmica pós-colonial.

Essas transformações tampouco tornam-se mais claras com a ajuda das categorias (um pouco mais equânimes, ou que pelo menos soam um pouco mais equânimes) do direito internacional. Independente do uso que alguns elementos desse direito – regulamentos diplomáticos, doutrinas da liberdade dos mares, códigos relativos a prisioneiros de guerra – possam ou não ter para a organização das relações entre países, esses elementos não são nem os mínimos denominadores comuns no catálogo mundial de perspectivas do direito, nem premissas universais subjacentes a todas essas perspectivas, e sim projeções de aspectos de nossas próprias perspectivas no palco do mundo. Isso não é assim tão ruim (sob minhas próprias luzes locais, as noções jeffersonianas de direitos humanos são melhores que as de Lenin) a não ser pelo fato de que nos induz a imaginar que existe mais comunidade de espírito no mundo do que existe realmente ou a confundir convergência de vocabulários com convergência de pontos de vista. Entretanto, a questão central que resulta desse florescimento do pluralismo jurídico no mundo moderno, a saber, como é possível entender a função do direito quando as suas várias expressões se tornaram tão irracionalmente misturadas – não consegue sequer ser examinada pelas fórmulas um tanto ou quanto simplórias desse direito.

De qualquer forma, “florescimento” não é uma palavra demasiado forte no contexto, embora seja um pouco irônica. É bem possível que nem todos os países do Terceiro Mundo estejam na situação da Etiópia, que nos anos de 1960 (antes que os militares simplificassem algumas coisas e complicassem outras) ostentava não só um conjunto de tradições jurídicas tribais – da Galla pastoril à Amhara agrícola – que se diferenciavam profundamente entre si, algumas funcionando em um contexto cristão, outras em contextos muçulmanos, outras ainda em áreas pagãs, mas também um código imperial cesaropapista datado do século XVII, versões *Mālikī* e *Shāfiī* do *šarīa* introduzido aproximadamente no século X, um código penal suíço, códigos processuais franceses de direito civil, marítimo, comercial e penal, e um código processual inglês de direito civil, bem como uma legislação parlamentarista administrada por um Tribunal Superior Civil (cujos membros eram, até 1957, magistrados ingleses) e um decreto real administrado por um Supremo Tribunal Imperial (cujos membros, se esta é a palavra adequada, eram, até 1974, membros do Leão de Judá)<sup>80</sup>. Apesar disso, em formas menos exageradas, o ecletismo jurídico – algo

80. HOOKER. *Legal pluralism*, p. 393-394. Não saberíamos dizer como está a situação desde a tomada do poder pelos militares em 1974, a não ser que existe agora um alto número de tribunais militares além dos outros que mencionamos. O código civil, esboçado por peritos do continente, que aparentemente divertiram-se bastante com esse trabalho, contém 3.367 artigos, o que o torna um dos maiores códigos civis do mundo contemporâneo (ibid., p. 399). Pessoalmente, é claro, não tenho a menor intenção de argumentar que o “ecletismo jurídico” existe somente no Terceiro Mundo ou que esse não tem uma existência histórica bastante longa (cf. WATSON. *Legal transplants*); afirmo apenas que, no momento, esse ecletismo ocorre principalmente nos

estrangeiro, algo nacional; algo secular, algo religioso, algo estatal, algo tradicional – é comum em todos os países em desenvolvimento.

A reação instintiva inicial de advogados com formação ocidental a esse tipo de situação, creio eu, é deplorá-la como uma afronta ao decoro jurídico, assim como a reação instintiva de antropólogos com a mesma formação é de tentar negar sua existência, considerando-a apenas uma postura cultural. Até que ponto uma adjudicação autêntica pode atuar em uma tal confusão nomística, e, se logra atuar, até que ponto suas operações têm algum peso social, são, obviamente, questões empíricas com respostas diferentes em ocasiões diferentes. No entanto, é pouco provável que uma ansiedade tão prevalente, se é que é uma ansiedade, seja um mero artifício ou pura futilidade. Por mais difícil que seja incorporar esse ecletismo a categorias estabelecidas, e a padrões ideais, não podemos simplesmente desprezá-lo como um produto sem sentido de sociedades amimalhadas.

Aliás, é precisamente essa dificuldade que o torna interessante, pelo menos para mim, pois ela sugere que a incapacidade que a polarização da prática do direito e do fato pertinente que se faz no mundo ocidental – o confronto de duas coisas que nunca estão no mesmo lugar ao mesmo tempo, as imagens “daquilo que é correto” e as estórias “daquilo que realmente acontece” – para descrever efetivamente o funcionamento da adjudicação em outras culturas, só aumenta quando estas culturas se misturam umas com as outras e com o próprio Ocidente. Hoje, depender dessa polarização não significa unicamente distorcer o direito alheio. Significa ficar sem nada a dizer sobre esses direitos além de expressões de escárnio ou de compaixão. Para expressar essas verdades de modo a torná-las estimuladamente *avant-garde* para uns ou simplesmente no auge da moda para outros, um novo sistema linguístico, uma nova forma de falar, se quiserem, precisamos compreender o que está ocorrendo, em termos do direito, não só nas Etiópias deste mundo, mas também entre nós. Ou, como esse tipo de exercício é sempre reflexivo, redescrever o descritor à medida em que ele redescreve aquilo que foi descrito.

Richard Rorty, em seu recente *Philosophy and the mirror of nature* – uma investida fulminante contra o tipo de epistemologia de estrutura neutra, que, com o brado de guerra do saber local, venho criticando neste ensaio, com relação ao setor “direito”, faz uma distinção bastante útil entre o que ele chama, aliás sem muito sucesso, de discurso normal e discurso anormal<sup>81</sup>. O discurso “normal” (ou, como eu preferiria, para evitar

países do Terceiro Mundo e que se acredita que continua aumentando. Tampouco é minha intenção sugerir que ele seja, por si só, patológico; na realidade, é parte de um processo normal de transformações jurídicas (“A história de um sistema jurídico é principalmente uma história de utilização de matérias jurídicas de outros sistemas legais [...]”). POUND, R. apud WATSON. *Legal transplants*, p. 22).

