

A TEORIA GERAL DO DIREITO FRENTE À ANTROPOLOGIA JURÍDICA¹

THE GENERAL THEORY OF LAW BEFORE LEGAL ANTHROPOLOGY

Oscar Correas²

Resumo: Este artigo pretende mostrar que a Teoria Geral do Direito (TGD) não é o obstáculo para o reconhecimento do pluralismo jurídico, mas sim as necessidades de hegemonia do próprio Estado moderno. A TGD contemporânea oferece conceitos teóricos que permitem pensar o pluralismo jurídico, entendido aqui como o fenômeno de coexistência de dois ou mais sistemas jurídicos que reivindicam eficácia em um mesmo território. A dificuldade de reconhecer o sistema normativo indígena como direito também provém de ideologias, como a de “soberania”, que não têm plausibilidade teórica e que devem ser deixadas de lado pela ciência social contemporânea. A eficácia do sistema jurídico dominante provém, entre outras coisas, precisamente da ideologia na qual são educados os juristas. Se as normas jurídicas válidas são as que têm efetividade e pertencem a um sistema eficaz, como argumenta a TGD, então, como as normas do direito indígena são as eficazes, são também as válidas. Sem embargo, essa validade é desconhecida pelos funcionários do sistema hegemônico, que não foram educados para pensar na possibilidade do pluralismo jurídico.

Palavras-chave: Direito indígena; Teoria geral do direito; Pluralismo jurídico; Antropologia jurídica; Estado moderno.

Abstract: The article tends to demonstrate that GTL is not the obstacle for recognition of juridical pluralism, but rather the hegemonic needs of the modern State itself. Contemporary General Theory of Law (GTL) offers theoretical concepts that may be used by coexistence of two or more juridical systems that demand efficacy in a same territory. Also the difficulty to recognize the indigenous normative system as law stems from ideologies, such as that of sovereignty, that have no theoretical plausibility and should be left aside by contemporary social science. The effectiveness of the dominant juridical system originates out of, among other things, precisely the ideology in which lawyers are educated. If the valid norms are those with effectiveness and that pertain to an effective system, as GTL poses, then, given that the

¹ Uma primeira versão deste trabalho foi apresentada em um colóquio organizado pelo Instituto Nacional de Antropologia e História, em 1994, mas uma redação anterior foi usada em um colóquio em Ajijic, em 1992, e outra, ainda antes, nas Jornadas Lascasianas de 1991, jornadas estas que organiza todos os anos José Orlando Ordóñez Cifuentes. Foi revisada em setembro de 2007 [Tradução feita por Pedro Pompeo Pistelli Ferreira e Ricardo Prestes Pazello do texto original homônimo encontrado em CORREAS, Óscar. *Teoría del derecho y antropología jurídica: un diálogo inconcluso*. México, D.F.: Coyoacán, 2010, p. 33-53. O mesmo artigo também se encontra disponível em CORREAS, Óscar. “La teoría general del derecho frente a la antropología política”. Em: *Revista pueblos y fronteras digital*. México-DF: UNAM, v. 6, n. 11, junio-noviembre 2011, p. 89-115].

² Óscar Correas Vázquez (1943-2020) foi um advogado, jurista, sociólogo e filósofo argentino-mexicano. Formado em Direito pela Universidad Católica de Córdoba, exilou-se no México durante a ditadura civil-militar argentina e construiu carreira como docente na Universidad Autónoma de Puebla (UAP), na qual também concluiu seu mestrado em Ciências Sociais. Posteriormente, doutorou-se em Direito pela Universidade de Saint-Etienne e passou a lecionar na Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Em sua trajetória intelectual, política e acadêmica destacou-se pelo papel pioneiro na construção de uma Crítica Jurídica latino-americana.

indigenous law norms are those that are effective, they are also those that are valid. However, this validity is ignored by the functionaries of the hegemonic system, who have not been educated to ponder the possibility of juridical plurality.

Key words: Indigenous law; General Theory of Law; Legal pluralism; Legal Anthropology; Modern state.

Introdução

Há algum tempo desde que nós, alguns juristas do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM (IIJ-UNAM), começamos a entrar em contato com antropólogos, tendo-se revelado interesses científicos em comum, encarados, não obstante, desde disciplinas que, mais cedo ou mais tarde, devem encontrar vias de colaboração se é que poderão progredir de maneira significativa na compreensão dos fenômenos normativos. Este trabalho tem a intenção de mostrar aos colegas antropólogos alguns desenvolvimentos contemporâneos da Teoria Geral do Direito (TGD) que, a meu ver, melhorariam o aparato conceitual com o qual se aproximam desses fenômenos normativos. Pretendo aportar elementos, desde a TGD, de utilidade para os antropólogos, para definir os conceitos de *direito*, *normas*, *sistema normativo*, *condutas*, *costume*, *pluralidade jurídica* e *direito alternativo*, tudo o que poderia redundar em benefício desta tão esperada quanto sempre postergada relação intelectual entre juristas, sociólogos e antropólogos. Trata-se aqui das respostas que a Teoria Geral do Direito pode aportar a esses colegas, em temas como o pluralismo normativo e o assim chamado “direito indígena”.

Boa parte dos antropólogos se dedica ao que costumamos denominar “Direito Indígena”, que é uma expressão que pode se entender em vários sentidos. No que respeita a este trabalho, servirá para referir ao conjunto das normas efetivas e eficazes³ em comunidades que contêm, em graus variáveis, elementos culturais indígenas, deixando para os colegas antropólogos a definição desse último conceito. Para o raciocínio que se tenta fazer aqui essa ideia é suficiente.

É necessário dizer primeiramente que os cientistas sociais devem compreender que o desprezo que sentem em relação ao saber de certos juristas que não consegue ver o direito como mais que um conjunto de leis, por mais que seja justificado, não pode de todo modo estender-se à teoria contemporânea do direito, a qual, por sua vez, não foi nem criada por esses juristas e nem é utilizada por eles. O diálogo, portanto, não será com esses advogados, mas sim com os juristas que, ademais, estão interessados na Filosofia e nas ciências sociais.

³ Para a diferença entre efetividade e eficácia das normas, cf. CORREAS, 1994.

