

Tradução

Direito comunitário*

DOI: 10.15175/1984-2503-202315108

Pavel Igorevich Kostogryzov**

Por Olga Pishnitchenko e Fernando César Costa Xavier

Resumo

O artigo é dedicado ao problema de conceitualização da ordem socionormativa, que não está diretamente relacionada às atividades do Estado e, na maioria das vezes, é referida na ciência jurídica pelos termos “costumes jurídicos” e “direito consuetudinário”. Analisando a teoria convencional do direito “consuetudinário”, o autor propõe contemplar esse conceito a partir de uma nova perspectiva, identificando uma série de problemas teóricos e epistemológicos a ele associados. Mostra-se que a definição mais corriqueira de direito consuetudinário é bastante contraditória, a ambiguidade desse conceito e a sua aplicação injustificadamente ampla depauperam seu conteúdo. Ao mesmo tempo, é incorreto o discernimento de acordo com o qual o direito das sociedades pré-estatais e das sociedades organizadas estatalmente que mantiveram as instituições jurídicas independentes do Estado, “consiste” apenas de costumes, os quais, por sua vez, seriam o resultado de “repetições múltiplas” de certas ações (mais ou menos aleatórias). Usando princípios fundamentalmente diferentes para a classificação do direito, o autor não se baseia em critérios formais de classificação, mas na natureza daquelas forças sociais que garantem o cumprimento das normas jurídicas. A partir daí, ele introduz e fundamenta o conceito de direito comunitário. Assim, o artigo mostra que esse conceito é mais adequado para a definição do direito que não se baseia na vontade do poder estatal. A abrangência deste conceito é inteiramente compatível com o conjunto de manifestações que designa, e seu uso ajuda a evitar aquelas contradições e conotações duvidosas que surgem em razão do uso do termo “direito consuetudinário”.

Palavras-chave: direito comunitário; direito consuetudinário; antropologia jurídica; teoria do Estado e do Direito; história do Estado e do Direito.

ОБЩИННОЕ ПРАВО

Аннотация

Статья посвящена проблеме концептуализации социально-нормативного порядка, не связанного непосредственно с деятельностью государства и чаще всего обозначаемого в юридической науке терминами «правовые обычаи» и «обычное право». Анализируя устоявшуюся теорию «обычного» права, автор предлагает взглянуть на это понятие по-новому, выявляя ряд связанных с ним

* O texto é uma versão traduzida para o português de artigo originalmente publicado em língua russa (título original: *Общинное право*) no periódico *Антиномии* (*port.*: *Antinomias*), Anuário Científico do Instituto de Filosofia e Direito, Sucursal dos Urais, da Academia Russa de Ciências – 2019, volume 19, edição 2, p. 67-86. http://yearbook.uran.ru/images/files/A_19_2_6786.pdf. <https://doi.org/10.17506/aipl.2019.19.2.6786>

Foi traduzido pela Profa. Dra. Olga Pishnitchenko (Universidade Federal de Roraima), Email: olga.pishnitchenko@ufr.br, lattes.cnpq.br/7442255544989392, <https://orcid.org/0000-0001-6523-6266>, e revisado pelo Prof. Dr. Fernando César Costa Xavier (Universidade Estadual de Roraima), E-mail: fernando.xavier@ufr.br, [http://lattes.cnpq.br/9838214378778173](https://lattes.cnpq.br/9838214378778173), <https://orcid.org/0000-0003-3470-0139>.

** Doutor em História. Pesquisador Sênior do Instituto de Filosofia e Direito, Sucursal dos Urais da Academia Russa de Ciências. E-mail: pkostogryzov@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0002-9345-3900>, Link institucional: https://ifp.uran.ru/about/sotr/tit/cand/sotr_111.html

Recebido em 22 de outubro a aprovado para publicação em 22 de dezembro de 2022.