81. RORTY, R. *Philosophy and the mirror of nature*. Princeton, 1979. As discussões sobre normal/anormal encontram-se, *inter alia*, às p. 11, 315-322, 332-333, 357-365. Como Rorty reconhece, essa diferenciação foi emprestada, e ligeiramente trocada, da distinção feita por Thomas Kuhn entre ciência normal e ciência revo-

comentários indesejáveis, “padrão”) é o discurso que se desenvolve sob um conjunto de regras, premissas, convenções, critérios, crenças, que, pelo menos em teoria, nos dizem o que fazer para solucionar problemas e resolver conflitos “em cada ponto onde depoimentos ou declarações parecem não estar de acordo”<sup>82</sup>. É o tipo de linguagem que os cientistas normalmente imaginam ter (e, falando sobre um vasto número de pesquisas, têm realmente) e críticos literários almejam tanto que permanentemente acham que, finalmente, estão quase conseguindo (e em certos momentos, ou em circunstâncias específicas realmente conseguem). No entanto, é também o tipo de discurso que rege a resolução “racional” de conflitos com procedimentos “confiáveis” – leia-se consensuais – do Professor Gilmore – uma confiabilidade que indubitavelmente ocorre, a não ser, como ele bem observa, quando não ocorre. O discurso normal, escreve Rorty, “é qualquer discurso (científico, político, teológico, ou outros mais) que incorpora critérios já estabelecidos e aceitos para chegar a um acordo”<sup>83</sup>. Ele dá lugar a uma situação

na qual todas as divergências residuais passam a [ser] consideradas “não cognitivas” ou meramente verbais, ou mesmo temporárias – e capazes de ser resolvidas por alguma ação posterior. O que importa é que deve haver acordo sobre o que deveria ser feito para que a solução pudesse ser encontrada. Neste ínterim, os interlocutores podem concordar em diferir – satisfazendo-se temporariamente, com a racionalidade uns dos outros<sup>84</sup>.

O discurso “anormal” (ou não padrão) é, assim, o discurso em que “critérios já estabelecidos e aceitos para chegar a um acordo” não são o eixo ao redor do qual se move a comunicação; e o objetivo de sua elaboração não é a avaliação de pontos de vista divergentes em termos de algum tipo de modelo também aceito, segundo o qual esses pontos de vista podem ser apreciados e comparados uns com os outros. A esperança de chegar-se a um acordo não deixa de existir. Os indivíduos ocasionalmente mudam totalmente de opinião ou pelo menos reduzem sua objeção pela metade, como resultado de informações mais precisas sobre aquilo que os indivíduos ou grupo de indivíduos com opiniões opostas acreditam. No entanto, “a divergência estimulante e produtiva” – como posso saber o que penso até que entenda o que você diz – é reconhecida como um processo não menos racional<sup>85</sup>.

lucionária; cf. KUHN, T. *The structure of scientific revolutions*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1970. • Id. *The essential tension*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.

82. Ibid., p. 316. Minha preferência por padrão/não padrão é resultado de uma aversão pelas implicações de patologia imbuídas em normal/anormal (já uma revisão dos termos de Kuhn, que soam demasiado políticos, normal/revolucionário) e também por uma aversão a tipos puros, dualismos dicotômicos, e contrastes absolutos.

83. Ibid., p. 11.

84. Ibid., p. 316.

85. Ibid., p. 318.

O discurso normal [segundo Rorty] é aquele conduzido dentro dos limites de um conjunto de convenções aceitas e estabelecidas sobre o que será considerado como uma contribuição relevante, o que será considerado uma resposta apropriada para determinada pergunta, o que será considerado uma justificativa adequada para aquela resposta ou uma crítica produtiva a ela. O discurso anormal é aquele que acontece quando alguém que não está a par dessas convenções, ou que simplesmente as ignora, participa das discussões [...] O produto de um discurso normal é o tipo de afirmação que é aceita como verdadeira por todos aqueles participantes que os demais participantes consideram “racionais”. O produto do discurso anormal pode ser qualquer coisa, desde uma tolice sem sentido até uma revolução intelectual [...]”<sup>86</sup>.

Poderia também ser, de uma forma menos dramática, uma maneira prática de viver em um contexto onde a dissensão seja crônica, com tendência a tornar-se ainda pior, e não passível de ser eliminada facilmente ou a curto prazo. Não tenho a intenção de prosseguir com a discussão desses problemas filosóficos neste ensaio, problemas que ainda não se assentaram nem no mundo dos famosos e das coisas óbvias. Podemos deixar o assunto para que seja debatido mais longamente por aqueles que com ele se preocupam\*. A minha própria preocupação é saber como será o direito, em um contexto onde aquele “consenso sobre as coisas fundamentais” (citando desta vez a peroração de um outro conferencista Storrs que não o Professor Gilmore, a saber o Magistrado Cardozo) que a maioria dos advogados, e também a maioria dos antropólogos, provavelmente consideraria uma condição *sine qua non* para sua existência, estiver ausente, de uma forma um tanto ou quanto espetacular<sup>87</sup>.

Quanto a nós, advogados com interesse em antropologia, ou antropólogos interessados no direito, a questão com que nos deparamos, como disse anteriormente, é como descrever essas situações de uma forma útil e informativa: útil e informativa tanto para as próprias situações como também para a influência que essas situações terão sobre a maneira como devemos pensar os processos jurídicos enquanto um fenômeno existente em todas as partes do mundo, agora que as beatices da lei natural, as simplificações do positivismo jurídico, ou as evasões do realismo jurídico não parecem poder nos ajudar muito. Trata-se, então, de falar sobre coisas irregulares em termos regulares, sem destruir, nesse processo, a qualidade irregular que elas possuem e que nos atraiu desde o começo: ou seja, uma tarefa profundamente irregular, como também observei anteriormente.

É a essa tarefa irregular, “o estudo do discurso anormal sob o ponto de vista de algum discurso normal”, como diz Rorty, “uma tentativa de fazer sentido daquilo que ocorre, em um momento no qual estamos ainda demasiado inseguros para [sa-

86. Ibid., p. 320.

\* No original: “*We can leave the vexed to vex the vexing*”. O autor usa aqui um trocadilho com o verbo “to vex” que tem o sentido de irritar, aborrecer, perturbar, mas também de discutir a fundo, debater profundamente, “martelar” (uma questão); e o adjetivo “vexed”, vexado; irritado, aborrecido, contrariado; perturbado: mas também discutido, debatido (assunto) [N.T.].