Convirá primeiro aperfeiçoar uma concepção do Direito que, partindo das aquisições da TGD contemporânea, possa assentar as bases desse diálogo. Parte dos mal-entendidos se assentam em que os cientistas sociais tomam como interlocutores os juristas que atuam, mais do que como cientistas do direito, como *objeto* da ciência jurídica. Na verdade, tomam por ciência do direito o que escrevem os juristas dogmáticos, sem saber que a TGD, atualmente, é mais uma *crítica* do que o que os juristas fazem do que um corpo teórico que orienta o seu trabalho. A razão disso, que deve lhes parecer um desatino, é que na faculdade de direito não se faz e nem se ensina nenhuma ciência, mas sim uma técnica a serviço do poder. Certamente se sentiriam perdidos ao saber que, com raras exceções, aqueles que se dedicam à Teoria do Direito, à Sociologia Jurídica, à Filosofia do Direito e às vezes inclusive à História do Direito, são credores de uma tão enorme quanto explicável antipatia por parte das autoridades e da maioria dos professores das faculdades de direito. Esse é um fenômeno universal. Não é patrimônio de nenhum “ser nacional”. Essa antipatia reside precisamente em um dos fatos dos quais esse trabalho pretende dar conta: a mal-chamada ciência jurídica *é parte constitutiva e sine qua non do exercício do poder*.

1. Um conceito sociológico do direito

O direito é um fenômeno da linguagem, tanto quanto um “fenômeno” pode ser a própria linguagem. Convém defini-lo como “discurso prescritivo autorizado, que organiza e por isso legitima a violência, e que é reconhecido como tal”.⁴

1.1. O direito é um discurso prescritivo

Por “discurso” deve-se entender uma *ideologia formalizada em alguma linguagem*, sabendo-se que a Semiologia pode aprofundar essa questão. Esse discurso é produto de um *uso prescritivo da linguagem*, quer dizer, daquele que se realiza com a intenção expressa de dirigir-se à conduta de outros para a determinar. Mas se diferencia de outros, como a moral, em que o direito ameaça com a violência que será desencadeada contra o desobediente por alguém que,

⁴ Para uma explicação mais detalhada, cf. CORREAS, 2005 e CORREAS, 1994.

precisamente em decorrência de ser indicado por esse discurso, converte-se em *funcionário público*.

1.2. A ameaça da violência

Por “violência” deve entender-se não apenas o exercício da força sobre o corpo de alguém, mas sim todas as formas de compulsão que são socialmente temidas. “Socialmente temidas” porque a compulsão se remete a mecanismos psicológicos construídos socialmente. Em distintas sociedades, a violência tem distintas aparências. Antropólogos têm feito notar que no direito indígena nem sempre a violência está presente. O que ocorre é que essas normas não ameaçam com os mesmos males pelos quais o fazem nossas normas. Não é que não haja violência, mas sim há distinta aparência. Precisamente, que o direito indígena tenha mais efetividade que o nosso se explica porque a compulsão, não sendo a mesma violência física, é ainda mais poderosa do que esta.

1.3. A autorização do discurso. Os funcionários.

Todo direito estabelece seus funcionários. Esses atores sociais são aqueles que, sendo ao mesmo tempo indivíduos como os demais, são assinalados pelo discurso do direito como aqueles cujas ações não serão reputadas como próprias, individuais, mas sim como sendo “da comunidade”. A única diferença entre a ação do verdugo e a do criminoso é que uma norma diz que a do primeiro é um ato do estado e a outra, um delito. A atuação do funcionário indígena que, em obediência a ordens de seus superiores, aplica uma sanção corporal a um indivíduo de sua comunidade é vista como delito por parte do direito dominante. Porém, a ação, em si mesma, não tem nenhuma diferença com a que é produzida pelo carcereiro do sistema jurídico hegemônico. Para este, aquele funcionário é um delinquente. Mas, para o sistema indígena, é uma autoridade.

No mundo comunitário, descrito pelos antropólogos como “indígena”, encontram-se nitidamente delimitadas as condutas que são vistas como pertencentes à comunidade. Sem embargo, os indivíduos que cumprem condutas de funcionários indígenas nem sempre, ou

melhor, quase nunca estão separados do resto da comunidade. Frequentemente trabalham como qualquer outro e quase nunca recebem alguma retribuição.⁵

Vale uma digressão. Os antropólogos estão muito impressionados pelo que chamam de “sistema de cargos”. A expressão deve lhes parecer uma que constata alguma diferença com o direito hegemônico, isto é, o nosso. E, quando lhes perguntam qual a diferença em relação a este último, respondem que, nas comunidades, quem desempenha os cargos não cobra nenhum subsídio. E, obviamente, veem que entre nós os cargos são remunerados. E isso lhes parece constituir a diferença específica entre uma forma e outro de organização.

A verdade é que a gratuidade é apenas a aparência de outra coisa muito mais profunda, e que foi salientada pela TGD. O que ocorre de fato é que podem se detectar duas formas de organização jurídica. A primeira, chamada “sistema descentralizado”, consiste em que a sanção está encarregada a indivíduos que não estão especializados nela; ou seja, que não formam um grupo especificamente separado do resto da população. A segunda, chamada “sistema centralizado”, caracteriza-se pela separação e especialização de uma parte da população, que tem como encargo, como “tarefa” específica, a aplicação das leis. Isto é, a sanção que sempre promete todo direito. A onerosidade ou gratuidade dos cargos é, portanto, uma consequência do caráter centralizado ou descentralizado da organização normativa – na verdade, “organização” e “normativa” são sinônimos.⁶ Não é “o característico” dos cargos nas comunidades, mas sim um efeito do característico. Quer dizer: de fato, nas comunidades os cargos são desempenhados gratuitamente e, entre nós, de maneira onerosa. Mas é a *aparência* do fenômeno social que corre por baixo do aparente.

Nas comunidades não existem indivíduos, ocultos por trás das máscaras jurídicas,⁷ que tenham como função social, como tarefa, a de aplicar o direito aos demais integrantes do grupo. Entre nós, pelo contrário, existem sim indivíduos que, desempenhando a tarefa por trás dessas máscaras, têm a especial tarefa de aplicar o direito, suas sanções, aos demais membros da sociedade.