Tradução

теоретических и эпистемологических проблем. Показано, что наиболее распространенное определение обычного права внутренне противоречиво, неоднозначность и неоправданно широкое применение этого понятия обедняет его содержание, а представление, согласно которому право догосударственных обществ и государственно-организованных социумов, сохранивших независимые от государства правовые институты, «состоит» из одних лишь обычаев, являющихся результатом «многократного повторения» неких (более или менее случайных) действий, неверно. Применяя принципиально иной подход к типологии права, в основу которого положены не формальные критерии, а характер тех социальных сил, которые обеспечивают общеобязательность правовых норм, автор вводит и обосновывает понятие общинного права. Показано, что этот термин наиболее релевантен для обозначения права традиционного общества, не основанного на волеизъявлении государственной власти, а также тех правовых порядков, которые существуют в современных социумах параллельно официальному праву государства. Его объем полностью соответствует обозначаемому им множеству явлений, и его использование помогает избежать тех противоречий и вводящих в заблуждение коннотаций, которые возникают в связи с употреблением словосочетания «обычное право».

Ключевые слова: общинное право; обычное право; юридическая антропология; теория государства и права; история государства и права.

El derecho comunitario

Resumen

El artículo se centra en el problema de la conceptualización del orden socio-normativo, que no está directamente relacionado con las actividades del Estado y, la mayoría de las veces, en la ciencia jurídica se hace referencia a él con los términos costumbres jurídicas y derecho consuetudinario. Analizando la teoría convencional del derecho «consuetudinario», el autor propone contemplar este concepto desde una nueva perspectiva, recurriendo a la identificación de una serie de problemas teóricos y epistemológicos asociados al mismo. Se hace patente que la definición más habitual de derecho consuetudinario es bastante contradictoria; la ambigüedad de este concepto y su aplicación injustificadamente extendida empobrecen su contenido. Al mismo tiempo, es incorrecto el criterio conforme al cual el derecho de las sociedades preestatales y de las sociedades organizadas estatalmente que mantuvieron instituciones jurídicas independientes del Estado «consiste» únicamente en costumbres, las cuales, a su vez, serían el resultado de las «repeticiones múltiples» de ciertas acciones (más o menos aleatorias). Utilizando principios fundamentalmente diferentes para la clasificación del derecho, el autor no se basa en criterios formales de clasificación, sino en la naturaleza de aquellas fuerzas sociales que garantizan el cumplimiento de las normas jurídicas. A partir de ahí, introduce y fundamenta el concepto de derecho comunitario. Por tanto, el artículo muestra que este concepto es más adecuado para la definición de derecho que no se basa en la voluntad del poder estatal. El alcance de este concepto es totalmente compatible con el conjunto de manifestaciones que designa y su uso ayuda a evitar aquellas contradicciones y connotaciones dudosas que surgen por el empleo del concepto derecho consuetudinario.

Palabras clave: derecho comunitario; derecho consuetudinario; antropología jurídica; teoría del Estado y del derecho; historia del Estado y del derecho.

Common law

Abstract

The following article examines the problem of conceptualizing the socio-normative order, which is not directly related to State activities and in most cases is referred to in legal science by the terms “legal customs” and “common law”. By analyzing the conventional theory of “common” law, the author seeks to contemplate this concept from a new perspective, identifying a series of theoretical and epistemological problems associated with it. This reveals that the most common definition of common law is quite contradictory, with the ambiguity of this concept and its unjustifiably wide application impoverishing the content. At the same time, it would be incorrect to deem that the laws of pre-state societies and state-organized societies that maintained legal institutions independent of the state “consist” mainly of customs, which would, in turn, be the result of “multiple repetitions” of certain (relatively random) actions. Using fundamentally different principles for the classification

Tradução

of law, the author does not base himself on formal classification criteria, but on the nature of those social forces that guarantee the fulfilment of legal norms. From this basis, he introduces and grounds the concept of community law. The article thus demonstrates that this concept is more relevant to a definition of law which is not based on the will of state power. The reach of this concept is entirely compatible with the set of manifestations that it designates, and its use helps to avoid the contradictions and dubious connotations that arise from the use of the term “common law”.

Keywords: community law; common law; legal anthropology; theory of state and law; history of state and of law.