87. CARDOZO, N.B. *The growth of law*. New Haven: Yale University Press, 1924, p. 145.

ber como, precisamente, ou adequadamente] descrevê-lo e com isso, iniciar uma exposição [sistemática] de seus atributos”, que passou a ser chamada de hermenêutica – um termo que, apesar de sua aparência grega, de seu passado teológico, e da pretensão do Herr Professor não precisa assustar-nos, pois, sob o nome mais acolhedor e menos complicado de interpretação, é exatamente aquilo sobre o que, pelo menos um número significativo entre nós, vem falando há bastante tempo<sup>88</sup>. De fato, é nesse contexto que há uma necessidade urgente daquela conversa no nível do “monte de formigas” entre antropólogos, absortos nas peculiaridades de casos etnográficos, e advogados, envolvidos com as especificidades de casos legais, que propus na primeira parte deste ensaio como o meio mais prático de esses aficionados ao saber local – que são tão diferentes – se ajudarem mutuamente na resolução de problemas não exatamente comuns, mas pelo menos afins. O pluralismo jurídico, que atrai o advogado porque é jurídico e o antropólogo porque é plural, pareceria ser exatamente o tipo de fenômeno que nenhum dos dois poderia deixar, com segurança, aos cuidados do outro.

Uma hermenêutica do pluralismo jurídico – uma tentativa de representar, de uma forma razoavelmente inteligível, situações como a da Etiópia, sejam elas no Terceiro ou no Segundo Mundo, ou, agora que os desafios das ideias de que para cada estado, um direito estão chegando mais perto de casa, até no Primeiro Mundo – não significa, portanto, a construção de algum esperanto milagroso no qual qualquer coisa que seja diferente, original, sobressalente, ou estranha, possa ser dita de uma maneira absoluta e neutra: o tipo de coisa que Rebecca West liquidou quando afirmou, sobre uma publicação das Nações Unidas, que, em deferência à pomba da paz, tinha sido escrita em um inglês “de pombo”<sup>\*</sup> (Paul Bohannan, um conhecido antropólogo do direito, desesperado, como qualquer um ficaria, com o longo debate a respeito do direito africano, se este deveria ser analisado em termos de conceitos africanos ou de conceitos ocidentais, sugeriu certa vez, com aparente seriedade, que

88. RORTY. *Philosophy and the mirror of nature*, p. 320. O uso que Rorty faz do termo hermenêutica para expressar um discurso normal sobre discursos anormais (e de “epistemologia” para um discurso normal sobre outro discurso normal) não é, ele próprio, muito normal, e não estou disposto a endossá-lo totalmente. Comentários bastante comuns sobre o direito, a antropologia, a literatura ou a teologia, também podem, a meu ver, ser chamados de hermenêutica. Quanto à epistemologia, embora eu compartilhe da aversão que Rorty tem pelo termo na sua forma tradicional, não me parece ser o oposto de hermenêutica, e sim, simplesmente, uma outra coisa – a saber, uma teoria do conhecimento. No entanto, esse – a meu ver – subterfúgio terminológico não tem nenhuma relevância específica para o assunto de que tratamos no momento. Para minha opinião sobre o que é exatamente interpretação na antropologia, cf. meu “Thick description: toward an interpretive theory of culture”. In: *The interpretation of cultures*, p. 3-30.

\* No original, o adjetivo é “pidgin”, uma abreviação de “pidgeon”, a palavra inglesa para pombo. “Pidgin English” é o inglês simplificado, para comunicação entre pessoas de várias nacionalidades, que surgiu principalmente com o Império Britânico [N.T.].

todos escrevêssemos sobre essas coisas em Fortran<sup>\*</sup>). O que isso implica – algo suficientemente revolucionário para a maioria dos acadêmicos – é uma expansão das formas de discurso estabelecidas, no caso em questão, dos discursos de antropologia e de direito comparativo, para que possam comentar de uma maneira válida assuntos que lhes são normalmente estranhos, no caso em questão, a heterogeneidade cultural e a dissensão normativa. Os padrões para a avaliação dessa validade devem ser os nossos – afinal de quem mais poderiam ser? – mas não precisam ser tão constritivos que venham a excluir de seus parâmetros tudo aquilo que se passa no mundo, que não sejam os discursos sistematizados dos tribunais superiores federais ou etnografias tribais.

\*

Esse esforço, semi-quixotesco, semissifício (o impossível demora um pouco mais) para expressar coisas anômalas em palavras não demasiado anômalas é particularmente esclarecedor no caso do pluralismo jurídico, porque não são somente os observadores das complexidades do Terceiro Mundo que se sentem inexoravelmente atraídos por ele; os próprios sujeitos dessas complexidades também sentem essa atração. Também eles oscilam irresolutamente entre tentar compreender seu mundo jurídico em termos – evangelizador-tradicional, revolucionário-radical, ou segundo os dos códigos do direito ocidental – que são demasiado absolutos para representá-lo realisticamente, e perder totalmente a esperança de compreendê-lo, a não ser oportunisticamente. As coisas não parecem ser assim tão mais claras para aqueles que são parte delas, do que o são para os que as observam de fora. E aquilo que para uns é um desafio hermenêutico – o que é possível dizer sobre um discurso tão poliglota, para outros é um desafio prático – o que é possível dizer como *parte integrante* de tal discurso.

Examinemos a questão da Indonésia, e mais precisamente a de Java, que conheço um pouco melhor que a Etiópia. Colonizada por austronésios, vindos em só Deus sabe quantas ondas, por só Deus sabe quantos caminhos, daquela parte do mundo que hoje é o sul da China e o norte do Vietnã, um ou dois milênios antes de Cristo; cenário da construção de um estado índico, Borobudur e tudo o mais, a partir do século V, aproximadamente, e até o século XV, também aproximadamente; gradualmente solapada por chineses obcecados com assentamentos comerciais, a partir do período Han; sujeitas a uma intensa catequização islâmica, algumas mais, outras menos, ortodoxas, a partir do século XII; colonizada, palmo a palmo, região por região, pelos holandeses, de 1598 até 1942 (com um interlúdio de colonização inglesa, mais ou menos na época das guerras napoleônicas, que trouxe consigo um controle visível e a direção à esquerda); ocupada, e de um modo geral administrada pelo exército japonês de 1942 a 1945; e, em

\* Abreviação de *formula translation*, linguagem da informática usada especialmente para cálculos científicos [N.T.].

logo depois, invadida pelos interesses políticos e econômicos da América do Norte, da Ásia Oriental, da Austrália, da Europa, da União Soviética e do Oriente Médio – não existe praticamente nenhuma forma de sensibilidade jurídica a qual não tenha sido exposta, a não ser talvez a africana ou a dos esquimós.