Nas comunidades, com sistemas jurídicos descentralizados, não existem indivíduos *separados da produção* que se ocupem especificamente de certas tarefas *comuns*. Entre nós,

⁵ Recorde-se que Engels (s. d.; 2019) tratou dessa questão em *A origem da família, do Estado e da propriedade privada*, obra da qual existem incontáveis edições.

⁶ Sobre o caráter centralizado ou descentralizado da organização social, Cf. KELSEN, 2004b, p. 31.

⁷ Sobre as máscaras jurídicas, Cf. KELSEN, 2004a, p. 243 e seguintes.

habitantes de um sistema jurídico centralizado, existem indivíduos *separados da produção* que têm em seu “cargo” – e apenas eles podem fazê-lo – certas tarefas que chamamos “públicas”. Essas tarefas são diversas, e sua maior diversidade depende da maior complexidade das sociedades organizadas em sistemas centralizados. E a principal tarefa é a repressão: os “guardas” armados, que detêm o monopólio do uso da força, estão nitidamente separados do resto do povo.⁸

As bases sobre as quais se levantam essas formas, centralizadas ou descentralizadas, de organização jurídica são de origem econômica. As comunidades que não estão fraturadas pela luta de classes não requerem corpos especiais de repressão; nem os “cargos” estão relacionados com a produção ou a apropriação do produto social. Pelo contrário, entre nós, habitantes de uma sociedade dividida em classes sociais, é completamente necessário, para a sobrevivência da ordem exploradora, que a violência seja centralizada, monopolizada, por corpos de “guardas” da “ordem” pública – leia-se “a ordem da exploração de uma maioria por parte de uma minoria”. É evidente que, sendo a nossa uma sociedade na qual o lucro e a exploração do trabalho alheio são o único motor social, seu resultado não é outro senão a luta de classes. E é evidente que a classe dominante organizou corpos repressivos – exércitos, polícias, juízes, fiscais – cuja tarefa é monopolizar o uso da força. E é evidente por que têm que estar separados do povo. É evidente por que são mantidos por parte do produto social, que é extraído dos dominados, pela elegante via do “sistema impositivo”.⁹

As comunidades não-capitalistas desconhecem o flagelo dos sistemas normativos centralizados, pois se organizam sobre a base da igualdade de seus membros e da não exploração do trabalho alheio. Tal organização não requer corpos especializados de repressão nem funcionários especializados na dificultosa e complicada administração de pessoas e de coisas

⁸ Esses funcionários constituem o “quadro administrativo” do qual fala Weber (1983, p. 43; 2004, p. 34): “a uma associação de dominação denominamos associação *política* quando e na medida em que sua subsistência e a vigência de suas ordens, dentro de determinado território geográfico, estejam garantidas de um modo contínuo mediante ameaça e a aplicação de coação *física* por parte do quadro administrativo [...] quando e na medida em que seu quadro administrativo reivindica com êxito o *monopólio legítimo* da coação física para realizar as ordens vigentes” (Utilizamos um excerto da tradução brasileira, a fim de evitar uma tradução indireta – Nota dos Tradutores).

⁹ Cf. ENGELS (s. d., p. 174; e 2019): “a segunda característica é a instalação de um poder público que não coincide mais com a população que se organiza como poder armado. O poder especial e público é necessário, porque a organização armada e autônoma da população se tornara impossível desde a sua cisão em classes. [...] Esse poder público existe em todos os Estados; consiste não só em homens armados mas também em penduricalhos próprios, prisões e instituições coercitivas de todo tipo, dos quais a sociedade gentílica nada sabia. [...] ele se reforça à medida que se aguçam os antagonismos de classe” (Utilizamos um excerto da tradução brasileira, a fim de evitar uma tradução indireta – Nota dos Tradutores).

próprias das sociedades capitalistas, mercantis e industriais, cada vez mais complexas e cada vez mais necessitadas do recurso da repressão.

As comunidades, não requerendo corpos especiais de repressão – porque não há exploração do trabalho alheio – e de administração – porque a produção é simples, “natural” –, não extraem parte da produção da população sob a forma de “impostos”. A tarefa de aplicar a lei e administrar as coisas da comunidade é gratuita porque não há “finanças públicas”; não se requer a retirada de ninguém da produção, nem reter nada em nome da comunidade para pagar com isso corpos especiais de repressão ou de administração. Os cargos comunitários são gratuitos, portanto, devido às condições de produção e reprodução da vida comunitária. Olhar os cargos sem olhar a vida produtiva conduz à não compreensão do fenômeno social subjacente. Parece que as comunidades assim o são em virtude de algum milagre ideológico. Mas o são porque se reproduzem de uma certa maneira especial.

A gratuidade dos cargos nas comunidades indígenas, portanto, é apenas o aparente do que corre por baixo, que é a condição não exploradora da produção. Os “cargos” na comunidade são, por uma parte, iguais aos nossos: em ambos os casos, os funcionários devem cumprir certas condutas. Mas certos cargos servem-se de forma gratuita, e outros, de forma onerosa. Por quê? Se se olha somente a gratuidade ou a remuneração, o estudo continuará sem explicações plausíveis.

O discurso do direito, ao *criar* os funcionários, *autoriza* seu discurso *como* jurídico. Ou seja, o que o direito cumpre é a tarefa de fazer com que o discurso do funcionário seja legitimado como “devido”, legitimando a sanção que corresponderá ao desobediente. Daí que os juristas manifestem a tendência a sustentar que é direito, e que portanto deve cumprir-se, todo discurso prescritivo produzido por funcionários autorizados devidamente por uma norma anterior. Veremos que nesse último há uma armadilha.

Compreende-se melhor agora por que o principal teórico desse século, Hans Kelsen, sustentou que direito e estado são a mesma coisa. De fato, o estado não é alguma coisa mágica, que existe por cima e para além dos seres de carne e osso. Isto é, nem mais nem menos, uma hipostatização. O estado não é outra coisa que o conjunto das ações de certos indivíduos que o discurso diz não serem ações deles, mas sim da comunidade ou do “estado”. Pode-se dizer, na mesma sentido, que o estado é um efeito do uso da linguagem. Isso abre o caminho para entender a possibilidade do pluralismo jurídico ou a multiplicidade de estados, alguns dos quais hegemonomizam os outros. Voltaremos a isto.