Droit communautaire

Résumé

Cet article est consacré au problème de la conceptualisation de l'ordre socio-normatif qui n'est pas directement lié aux activités de l'État, à savoir celui auquel la science juridique se réfère le plus souvent avec les termes « coutumes juridiques » et « droit coutumier ». À travers son analyse de la théorie conventionnelle du droit « coutumier », l'auteur propose d'envisager ce concept sous une nouvelle perspective en identifiant une série de problèmes théoriques et épistémologiques qui lui sont associés. Il nous montre que la définition la plus courante du droit coutumier s'avère fort contradictoire, et que l'ambiguïté de ce concept et son application injustifiée à grande échelle appauvrit son contenu. Dans le même temps, il serait incorrect d'estimer que le droit des sociétés pré-étatiques et des sociétés organisées en État qui ont conservé des institutions juridiques indépendantes de l'État se « résumerait » à des coutumes, qui seraient là leur tour le résultat de « multiples répétitions » de certaines actions (plus ou moins aléatoires). De par son usage de principes fondamentalement différents pour la classification du droit, l'auteur ne se fonde donc pas sur des critères formels de classification, mais plutôt sur la nature des forces sociales qui garantissent le respect des normes juridiques. C'est sur ces bases qu'il introduit et fonde le concept de droit communautaire. L'article nous montre ainsi que ce concept est plus approprié pour définir le droit qui n'est pas fondé sur la seule volonté du pouvoir de l'État. La portée de ce concept est entièrement compatible avec l'ensemble des manifestations qu'il désigne, et son utilisation permet d'éviter les contradictions et autres connotations douteuses procédant de l'usage du terme « droit coutumier ».

Mots-clés : droit communautaire ; droit coutumier ; anthropologie juridique ; théorie de l'État et du droit ; histoire de l'État et du droit.

社区法

摘要

本文探讨社区法与社会监管秩序的问题，它们与国家的活动没有直接的关系，在大多数情况下，“社区法”在法学界被定义为“司法习惯”或者“习惯法”。作者建议，从一个新的角度来理解传统的法学理论中“习惯法”这个概念，以解决一系列与之相关的理论和认识论问题。作者认为，“习惯法”的传统定义是相当模糊，相当矛盾的，这个概念及其应用程序不合理的扩展使它的内容变得贫乏。人们不能根据国家或社会的进化程度来衡量“习惯法”的地位，片面地认为它是某些行为（或多或少是随机的行为）“多次重复”的结果。作者认为“习惯法”不能根据传统定义来分类，而应该根据它的自身性质来分类。“习惯法”的性质是保证人们遵守规范的社会力量。本文显示，“习惯法”这个概念更适用于定义某种不基于国家权力意志的法律状态。作者认为重新定义习惯法有助于减少它作为术语在使用中所产生的矛盾与含混。

关键词：社区法；习惯法；法律人类学；国家理论与法律理论；国家和法律史

Tradução

Introdução

A discussão sobre a primazia do Direito sobre o Estado ou do Estado sobre o Direito, assim como a possibilidade de o primeiro existir sem a participação do segundo ocupa a ciência jurídica há alguns séculos. Essa questão acabou se tornando dogmática, e a resposta depende da posição escolhida inicialmente por um pesquisador. Neste artigo, nos concentraremos em um dos aspectos dessa discussão fundamental, analisando a questão do significado essencial daquela ordem social normativa que surge no momento de formação do sistema estatal e depois, durante um longo período histórico, coexiste com o sistema de normas criado pelo Estado, gradualmente cedendo lugar a este, ou sendo absorvido, passando a fazer parte da legislação estatal.

O termo “direito consuetudinário” aparece no atual discurso científico toda vez que estamos falando sobre o regulamento normativo da vida social nas sociedades tradicionais, tanto nas que estão numa fase pré-estatal quanto naquelas que acabaram de entrar no estágio inicial de um Estado. Tome-se como pressuposto que este conceito consegue abranger todo sistema de normas elaborado por instituições não-estatais de regulação social de uma sociedade tradicional, principalmente de comunidades autogovernadas.

Em relação à esfera da regulação estatal, o direito consuetudinário é considerado a fonte primária, à qual posteriormente são acrescentadas outras formas de direito – leis, precedentes etc. O conceito “direito consuetudinário” também se refere aos sistemas normativos que regulam a vida social das comunidades dotadas de autogoverno, que, em condições atuais, mantêm algum grau de autonomia normativa em relação ao Estado.

Tal ponto de vista é considerado senso comum e quase não se questiona (se não considerar as discussões entre positivistas e antipositivistas sobre a possibilidade de ser chamado de direito o sistema de costumes não aceito pelo Estado e não garantido por sanções). Mesmo assim, ousaremos problematizar este conceito bem estabelecido e sugerir um outro, que, a nosso ver, define de maneira mais apropriada a normatividade que regula a vida das comunidades humanas fora da esfera da ação direta dos institutos do poder estatal.

