

Dialética entre Direito e Antropologia: Concepções acerca do Papel da Lei e do Direito sob a Perspectiva Antropológica

RONNY MAX MACHADO

Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

Email: ronnymaxm@yahoo.com.br

MARCO ANTONIO BARBOSA

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro da Faculdades Metropolitanas Unidas

Email: marco.barbosa@fmu.br

Resumo: No campo dos estudos acadêmicos de Direito e de Antropologia um tema bastante discutido refere-se ao papel do Direito nas sociedades contemporâneas. A sua criação, aplicação e eficácia são pontos centrais nas discussões desses dois ramos do conhecimento. A partir destes pontos surgem indagações que constituem o cerne do presente artigo que são: Qual o papel do Direito na sociedade contemporânea? Quais suas finalidades e formas de expressão? Quais os interesses e/ou ideologias que servem de pano de fundo e ao mesmo tempo de fundamento para sua elaboração e aplicação? Diante destas indagações, o objetivo é repensar o fenômeno jurídico sob a ótica antropológica, não na busca por respostas definitivas e imodificáveis, mas, de elementos que permitam refletir não exatamente sobre o que deve ser entendido por Direito, mas antes, quais as modalidades de sua expressão, por meio do método da revisão crítico-bibliográfica e dialética da teoria do direito e da teoria antropológica, especialmente a jurídica, e se conclui que as teorias do direito natural e do positivismo jurídico não parecem se mostrar totalmente satisfatórias para responder às questões colocadas, tendo em vista a sua construção baseada na perspectiva ocidental do direito e do Estado, o qual se encontra no momento presente, mais do que nunca, confrontado a outros poderes e a outros direitos com ele concorrentes, produzidos pelos múltiplos grupos existentes no interior e fora de suas fronteiras, de modo que, diferença, parece se constituir na palavra mais indicada a ser associada ao Direito na presente sociedade da informação.

Palavras-chave: Direito; Direito Natural; Positivismo Jurídico; Antropologia Jurídica; Sociedade da Informação; Diferença.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

JOÃO PESSOA, PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

Dialética entre Direito e Antropologia: Concepções acerca do Papel da Lei e do Direito sob a Perspectiva Antropológica

RONNY MAX MACHADO

MARCO ANTONIO BARBOSA

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho concerne ao conceito de Direito ou, mais precisamente, à discussão sobre as modalidades de sua expressão. A delimitação temática incide, portanto, sobre o cotejo da perspectiva jurídica clássica de viés teórico-filosófico-ocidental-estatal com a perspectiva contemporânea da antropologia jurídica conhecida como pluralismo jurídico ou sistemas mistos de direito. O objetivo principal é o de discutir e contrapor ambas as perspectivas com o intuito de contribuir para circunscrever o problema da pesquisa, que é o de saber como o Direito na contemporaneidade -na chamada de sociedade da informação- pode ser compreendido, dadas às inúmeras maneiras de sua expressão e de visões do fenômeno jurídico e dado também aos inúmeros fatores que demonstram inequivocamente que a produção normativa estatal perde sua primazia, assim como o Estado perde também o seu pretense monopólio de controle e aplicação do Direito. A hipótese central que conduz a análise é que Direito reclama necessariamente a perspectiva da diferença, muito mais do que a da igualdade, sobretudo porque não se trata nem de ciência, nem tampouco de uma “coisa” em qualquer sentido e que a visão que imperou soberana no ambiente tido como científico do direito, desde o racionalismo e especialmente no positivismo e ainda bastante presente nos dias atuais no ambiente jurídico-dogmático,

parece esconder, poder tratar-se, sobretudo, de mero discurso ideológico do ocidente, visando garantir a sua supremacia sobre os demais povos e direitos da Terra, condenados à colonização e à aculturação. O método adotado é o da revisão e discussão crítica bibliográfica e o dialético, especialmente a partir dos discursos dos mais prestigiados jus-filósofos ocidentais que pretenderam dizer o que seria “O Direito”, do alto de seu pensamento imaginativo e ciosos em atribuir ao direito no mundo ocidental, no qual a ciência cada vez mais ganhava precedência sobre qualquer outra autoridade tradicional, status de equivalência científica ao das chamadas ciências naturais. Essa linha de pensamento jurídico que pode ser chamada de clássica, embora ela própria se subdivida em diferentes perspectivas (como a do direito natural e a do direito positivo) é confrontada com a perspectiva antropológica do direito, que tem como ponto de inflexão a negação da universalidade do modelo ocidental, recolocando-o em seu devido lugar de mera modalidade cultural-regional de apreensão do jurídico, em torno da qual parecem gravitar as concepções tradicionais do Direito, segundo as quais o Direito parece antes consubstancia-se nas próprias relações sociais do que nas normas ou nos procedimentos formais de resolução de conflitos, meras modalidades de sua expressão. Assim, nessa perspectiva antropológica Direito não corresponderia a qualquer lugar ideal ou fixo, como as correntes clássicas do estudo do Direito sugerem e sempre ou quase sempre na perspectiva do Estado. Assim, a metodologia que orienta o trabalho obedece dupla direção. Primeiro, por meio do método investigativo-bibliográfico-jurídico visou-se circunscrever o tema em questão a fim de fundamentar os problemas e construir os critérios de análise e a avaliação crítica. Segundo, pelo método dialético e como suporte secundário, confrontar as concepções jus-filosóficas e antropológicas a fim de buscar elucidar as divergências e esclarecer as convicções dos autores, de modo

que a apresentação das propostas conclusivas reflete essa opção metodológica.

Para que se compreender o que pode ser apreendido sob a denominação Direito parece então necessário traçar alguns parâmetros e distinções construídos ao longo da história. A primeira distinção que comumente se faz no campo jurídico diz respeito ao que se passou a denominar como Direito Natural e como Direito Positivo, podendo ser considerado como Direito Natural, por aqueles que sustentam a sua existência, o direito que nasceria com o ser humano e que seria dotado de caráter universal ou irrestrito¹. Em contrapartida, o Direito Positivo é entendido como o direito posto, colocado em vigência por meio de procedimentos, geralmente previstos nas Constituições, codificado ou não, e que consistiria no conjunto de normas jurídica (princípios e regras) e nos procedimentos oficiais de sua aplicação em um determinado

1 Encontra-se amparo no pensamento de Enrique Luño Peña que afirma: O Direito Natural é um conjunto de princípios universais, perenes, absolutos e imutáveis que, ao recair sobre uma realidade social variável, individualizam-se e se concretizam em outros preceitos contingentes e variáveis, com o fim de se adaptar à realidade da vida social e das relações humanas. O Direito Natural não varia, nem muda em si mesmo; mas como os diversos estados das coisas exigem relações diversas, com formas distintas e situações diferentes, o Direito Natural, permanecendo idêntico em sua essência, manda uma coisa em tal ocasião, e outra naquela diferente, e obriga agora e não antes ou depois. Ou seja, conforme as várias mudanças acontecidas no estado das coisas e das relações humanas, aqueles preceitos universais e absolutos do Direito Natural que se individualizam e vigoram tão-somente para estas determinadas circunstâncias, variarão a teor delas mesmas. Modificadas as circunstâncias, serão outros os preceitos naturais que entrarão em vigor, pois estes farão que se derivem dos princípios fundamentais outras conseqüências adequadas. “Os princípios universais e generalíssimos, faz o bem e evita o mal, são válidos para todo tipo de relações, de qualquer modo e em qualquer circunstância; mas o conteúdo dos preceitos concretos derivados daqueles, será sempre o mesmo quando se apliquem para regular coisas invariáveis (como a essência racional do homem); e será diverso, segundo as circunstâncias, quando os preceitos se projetem sobre coisas mutáveis. (tradução livre) (LUÑO PEÑA, 1968. p. 60-61). Outros autores que também sustentam a existência de um Direito Natural entre eles: (CORREIA, 1984. p. 36); (MESSNER, 1960. p. 350-351); (MARITAIN, 1966. p.87); (HERVADA, 1996. p. 142). A tal tipo de sustentação, os positivistas oporão como seu principal argumento que não há como provar a existência do chamado direito natural e que crer na sua existência se trata apenas de fé.

