

A sufocação do direito nativo consuetudinário como uma desconstrução da religiosidade social.

Marlene Duarte Bezerra¹

Resumo Enquanto a jurisprudência antropológica dimensiona as manifestações religiosas dos povos arcaicos, aqui questionamos a sufocação do direito nativo consuetudinário pautado nos usos e costumes e na imposição de uma regulamentação consolidada em um estatuto normativo montado para defender os interesses da "Coroa". Explicitar alguns dos elementos desse processo evolutivo a partir da obra "Crime e costume na sociedade selvagem" de Malinowski (1884-1942), é refletir sobre a ausência da escrita e da prática religiosa, e apontar a necessidade das discussões das relações entre direito e religião. Nas sociedades arcaicas, o direito está repleto de religião, porque o ser arcaico vive no temor constante dos poderes sobrenaturais.

Palavras-chave: Ciência da Religião. Direito Consuetudinário. Jurisprudência antropológica.

Usualmente, considerado como usos e costumes, o direito consuetudinário se fundamenta no conjunto de usos de ordem jurídica pela habitualidade e continuidade de atos públicos e pacíficos durante um longo período de tempo e que adquirem força num dado grupo social. Gilissen sustenta que "o costume é um direito não escrito, introduzido pelos usos e pelos atos continuamente repetidos dos membros da comunidade e os quais foram praticados publicamente, sem contradição da maioria do povo, o tempo necessário para o impor." (GILISSEN, 2003, p. 250). Da citação de Gilissen, constata-se que o costume é por ordem não escrito e não oral, pois a sua formação não se enuncia. Sendo assim, o costume se impõe à lei pela sua usualidade.

¹ Mestranda em Ciências da Religião pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Orientador: Prof. Doutor José J. Queiroz. Bolsista CAPES/CNPq. E-mail: marlene.mdb@gmail.com.

A importância da jurisprudência antropológica, precipuamente, não se limita inteira e completa às origens das civilizações ou à fase pré-histórica do direito. Como parte das disciplinas que estudam os povos sem escrita, os usos e costumes, representam um interesse na atualidade, pois milhares de seres humanos vivem atualmente de acordo com regras instituídas do direito arcaico. Por exemplo, os povos indígenas da Amazônia no Brasil.

Os povos ameríndios no Brasil, fazem parte das chamadas populações autóctones. De acordo com Wolkmer (2015), os estudos da antropologia jurídica procede na investigação etno-histórica,

Certamente que a pesquisa dos sistemas legais das populações sem escrita não se reduz meramente à explicação dos primórdios históricos do direito, mas evidencia, sobretudo, um enorme interesse em curso, porquanto milhares de homens vivem ainda atualmente, na segunda metade do século XX, de acordo com direitos a que chamamos "arcaicos" ou "primitivos." (WOLKMER, 2005, p. 2).

Devido o grau de evolução que varia de povo para povo, os direitos dos povos autóctones, que vivem sob a tradição dos costumes, são considerados mais ou menos desenvolvidos. Fortemente impregnadas de religião, as sociedades do tipo possuem características singulares em seus modos de vida, o que resulta na dificuldade de distinguir uma regra jurídica de uma regra religiosa.

Em seus âmbitos, os povos sem escrita, executam as suas repetições de fórmulas e através de suas simbologias praticam e aprimoram os seus termos sagrados e suas solenidades são reforçadas pelos rituais desejados.

Invariavelmente, as práticas costumeiras poderiam caracterizar ferramentas para instituir uma historiografia do direito no Brasil, liberta, de certa forma, da arbitrariedade de outrora.

Malinowski ressaltou a relevância do modo de vida dos povos ligados à habitualidade e continuidade do atos laborais e mútuos, não obstante, explicitou a necessidade de uma jurisprudência antropológica. "Eu gostaria de frisar a grande necessidade de mais teoria na jurisprudência antropológica, especialmente da teoria nascida do contato real com os selvagens" (MALINOWSKI, 2003, p. 3).

O autor, empiricamente, estudou e publicou em 1926 o seu exame com os nativos da ilhas Trobriand e explicitou que as obrigações, que comumente

conhecemos como parte de uma obrigação jurídica, são obedecidas pela reciprocidade e pela força do poder sobrenatural. Nessas tribos indígenas "de modo geral, as leis não escritas do uso costumeiro são obedecidas muito mais voluntariamente do que nossos códigos escritos, ou, antes, são obedecidas espontaneamente" (MALINOWSKI, 2003, p. 17).

A citação de Malinowski revela que existem muitas sociedades sem leis escritas ou qualquer poder burocrático instituído sobre a violência do poder do Estado para a sua organização. As sociedades autóctones não são consideradas sem normas de controle social ou jurídicas, ou sem mecanismos de organização. Elas funcionam integralmente dentro da sociedade urbana detentora de tecnologias avançadas e possuem regras de organização próprias.