1. O direito consuetudinário

O conceito de “direito consuetudinário” existe há muito tempo, enraizando-se no vocabulário científico. Este conceito tornou-se tão familiar que não deveria provocar

Tradução

questionamentos e discussões a seu respeito. Mais de uma geração de cientistas contribuiu para o seu desenvolvimento teórico, desde os destacados representantes da escola histórica do direito, tais como Georg Friedrich Puchta e Friedrich Carl von Savigny, até os nossos contemporâneos, como M. A. Supataev, I. E. Sinitsyna, V. V. Bocharov, V. B. Bezgin, G. G. Nebratenko, K. A. Alimzhan, dentre outros. No entanto, os pesquisadores que trabalham diretamente com o complexo de fenômenos sociais e jurídicos designados por esse conceito precisam enfrentar uma série de problemas metodológicos e situações ambíguas que existem na teoria do direito consuetudinário.

De acordo com a definição aceita na atual ciência jurídica russa, o direito consuetudinário é um conjunto de regras de comportamento orais (costumes) que se desenvolveram na sociedade em decorrência de sua aplicação repetida e sancionada pelas autoridades estatais (SUKHAREV, KRUTSKIKH, 2001, p. 388). Assim, são considerados como os principais traços constitutivos do direito consuetudinário o surgimento de suas normas a partir da prática de atos repetitivos e a forma não escrita.

A esfera de aplicação deste conceito é muito ampla, abrangendo, pelo menos em tese, três definições distintas. Pode(m) ser definida(as) como direito consuetudinário:

1. A ordem jurídica existente em uma sociedade pré-estatal e naqueles modelos de sociedades organizadas pelo Estado que conservaram um certo grau de autonomia jurídica perante o Estado, sendo capazes de resolver disputas jurídicas emergentes por conta própria, sem recorrer às instituições estatais.

2. As normas não-escritas (ou não promulgadas), como parte do sistema jurídico de um Estado, aplicadas por tribunais e outras autoridades públicas. Neste caso, podem ser incluídas as normas de natureza distinta – desde os antigos costumes de comunidades étnicas individuais até costumes comerciais ou mesmo constitucionais (este último o caso da Grã-Bretanha).

3. As normas não-escritas (ou não promulgadas) de direito internacional.

O nosso interesse gira em torno do direito consuetudinário da primeira definição, mas os outros dois também devem ser levados em conta para se entender a multiplicidade dos significados do conceito. Assim, fenômenos jurídicos completamente diversos são classificados em um único conceito com base em um único ponto em comum: não serem escritos.

Tradução

À vista disso, o significado do conceito é “inflado” enquanto o seu conteúdo é “encolhido”. Consequentemente, torna-se necessário explicitar o significado do conceito “direito consuetudinário” em cada caso particular. Levando em consideração que o valor de um conceito científico reside precisamente em sua definição inequívoca e em sua profundidade substantiva, a excessiva amplitude do seu uso parece ser o primeiro problema epistemológico para a definição predominante de direito consuetudinário. Mas este, talvez, seja o menor de seus problemas. Questões muito mais sérias surgem de uma análise substantiva da própria definição de direito consuetudinário dada acima.

Em primeiro lugar, deve-se apontar que esta definição carrega uma marca indelével de positivismo – apenas o que é sancionado pelo Estado é reconhecido como Direito. Até hoje, o pensamento jurídico positivista mantém sua posição predominante na ciência jurídica pós-soviética. Uma tentativa de polemizá-lo afastar-nos-ia do assunto em questão. No entanto, não se pode deixar de notar que é justamente na teoria do direito consuetudinário que o positivismo chega a uma contradição insolúvel. De fato, o primeiro significado deste termo abrange sistemas de normas sociais formados em sociedades pré-estatais que continuam a valer em sociedades com o Estado já formado, mas sem a participação direta de órgãos estatais na sua aplicação.

A questão essencial aqui é se esses sistemas normativos podem ser considerados como Direito. Do ponto de vista positivista, que vincula indissociavelmente o direito ao Estado, a resposta deve ser negativa no que se refere ao período anterior ao surgimento do Estado, e positiva a partir do momento em que o Estado surge e sanciona o costume.