Estado. Assim, ele é restrito, porque atua e tem validade dentro de determinado território, correspondendo a determinado Estado, internacionalmente reconhecido. De modo que, aquilo que se entende por ordenamento jurídico estatal só tem aplicação nos limites territoriais do Estado, salientando-se que as convenções internacionais para sua incorporação no plano interno ao sistema jurídico estatal dependem de procedimentos constitucionalmente disciplinados. De modo simples, é possível afirmar que o Direito positivo nasce da atividade dos legisladores, constitucionalmente disciplinada, sendo que os textos por eles produzidos sustentam-se na justificativa de pretender atender aos interesses da sociedade os quais ganham, através da força do Estado, obrigatoriedade.

A relevância de tal distinção para o presente trabalho encontra respaldo em trabalho de Marco Antonio Barbosa que com base nos ensinamentos antropológicos aponta para compreensão revolucionária, ao menos para a perspectiva jurídico-ocidental mais corriqueira. Ele afirma que segundo a corrente contemporânea da Antropologia Jurídica o que de fato existe é o pluralismo jurídico, ou seja, sustenta que em um mesmo campo social é possível identificar comportamentos relativos a mais de uma só ordem jurídica.

Tal compreensão revoluciona as abordagens tanto a do Direito Natural, segundo a qual o Direito decorreria da natureza das coisas, quanto do Positivismo Jurídico, segundo o qual o Direito decorreria exclusivamente da produção estatal. No entanto, em ambas essas visões a lente sob a qual é apreciado o Direito é uma só e chama-se Ocidente. (BARBOSA, 2012, p. 116).

Antonio Carlos Wolkmer (WOLMER, 2014), no Brasil, por sua vez, no seu enfrentamento da temática do pluralismo jurídico, aborda o problema concreto da crise e do esgotamento da capacidade de reposta da cultura jurídica monista e racionalizada de matriz ocidental, especialmente frente à complexidade das demandas sociais nas realidades periféricas, como é o caso da América Latina,

à qual dedica sua especial atenção e análise. Alain Supiot (SUPIOT, 2007) prefere a ideia de Direito enquanto texto que conteria crenças fundamentais, não sendo, portanto, nem expressão de Verdade revelada por Deus, nem, tampouco, descoberta científica, mas, simplesmente técnica, com capacidade de servir a fins diversos e mutáveis. Técnica do proibido, segundo ele, na medida em que se interpõe nas relações de uns com os outros e também com o mundo. Um senso comum, que supera e obriga. Assim, nessa perspectiva, cumpre, de fato, que cada um fique seguro que uma ordem existe para poder dar sentido a sua própria vida e a sua ação, ainda que contestadora.

A partir destas compreensões matizadas, busca-se melhor conhecer as diferentes correntes de pensamento sobre o jurídico, tanto aquelas que sustentam a existência de um Direito Natural, quanto do Direito Positivo e do Pluralismo jurídico. Assim, o presente trabalho está organizado em quatro itens. O primeiro, busca compreender o fenômeno jurídico a partir de Hans Kelsen, Niklas Luhmann, Norberto Bobbio e Miguel Reale. O segundo, trata do papel da Antropologia sob a perspectiva de Clifford Geertz, Roberto Da Matta e Esteban Krotz, entre outros autores. O terceiro, busca responder o que é a lei, discutindo a dialética entre Direito e Antropologia. Finalmente, apresentam-se as considerações finais.

1.COMPREENDENDO O FENÔMENO JURÍDICO A PARTIR DE HANS KELSEN, NIKLAS LUHMANN, NORBERTO BOBBIO E MIGUEL REALE

Hans Kelsen em sua obra “A Teoria Pura do Direito” trata o Direito como ciência. Ele propõe o afastamento do estudo do que chama de “Ciência do Direito” de tudo aquilo que não encontra uma conexão com o fenômeno jurídico, entendido este de modo bastante restrito, ou seja, fenômeno jurídico é em sua visão apenas a norma advinda do parlamento, nos moldes constitucionalmente previstos

e a sua aplicação pelos órgãos do Estado, também conforme a disciplina constitucional, evitando uma aproximação com postulados sem total reconhecimento pela jurisprudência. Como apresenta na seguinte passagem:

É evidente que o pensamento jurídico difere do pensamento sociológico e histórico. A “pureza” de uma teoria do Direito que se propõe uma análise estrutural de ordens jurídicas positivas consiste em nada mais que eliminar de sua esfera problemas que exijam um método diferente do que é adequado ao seu problema específico. O postulado da pureza é a exigência indispensável de evitar o sincretismo de métodos, um postulado que a jurisprudência tradicional não respeita ou não respeita suficientemente. A eliminação de um problema da esfera da Teoria Pura do Direito não implica, é claro, negar legitimidade desse problema ou da ciência que dele trata. O direito pode ser objeto de diversas ciências; a Teoria Pura do Direito nunca pretendeu ser a única ciência do Direito possível ou legítima. A sociologia do Direito e a história do Direito são outras. Elas, juntamente com a análise estrutural do Direito, são necessárias para uma compreensão completa do fenômeno complexo do Direito (KELSEN, 2001. p. 291-292).

Hans Kelsen desenvolveu um método para o estudo exclusivamente do direito positivo. A partir da ótica da “Teoria Pura do Direito” e da ideia de justiça apresenta uma noção do Direito Positivo e aborda a relação que existiria entre o Direito² e a Justiça, afirmando que a confusão, que cercaria os dois assuntos, é muito comum, isto porque no pensamento político, bem como na linguagem comum, é tendenciosa a aparência que se dá à ideia de justiça e ao direito positivado. Assim, a Teoria Pura do Direito trata-se apenas de um método criado para o estudo exclusivamente do direito positivo, de modo que Hans Kelsen não se propõe nem ao estudo do que uns chamariam de Direito Natural, os chamados naturalistas, nem ao do pluralismo jurídico, como percebem o mundo jurídico os antropólogos. Conforme trecho de outra de suas

2 Entendido Direito apenas como direito positivo, ou seja, conjunto de normas estatais postas em vigência e execução segundo regramento constitucional.

obras, Hans Kelsen tenta transmitir o pensamento que engloba a tendência que chama de política e não científica de justificar uma ordem social como sendo justa ou injusta a partir do Direito:

Libertar o conceito de Direito da idéia de justiça é difícil porque ambos são constantemente confundidos no pensamento político não científico, assim como na linguagem comum, e porque essa confusão corresponde à tendência ideológica de dar aparência de justiça ao Direito positivo. Se Direito e justiça são identificados, se apenas uma ordem justa é chamada de Direito, uma ordem social que é apresentada como Direito é - ao mesmo tempo - apresentada como justa, e isso significa justificá-la moralmente. A tendência de identificar Direito e justiça é a tendência de justificar uma dada ordem social. É uma tendência política, não científica (KELSEN, 2005a, p. 8-9).