Já me referi à natureza geral dos procedimentos jurídicos nas Índias Orientais Holandesas, quando falei sobre o *adat* em oposição ao *adtrecht*. Em essência, era um tipo de sistema onde prevalecia o princípio do “a cada um o seu” (como pregava a homilia, “o igual com o igual é uma virtude”) e o governo holandês tinha o arbítrio final sobre quem era cada um, e o que exatamente constituía o seu<sup>89</sup>. A diferença fundamental era bastante clara: era entre os europeus e os não europeus. No entanto, havia demasiadas espécies de não europeus, e, entre os europeus, demasiadas divergências entre os modernistas decididos, os orientalistas decididos, ou os temporizadores decididos, e, além disso, demasiadas situações em que a vida de indivíduos em lados opostos das linhas divisórias se cruzava. Com tudo isso, a aparente simplicidade teórica era nada mais que uma moldura para a dissimulação geral.

A história dessa dissimulação é, sem dúvida, longa e instável, repleta de codificações bem-intencionadas e mudanças drásticas nas políticas. No entanto, no início do século XX, ela havia mais ou menos atingido a forma (ou a não forma) que tinha quando a República finalmente a herdou: três classes jurídicas principais – europeus, nativos e orientais estrangeiros; dois tribunais hierárquicos principais – o primeiro um *Rechtsstaat* administrativo, cujos membros eram burocratas jurídicos, e o segundo, colonial administrativo, cujos membros eram peritos em assuntos locais; e uma enormidade de casos especiais, acordos específicos e práticas inassimiláveis que encobriam as diferenças entre as classes e misturavam todas as hierarquias<sup>90</sup>.

Quanto à classificação, os fatores que mais a dificultavam eram a qualidade porosa da categoria “estrangeiros orientais”, da qual estavam sempre escapando vários tipos de indivíduos socialmente intermediários, que tinham um *status* de quase europeus; a posição ambígua de indonésios “cultos”, que algumas vezes eram considerados nativos, outras vezes não; e um enorme conjunto de regras que eram elaboradas para “dar um jeito” nas leis quando estas últimas atrapa-

89. Para uma descrição mais geral do desenvolvimento jurídico nas Índias Orientais Holandesas, cf. FURNIVALL, J.S. *Netherlands India: a study of plural economy*. Cambridge, 1944. • SUPOMO. *Sistim Hukum di Indonesia Sebelum Perang Dunia II*. Jakarta, 1957. • HOOKER, M.B. *A concise legal history of Southeast Asia*. Oxford, 1978, cap. 7. • HOOKER. *Legal pluralism*, cap. 5. • HOOKER, M.B. *Adat law in modern Indonesia*. Kuala Lumpur, 1978, cap. 4. • LEV, D. Judicial institutions and legal culture in Indonesia. In: HOLT, C. *Culture and politics in Indonesia*. Ithaca: Cornell University Press, 1972, p. 246-318.

90. Para uma revisão sumária e sistematizada de tudo isso, cf. HOEBEL, E.A. & SCHILLER, A.A. “Introduction”. In: TER HAAR. *Adat law*. Cf. LOGEMANN, J.H.A. *Het Staatsrecht van Indonesië, Het Formeel System*. Haia/Bandung, 1955, p. 17-30. O sistema de tribunais era na realidade bastante mais complexo que isso, dada a existência de vários procedimentos relativamente distintos, nas regiões da colônia que eram administradas “direta” ou “indiretamente”. Cf. HOOKER. *Legal pluralism*, p. 275-277.

lhavam os objetivos e o funcionamento do imperialismo. Quanto à hierarquia, as dificuldades eram a existência de um sistema de tribunal *šarīa*, bastante desenvolvido, do qual a administração colonial só controlava a metade, e sobre o qual entendia ainda menos que a metade; e um número gigantesco de tribunais *adatrecht*, agrupados por juristas também *adatrecht*, em dezenove jurisdições *adatrecht*, segundo critérios difusos, e algumas vezes só imaginários, relacionados com áreas culturais. Deixando de lado os detalhes, por mais maliciosos que estes sejam (que os japoneses eram europeus honorários; que um nativo que tivesse um modo de vida suficientemente semelhante ao de um holandês poderia fazer uma petição ao governador geral para ser tratado legalmente como um holandês; que o casamento com indonésios ou chineses fazia com que mulheres holandesas passassem a ser consideradas indonésias ou chinesas, e vice-versa; que um nativo poderia tornar-se europeu para uma transação específica, tal como um empréstimo bancário, e continuar sendo considerado nativo em todos os outros aspectos); seja o que for que temos aqui, certamente é muito direito, mas muito pouco consenso.

De qualquer modo, primeiramente depois dos rigores da ocupação japonesa quando por cerca de três anos o direito saiu do cano de um fuzil, e mais tarde, depois das mudanças resultantes do malogrado retorno holandês, quando por aproximadamente cinco anos o direito foi fruto de um esforço desesperado para restaurar pelo menos algo parecido com a ordem social da anteguerra, os vários elementos dessa *collage* foram violentamente separados e, alguns deles tendo sido descartados, outros agregados, e outros retrabalhados, foram, quase tão violentamente, colados um ao outro novamente.