Temos então um discurso prescritivo, autorizado, que ameaça com a violência, que estabelece seus próprios funcionários. Certamente que dito dessa maneira parece que se sustenta que o direito é um discurso sem produtor. Embora o seja em certo sentido, de todo modo não deixa de ser evidente que há *alguém* que o produz e que pretende ser obedecido, que pretende a *hegemonia* na sociedade de que se trata. Esse *alguém*, seu rosto, tem que ser descoberto pelas ciências sociais. A TGD não pode ir mais além. Apenas em concreto a Sociologia, a Antropologia, a Sociologia Jurídica podem aportar novidades. A TGD, para ser essa “teoria”, não pode ir para além de assinalar, nitidamente desde logo, algo que alguns teóricos “esquecem” de dizer e sobretudo de ensinar, a presença de um produtor do discurso.

É tarefa das outras ciências sociais estabelecer o peso específico dos distintos grupos e classes sociais na determinação do *conteúdo* das normas. Quando a TGD diz que existe um produtor do discurso, de nenhuma maneira quer dizer que esse “produtor” seja uma pessoa, apenas um grupo social, ou que os dominados não tenham participação na criação do direito.

1.4. O reconhecimento do discurso do direito

Finalmente, esse discurso prescritivo especial, para ser direito, deve ser *reconhecido* como tal. Não haveria nenhum interesse científico em estudar discursos prescritivos que não cumprem o papel de fazer com que alguém faça algo. Ou seja, o discurso do qual falamos tem uma efetividade e uma eficácia próprias. Como veremos a seguir, as normas assim o são sempre que tenham um grau importante de efetividade e pertençam a um sistema eficaz.

A TGD contemporânea destacou suficientemente que não é direito o discurso de alguém que se pretende funcionário, mas sim somente se esse discurso tem alguma efetividade. Assim, alguns teóricos sustentaram que *direito* é o que dizem os juízes e não o legislador. Outros sustentaram que *direito* é o conjunto de normas que são vividas, psicologicamente vividas, como obrigatórias pela população e, evidentemente, também pelos juízes e demais funcionários públicos. Como se vê, diferentemente do que se ensina nas faculdades de direito, a teoria não considera interessante definir esse conceito sobre a base do produzido pelo poder, mas sim sobre a base do que realmente, “sociologicamente” digamos, acontece.

2. As normas jurídicas e o discurso do direito

2.1. As normas

Para a TGD, as normas são construções linguísticas que consistem na modalização deôntica de (a descrição de) uma conduta. Por exemplo, “obrigatório prestar trabalho comunitário” é uma norma na qual se distingue o modalizador deôntico “obrigatório” e a descrição de uma conduta: “prestar trabalho”. Uma norma, então, simboliza-se como *Op*, *Pp*, *Ap* ou *Vp* – obrigatório, permitido, autorizado ou proibido “p”, que é a descrição da conduta.

2.2. Sentido deôntico e sentido ideológico

É interessante notar que o direito existe em textos escritos ou orais no interior dos quais devem localizar-se, encontrar-se, as normas. Quase nunca se encontra um texto no qual as normas aparecem na forma canônica de *Op* ou “se ocorre *A*, então um funcionário da comunidade deve aplicar certa sanção *B*”. Pelo contrário, e muito mais quando se trata do tipo de textos que os antropólogos estudam, as normas estão como que escondidas em discursos que contêm outras ideologias, às vezes extremamente complexas e difíceis de analisar. O antropólogo pode ser a melhor testemunha de que, para saber quais são as normas de uma comunidade, é necessário fazer complicadas análises para desentranhá-las do abigarrado texto cheio de símbolos e mitos. Na realidade, o advogado moderno também procede dessa maneira: depara-se com complicados textos que dizem ter certa intenção, mas logo a desmentem nas normas que criam. E, nesse *mare magnum* de palavras, aqui sim escritas, deve navegar até encontrar as normas que lhe permitem solucionar um caso. Não é certo que as normas estejam claramente estabelecidas na legislação escrita. Se isto fosse verdade, então nunca se daria o conflito por interpretações distintas dos textos. E se a experiência jurídica prova algo é que todos os dias há essas múltiplas interpretações dos textos.

Chamaremos de *sentido deôntico do discurso do direito* as normas que, depois de um trabalho intelectual às vezes importante, podem encontrar-se nos textos que se apresentam, à primeira vista, como “do direito”. E chamaremos de *sentido ideológico do discurso do direito* qualquer outra mensagem que possa ser lida em tais textos. Os antropólogos sabem muito disto: é seu ofício estudar a ideologia na qual estão envolvidos o que se chama de “costumes”.

2.3. Normas escritas e não escritas. O costume

Lamentavelmente, os antropólogos, seguindo os juristas precisamente no que não deveriam segui-los, usam a palavra “costume” para se referir às normas não escritas. A primeira coisa que deve ser feita é deixar de lado esse termo confuso e falar, simplesmente, de direito escrito e não escrito. Com isso terminaria a tão lamentável quanto inútil discussão sobre se as normas das comunidades são ou não direito, e sobre a diferença entre direito e costume. Unicamente teria de se perguntar, diante dos textos normativos, escritos ou não escritos, se respondem ou não às características da definição de direito. E, de acordo com nossa definição, o que os antropólogos observam nas comunidades são discursos prescritivos que ameaçam com a violência, que criam funcionários e que são reconhecidos como obrigatórios pela comunidade? Se o observado corresponder a o conceito, então é direito, esteja ou não escrito, digam o que quiserem os funcionários do estado dominante, digam o que quiserem os textos dos juristas.

2.4. Normas e condutas

Os antropólogos, mas também os outros cientistas sociais – e alguns juristas também –, cometem o lamentável erro de confundir as normas com as condutas. Sobretudo quando as normas são não escritas. Quando se começa a lhes perguntar a que se referem com a palavra “costume”, dizem, invariavelmente, que se referem ao que as pessoas fazem. Se notam que os membros da comunidade providenciam um trabalho gratuito, então dizem que existe o costume de dar o *tequio*¹⁰ ou serviço. Mas há aqui um erro grave: as normas não podem ser observadas. O que se pode observar é a conduta das pessoas, não as ideias que têm sobre essas condutas. E as normas, não escritas, consistem nas ideias deônticas acerca destas.