Hans Kelsen, em *Teoria Geral do Direito e do Estado*, explica as ligações da expressão Direito nos mais variados sistemas jurídicos. Essas ligações referem-se às noções de ordem e coerção. A busca por padrões de conduta aceitáveis leva ao encontro do Direito como sendo instrumento de coerção e ordem social. Assim, explica Hans Kelsen que:

O que o chamado Direito dos babilônios antigos poderia ter em comum com o direito vigente hoje nos Estados Unidos? O que a ordem social de uma tribo negra sob liderança de um chefe despótico - uma ordem igualmente chamada 'Direito' - poderia ter em comum com a constituição da república suíça? No entanto, há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra 'Direito' de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos ashanti na África Ocidental e o dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária (KELSEN, 2005a, p. 27-28).

Maria Helena Diniz trazendo para o Direito brasileiro estudo a respeito do trabalho de Kelsen, explica o positivismo

jurídico afirmando que se trata de movimento segundo o qual Direito resume-se à lei escrita e originada no parlamento, eleito e funcionando conforme constitucionalmente estabelecido e as demais normas hierarquicamente inferiores, também constitucionalmente previstas e que cabe ao jurista e ao julgador agirem com rigor na sua aplicação dentro dos limites semânticos que apresenta.

[...] que identificava a totalidade do direito positivo com a lei escrita, entendendo que a função específica do jurista e do julgador era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido, aplicando-o, mecanicamente, mediante a lógica dedutiva. Essa doutrina ultralegalista proclamou que a lei deve ser a única fonte das decisões jurídicas; logo, toda solução jurídica não podia ser mais do que a conclusão de um silogismo, em que a premissa maior é a lei e a menor, o enunciado de um fato concreto (DINIZ, 2008. p.400).

A Teoria Pura do Direito tem essa nomenclatura em razão de sua proposta de estudar o Direito representado pelas leis advindas do parlamento e deixar de lado tudo o que não encontrar relação direta com seu objeto de estudo e assim afastar a por ele chamada de ciência jurídica de quaisquer fatores estranhos³, conforme descrito no trecho abaixo indicado pelo autor:

Quando a si própria se designa como “Pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isso quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos (KELSEN, 2005b, p.1).

Niklas Luhmann, também apresenta sua compreensão para o estudo do Direito, levando em conta a sua relação com a sociedade. Apresenta argumentos que permitem pensar o Direito sob a óptica da sociedade por meio do estudo dos novos cenários em que surgem

3 Pode-se entender como fatores estranhos ao Direito a partir de Kelsen: A moral, a filosofia, a economia, a psicologia, a sociologia entre outras.

a criação do Direito e sua interpretação. Em sua obra *Sociologia do Direito I* aborda a redução do temor que se tem em face do Estado, que denomina de “Leviatã desconhecido”, além disso, explica o papel dos legisladores e dos juízes no século XX:

Com o estabelecimento do processo legislativo, com a transparência dessas formas de procedimento e de seus resultados, reduz-se o medo frente ao novo Leviatã desconhecido, crescendo em contrapartida a convicção sobre limites imanentes à legislação. Torna-se evidente que nem todo o direito pode ser cunhado na forma genérica da lei, que as fixações programáticas do legislador não podem captar integralmente o sentido do direito vigente. No século XX, no entanto, isso não leva ao reconhecimento de princípios ou de fontes invariantes do direito, mas sim a uma nova acentuação do direito dos juízes, e isso no terreno da positividade (LUHMANN, 1983, p. 235-236).

Niklas Luhmann traz outras características importantes no estudo do Direito ao longo da história. A participação dos legisladores e dos juízes na formatação do que o Direito ganha destaque:

Essa caracterização do direito dos juízes ou da legislação através da jurisprudência inclui recursos ao antigo direito dos juristas, por exemplo, a articulação da consciência das decisões e a sensibilidade para o deslocamento cuidadoso das imagens dogmáticas do direito. A isso acrescentam-se, no entanto, argumentos que fundamentam a contribuição especial do juiz a partir de sua posição em um processo decisório diferenciado: a partir do seu controle direto das sanções do direito, da sua proximidade com os casos apresentados e a concretude de sua experiência jurídica cotidiana, sua lida com normas inacabadamente determinadas, de sua decisão fixada legalmente em termos apenas programáticos e não definitivos. Tudo isso remete complementarmente ao processo legislativo (LUHMANN, 1983, p. 236).

O autor prossegue em seu livro tratando do Direito Positivo e do Direito Natural. Ele aponta que o caráter positivo do Direito pode ser pensado como um seletor de alto grau. Na extremidade deste pensamento estaria o Direito Natural. No momento em que os

valores são socialmente aceitos, nascem as normas positivas, fugindo da compreensão de positividade como algo decorrente de uma decisão, da constituição, sendo resultado daquilo que se entende por desenvolvimento da sociedade:

[...] a positividade do direito pode ser concebida como seletividade intensificada do direito. O horizonte ampliado do que é possível enquanto experiência e ação coloca o direito natural supostamente invariante à luz de outras possibilidades. O que se supunha ser constante, ser ordem no mundo, passa a ser reconhecido como escolha, opção e tem que ser assumido como tal, independentemente da manutenção ou modificação das normas em cada caso. Essa mudança estrutural (e não uma decisão) torna a decisão o princípio do direito. Sua positividade não resulta da constituição (mas vige também quando a constituição a nega, “assumindo-se” como direito natural ou inalterável); ela não resulta da referência lógica a uma norma básica que confere vigência normativa a determinadas decisões (mas quando muito é simbolizada e construída juridicamente pela idéia de uma tal normal básica); ela resulta, isso sim, do desenvolvimento social e está correlacionada com uma estrutura social que gera uma superabundância de possibilidades através da diferenciação funcional, apresentando por isso a tendência de fazer com que todo o direito pareça contingente (LUHMANN, 1983, p. 238).

Prosseguindo na busca pela compreensão do fenômeno jurídico muitos juristas obstinam-se com o estabelecimento do conceito de norma jurídica, sugerindo que se faça por meio de uma análise criteriosa. Para certos cientistas do Direito, entre os quais destaca-se Hans Kelsen, é necessário que tal definição possua algumas características, em razão de sua complexidade em razão da ideia de que a norma jurídica tenderia a regulamentar os mais variados espaços da esfera da vida humana, assim sendo, identifica-se contribuição considerada importante para o entendimento do Direito à luz do que muitos identificam como progresso social, desenvolvida pelo filósofo e jurista italiano Norberto Bobbio, que em célebre frase afirmou: “A experiência jurídica é uma experiência normativa” (BOBBIO, 2001, p. 23).