Como vem repetidamente sugerindo Daniel Lev, o estudioso mais proeminente desses assuntos, o que a independência da Indonésia (declarada em 1945, obtida em 1950) significou para as instituições jurídicas daquele país, foi sua absorção por uma vida política muito mais ativa, um fenômeno que foi erradamente considerado, tanto nacional como internacionalmente, como um sintoma da mais temida das doenças tropicais, o “Declínio do Direito”<sup>91</sup>. A tensão entre grupos religiosos, regionais, raciais, econômicos e culturais, que, no período colonial, foi impedida de irromper abertamente em expressões políticas, a não ser ocasionalmente, e ainda assim, na maioria das vezes, de forma ilegal, começou, durante o governo de Sukarno, que

91. LEV. “Judicial institutions” (sobre o “declínio do direito”, p. 257s., 316s.). • Id. *Islamic courts in Indonesia*. Berkeley, 1972. • Id. “The politics of judicial development in Indonesia”. *Comparative studies in society and history* 8 (1964-1965), p. 173-199. O próprio Lev às vezes escreve como se (por exemplo, “Judicial institutions”, p. 316-317; “Politics of Judicial Development”, p. 189) a intensidade do conflito político e o peso social das instituições jurídicas apresentassem uma correlação inversa, o progresso de uma significando *pari passu* o retrocesso da outra. No entanto, a meu ver, essa impressão nada mais é que um dos resultados de atribuir às teorias ocidentais de consenso – especialmente o direito anglo-americano, que ele descreve como “impessoal”, “formal”, e “unitário” – uma importância maior do que aquela que os fatos da vida jurídica desses direitos, atuais ou no passado, justificariam.

era sobretudo eclético, não só a expressar-se, mas a expressar-se aos gritos. Todos os grupos sociais, desde os militares e funcionários públicos até escolares e posseiros rurais, dividiram-se em facções adversárias, com ódios profundos; um destino a que não escaparam os juízes, advogados, estudiosos de direito, legisladores e policiais. Ao invés de desaparecer junto com os holandeses, o pluralismo jurídico explodiu a complicada estrutura institucional que, por maior que fosse sua parcialidade, o continha anteriormente.

A ironia, que passou quase despercebida na época, mas que hoje, quando já sabemos qual foi seu custo humano, é bastante evidente, foi que esse florescimento de divergências sobre tudo e sobre qualquer coisa ocorreu sob a forma de um nacionalismo radicalmente unitário, que, em nome de uma integração social sem exceção e difundida por toda a sociedade, negava a legitimidade dessa dissensão, e algumas vezes até a sua própria existência. No caso do direito, esse nacionalismo atuou no sentido de tentar subordinar as sensibilidades jurídicas estabelecidas – a muçulmana, a do *adat*, a índica, a ocidental, e outras mais – a uma sensibilidade nova, visionária, chamada de “revolucionária”, cuja hostilidade era bem mais clara que seu conteúdo. A reação inicial ao descrédito dos procedimentos jurídicos coloniais e à acentuação do problema que eles tentavam solucionar – um número incomensurável de conceitos de justiça – foi acreditar que esses procedimentos é que tinham causado os problemas, e que, eliminando-se uns, os outros seriam eliminados automaticamente.

As coisas não aconteceram exatamente assim. Ao invés de uma comunhão geral em nome de uma identidade nacional recuperada, o que houve em seu nome foi uma divergência geral. No que diz respeito ao direito, essa dissensão ocorreu parcialmente (como também mostrou Daniel Lev) sob a forma de uma luta de três cantos, entre os juízes, os promotores, e a polícia pelo controle do aparato jurídico ocidental sem os ocidentais, e portanto nacional, que surgiu com o colapso das categorias raciais prévias, e dos tribunais segregados. Os juízes, na esperança de herdar o alto *status* de seus predecessores holandeses, sem o odor colonial que era associado a esse *status*, procuraram nos modelos do direito costumeiro, especialmente no norte-americano, a sustentação para sua posição (até tentaram, sem qualquer sucesso, instituir a revisão judicial). Os promotores, procurando corrigir o baixo *status* de seus predecessores, os “oficiais de justiça nativos”, que eram pouco mais que clérigos jurídicos glorificados, tentaram copiar os modelos do direito civil do continente, um tipo de *juge d'instruction*, para melhorar seu *status*. E a polícia, procurando independizar-se não somente dos juízes e dos promotores, mas também dos ministros de justiça e dos chefes do estado-maior do Exército, e graças a isso escapar da imagem de cachorro de corrida com que eram vistos pela população, procuraram no papel de vanguarda que haviam desempenhado na Revolução um modelo que renovasse o seu<sup>92</sup>. Em parte, a dissensão ocorreu sob a forma de um revigoreamento

92. LEV. “Politics of judicial development”; “Judicial institutions.”

do sistema de tribunais *šarī'a* – pressão organizada por parte dos devotos (e resistência organizada por parte dos não devotos) para que esses tribunais fossem amplificados, centralizados e “oficializados”; para que tivessem uma jurisdição mais extensa, maior autoridade, e na visão extremista dos que defendiam um “Estado Islâmico”, até mesmo um *status* constitucional<sup>93</sup>. E, em parte, ocorreu sob a forma de uma renovação, gerenciada em nível local, do movimento *adatrecht*, apresentado neste caso como um “direito do povo”, genuinamente indonésio, um baluarte contra qualquer tipo de direito estrangeiro e portanto impuro: tanto o “positivista” do Ocidente, o “dogmatista” do Oriente Médio ou o “feudalista” índico<sup>94</sup>.

Deixando de lado a questão de como todas essas lutas terminaram (na realidade elas não terminaram; simplesmente continuaram a existir, e, provavelmente, ainda continuarão a existir por tempo indefinido, de um modo ou de outro), as convulsões sociais e políticas que resultaram dessa sucessão de invasão, reação e revolução em uma única década – e de golpe, assassinatos em massa, e governo militar na década seguinte – não fizeram com que as concepções do direito ou a sua prática se tornasse periférica ao desenvolvimento social como um todo. Ao contrário, essas concepções e essas práticas passaram a ser ainda mais centrais para esse desenvolvimento<sup>95</sup>. O esforço para associar as concepções se/então da coexistência com as fórmulas como/

93. LEV. *Islamic courts*.

94. Sobre o *adatrecht* (chamado então de *hukum adat*) na República, cf. Jaspan “In quest of new law”. Nesse caso, as questões se complicavam pelo fato de que ataques diretos ao “Islã” são mais ou menos inviáveis na Indonésia, que se autodefine como uma sociedade, um sistema político, e uma população mus. Os fortes sentimentos anti-*šarī'a* dos teóricos do direito *adat* tinham que ser expressos de uma forma um tanto ou quanto indireta, pois até mesmo os defensores mais acirrados da ocidentalização ou da islamização simulavam certa devoção ao *adat* e ao “espírito indonésio” e também porque, explicitamente em Bali, e implicitamente em muitas regiões de Java, muito daquilo que é considerado como sendo *adat* é, na realidade, índico em seu caráter e em sua origem. Em situações como essas, as políticas do tipo “sou-mais-autêntico-que-você” podem tornar-se extremamente elaboradas e extraordinariamente sutis.