É óbvio que tal distinção é artificial: o mesmo fenômeno sem mudar nem sua essência nem suas manifestações passa ser reconhecido ou não como Direito, dependendo de uma circunstância externa – a existência de um Estado. Isso sem falar que o surgimento de um Estado não é um evento único, sendo impossível fixar a data exata de seu surgimento em uma determinada sociedade. Na maioria das vezes, no período inicial do Estado, as entidades de justiça comunitária e direito consuetudinário continuam funcionando da mesma forma que no período pré-estatal, independentemente do poder estatal, que não começa a controlar imediatamente o já estabelecido sistema de normas legais.

Alguns defensores do pensamento jurídico positivista preferem chamar o direito de uma sociedade pré-estatal de “pré-direito” ou “proto-direito”, mas, em todo caso, aplicando

Tradução

a ele termo “direito consuetudinário”. Tal uso terminológico sofre de uma alogia, o que é apontado por G. G. Nebratenko (2013, p. 7).

Para superá-la o autor propõe uma separação dentro do direito consuetudinário distinguindo o seu sentido “jurídico social” e “jurídico especial”, sendo o primeiro próprio de uma sociedade pré-estatal e o segundo relacionado ao advento do Estado (NEBRATENKO, 2013, p. 8). Esta abordagem parece fazer mais sentido, no entanto, não resolve a contradição que se pretende resolver, pois levanta novas questões. Uma delas é se o “direito no sentido social” pode ser considerado Direito no sentido estrito da palavra. A resposta dos positivistas provavelmente será negativa, levando o nosso raciocínio ao ponto de partida da discussão – a disputa sobre o direito e o “pré-direito”.

Portanto, levando em consideração a eficácia da aceção científica do conceito do direito consuetudinário na primeira definição, seria mais razoável abandonar completamente a abordagem positivista e reconhecer um status ontológico independente para o Direito, que não derivaria da existência do Estado. Por exemplo, podemos tomar como base a definição do Dicionário Enciclopédico de Brockhaus e Efron: “Direito é um conjunto de regras (normas) que determinam as relações mútuas obrigatórias entre as pessoas na sociedade” (PEQUENO DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO, 1909, p. 1061)¹ Isso permite remover a contradição descrita acima, que é própria do pensamento jurídico positivista.

Mas mesmo a primeira parte da definição de direito consuetudinário citada acima – “um conjunto de regras de comportamento (costumes) não escritas, que se desenvolveram na sociedade como resultado de sua aplicação repetida” – após uma análise crítica, mostra-se insuficiente para abranger aquela complexa ordem jurídica que existe nas sociedades não-estatais ou em certos segmentos da sociedade moderna, que, por algum motivo, são obrigados a resolver por conta própria as disputas jurídicas emergentes, sem recorrer à ajuda de instituições estatais.

Primeiro, o que significa “regras que se desenvolveram como resultado de sua aplicação repetida”? O que exatamente é “aplicado repetidamente”? Se há uma regra costumeira, ela em tese já existiria mesmo antes desta aplicação reiterada. Se o caso é um determinado modo de ação em uma situação específica, não sendo a princípio uma regra,

¹ Esse Dicionário contém 35 volumes e é, em estilo e propósito, a versão russa da Encyclopædia Britannica (edição de 1911). Contém 121.240 verbetes, 7.800 imagens e 235 mapas. Os verbetes foram escritos por importantes estudiosos russos, como Vladimir Solovyov e Dmitri Mendeleev. Após o fim da União Soviética, surgiram reimpressões dele.

Tradução

tornando-se tal somente depois de “aplicação repetida” (o que parece ser proposto como a definição de direito consuetudinário em questão), então surge a seguinte questão: será que toda a ação repetidamente realizada se torna uma norma jurídica? Obviamente que não. Por exemplo, um crime, não importa quantas vezes seja cometido, não se torna uma regra de conduta. Consequentemente, deve haver algum tipo de mecanismo social para selecionar aqueles atos “repetidos” que são capazes de se tornar normas. E esse mecanismo passa ser um elemento essencial do “direito consuetudinário” (em primeira definição).