Para que se possa enxergar estas novas formas, menciona-se passagem da obra Teoria Geral do Direito segundo a qual “não existe justo por natureza, mas apenas um justo por convenção” e que “a justiça e a injustiça nascem juntamente com o direito positivo” e diz ainda que “onde há justiça significa que há um sistema constituído de direito positivo” (BOBBIO, 2001, p. 39-41). A partir destas três expressões apresentadas por Bobbio pode-se entender que para ele, o Direito se molda de acordo com a sociedade vigente. Por fim, o Direito serve de norte para tomada de decisões que se pretendem chamar de justas⁴. Contudo, outras posturas intelectuais irão contradizer tais afirmações e colocar em xeque algumas formas de conceber o Direito.

No Brasil, Miguel Reale, em uma de suas obras, trata da teoria dos modelos do direito. Apresenta classificação que divide os modelos em jurídicos e doutrinários. Ao tratar do modelo jurídico, traduz os direitos que possuem uma natureza prescritiva, cuja origem pode ser legal, costumeira, jurisprudencial ou negocial (REALE, 2002, p.153). Ele também contribui para o entendimento do papel dos pensadores do Direito, no caso os doutrinadores ou juristas. Segundo o autor, as interpretações elaboradas por eles têm cunho doutrinário e científico, porque respondem a questões⁵ e dão fundamento ao sistema em que as normas estão inseridas. Assim surgem variedades de correntes de pensamento que dão forma e finalidade às diversas leis que possam existir dentro de uma sociedade.

Cumprido, por conseguinte, ter presente que, a propósito do sentido ou valor das normas jurídicas vigentes, são formuladas, pelos juristas, interpretações de natureza doutrinária ou científica, destituídas de força cogente, limitando-se sua função a dizer o que os modelos

4 Interpretação esta obtida conforme o pensamento de Bobbio que diz: A justiça e a injustiça nascem juntamente com o direito.

5 As questões consistem em responder o que os modelos significam.

significam. Como variam os critérios e paradigmas interpretativos, as proposições e modelos hermenêuticos – que no seu todo compõem o corpo da doutrina, ou o Direito Científico, conforme terminologia de Savigny – dependem da posição de cada exegeta, os quais se distribuem em distintas teorias ou correntes de pensamento. [...] É por essa razão, pela não-prescritibilidade dos modelos hermenêuticos, que não considero a doutrina uma das fontes do direito, o que não lhes diminui, absolutamente, a relevância, visto como é tarefa da doutrina esclarecer a significação das fontes de direito, para saber, por exemplo, se elas todas se reduzem, em última análise, à lei; se elas existem em *numerus clausus*; se entre elas há uma hierarquia etc. (REALE, 1994, p. 107).

Miguel Reale com base na sua teoria tridimensional tenta explicar as acepções atreladas à ideia de fonte do Direito. Ele assevera que o Direito não possui apenas uma faceta normativa, mas que envolve fatos e valores também, conforme explicitado abaixo:

Desse modo, a teoria das fontes se transfere para um plano metajurídico, obedecendo a uma pluralidade imprevisível de focos de irradiação de regras, cuja juridicidade caberia aos juristas e juízes reconhecer e aplicar segundo critérios postos por distintas ciências sociais. Penso eu que só a primeira noção de fonte antes examinada corresponde à natureza do Direito, o qual é sempre normativo, muito embora não seja exclusivamente normativo, como o sustentou Kelsen com sua Teoria Pura de Direito, isto é, desvencilhado de tudo que não seja normativo (REALE, 1994, p. 15).

Em face dos pensamentos de Hans Kelsen, Niklas Luhmann, Norberto Bobbio e Miguel Reale observa-se que o Direito em suas respectivas perspectivas parece estar sempre, necessária e diretamente atrelado à ideia de lei em sentido amplo⁶, possibilitando

6 Segundo Paulo Nader em sentido amplo, emprega-se o vocábulo lei para indicar o Jus scriptum. É uma referência genérica que atinge à lei propriamente, à medida provisória e ao decreto Criada pela Constituição Federal de 1988, a medida provisória é ato de competência do presidente da República, que poderá editá-la na hipótese de relevância e urgência, excluída a permissão constitucional sobre matéria afeta à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos, Direito Eleitoral, Penal, Processual Penal e Processual Civil, entre outros assuntos, como prevê o art. 62 da Constituição Federal, conforme a Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001. Tanto quanto o decreto-lei, a quem substitui em nosso ordenamento, possui forma de decreto e con-

a regulamentação da vida em sociedade e envolvendo figuras como a do legislador e a do julgador na sistematização e interpretação do direito de tipo ocidental. Note-se que em tais visões o entendimento sobre o Direito pressupõe a produção, o controle e a sua aplicação cogente pelos órgãos do Estado, de modo que Direito e Estado, em tais perspectivas, representam faces da mesma moeda. Trata-se, na verdade, em que pesem as possíveis e sutis diferenças de perspectivas de uns e de outros, de filiação geral à teoria de Thomas Hobbes, segundo a qual sem o Estado não haveria ordem social e a vida seria grosseira e breve na guerra de todos contra todos. Contudo, no encontro com a economia, a antropologia, a sociologia, entre outras disciplinas, essas interpretações sofreram outros impactos, surgindo novas reflexões sobre o Direito como um fenômeno de regulação social, conforme se verá na sequência.

2. O PAPEL DA ANTROPOLOGIA SOB A PERSPECTIVA DE CLIFFORD GEERTZ, ROBERTO DA MATTA E ESTEBAN KROTZ

A antropologia e o direito têm conexões muito fortes entre si, uma vez que o ser humano e sua forma social de organização são a chave central de ambas estas ciências. Ambas se preocupam com os conflitos, diferenças e comportamentos das sociedades e das pessoas, sendo o Direito identificado como mecanismo presente em todas as

teúdo de lei. Uma vez editada deve ser submetida imediatamente à apreciação do Congresso Nacional. Caso não logre a conversão em lei dentro do prazo de sessenta dias da publicação, prorrogável por igual tempo, a medida provisória perderá seu caráter obrigatório, com efeitos retroativos ao início de sua vigência. Ocorrendo esta hipótese, o Congresso Nacional deverá disciplinar as relações sociais afetadas pelas medidas provisórias rejeitadas. Os atos normais de competência do Chefe do Executivo – Presidente da República, Governador de Estado, Prefeito Municipal –, são baixados mediante simples decretos. A validade destes não exige o referendo do Poder Legislativo. Entre as diversas espécies de decretos, há os autônomos e os regulamentares. Os primeiros são editados na rotina da função administrativa, sobre as matérias definidas na Constituição Federal, nas constituições estaduais e em leis que organizam a vida dos municípios. Os decretos regulamentares complementam as leis, dando-lhes a forma prática de aplicação. O regulamento não pode introduzir novos direitos e deveres; deve limitar-se a estabelecer os critérios de execução da lei. (NADER, 2014. p.163-164).

diferentes sociedades e que desempenha o papel crucial de controle social. Dentre as questões relevantes e desafiadoras que a antropologia jurídica coloca, uma delas refere-se a pensar como as sociedades não estatais, ou tradicionais, ou indígenas resolviam e ainda resolvem hoje, pois se tratam de sociedades tão contemporâneas quanto as chamadas de sociedades modernas, os seus problemas, sem o necessário recurso à norma escrita e também, não raro, sem tampouco o recurso a procedimentos formais de solução de conflitos com a intermediação de um terceiro, como o juiz, árbitro ou mediador para a solução de conflitos. Em outras palavras um método não positivado, mas igualmente apto a produzir a coerência social.