95. Mesmo durante os massacres de 1965, quando provavelmente um número entre 250 mil e 750 mil indonésios tenham sido assassinados por outros indonésios, um tipo perverso de justiça ainda persistia. Na região de Java onde eu tinha trabalhado treze anos antes, o exército reunia a população das várias aldeias na praça principal da capital do distrito, e lhes ordenava que apontassem quem eram os “comunistas” entre eles, e, quando esses eram acusados, obrigava os que tinham feito as acusações entre a população de uma aldeia a levarem, para sua própria aldeia, para serem executados, os acusados de outra aldeia. Quando, sob o regime de Suharto, os supostos subversivos que por acaso haviam escapado desse tipo de execução – provavelmente mais de cem mil pessoas – foram enviados para campos de concentração, surgiram atividades jurídicas associadas com a questão de direitos humanos, elaboradas sobretudo nos termos dos processos legais do Ocidente, e exercidas por um tipo também ocidental de advogados profissionais, orientados para clientes, que se formaram nessa época, pois isso era algo que quase não existia na Indonésia até então. E, finalmente, desde o ressurgimento geral de atividades políticas islâmicas, encorajadas pela revolução dos “legistas do poder” no Irã, o papel da adjudicação *šarī'a* passou a ser um foco de disputa ainda mais intenso do que era antes.

portanto que possibilitam a tomada de decisão em casos jurídicos não diminui quando essas visões se proliferam e as fórmulas divergem entre si. Apenas passa a ter um tom mais determinado.

O que chamei de papel estrutural do direito é particularmente aparente nesse caso. Pois não se trata, afinal, de decidir se a propriedade vai ser transmitida de acordo com os princípios estabelecidos pelo *adat*, pelo *śarī'a*, ou pelo direito romano dos holandeses; ou se o matrimônio secular vai ser reconhecido, e instituições financeiras podem ou não cobrar juros; nem mesmo se o Estado deve considerar o hinduísmo balinês ou o misticismo índico javanês como religiões oficiais – todas elas, polêmicas que perduram na Indonésia independente. O que está em jogo e o que esses conflitos específicos, de um modo ou de outro, evocam e simbolizam, é o tipo de sociedade que essas antigas Índias Orientais vão ser daqui por diante, o que vai valer e o que não vai valer. O direito, com seu poder de colocar acontecimentos específicos – um compromisso aqui, uma injúria acolá – em uma moldura geral de uma maneira tal, que as normas que regulam um gerenciamento adequado e probo desses acontecimentos pareçam surgir naturalmente dos elementos essenciais de seu caráter, é um pouco mais que um reflexo da sabedoria herdada, ou uma técnica para a resolução de conflitos. Com razão ele atrai para si o mesmo tipo de paixão que aqueles outros procriadores de significados e propositores de mundos – a religião, a ideologia, a ciência, a história, a moral e o senso comum – atraem.

Essas paixões são intensas, porque o que está em risco, ou pelo menos julga-se estar em risco, não é somente um consenso sobre como descobrir os fatos e como instituir o direito. Se o problema fosse exclusivamente esse, poderia ser facilmente negociável: bastariam uns poucos depoimentos fidedignos de um lado, umas poucas leis que regulassem *status* por outro; alguns veredictos destinados a aquietar a desarmonia nas aldeias, algumas ficções elaboradas para permitir a existência de bancos comerciais. Quase ninguém, nem mesmo um rescisor de casamentos ou um juiz de homologação, está disposto a morrer em defesa de meros procedimentos. O que está em risco, portanto, ou julga-se estar em risco, são as próprias concepções sobre o que é fato, e sobre o que é a lei, e a relação que existe entre elas – a sensação, sem a qual os seres humanos mal podem viver, quanto mais adjudicar seja lá o que for, de que a verdade, o vício, a mentira e a virtude são coisas reais, distinguíveis, e estão alinhadas em seus devidos lugares.

A disputa sobre a forma de conduzir a adjudicação – o tipo de polêmica que colocou em posições opostas o rei-deus e burocrata de Bali e os cidadãos de minha aldeia – é, em resumo, parte de uma luta muito mais ampla e muito mais profunda, que também ocorria na aldeia. Uma luta para desenvolver um forma plausível de viver, para juntar aquilo que, com relação ao direito anglo-indiano, ou ao quebra-cabeças ainda mais complexo que é o direito holandês-indonésio, foi chamado de um desentendimento funcional. Não há dúvida de que as partes em potencial

desse desentendimento mudaram bastante nestes últimos anos, e de que seu poder relativo mudou ainda mais. E há também, sem dúvida, pelo menos a possibilidade de que uma dessas partes se torne tão vitoriosa, politicamente falando, que seja capaz de impor seus pontos de vista às outras partes, embora, pessoalmente, eu tenha dúvidas de que isso venha a acontecer. É até possível que surja um momento genuinamente hobbesiano, quando nada mais importe a não ser a economia da violência (algo que, até certo ponto, já aconteceu em outubro e novembro de 1965); porém, se isso acontecer, terá como continuação (como também ocorreu sob Suharto) ainda uma outra tentativa de juntar as peças da colagem em algum tipo de arranjo tolerável. No entanto, uma coisa é certa: uma visão instrumental do direito que o relacione unicamente com os meios e não com os fins, e que o considere uma simples agência para tornar realidade valores sociais estabelecidos em algum outro lugar – pela religião, talvez, ou pela filosofia, ou por aquele homem famoso sentado no banco de trás do ônibus para Clapham – simplesmente não é válido<sup>96</sup>. “Nunca confie em um homem que você veja voar, até certificar-se de que ele obedece o *śarī'a*”, escreveu o grande egípcio e inimigo do êxtase muçulmano, Rashid Rida, o qual, independente do que se possa pensar de seu legalismo, pelo menos compreendeu que o direito produz a sua própria sombra<sup>97</sup>.