Não deveria haver problemas para compreender, para estudiosos tão próximos da linguística, a diferença entre *atos* e *sentido*. Mas, sobretudo, deveria ser evidente que, se não se faz essa diferença, então se perde a oportunidade de observar, agora sim *observar*, a inefetividade das normas e compreender seu significado social. Se chamamos de *costume* a ação de prestar

¹⁰ O *tequio*, no México, é um termo de origens indígenas usado para descrever um trabalho coletivo não-remunerado que é lido como obrigatório ao participante (*vecino*) de sua própria comunidade (*pueblo*). (Nota dos tradutores).

serviço gratuito, como chamaremos a ação que consiste em se negar a prestar tal serviço? Por acaso os antropólogos observam sempre que as pessoas sempre fazem o mesmo? Não há, por acaso, processos judiciais precisamente por descumprimento do “costume”? E como chamam essa violação do costume? O descostume? Observe-se que, quando o antropólogo decide ver uma conduta como devida, chama-a de costume; e, quando decide ver uma conduta como violatória do costume, então “costume” readquire o significado de *norma*. Ou seja, em um caso, usa a palavra para se referir a fatos e, no outro, para se referir a uma norma ou *sentido*.¹¹

A diferença entre normas e conduta, para a Antropologia, mas também para a Ciência Política e para a Sociologia, é da maior importância se queremos averiguar o grau em que o sistema normativo é eficaz, o grau no qual um grupo mantém hegemonia sobre outro.

Tudo fica mais nítido se suprimimos o uso do “costume” substituindo-o por direito não escrito e se não perdemos de vista jamais a diferença entre normas – escritas ou não escritas – e conduta.

Finalmente, cabe dizer que, de acordo com observações da Sociologia Jurídica mexicana, resulta nem sempre que as comunidades estudadas desconhecem totalmente a escrita. Em muitos casos se tomam decisões que são estabelecidas em atas, bem como se estabelecem por escrito decisões e convenções produzidas por causa de processos judiciais. É possível que a influência do direito escrito seja hoje muito maior nessas comunidades do que o que nos dizem as informações antropológicas. E isso decorreria, creio, do não uso de categorias jurídicas mais elaboradas.

3. Validade, efetividade e eficácia do direito

Os juristas teóricos discutem acaloradamente acerca da validade das normas. O que eles se perguntam é: quando uma norma é válida?, e ao que parece estão tratando de averiguar quando um enunciado que se apresenta como norma deve ser tomado como tal e, por consequência, deve ser produzida certa conduta por parte de um funcionário. Como se compreende facilmente, estamos ante o problema do *reconhecimento do direito*.

Segundo Kelsen, que uma norma seja válida quer dizer que ela existe e que *deve* ser aplicada. Mas este “deve” não é moral. Não é que o juiz esteja moralmente obrigado a obedecer,

¹¹ Vale a pena notar que Kelsen disse inúmeras vezes que uma norma é sempre o “sentido de um ato de vontade” usando “sentido” como Weber, que, sem dúvida, é mais próximo aos cientistas sociais.

poderia ser que a norma lhe parecesse injusta e, conforme suas crenças morais, estivesse obrigado a desobedecer. Este “deve” de Kelsen, neste caso, não tem um significado explícito. Nós poderíamos dizer que o *deve* é simplesmente a ameaça da violência que paira sobre o juiz se não aplica a norma. O certo é que os juristas discutem sobre este conceito.

Mas também é certo que alguns teóricos sustentaram que o conceito de validade é inócuo, que a ciência não requer tal categoria. Isto porque consideram que o direito não deve ser buscado no que diz a autoridade, mas no que dizem ou fazem os que recebem esta mensagem e agem, ou não, conseqüentemente.

A meu juízo a melhor resposta segue sendo a sugerida por Kelsen: para que uma norma seja válida, isto é, para que possa dizer-se que se não é cumprida o obrigado corre o risco de ser sancionado, é necessário que:

- a) O discurso no qual se encontra a norma tenha sido produzido por um funcionário autorizado a produzir *esse discurso* e não outro.
- b) A norma tenha algum grau, importante, de efetividade. Isto é, que os interpelados por ela produzam a conduta obrigatória ou se abstenham da proibida. É evidente que este critério tem dificuldades com relação às normas recentes; não se pode exigir efetividade a normas que não tiveram tempo de ser aplicadas. Em tal caso haveria que falar de direito “vigente”, no sentido de que existe a possibilidade de que algum funcionário o cumpra ou faça cumprir.
- c) A norma forme parte de um sistema normativo *eficaz*. E um sistema é tal quando cumpre a função de todo sistema normativo: reproduzir o poder de quem produz o direito. E como saberemos que o sistema cumpre essa função? Devemos responder: porque “observamos” que são efetivas a maior parte das normas desse sistema.

Para alguns muito interessantes teóricos, o primeiro requisito sobra. Sem embargo, para uma TGD que entenda seu objeto como parte principal do fenômeno do poder, resulta ineludível considerar o momento da produção do discurso, precisamente para poder medir logo a hegemonia do grupo que no poder produz o direito. Se só nos colocamos ante o cumprimento das normas, teremos uma teoria plausível, mas perderemos de vista a comparação entre o que o poder quer e o que ele consegue.

4. A norma fundante

Que um sistema normativo seja eficaz ou não é uma questão de fato, de observação sociológica. Sem embargo, essa simples observação não responde uma pergunta que os juristas não podem deixar de se fazer. Se uma norma é válida quando é, em primeiro lugar, produzida conforme outra anterior e superior, e se desta pode dizer-se o mesmo, chegará um momento em que já não se pode responder com outra norma; por exemplo, quando, subindo, chegamos à constituição. Sabemos que as normas mexicanas são válidas porque, supomos, foram produzidas conforme a carta magna de 1917. Mas por que vale essa constituição? Quem diz, e com que autoridade, que devemos nos ajustar a ela? Observe-se que não é uma pergunta sociológica, que não parece responder-se com os fatos que explicam que Carranza e o exército vencedor tenham conseguido impor essa norma.