Thomas Hobbes e muitos doutores da lei ensinaram que o Estado é um elemento necessário para garantir a ordem social. De acordo com a filosofia de Hobbes (*Leviathan*, 1968), sem o poder coercitivo do Estado a vida seria “grosseira, bruta e breve” na “guerra de todos contra todos”. A antropologia moderna provou que esta visão da sociedade é em grande parte falsa. Muitas sociedades existiram e ainda existem sem quaisquer leis escritas, ou poder burocrático, ou violência organizada do Estado. Isso não significa que essas sociedades não tenham regras ou normas sociais, nem quer dizer que não há mecanismos de controle social ou sanções contra aqueles que infringem essas regras. Todavia tais mecanismos existem em outras instituições que não o Estado e, o que é ainda mais importante, estas instituições continuam a funcionar mesmo na moderna sociedade urbana (SHIRLEY, 1978, p. 9).

Algumas características que norteiam as diferentes sociedades seriam os costumes, a religião e a moral⁷. Então se compreende por meio da antropologia que existiu e que sempre existirá pluralidade de modos de viver⁸. Conforme explicam Olney Queiroz Assis e Vitor Frederico Kümpel:

7 A título exemplificativo Marina de Andrade Marconi e Zélia Maria Neves Presotto em: *Mudança no Direito Consuetudinário*, explicam que isso, entretanto, torna-se muito difícil, pois trata-se da cultura legal de um povo. O que pode ser imoral para um povo, pode ser legal para outro. (MARCONI, 2010. p.306).

8 Noção extraída do texto de: (MASSENZIO, 2005.p. 72-76).

Até o século XIX, movidos pela ideia de uma história universal das civilizações, alguns teóricos entenderam que haveria uma única grande cultura em desenvolvimento, da qual as diferentes culturas seriam apenas fases ou etapas. No século XX, porém, movidos pela ideia de que a história é descontínua, passou-se a entender que não existe apenas uma cultura, mas culturas diferentes. Existe uma pluralidade de culturas porque os valores, as leis, as crenças, práticas e as instituições variam de formação social para formação social (ASSIS e KÜMPEL, 2011, p. 238-239).

Marco Antonio Barbosa afirma:

A crítica à teoria clássica do Direito inicia-se com a própria história da antropologia social moderna, especialmente com os trabalhos empíricos dos pais-fundadores da disciplina, Franz Boas e Bronislaw Malinowski. Este último dedicou-se ao estudo da Economia e do Direito nas Ilhas Trobriand, no início do século XX, cujas pesquisas e seus resultados teóricos tornaram-se fundamentais na Antropologia, particularmente a jurídica. [...] as constatações de Malinowski permitiram um novo olhar sobre o Direito, diferente daquele oferecido pela teoria jurídica clássica. Esta remete o Direito necessariamente ou a um conjunto de normas advindas de um poder central ou ao processo, enquanto estrutura oficial de solução de controvérsia (BARBOSA, 2012, p. 115).

Segundo referido autor, Bronislaw Malinowski afirma que o Direito não se encontra nem na norma nem no processo, mas sim nas relações de obrigações recíprocas entre as pessoas e os grupos⁹. Com isso, a antropologia jurídica oferece um olhar diferente sobre o Direito, seja no que se refere às sociedades tradicionais, antigas e atuais, mas também sobre as próprias sociedades chamadas de modernas ou complexas. Ela sinaliza que se deve buscar a existência

9 Além disso, Malinowski acrescenta finalmente que a lei, ou Direito, não se trata de um lugar especial, pairando acima ou à parte da sociedade e de seus demais elementos constitutivos. Portanto, não pode ser compreendido como um conjunto especial de regras “que prevê e define possíveis formas de contravenção e provê barreiras e reparos apropriados” (idem). O Direito é, pois, resultado da configuração de obrigações recíprocas que impossibilitam o cidadão de se esquivar às suas responsabilidades sem que com isso sofra as consequências no futuro. (BARBOSA, 2012, p.130).

ou identificação do Direito não a partir da tentativa de se responder o que ele seja, coisificando-o, como algo de contornos imutáveis, mas, antes, por meio da tentativa de compreendê-lo a partir das próprias relações sociais. Ou seja, “o Direito é menos um objeto de contornos imutáveis do que uma maneira de pensar as relações sociais” (ROULAND, 1990, p.48)¹⁰. Assim, a ideia que muitos defendem de que o Direito só existe a partir do Estado cai por terra, por que mesmo nas civilizações antigas e as atuais que não tinham e ainda não têm um Estado para lhes dizer o que fazer ou não, o Direito já existia e ainda existe.

O que a antropologia e especialmente a antropologia jurídica vêm afirmando já há pelo menos um século é que as chamadas sociedades modernas, ou sociedades com Estado, não são uma evolução das sociedades tradicionais ou sem Estado, como a história do Direito ocidental costuma, sem muita crítica e sem base em dados empíricos, apresentar. Insiste ainda na necessidade de se reconhecer que o evolucionismo darwinista não serve à compreensão do fenômeno social, mas que, infelizmente, no mais das vezes, isso não tem sido suficientemente apreendido pelas análises e interpretações jurídicas (BARBOSA, 2012, p. 117).

Seguindo o pensamento de Max Weber, Clifford Geertz afirma que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assim aponta a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado (GEERTZ, 2008, p. 4).

[...] a cultura é melhor vista não como complexos de padrões concretos de comportamento – costumes, usos, tradições, feixes de hábitos –, como tem sido o caso até agora, mas como um conjunto de controle – planos, receitas, regras, instruções (o que os engenheiros da computação chamam de “programas”) – para governar o comportamento. [...] O homem é precisamente o animal mais desesperadamente dependente de tais mecanismos de controle, extragenéticos, fora da pele, de tais

10 (tradução livre).

programas culturais, para ordenar seu comportamento (GEERTZ, 2008, p. 32-33).

Por intermédio do estudo da cultura é possível entender os espaços da vida humana entre os quais se encontra o Direito, mais um desses componentes que constituem o que se passou a compreender como: sobrenatureza humana.

É por intermédio dos padrões culturais, amontoados ordenados de símbolos significativos, que o homem encontra sentido nos acontecimentos através dos quais ele vive. O estudo da cultura, a totalidade acumulada de tais padrões, é, portanto, o estudo da maquinaria que os indivíduos ou grupos de indivíduos empregam para orientar a si mesmos num mundo que de outra forma seria obscuro (GEERTZ, 2008, p. 150).

Roberto Da Matta explica as características que envolvem a cultura de uma pessoa. Em razão do contexto, a expressão cultura é utilizada para classificar os indivíduos e desta maneira servir como ferramenta de discriminação, conforme explica o antropólogo:

Cultura aqui é equivalente a volume de leituras, a controle de informações, a títulos universitários e chega até mesmo a ser confundida com inteligência, como se a habilidade para realizar certas operações mentais e lógicas (que definem de fato a inteligência) fosse algo a ser medido ou arbitrado pelo número de livros que uma pessoa leu, às línguas que pode falar, ou os quadros e pintores que pode, de memória, enumerar. Nesse sentido, cultura é uma palavra usada para classificar as pessoas e, às vezes, grupos sociais, servindo como arma discriminatória contra algum sexo, idade, etnia, ou mesmo sociedade inteiras (DA MATTA, 1986, p. 122).