\*

O que é válido, então? Obviamente, não existe uma resposta fácil. No entanto, certamente, abrangerá um afastamento das visões funcionalistas do direito – um artifício bastante inteligente para evitar que as pessoas se despedacem, membro por membro, ou para promover os interesses das classes dominantes, defender os direitos dos fracos das ações predatórias dos fortes, ou tornar a vida social um pouco mais previsível nas suas fronteiras mais nebulosas (e, sem dúvida, o direito é tudo isso, em graus diferentes, em épocas diferentes, e em locais diferentes); e uma mudança na direção de uma maneira hermenêutica de pensar o direito – como uma forma de dar um sentido específico, a coisas específicas em lugares específicos (coisas que acontecem ou deixam de acontecer, coisas que poderiam acontecer), de modo que esses instrumentos nobres, sinistros ou meramente práticos possam adotar formas

96. Essa visão é, obviamente, característica do positivismo jurídico como um todo, mas torna-se especialmente atraente para os alunos de direito comparativo, que ficam bastante nervosos quando são obrigados a enfrentar o caráter “definidor da vida” do direito: “A corrente principal da presente [discussão sobre o pluralismo jurídico na Indonésia] inclina-se a aceitar o ponto de vista de que o direito pode ser mais utilmente considerado não como um valor máximo em si mesmo, mas como um meio de realizar outros valores, inclusive uma variedade de metas sociais e políticas. O direito seria considerado como um intermediário, ou um instrumento com valor social e político, o qual nem sempre precisaria ter, ele próprio, valor intrínseco. Essa exposição torna bastante evidente que essa perspectiva distingue, por um lado, o valor instrumental do direito e, por outro, as metas intrinsecamente valiosas, às quais o direito serviria”. HOOKER. *Adat law*, p. 7.

97. Apud HOURANI, A. *The emergence of the modern middle east*. Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 1981, p. 97.

específicas e ter um impacto específico. Em resumo, estamos falando de significados, e não de máquinas.

Ou, pelo menos, esse é meu ponto de vista, e os temas principais dessa discussão, que, segundo o tema que estivesse sendo abordado de forma exaustiva em um momento específico, ora ficavam claramente visíveis, ora saíam de foco, todos foram desenvolvidos com o objetivo de promover esse ponto de vista. O saber local, o *Anschauung* e o caso imediato, a visão do direito; a desagregação do direito e da antropologia como disciplinas a fim de estabelecer a conexão entre elas através de interseções específicas e não de fusões híbridas; a relativização da oposição leis/fatos, em um jogo variado de imagens coerentes e fórmulas consequentes; a concepção do estudo comparativo do direito como um exercício de tradução intercultural; a noção de que o pensamento jurídico é construtivo de realidades sociais e não um mero reflexo dessas realidades; a ênfase na tenacidade histórica das sensibilidades jurídicas; a rejeição de uma visão segundo a qual o poder prático do direito resulta do consenso social, a favor de uma que busca significados; a convicção de que o pluralismo jurídico não é uma aberração temporária e sim um elemento central no cenário moderno; e o argumento que o autoentendimento e o entendimento do outro estão tão internamente conectados no direito, como o estão nos outros domínios da cultura – todos esses são produtos de uma certa forma de pensar, uma forma de pensar que se extasia com a diversidade das coisas. Juntos, esses argumentos não se combinam, necessariamente, para formar uma posição sistemática, um “hermeneuticismo” ou algum outro termo igualmente absurdo; melhor dito, eles impulsionam uns aos outros, se é que podemos dizer que temas são capazes de fazer tal coisa, e de fazê-la com a regularidade suficiente para sugerir que – embora não haja dúvida de que seria demasiada pretensão modificar os versos de Shelley e proclamar os advogados os esquecidos poetas do mundo – conceber o direito como uma espécie de imaginação social pode ter algum valor.

Uma das vantagens dessa perspectiva é que recursos analíticos de outras disciplinas que não a psicologia comportamentalista, a economia neoclássica, a sociologia utilitarista, ou a antropologia funcionalista – a linha dura das ciências sociais – podem contribuir para entendê-la. A mudança na teoria social que a fez considerar a ação social como uma forma de representar e transmitir significados, uma mudança que se iniciou realmente com Weber e Freud (ou, em algumas interpretações, com Durkheim, Saussure e G.H. Mead) e que agora tornou-se gigantesca, abre uma série de possibilidades para explicar por que fazemos as coisas que fazemos, da maneira que as fazemos, possibilidades essas que são muito mais amplas do que as oferecidas pelas imagens de atrações e repulsões das perspectivas mais ortodoxas.

Embora essa “reviravolta interpretativa”, como a chamaram, essa visão do comportamento humano e dos produtos do comportamento humano como “um dizer algo sobre algo” – que às vezes necessita ser extraída e explicada – tenha che-

gado praticamente a todos os ramos do estudo da cultura, e atingido até mesmo as fortalezas inexpugnáveis do positivismo, como a psicologia social e a filosofia da ciência, ela ainda não causou muito impacto nos estudos de direito. O viés do “como fazer” do direito prático – como se manter fora dos tribunais se você puder, e como vencer nos tribunais, se não puder ficar fora deles, repetindo, uma vez mais, o resumo sardônico de Holmes – a manteve à distância. No entanto, é pouco provável que a história, a sociologia e um certo tipo de filosofia sejam prudentes o suficiente para adotar, como seu, o conhecimento que seus seguidores têm dessa perspectiva, e que adquiriram graças às necessidades imediatas que enfrentam no exercício de suas profissões. Precisamos, no final, algo mais que saber local. Precisamos descobrir uma maneira de fazer com que as várias manifestações desse saber se transformem em comentários umas das outras, uma iluminando o que a outra obscurece.