Esta pergunta pode ser formulada também assim: como sabemos quais são as normas que integram o sistema jurídico mexicano? Ou melhor, como sabem os antropólogos quais são as normas que integram o sistema jurídico indígena? Claro, pode dizer-se, eles perguntam às pessoas. Mas como o sabe o povo? Os juristas responderam dizendo que todo sistema contém uma norma – ou talvez várias –, que são usadas pelas pessoas para reconhecer as outras normas. E chamam esta norma “de reconhecimento”. A abordagem difere em algo da anterior, mas no fundo pergunta a mesma coisa: qual é o fundamento do sistema jurídico.

A resposta sugerida pela teoria kelseniana me parece a melhor: na realidade não há nenhum fundamento. O que ocorre é que, após produzida a constituição, as forças sociais hegemônicas conseguem criar uma consciência generalizada de que essa norma *deve* ser obedecida, seja por temor seja por convencimento, mas principalmente por este último. Kelsen diz que a norma fundante de um sistema jurídico, que não é a constituição mas outra que a funda, é na realidade *uma ficção*. Trata-se de que atuamos *como se* a constituição tivesse um fundamento. Não podemos nos deter nisto, mas observe-se que a pergunta sobre a validade do sistema em seu conjunto, que não aparecia como sociológica, ao final se converte em tal. Um sistema normativo é válido quando é eficaz. E o é quando “as pessoas” atuam *como se* fosse válido. Quer dizer, a pergunta pela justificação de um sistema normativo não tem resposta

externa ao próprio sistema. Mas se pode observar, desde o ponto de vista externo, que o sistema é obedecido e que se desenvolveu uma ideologia de aceitação do mesmo.

5. O pluralismo jurídico

Já temos, então, um conjunto de categorias oferecidas pela TGD contemporânea. Com elas podemos nos perguntar pelo fenômeno que se denominou *pluralismo jurídico*.¹²

O nome sugere já a ideia de que o sistema jurídico não é um mas vários. É isto sustentável à luz da TGD? Sem dúvida que sim. Mas tropeçamos aqui em uma ideologia fortíssima que opaca a possibilidade de conceber a coexistência de vários sistemas normativos em um mesmo território. Esta ideologia é a da *soberania*.¹³

O conceito de “soberania” talvez se entenda melhor em francês. A *souveranité* aparece por oposição à *suzeraineté*. Esta última palavra, curiosamente, não tem tradução ao espanhol, nem é utilizada com frequência nos textos de teoria política. *Suzeraineté* designa, no mundo feudal que fala francês, o estado de sujeição em que se encontra um indivíduo em relação a outro; por exemplo, a relação entre um senhor e outro que, por ser *suzerain*, é “superior” ao primeiro. Também a relação entre senhores e servos. E é possível que um senhor seja *suzerain* em relação a alguns, mas tenha, por sua vez, um *suzerain* ao qual se encontre sujeito. A rede de “suseranias” era toda complicada, o que é fácil de imaginar.

O conceito de “soberania”, nesse contexto, é utilizado para referir a pretensão de um senhor de subsumir sob sua “suserania” todas as demais. Frente à soberania do senhor principal, o rei, deveriam caducar todas as outras. Quer dizer, o rei não reconhece outro poder por cima do seu, e isso o faz “soberano”.

Pois bem, o estado moderno é o herdeiro do rei e se constituiu ao redor da ideia de *soberania*: não há nenhum poder por cima dele. Poder para quê? Para produzir normas. “Soberania” é um termo eminentemente jurídico, quer dizer que as normas são produzidas exclusivamente pelo poder que, por isso, é “soberano”. Esta ideologia é tão forte que impede os juristas de pensar que, não ao lado senão dentro mesmo, haja outros sistemas jurídicos. Só

¹² Permita-se-me remeter-me neste ponto a CORREAS, 2004.

¹³ Permita-se-me aqui remeter-me a CORREAS, 2007.

conseguem concebê-los se o sistema estatal – para eles há um estado apenas – os autoriza; mesmo que em tal caso já não haja pluralismo de sistemas, mas apenas um.

Sem embargo, um sistema normativo indígena cabe dentro das definições que dão os próprios juristas: conjunto de normas dotadas de poder coercitivo e produzidas por funcionários autorizados. Cabe isto nos sistemas indígenas? Sem dúvida que sim. Essas comunidades usam um conjunto de normas que ameaçam com a violência, física ou simbólica, e que são aplicadas por membros perfeitamente identificáveis como *funcionários*¹⁴ desses sistemas. E se se trata da pergunta acerca de se é direito o produzido pelo poder ou o que se consegue fazer cumprir, também o direito indígena pode ser considerado dessa maneira: podemos aceitar que as normas da comunidade são as que dizem os anciãos ou podemos aceitar que são as que efetivamente se cumprem. De qualquer maneira um sistema normativo indígena cumpre com os requisitos da definição. Por que não aceitá-lo então? Exclusivamente por razões políticas: não convém aceitá-lo; não pode aceitar-se sem minguia do poder dominante. Mas não há nenhuma razão, “científica” digamos.

Nós podemos nos aventurar em aplicar a definição às comunidades indígenas. Usam normas que ameaçam com a violência e que são cumpridas e feitas cumprir por funcionários autorizados? Sim? Então têm um direito que, em sua maior parte, é não escrito, como no caso de Estados Unidos e Grã Bretanha.

E como deve ver-se o fato da coexistência de dois poderes no mesmo território? Esta pergunta tem duas classes de respostas: as sociológicas e as jurídicas. Desde o primeiro ponto de vista, não há nenhum inconveniente em aceitar que as comunidades indígenas sejam umas das distintas forças sociais que convivem em um território. Mas desde o outro ponto de vista a pergunta é: as normas que criam são “direito”? A pergunta, em realidade, esconde a ideologia da soberania. Por que não há de ser direito?

A solução é bem mais simples: se trata de sistemas jurídicos com distinto nível de prestígio ou, se se quer, com distinto grau de hegemonia. A realidade mostra, à luz da TGD, que há pluralismo jurídico e que alguns sistemas hegemonomizam outros, descolando um em particular que, por isso, qualificamos de dominante frente aos outros, que são subordinados. E o conceito de soberania? Na realidade é obsoleto para a ciência social de fins do século XX.