Roberto Da Matta trata da questão cultural como um vetor que daria origem a grupos - pessoas que vivem juntas em razão de determinados interesses e necessidades e assim explica:

É justamente porque compartilham de parcelas importantes deste código (a cultura) que um conjunto de indivíduos com interesses e capacidades distintas e até mesmo opostas transformam-se num grupo e podem viver juntos sentindo-se parte de uma mesma totalidade.

Podem assim, desenvolver relações entre si porque a cultura lhes forneceu normas que dizem respeito aos modos mais (ou menos) apropriados de comportamento diante de certas situações (DA MATTA, 1986, p. 123).

Roberto Da Matta explica cultura como conceito, possibilitando uma melhor compreensão a respeito do seu significado e alcance semântico.

O conceito de cultura, ou a cultura como conceito, permite uma perspectiva mais consciente de nós mesmos. Precisamente porque diz que não há homens sem cultura e permite comparar culturas e configurações culturais como entidades iguais, deixando de estabelecer hierarquias em que inevitavelmente existiam sociedades inferiores e superiores. Mesmo diante de formas culturais aparentemente irracionais, cruéis ou pervertidas, existe o homem e entendê-las – ainda que seja para evitá-las – é uma tarefa inevitável que faz parte da condição do ser humano e viver num universo marcado e demarcado pela cultura. Em outras palavras, a cultura permite traduzir melhor a diferença entre nós e os outros e, assim fazendo, resgatar a nossa humanidade no outro e a do outro em nós mesmos (DA MATTA, 1986, p. 127).

Sobre a centralidade da cultura para a compreensão do Direito enquanto fenômeno plural é importante também trazer à colação o posicionamento de James Rachels e de Stuart Rachels, que embora críticos em relação à teoria do relativismo cultural, afirmam que ela “[...] desafia a nossa crença na objetividade e na universalidade da verdade moral”. (RACHELS & RACHELS, 2013 p. 28). Muito embora, apontando defeitos que entendem haver na teoria do relativismo cultural, denomina-a de “[...] teoria atrativa porque é baseada em um insight genuíno: que muitas de nossas práticas e atitudes que achamos naturais são na verdade somente produtos culturais”. Acrescentam que acima de tudo, “[...] manter esse pensamento na mente é importante se quisermos evitar a arrogância e permanecer abertos a novas ideias” (RACHELS & RACHELS 2013, p. 38).

Esteban Krotz explica que a antropologia como ciência da alteridade, estuda qualquer fenômeno social, deixando claro que não apenas na sociedade onde é feito o estudo, mas em outras. Um estudo que tenha por base o Direito tem por fim evidenciar as múltiplas práticas e idéias jurídicas.

a) A antropologia como ciência da alteridade, estuda qualquer fenômeno social – em outras sociedades e em sua própria – como parte da diversidade de configurações socioculturais. [...] a antropologia coloca em evidência a multiplicidade de práticas e idéias jurídicas, condutas e normas legais na sociedade em que estuda [...]. b) [...] “Não é uma ciência experimental em busca de leis, mas sim, uma ciência interpretativa em busca de significações”, sendo que a análise consiste em “examinar as estruturas de significação” que compartilham as sociedades. [...] c) Como qualquer sistema normativo, [...] e tudo que tenha a ver com ele, não é um fenômeno de ordem natural, mas sim uma criação histórica dos seres humanos, disto resulta que é importante saber como os membros de um grupo são introduzidos no mundo dos direitos e dos deveres, faculdades e obrigações que se desenvolvem em suas vidas; o mesmo vale de maneira mais específica, para aqueles que desenvolvem funções destacadas neste sistema (KROTZ, 2002, p.13).

O referido autor constata a paralisação do local de estudo sócio-científico do Direito. Segundo ele, isso decorre dos fenômenos do capitalismo e da globalização:

Atualmente, contudo, o local adequado do estudo sócio-científico do direito, se vê paralisado por dificuldades de definir com precisão o caráter da organização estatal na presente etapa do capitalismo, chamada “globalização”; ademais, a imagem clássica desta organização estatal encontra-se profundamente afetada pela legalidade crescente de todos os âmbitos internos e das relações externas dos países e pela simultânea erosão da soberania nacional tradicional mediante os pactos internacionais e os processos econômicos mundiais. Contudo, como as lutas pela democratização da sociedade e pela vigência dos direitos humanos estão focadas no estado político, continua sendo inevitável a tarefa de seu esclarecimento teórico (KROTZ, 2002, p. 23).

Para Esteban Krotz compreender as normas jurídicas exige, além do seu estudo específico, conhecer também as justificativas que as norteiam e suas formas de aplicação dentro do contexto social.

[...] o estudo das normas jurídicas, suas justificações e suas aplicações em uma dada sociedade revelam muito sobre outros aspectos da mesma, por exemplo, a concepção hegemônica sobre o ser humano, sobre a convivência social, sobre a justiça e inclusive sobre o sentido da vida. [...] a antropologia jurídica, [...] pode ser entendida como uma perspectiva específica elaborada para dar conta da captação da realidade social, embora, de um ângulo particular e limitado da vida e das características de uma determinada sociedade (KROTZ, 2002, p. 27).

Após o estudo de algumas das concepções sobre a norma jurídica ou direito, seja no âmbito da chamada ciência do direito pelos juristas dedicados ao fenômeno jurídico na óptica ocidental, seja no da antropologia e de algumas questões que envolvem o objeto de estudo da antropologia, passa-se a delinear no que consistiria a lei. Além disso, explicar algumas características que aproximam e outras que distanciam o estudo do Direito na formação jurídica ocidental e na Antropologia.

3. O QUE É A LEI? A DIALÉTICA ENTRE DIREITO E ANTROPOLOGIA.

O dilema que se propõe aqui enfrentar trata da mudança de comportamento das pessoas por meio da lei, entendida nos limites traçados pela norma escrita de origem nos Parlamentos dos Estados. Será que a intenção daqueles que criam as normas é mesmo de mudar as realidades existentes? A compreensão que foi trazida por Thomas Hobbes de que a lei é fruto do Estado, dá norte para a reflexão, senão vejamos:

As leis são as regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja reputado injusto sem ser contrário a alguma lei. Ninguém pode fazer as leis, a não ser o Estado, pois estamos sujeitos unicamente ao Estado; e as ordens devem estar expressas por sinais suficientes, pois, de outro modo, ninguém saberia como obedecer a elas (HOBBS, 2009, p. 188).