Não existe nenhum método pronto para essa tarefa, e, pessoalmente, duvido bastante que tal método venha a existir algum dia. O que já existe, no entanto, é bastante sagacidade acumulada. Estamos aprendendo – creio eu, mais na antropologia que no direito, e, dentro da própria antropologia, mais em conexão com intercâmbio, ritual ou simbologia política do que com o direito – algo sobre a aplicação de um número sem fim de perspectivas às mesmas coisas, maneiras diferentes de registrar experiências e de descrever vidas, com tal proximidade conceptual que, embora a sensação que temos de suas diferenças não se reduza (normalmente se aprofunda), elas parecem de certo modo menos enigmáticas que pareciam quando as examinávamos separadamente. O conhecido *dictum* de Santayana, que só podemos comparar quando somos capazes de chegar ao coração do assunto, parece-me, pelo menos neste contexto, o exato reverso da verdade: é através da comparação, e de incomparáveis, que compreenderemos seja lá qual for o coração a que conseguirmos chegar.

Peço desculpas pela forma enigmática – um *koan*\* Zen (“Qual é o som de duas mãos não se encontrando?”) – que utilizei para falar desse tema. No entanto, se considerarmos que a comparação de incomparáveis – Milton e Shakespeare, Rembrandt e Rubens, Platão e Kant, Newton e Einstein – é o que as disciplinas dedicadas a explicações descritivas de formas imaginativas passam uma grande parte do seu tempo fazendo, a sensação de estar frente a um paradoxo ultrajante evapora-se. E é por essa razão, também, que tais disciplinas, a crítica literária e a história da arte, a filosofia moral e a história da ciência, entre uma variedade de outras, podem ter mais a nos oferecer quando se trata de abrir caminho por entre perplexidades tais como a natureza mutante da distinção fato/leis em tradições culturais ou fases históricas diferentes, do que empreendimentos mais “científicos” onde tudo que surge tem que convergir. Se é que existe alguma mensagem naquilo que disse aqui, é que o mundo é um lugar

\* *koan* – enigma utilizado na filosofia Zen para demonstrar a inadequabilidade do raciocínio lógico [N.T.].

variado, variado entre advogados e antropólogos, variado entre muçulmanos e hindus, variado entre grandes e pequenas culturas, variado entre os “então” coloniais e os “aqui e agora” nacionalistas; e muito pode ser ganho, cientificamente ou não, se confrontarmos essa grande verdade ao invés de desejar que ela simplesmente desapareça em um nevoeiro de generalizações fáceis e falsos confortos.

Assim expresso, é claro que tudo isso parece muito animador. Gostamos de acreditar que o princípio da realidade nos faz bem, exceto talvez quando, finalmente, ele nos mata. No entanto, qualquer tentativa realmente séria de nos definirmos, colocando-nos entre outros que sejam diferentes de nós – sem distanciá-los, considerando-os marcianos; nem desacreditá-los como primitivos; nem tirar-lhes o poder, considerando-os como padrões humanos universais, interessados, como nós, em sexo e na sobrevivência –, envolve perigos também bastante reais, entre os quais, dois dos mais importantes talvez sejam a entropia intelectual e a paralisia moral. A dupla percepção de que nossa voz é apenas uma entre muitas e de que, como ela é a única que possuímos, temos necessariamente de utilizá-la para falar, é bastante difícil de aceitar. Aquilo que um dia foi chamado de “a longa conversa da humanidade” pode estar se tornando tão cacofônica que impossibilita o desenvolvimento de qualquer pensamento sistemático, e menos ainda a transformação de formas locais de sensibilidade jurídica em comentários recíprocos, que possam realçar-se mutuamente. Porém, mesmo que isso seja verdadeiro, a meu ver, não há muita escolha. A questão principal, para qualquer instituição cultural em qualquer parte do mundo, nessa época em que ninguém deixa ninguém em paz, nem voltará a fazê-lo jamais, não é se tudo vai, uma vez mais, fundir-se naturalmente, sem deixar cicatrizes, ou se, ao contrário, vamos todos permanecer reféns de nossos preconceitos individuais. A questão principal é, sim, se os seres humanos, em Java ou em Connecticut, através do direito ou da antropologia, ou de qualquer outra coisa, vão ser capazes de continuar a imaginar formas de vida que eles próprios possam viver na prática.

## AGRADECIMENTOS

“Mistura de gêneros: a reconfiguração do pensamento social” foi publicado originalmente em *The American Scholar*, vol. 29, n. 2, primavera de 1980. Copyright © 1980 by United Chapters of Phi Beta Kappa. Reimpresso com a permissão do *The American Scholar*.

“Descoberto na tradução: a história social da imaginação moral” foi publicado originalmente em *The Georgia Review*, vol. 31, n. 4, inverno de 1977. Copyright © 1977 by The University of Georgia. Reimpresso com a permissão da *The Georgia Review*.

“Do ponto de vista dos nativos: a natureza do entendimento antropológico” foi publicado originalmente no *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences*, vol. 28, n. 1, 1974. Copyright © 1974 by the *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences*. Reimpresso com a permissão da Academia Americana de Artes e Ciências.

“O senso comum como um sistema cultural” foi publicado originalmente em *The Antioch Review*, vol. 33, n. 1, primavera de 1975. Copyright © 1975 by The Antioch Review, Inc. Reimpresso com a permissão dos organizadores.

“A arte como um sistema cultural” foi publicado originalmente em *MLN*, vol. 91, 1976. Copyright © 1976 by The Johns Hopkins University Press. Reimpresso com a permissão de The Johns Hopkins University Press.

“Centros, reis e carisma: reflexões sobre o simbolismo do poder”, reimpresso de *Culture and its creators*, org. Joseph Ben-David e T.N. Clark, Chicago, University of Chicago Press, 1977. Copyright © 1977 by University of Chicago. Todos os direitos reservados. Reimpresso com a permissão da University of Chicago Press.

“Como pensamos hoje: a caminho de uma etnografia do pensamento moderno” foi publicado originalmente no *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences*, vol. 35, n. 5, fevereiro de 1982. Copyright © 1982 by *The Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences*. Reimpresso com a permissão da Academia Americana de Artes e Ciências.

Trecho citado de *Absalom, Absalom!* de William Faulkner, reimpresso com a permissão de Random House, Inc. Copyright © 1936 by William Faulkner; renovada © 1964 por Estelle Faulkner e Jill Faulkner Summers.