¹⁴ Já foi dito que estes funcionários não estão separados da produção e, portanto, o sistema normativo é descentralizado.

Definiremos o fenômeno do pluralismo jurídico como *a coexistência de dois ou mais sistemas normativos que pretendam validade no mesmo território*. Que “pretendem”, pois é uma questão de fato, que deve deixar-se à Sociologia ou Antropologia, se conseguem ou não eficácia.

Diremos que estamos frente a um *direito alternativo* em relação ao dominante quando se puder dizer que algumas normas de um dos sistemas modalizam deonticamente de maneira diferente as mesmas condutas. Quer dizer, há *direito alternativo* quando as normas de um sistema declaram obrigatórias condutas que o outro declara proibidas ou facultativas.

É o direito indígena um direito alternativo? Na maior parte dos casos, sim. Sem embargo, não só ser um sistema subversivo no sentido de que a plena eficácia do mesmo não põe em perigo a eficácia geral do sistema dominante. Se sucedesse o contrário, se a plena eficácia do sistema alternativo implicasse a desapareção ou ineficácia do sistema dominante, estaríamos no caso de um *sistema jurídico subversivo*, como o foram os produzidos pelos insurgentes da Independência pelos revolucionários mexicanos da segunda década deste século, ou pelo exército rebelde comandado por Fidel Castro em fins dos cinquenta em Cuba.

6. Pluralismo jurídico e pluralismo estatal

O positivismo jurídico, ao menos o encabeçado por Kelsen, destacou desde suas primeiras aparições que o estado não é outra coisa que a ordem jurídica. O Estado não é nem o grupo de indivíduos que ocupam os cargos públicos, nem os canhões nem os edifícios, mas as normas. E entenda-se que para esta concepção as “instituições” – às que costumam referir-se os sociólogos quando eventualmente querem definir o termo “estado” –, não são outra coisa que conjuntos de normas. Tampouco as instituições são nem os funcionários nem os edifícios, mas sim as normas que regulam as atividades desses sujeitos e o uso que se faz desses edifícios.

Sendo assim, que o estado é o direito, bem pode dizer-se que onde há dois sistemas jurídicos há dois estados, só que um é dominante com relação ao outro. Para serem congruentes, os positivistas deveriam aceitar este terrível atentado contra a unidade e a soberania do estado moderno. Duvido que o façam. Mas nós podemos avançar nestas ideias e romper com o mito da unidade do estado e com o obsoleto conceito de soberania.

7. O saber jurídico e o direito indígena

Podemos fazer uma diferenciação útil entre o que os juristas sabem e fazem, e o que seria uma ciência do direito se esta fosse praticada conforme os cânones normalmente aceitos pelos cientistas sociais, e a TGD. Pode ser surpreendente para os colegas de outras disciplinas esta diferença que seguramente eles não necessitam para sua prática científica.

Conforme a TGD, como vimos, não há inconvenientes para pensar o fenômeno do pluralismo jurídico e o direito alternativo. Sem embargo, vimos, os juristas não pensam o mesmo: para eles só há um direito e um estado. Porém, por ser anticientífico seu saber, não deixa de ter enorme eficácia.

Este saber flutua como a teoria, e não faz senão tentar explicar o primeiro, entre considerar como direito o estabelecido pelo poder ou o cumprido pelos obrigados. Os advogados, na universidade, aprendem o primeiro, mas tão logo saem para a rua compreendem que a verdade é que o direito é o que dizem os funcionários, principalmente os juízes. Ambas as considerações convivem no saber jurídico. Pois bem, o que tem isto a ver com o pluralismo jurídico? Vejamos.

Por que perdem efetividade as normas do sistema indígena? Por que não são aplicadas as normas válidas dos sistemas indígenas por parte dos juristas, especialmente os juízes? Acaso não sabem os advogados que direito é, finalmente, o que se consegue fazer cumprir? Se as efetivas são as normas do sistema indígena, por que não as aplicam?

A resposta está, obviamente, em sua educação. Os advogados são a camada social especialmente treinada para reconhecer como direito o que o poder quer que seja reconhecido como tal. Todas as sociedades têm atores que cumprem essa função. Também as comunidades indígenas os têm. Uma das razões que explica a hegemonia de um sistema normativo sobre outro é o saber dos que estão encarregados de constituir a eficácia do sistema. Por uma parte, é necessário que os funcionários do sistema que se quer dominante tenham mais força, no sentido de violência, que os do sistema cuja eficácia se quer destruir. Mas por outra parte, se requer que, quando o funcionário se encontra frente a um conflito que envolve um cidadão do outro sistema, esteja disposto a “saber” que as normas aplicáveis são as de seu sistema, mesmo quando saiba que, conforme o seu próprio saber, as que deveriam aplicar-se são as efetivas, que são as do sistema indígena. Mas com isso ataca essa efetividade enquanto outorga efetividade às do sistema que lhe paga. Quer dizer, se trata de um conflito entre sistemas normativos, que passa pela ideologia dos funcionários do hegemônico.

Por isso é necessário combater a ideia de que o saber dos advogados é uma ciência “objetiva”, como se exige a todas as demais. Não é assim porque esse saber é, na verdade, *parte* da realidade que diz descrever. Com efeito, quando se diz que essa “ciência” descreve normas válidas, resulta ser que, precisamente por considerá-las válidas, lhes outorga efetividade. Isto é, o resultado desse saber constitui o objeto do saber.

8. Pluralismo jurídico e dominação

Cabe a pergunta: por que alguns sistemas hegemonomizam outros? Os antropólogos, em alguma das poucas ocasiões em que dialogamos, relataram casos em que não resultava de todo racional que o Estado Mexicano gastasse recursos na punição de atividades que não são delito conforme o direito da comunidade sobrevivente. Trata-se de atos que, ao que parece, não estorvam o amplo domínio do estado hegemônico. Tudo poderia seguir igual se não se reprimissem essas manifestações culturais que não produzem dano “social”, entendendo por dano “social” algo que afete os cidadãos do estado hegemônico. Por exemplo, o caso do matrimônio, o que importa se em alguma comunidade existam formas de matrimônio por grupos, ou de matriarcado ou de poligamia? O que perdem ou ganham os cidadãos do Estado Mexicano que em alguma comunidade um homem tenha várias esposas, e que se reconheçam a todas elas os direitos que lhes adjudica o sistema jurídico que obedecem? Inclusive se trata de lugares apartados, sem nenhuma publicidade, onde o que se passa nem sequer é conhecido de maneira que possa produzir dano “moral” pelo “mau” exemplo. É compreensível o zelo dos funcionários do estado hegemônico quando se trata de violação de normas que têm por objeto lograr a exploração dessas comunidades. Mas não parece sê-lo quando a vida comunitária não afeta o fundo do sistema capitalista. A resposta é, parece, que a dominação tende a ser completa, que não deve deixar-se nada do patrimônio cultural do povo dominado, tampouco seu direito.