Nos estudos que se faz nos Cursos Jurídicos relativamente às fontes do Direito, duas dessas fontes aparentemente conflitam,

ou seja, o costume e a lei. Ao menos em um deles que é o caso do nepotismo -costume por muito tempo em prática no Brasil- e que a lei veda. Há a crença segundo a qual as normas jurídicas, ou mais especificamente a lei, vão resolver todos os problemas sociais. A esse respeito Evgeni Pachukanis explica:

O direito, enquanto fenômeno social objetivo, não pode esgotar-se na norma ou na regra, seja ela escrita ou não. A norma como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzida diretamente das relações já existentes ou, então, representa quando é promulgada como lei estadual apenas uma sintonia que permite prever com certa probabilidade o futuro nascimento das relações correspondentes. Para afirmar a existência objetiva do direito não é suficiente conhecer apenas o seu conteúdo normativo, mas é necessário igualmente saber se este conteúdo normativo é realizado na vida, ou seja, através de relações sociais. A origem normal dos erros neste caso está no modo de pensar dogmático que confere ao conceito de norma vigente um significado específico que não coincide com aquilo que o sociólogo ou o historiador entendem por existência objetiva do direito. Quando o jurista dogmático tem de decidir se uma determinada forma jurídica está ou não em vigor, ele não procura geralmente determinar a existência ou não de um determinado fenômeno social objetivo, mas apenas a presença, ou ausência, de um vínculo lógico entre proposição normativa dada e as premissas normativas mais gerais (PACHUKANIS, 1988, p. 49).

Existem grupos na sociedade brasileira que não são alcançados pelas instituições estatais de aplicação da lei, ou porque possuem privilégios decorrentes da lei ou por se beneficiarem de arranjos ilegais ou para-legais que acabam por favorecê-los ou ainda porque, simplesmente, ficam fora de seu raio de ação e não sofrem seus efeitos¹¹. Outra questão atrelada ao dilema aqui abordado atinge também as leis que não se adaptam e/ou implementam.

11 Referência aos parlamentares integrantes das Casas Legislativas nas três esferas de Poder Legislativo: Federal, Estadual e Municipal e outros atores públicos beneficiários de tratamento diferenciados pela própria Constituição ou lei e àqueles que por meio de ilegalidade ou para-legalidade se furtam aos seus efeitos ou ainda àqueles que simplesmente não são por qualquer motivo atingidos por ela. Exemplo do caso daqueles que ficam fora do raio de ação da lei, trata-se de situações que embora a lei preveja esta ou aquela sanção para este ou aquele fato

Afora a crítica que se pode apresentar à ideia de “progresso social”, uma vez que ela remete necessariamente ao evolucionismo social, teoria antropológica ultrapassada há mais de um século no campo exatamente onde nasceu – a antropologia social- que admitia a existência de graus de evolução e que classificava as diferentes sociedades entre mais e menos evoluídas, ideia essa que será vivida e experimentada de modo diferente pelas diferentes culturas e também percebida e experimentada diferentemente pelos diferentes indivíduos, não se pode admitir falar no Direito, enquanto objeto de contornos imutáveis, mas, apenas como uma maneira de pensar as relações sociais, como bem asseverou Norbert Rouland, já antes, citado. Por sua vez, Roberto Varela escreve sobre a fundação do Direito com base na cultura. Segundo ele, o entendimento do Direito deve se dar levando em consideração a sua complexidade e a dialeticidade que o envolve.

O direito funda-se na cultura, no mundo daquilo que pode ser de outra maneira, daquilo não-necessário. Sejam, portanto, prudentes para não o sacralizar: as normas que nos damos podem ser de outra maneira, [...]. E sejam, todavia, mais prudentes ao sermos conscientes de que o direito é um resultado, que não é simples, nem mecânico, mas complexo e dialético, das relações de poder (VARELA, 2002, p. 109).

François Laplantine, por sua vez, sustenta que o conhecimento antropológico da própria cultura passa inevitavelmente pelo conhecimento das outras culturas; e que se deve especialmente reconhecer que se vive em uma cultura possível entre tantas outras, mas não a única (LAPLANTINE, 2003). Jesús Antonio de la Torre Rangel em sua obra “El derecho que nace del Pueblo”, de sua parte, explica que uma das exigências de grupos como os indígenas, quilombolas entre outros é a vigência real dos seus próprios direitos,

tipificado na lei, o Estado por meio de seus agentes, simplesmente não os consegue identificar ou perseguir.

que muitas vezes, não têm previsão dentro do sistema jurídico oficial ou no caso de existir previsão podem acabar entrando em conflito com os seus próprios direitos, os quais, assim, acabam por ser afastados. A compreensão do pluralismo jurídico implica na admissão de uma gama de direitos não oficialmente reconhecidos pelo Estado e que coloca em pauta a reflexão necessária sobre as razões que levam o sistema oficial estatal de Direito a negar os direitos produzidos e praticados pelos grupos sociais que vivem dentro do Estado. Essa é também a perspectiva da apreensão do pluralismo jurídico na América Latina de Antonio Carlos Wolkmer, já antes citado (WOLKMER, 2015).

É precisamente nesses grupos que reclamam a vigência real de seus direitos, como novos sujeitos sociais, o lugar onde nasce a juridicidade alternativa, o outro direito, como pluralismo jurídico. Paradoxalmente, aí onde se dá a ausência de todo direito [Estatal], é onde nasce o direito novo, como a juridicidade da alteridade, vale dizer, do outro e a partir de outros fundamentos. O início do pluralismo jurídico reside na exigência de direitos, isto é, a exigência de justiça e, em contrapartida, a coisa ou comportamento adequado que ela implica (RANGEL, 2005, p. 119)¹².

Ao tratar do pluralismo jurídico e sua relação com o poder e com o Estado, Maria Teresa Sierra e Victoria Chenaut que estudam a antropologia e a antropologia jurídica, tratam da possibilidade de existência harmônica do pluralismo jurídico e sua contribuição para o fortalecimento do Direito.

Consideramos acertado insistir no papel hegemônico do estado na construção das legalidades não-estatais e na necessidade de compreender a maneira como as ordens jurídicas se sobrepõem nos mesmos espaços de semiautonomia. É dizer que advogar pelo papel do pluralismo jurídico não deve significar deixar de lado o papel central do poder e do poder do estado, assim como a maneira com que as ordens jurídicas

12 (tradução livre).

se constroem mutuamente. A imagem do pluralismo jurídico pode envolver uma ideia de convivência harmônica dos sistemas de regulação, quando, na realidade, há hierarquias que atravessam os campos sociais semiautônomos, como é o caso do direito do Estado. Desta maneira, evita-se criar uma visão dualista, que concebe um campo onde interagem sistemas jurídicos que se tocam, mas não se influenciam (SIERRA; CHENAUT, 2002, p. 157)¹³.

Luiz Otavio Ribas esclarece algumas características do pluralismo jurídico. De acordo com o autor, trata-se de uma teoria que tem por finalidade a análise do fenômeno jurídico levando em conta sua incompletude e realidade.

Por pluralismo jurídico entende-se uma teoria que busca analisar o fenômeno jurídico em sua incompletude e realidade; é uma ideia pensada pelos filósofos políticos e do direito para assegurar a pluralidade de participação na criação das normas, uma maior efetividade às existentes e o respeito público a ordens preexistentes ao modelo positivista-liberal (como o exemplo dos povos originários da América Latina) (RIBAS, 2009, p. 20).

No mundo coexistem várias normatividades, ou se se quiser, vários sistemas jurídicos, que se entrecruzam, se sobrepõem, se completam e mesmo conflitam entre si e o nome disso é pluralismo jurídico ou sistemas mistos de direito. A teoria antropológica do pluralismo jurídico, ou sistemas mistos de direito, possibilitou novo olhar para as concepções jusnaturalistas e positivistas amplamente majoritárias na compreensão do Direito no mundo ocidental e que ainda está longe de ter sido completamente abandonada pelos cultores desse universo cultural particular do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se pela compreensão do Direito e do papel da lei, a partir das análises e discussões ao longo do estudo de algumas no-

13 (tradução livre).