De acordo com Malinowski, a antropologia jurídica, praticamente, há um século tem mostrando que o modelo do Estado é o mesmo modelo historicizado, adquirido e realizado. Isto é, na concepção Ocidental este modelo está ligado à violência mimética herdada de certo poder estatal.

Em *Crime e costume na sociedade selvagem*, o autor aponta que as sociedades modernas ou as sociedades com Estado não são partícipes da mesma evolução das sociedades autóctones, o que mostra a indubitável necessidade de um direito controlador e coercitivo para os povos sem escrita. Aliás, Malinowski permite o olhar pelo viés da ausência do poder coercitivo estatal e remete-nos a ênfase a ser dada ao direito que pode existir sem o Estado e este sem o direito.

A antropologia jurídica de Malinowski poderá ser relida pelo viés comparativo da historiografia do direito no Brasil. Sabe-se que a tradicional e colonialista história do nosso direito se reserva à uma política social dominante, opressora e desvinculada da vida social. No mais, ela se mostra confinada e declinada para uma narrativa conservadora e dogmática. Para somar, o direito ocidental vêm forjado numa construção de neutralidade da cultura, o que faz com que o direito perca a sua significação social.

Se considerarmos a laicização sistemática do direito Ocidental remontada ao período do século XVI, a história é mais contundente ainda, visto que, o costume viabiliza a fonte para o direito, pois, dos costumes são

caracterizadas as maneiras singulares de viver a vida em comunidade. Sabe-se que da conduta habitual e permanente dos membros de um grupo que vivem sob as mesmas regras é que são fornecidas as bases epistemológicas para que as ciências se instituem como ciência.

Assim, o costume é uma regra de comportamento institucionalizada pelos detentores do poder. No caso do Brasil, a historiografia do direito vem marcada pelo poder do colonizador que provocou a sufocação do direito nativo consuetudinário.

Portanto, a história como parte do espectro que compõe a epistemologia da ciência da religião é aquela que traz os fatos alcançáveis de todas as eras, o que torna viável olharmos para o Ocidente e a religião pelas lentes dos historiadores para buscar a experiência humana interagida no cerne dos fatos, acontecimentos e instituições.

Da historiografia brasileira, verifica-se que a prerrogativa da cultura jurídica no Brasil engendra-se na formação social burguesa justificada pelo interesse liberal e individualista do Estado sufocador da tradição. Enquanto Malinowski propõe uma nova ótica para o direito, diferente daquela da teoria jurídica clássica monopolizadora do uso da força, o direito, cada vez mais, se confirma nas normas advindas de um poder central para o processo de formulação, enquanto estrutura oficial de solução de controvérsias.

O Estado brasileiro instituído, moderno e de origem colonial, tem a sua idéia "evolucionista" implantada num sistema jurídico originariamente cimentada pelo poder alienador. Este é um dos caracteres que separa a economia da cultura e ignora as diferenças de sistemas entre costumes.

Fixa-se, neste ponto, a emergência de uma reconstrução histórica pelo viés da ciência da religião que surge pela densidade da complexidade acumuladora de realidades, fatores que apontam para novas hipóteses e novas reinterpretações, o requer, seja dada importância aos trabalhos de campo nas sociedades autóctones.

Malinowski incitou a jurisprudência antropológica e enfatizou certa rudeza face às explicações do tipo historicista, não obstante, fez o chamamento para as pesquisas de campo que aproximam o direito da realidade social em suas formas holísticas.

A antropologia jurídica é importante para o campo da ciência da religião, onde a mesma se permite ser mais explorada. Sendo assim mais explorada poderá dar conhecimento das qualidades vigóntes das sociedades ditas tradicionais ou primitivas.

Malinowski afirmou que tinha "profunda reverência pela tradição e o costume, numa submissão automática às suas ordens" (MALINOWSKI, 2003, p.15). O autor sustentou que a sociedade, seja ela "civilizada" ou não, têm propriedades autosuficientes para se estabelecer sem leis positivadas pelas ameaças e seus modos de punição.

Os ensinamentos deste autor permite o olhar pela ótica da interdisciplinaridade e transdisciplinaridade. Prioritariamente, no que toca à desfeita separação entre os "civilizados" e os "selvagens". A espontaneidade e a voluntariedade à obediência dos costumes e das leis são inerentes à qualquer tipo de sociedade, notadamente com os nativos onde as obrigações surgem da naturalidade e do temor ao sobrenatural.

Deste ensaio é perceptível que a religiosidade popular é desconstruída pelo poder de coação do Estado, pois a teoria da reciprocidade desenvolvida em *Crime e costume na sociedade selvagem*, exemplifica a linha jurídico-religiosa-antropológica pautada em transações solidárias de obediência aos costumes.