9. Teoria, ciência e política

Uma pergunta distinta é: *como deveriam* se comportar os funcionários do sistema hegemônico? Ou, melhor, é possível pensar que se comportarão de outro modo, isto é, permitindo a sobrevivência do sistema jurídico hegemonomizado e, portanto, o pluralismo jurídico? Isto já não é

ciência ou filosofia. É *política*. A Sociologia Jurídica só pode aspirar a explicar o porquê de se comportarem assim, e, sobretudo, a constatar que a atuação do funcionário *constitui a eficácia do sistema que o investe e ao qual obedece*.

Porém, por sua parte, a TGD tem alguma responsabilidade no comportamento desses funcionários? Pode-se dizer que atuam assim, seguindo alguma teoria jurídica? Pois o funcionário atua assim porque pensa que *deve* fazê-lo dessa maneira e não de outra. É difícil dizer que por detrás da ação dos funcionários haja uma “teoria” do direito. Em todo caso não é a positivista e muito menos a de Kelsen. Tampouco algumas das diversas teorias que utilizam os sociólogos.

Seria melhor dizer que os funcionários expressam, em sua ação, uma *visão do mundo* que exclui a possibilidade da coexistência de normas pertencentes a distintos sistemas jurídicos no mesmo território. O Estado, herdeiro da ideia de soberania, não pode resistir à competição de outros sistemas normativos.

Sem embargo, pode observar-se que esta concepção, se bem seja muito conveniente para os que detêm o poder, não responde às evidências empíricas de uma sociedade moderna. Que esta última seja confundida com uma que requer esse estado único é produto de uma ideologia cuidadosamente cultivada há pelo menos dois séculos. Na realidade, em toda sociedade moderna coexistem numerosos sistemas jurídicos, com diversos graus de hegemonia de cada um sobre os outros. O que, sim, pode detectar-se é a hegemonia de um deles sobre todos os demais. Mas precisamente sua hegemonia se baseia, em parte, na ação de seus funcionários, cuidadosamente educados para reconhecer como válido somente esse sistema. São esses funcionários os que se erigem, às vezes sem que ninguém tenha verdadeiro interesse nisso, em guardiães da eficácia das normas do sistema hegemônico.

No entanto, poderiam comportar-se de outro modo, aceitando a possibilidade de que no mesmo território existam mais de um sistema jurídico? No caso do direito indígena, poderia o funcionário do sistema estatal hegemônico considerar que as normas do sistema indígena são válidas e, portanto, aplicá-las ou aceitar sua aplicação?

Pareceria, à primeira vista, que a resposta poderia ser positiva: o funcionário do sistema hegemônico poderia considerar a validade das normas do sistema jurídico indígena. Sem embargo, o funcionário destacado precisamente nesse território é alguém de muito baixa hierarquia e sabe perfeitamente que pende sobre ele a ameaça de destituição no caso de que um funcionário superior pense de modo distinto. Pareceria que isto poderia solucionar-se com uma

reforma constitucional que obrigasse os funcionários do estado hegemônico a considerar válidas as normas do estado indígena. Sem dúvida, por sua vez, a eficácia de tal reforma requereria o convencimento dos membros da Suprema Corte de Justiça encarregados de declarar a inconstitucionalidade dos atos dos funcionários públicos.

Como se vê, a questão é que a existência do sistema jurídico hegemônico inclui sua própria eficácia. Isto é, não existe sistema jurídico se não é eficaz, e sua eficácia consiste em que se cumpram as normas que o compõem. A eficácia do sistema jurídico que reconhece outros sistemas consistiria em que se reconhecessem normas que não pertencem ao sistema de cuja eficácia falamos. Esta aparente contradição é a que está no coração do problema do pluralismo jurídico.

Sem embargo, desde o ponto de vista da TGD não haveria inconveniente em pensar na coexistência de vários sistemas jurídicos com a condição de que os funcionários do sistema hegemônico mudem sua visão do mundo jurídico, o qual – ao que parece – é uma questão de educação.

Em contrapartida, a Sociologia Jurídica mostra que o sistema jurídico hegemônico, o estado moderno, que é *soberano*, resiste mal à competição com outros sistemas, mesmo quando estes são muito mais débeis. Com muito maior razão, isto sucede quando os sistemas alternativos são subversivos.

Isto deveria ser suficiente para mostrar que a moderna TGD não tem dificuldades para pensar e explicar a existência de fenômenos de pluralismo jurídico, e que, ao contrário, consegue explicar o porquê é o estado moderno o que tem dificuldades para aceitar a competição de outros sistemas.

Referências

CORREAS, Oscar. **Crítica de la ideología jurídica**. México, D. F.: UNAM-CeIICH; Coyoacán, 2005.

_____. **Derecho indígena mexicano I**. México, D. F.: Coyoacán/UNAM-CeIICH, 2007.

_____. **Introducción a la sociología jurídica**. México, D. F.: Fontamara, 1994.

_____. **Pluralismo jurídico, alternatividad, y derecho indígena**. México, D. F.: Coyoacán, 2004.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2019 [edição eletrônica em formato .epub].

_____. **El origen de la familia, la propiedad privada y el estado**. Moscú: Progreso, s. d.

KELSEN, Hans. “Dios y estado”. Em: CORREAS, Óscar (comp.). *El otro Kelsen*. México, D. F.: Coyoacán-UNAM, 2004a, p. 243-266.

_____. **Teoría general derecho y del estado**. México, D. F.: Coyoacán-UNAM, 2004b.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Brasília: Editora UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, vol. 1, 2004.

_____. *Economía y sociedad*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1983.