ções envolvendo diferentes percepções nas suas abordagens e sobre a existência de um certo Direito Natural e do Direito Positivo que, quanto ao Direito Natural, é necessário lembrar que parece problemática a sua demonstração. Provar a sua existência parece não se revelar possível, portanto, admiti-lo implica em posição de fé, incompatível com a perspectiva científica. Quanto ao Direito Positivo, remete à norma jurídica estatal e à ideia de poder cogente, também estatal. Ademais, quanto ao direito positivo em si, parece não haver grandes dificuldades em compreendê-lo, merecendo, no entanto, algumas indispensáveis observações. Primeiro, que ele não se trata da única expressão do Direito, nem do ponto de vista interno, nem externo. Explicando: a normatividade do Estado cada vez mais sofre o concurso de outras, tanto daquelas produzidas pelos múltiplos e diferentes grupos que existem dentro dos limites territoriais do Estado, quanto daquelas produzidas pelas instâncias internacionais e de outras instituições e organizações transnacionais do mundo globalizado, que também produzem e sancionam os seus próprios direitos. Neste contexto, a inserção da ideia de pluralismo jurídico, na qualidade de teoria, questiona os fundamentos dos dois primeiros fenômenos: o chamado direito natural e o positivismo jurídico.

A contribuição da antropologia e especialmente da antropologia jurídica parece ser no sentido de fazer com que se perceba que não há nada de natural entre os seres humanos, porque tudo é culturalmente significado e re-significado de modo permanente. O Direito é, portanto, produto da cultura e possui variações de cultura para cultura e como todo produto cultural é dinâmico e instável. Sobretudo, é sujeito às contingências da vida. Decorre de múltiplas origens e provavelmente quando de sua aplicação prática será sempre composto, misto.

Mesmo as questões que envolvem a lei, entendida como a norma escrita emanada do parlamento, constitucionalmente

prevista e produzida, como ferramenta de regulação social sofrem limitações das mais variadas ordens, isto é, econômicas, políticas, educacionais, culturais, entre outras, desaparecendo, assim, a possibilidade da concepção de um Direito puro, no singular e no absoluto, apenas e sempre vinculado ao Estado, sobretudo nos tempos presentes em que essa figura sofre o concurso no poder de inúmeras outras.

Em sociedades plurais em culturas, tradições, opiniões e grupos formadores das mais distintas ordens e origens, o Direito em um primeiro momento pode parecer de difícil concretização, sobretudo se visto, na perspectiva do absoluto e do singular. O Direito enquanto campo de estudo, na perspectiva da corrente mais contemporânea da antropologia jurídica, conhecida como pluralismo jurídico ou sistemas mistos de direito, sustenta que em um mesmo campo social é possível identificar comportamentos vinculados a mais de um único sistema jurídico, que o direito oficial reconhece, tolera ou nega. A partir de tal constatação, é ensejada verdadeira revolução no plano das abordagens do jurídico que rejeita a perspectiva da unidade, igualdade e homogeneidade em favor da diferença. Desponta, assim, esta - a diferença-, como o principal fator a ser reconhecido como o mais importante elemento caracterizador da condição humana e, portanto, também, do Direito.

Data de Submissão: 08/04/2016

Data de Aprovação: 07/04/2017

double blind peer review

Editor Geral: Ernesto Pimentel

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Diagramação: Emmanuel Luna

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARBOSA, Marco Antonio. Pluralismo Jurídico na Sociedade da Informação. **Direitos Fundamentais & Justiça** - Ano 6, nº 20, Jul/Set 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo, EDIPRO, 2001.

CORREIA, Alexandre. **Ensaio Político e Filosófico**. São Paulo: Convívio-EDUSP, 1984.

DA MATTA, Roberto. Você tem cultura? In: _____. **Explorações: ensaios de sociologia interpretativa**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008. GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

HERVADA, Javier. **Historia de la Ciencia del Derecho Natural**. 3a ed. Pamplona: EUNSA, 1996.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005a.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005b.

KROTZ, Esteban. **Sociedade, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica**. In: KROTZ, Esteban (Ed.). **Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho**. Rubí, Barcelona: Anthropos Editora; México: Universidad Autónoma Metropolitana - Izatopalapa, 2002. p. 13-50.

LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUÑO PEÑA. Enrique. **Derecho Natural**. 5a ed. Barcelona: La Hormiga de Oro, 1968.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESSOTTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia: uma introdução**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. 4a ed. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

MASSENZIO, Marcello. **A história das religiões na cultura moderna**. São Paulo: Hedra, 2005.

MESSNER, Johannes. **Das Naturrecht, tradução brasileira de Alípio Maia de Castro, Ética Social (O Direito Natural no Mundo Moderno)**. São Paulo: Quadrante, 1960.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução de Sílvino Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

RANGEL, J. A. de la Torre. **El derecho que nace del pueblo**. México: Editorial Porrúa, 2005.

RACHELS, James & RACHELS, Stuart. **Os Elementos da Filosofia Moral**. 7ª. ed. Tradução e revisão técnica: Delamar José Volpato. Porto Alegre: AMGH, 2013.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito** São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBAS, Luiz Otávio. **Direito insurgente e pluralismo jurídico: assessoria jurídica de movimentos populares em Porto Alegre e no Rio de Janeiro (1960-2000)**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2009.

ROULAND, Norbert. **Anthropologie Juridique**. Paris: Press. Univ. de France, 1990.

SHIRLEY, Robert W. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1978.

SIERRA, Maria Teresa; CHENAUT, Victoria. Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas. In: KROTZ, Esteban (Ed.). **Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho**. Rubí, Barcelona:

Anthropos Editora; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Izatapalapa, 2002, p. 113-170.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito.** Tradução: Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo, WHF, Martins Fontes, 2007

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito.** 4^a. ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

Dialectics between law and Anthropology: Conceptions on the Role of Law in an Anthropological Perspective

Ronny Max Machado

Marco Antonio Barbosa

Abstract: In the field of academic study of law and anthropology a much-discussed topic about to the role of law in contemporary societies. Its creation, implementation and effectiveness are key aspects to the discussion of these two branches of knowledge. From these points arise questions that are at the core of this article: What is the role of law in contemporary society? What would it be its purposes and forms of expression? What are the interests and / or ideologies that serve as backdrop and at the same time foundation for its development and implementation? Faced with these questions, the objective is to rethink the legal phenomenon in the anthropological perspective, not the search for definitive and unmodifiable answers, but of elements to reflect not just on what should be understood by law, but rather on the arrangements for its expression, by the method of critical-bibliographical review and dialectic of legal theory and anthropological theory, especially legal, and it is concluded that the theories of natural law and legal positivism are shown unsatisfactory to respond to these questions, since its eminently based construction in Western and ethnocentric perspective of law, unity / universality and the state, which is at this moment, more than ever, confronted against other powers and rights produced by multiple existing groups inside and outside its borders, so that difference constitutes the word to be associated with the law in this information society.

Keywords: Right; Natural Law; Legal positivism; Legal Anthropology; Information Society; Difference.