Vale considerar que o empreendimento colonizador não produziu uma evolução linear e gradual da experiência comunitária. Ao contrário, o processo colonizador é o projeto da metrópole instalada no seio de uma população indígena, pulverizada de "evolução e avanço". Este sistema de avanço, por sua legalidade repressora, resulta na sufocação da tradição cultural dos usos e costumes, imbricados em suas convicções religiosas; no do direito consuetudinário sobreposto pela cultura considerada mais evoluída; e na herança da tradição romana com suas técnicas jurídicas.

Analisando a historicidade pela ótica da jurisprudência antropológica e pelas lentes da ciência da religião, é perceptível que a cultura se mostra totalmente dominada pelos colonizadores, inclusive pela cultura jurídica estrangeira. Não obstante, observa-se que a contribuição dos nativos indígenas se faz relevante para a construção da cultura brasileira. Numa via

contrária, a origem do direito brasileiro revela-se no poder de suas técnicas que submetem os nativos à participação manipulativa da "proteção" jurídica voltada, exclusivamente, aos interesses da "coroa". A "coroa" com a sua forma lusa destrói os povos nativos e busca mão de obra nos trabalhadores africanos, escravizando-os e fazendo-os colonos sem direitos à recomposição de suas origens também.

As práticas colonizadoras instauradas em um processo normativo deficiente, trouxe o marco da contradição e da marginalização dos costumes dos nativos com o seu direito comunitário autóctone não reconhecido pela tradição "Real".

Vejamos que as práticas jurídicas informais, não oficiais, ditas consuetudinárias, ainda, podem ser encontradas nas remotas comunidades de índios e negros que se constituíram em pequenas comunidades rurais povoadas por escravos fugidos das fazendas que buscavam defender-se da dominação e repressão colonial.

Este exórdio não comporta, mas salienta a essencialidade do resgate histórico das sociedades autóctones, especificamente, de seu pluralismo jurídico comunitário explicitado nas comunidades estudadas por Malinowski. Importante ressaltar que a historiografia não reconhece um direito brasileiro, comunitário, próprio e existente anterior à invenção colonial.

Estudos como o de Malinowski resgatam as sociedades autóctones. Essas sociedades são reveladas em sua maioria na convivência com a pluralidade de valores culturais diversos, organizados em seus modos de comportamentos e com suas disposições de regras próprias. Estes mecanismos, diferentes dos formais, não se comunicam com o direito ao qual conhecemos, o direito do Estado legitimado por seus preceitos formais, legais e centrados no poder de coação.

Conclusão

A partir do que vimos até aqui podemos concluir que a legalidade oficial colonizadora jamais reconheceu como direito as práticas nativas, espontâneas e autonômas. As sociedades nativas sobreviventes, as autóctones, muitas vezes é reforçada pelo entendimento da falta de

capacidade jurídica que lega-as à sorte do reconhecimento do período colonial, quer seja, o de seus direitos serem concebidos apenas como uma experiência costumeira de caráter secundário. Este é um dos aspectos do caráter separatista de uma sociedade profundamente marcada pela dominação de uns pelos outros, vinculados às suas individualidades o que, supostamente, pressuõe aceitação das diferenças.

Sabe-se que o Estado liberal brasileiro nasce de um seio voltado à sua própria vontade e a sua retórica não corresponde com o imaginário simbólico de uma cultura destituída de historicidade e representatividade da vontade popular.

Sabe-se que a sufocação dos usos e costumes é uma das anomalias que representam a herança patrimonialista favorecida da evolução da singularidade conservadora, elitista, antidemocrática e antipopular. Também que, reforçadas pelas práticas autoritárias e formalistas, estes fatores denunciam a necessidade de uma releitura social pelo ângulo do processo evolutivo da cultura demarcada pelo primeiro ciclo da Colônia, seguido do ciclo do Império e da República.

A jurisprudência antropológica brasileira, interlocutora, da jurisprudência antropológica de Malinowski, se apresenta com o discurso da repressão jurídica como uma de suas representatividades de organização escravista, de interesse econômico e participativa do extrato da discriminação. A jurisprudência antropológica brasileira, se apresenta como a "conciliadora", a promotora das necessidades e exigências da população do país, ela é o elo "conciliador" das práticas costumeiras do direito autóctone, que ainda são vivenciadas nas comunidades indígenas e negras escravizadas.

Resumidamente, a jurisprudência antropológica, representada pelo direito, sufocou os usos costumeiros, as tradições de regras de um direito mais autêntico, proveniente das comunidades indígenas em função de uma técnica romana, estrangeira, introduzida pelo colonizador, inexpressiva das genuínas aspirações da população nativa que no Brasil vivia.

Referências

COULANGES, N. D. F. D. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

GARAPON, A. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Piaget, 1997.

GILISSEN, J. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOFFMAN, Erving. *Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

MALINOWSKI, B. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília: Universal de Brasília, 2003.

SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

WOLKMER, A. C. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WULF, Christoph. *Homo Pictor: Imaginação, ritual e aprendizado mimético no mundo globalizado*. São Paulo: Hedra, 2013.