Em segundo lugar, nem todos os costumes jurídicos surgem como resultado de “múltipla repetição” de certas ações. Usaremos como exemplo um costume amplamente difundido em debates sobre normatividade: a vingança. Seriam realmente necessárias “múltiplas repetições” de atos de vingança para que ela se tornasse um costume? Ou, pelo contrário, a confiança na justiça e mesmo a necessidade de vingar o sangue de um parente foi o que conduziu à prática da vingança em certos casos? Por trás de sua prática, percebe-se uma concepção de mundo bem definida, incluindo as ideias sobre a importância da ligação sanguínea, a conexão entre o indivíduo e o clã, o culto aos ancestrais e sacrifícios fúnebres etc., e, finalmente, a ideia de justiça como retribuição pela ofensa.

Será que podemos afirmar que o costume da vingança se formou como resultado de seu “uso repetido”, e toda essa concepção ideológica complexa somente foi “inventada” mais tarde para justificá-lo? Não seria mais razoável considerar que foi ao contrário: a vingança surgiu conduzida pelo preceito moral advindo da concepção de mundo da sociedade tribal? Isso sem mencionar o fato de que a função pragmática dessa instituição é justamente prevenir situações em que seria necessário repeti-la. O mesmo se aplica às normas jurídicas consuetudinárias proibitivas. Que ação teve de ser “repetida muitas vezes” para que a proibição se tornasse um costume? Afinal, o objetivo seria justamente impedir a prática de certo tipo de atos.

Ainda no séc. XIX, Georg Friedrich Puchta (1874, p. 35) chamava a atenção para essa inconsistência lógica na teoria do direito consuetudinário, considerando errônea “a visão [...] de que o costume dá origem ao Direito [...] O povo durante muito tempo age às cegas e sem princípios norteadores e depois de repente inventa o Direito”. Sem abandonar o termo “direito consuetudinário”, o estudioso alemão foi além de uma visão superficial sobre o assunto que o define como resultado cumulativo da repetição constante de certas ações. “O direito consuetudinário é aquele que surge espontaneamente na mente das

Tradução

peças. Ao criá-lo, o espírito popular não usa nada além do gênio de seus membros” Puchta (1874, p. 33). “O costume é a aplicação de uma norma legal que já existe na mente das pessoas”, enfatizava ele (PUCHTA, 1874, p. 35).

F. K. von Savigny, seu colega e correligionário na escola histórica do direito, concordava com isso. Ele afirmava:

[...] nessa opinião [sobre a origem do direito consuetudinário a partir de repetições múltiplas], a verdadeira relação entre causa e efeito é virada do avesso. [...] A base [do direito consuetudinário] existe [...] na consciência geral do povo. [...] O costume é uma evidência de direito positivo, e não a base para o seu surgimento” (SAVIGNY, 2011, p. 293).

No entanto, Savigny (2011, p. 294) fazia a ressalva de que algumas normas secundárias “relativamente indiferentes”, por exemplo, aquelas definindo a forma externa das normas comerciais, poderiam surgir por meio de aplicação repetida.

As afirmações da escola histórica têm sido criticadas por muitos estudiosos. Nessa linha, K. A. Alimzhan, falando sobre a argumentação insuficiente da teoria de G. Puchta, enfatiza que ela assume a priori “a unidade primordial de um certo povo – o criador do direito consuetudinário –, bem como a existência de um certo sistema de normas jurídicas em sua imaginável consciência jurídica”, e, além disso, essa teoria, “não dá atenção ao mecanismo de formação de costumes e normas morais” (ALIMZHAN, 2003, p. 219). Podemos concordar plenamente com a primeira observação: de fato, o povo pode realizar-se como sujeito-legislador ativo somente por meio do Estado, uma vez que as formas anteriores de organização social – comunidades, tribos e uniões tribais – não formavam o povo na sua integridade (e, de fato, a própria possibilidade de se aplicar a categoria “povo” ao período da história pré-estatal é questionável). Porém, a ideia dos juristas da escola histórica sobre o espírito nacional como um princípio ativo formador de um Direito único e de uma consciência jurídica dentro de um povo, colocando-se acima das fronteiras tribais, comunais e até estatais foi rejeitada pela ciência atual com toda a razão.

Quanto à segunda observação de K. A. Alimzhan – sobre a insuficiente atenção da parte dos representantes da escola histórica ao mecanismo de formação de costumes e normas morais – ela pode ser atribuída, com razão ainda maior, à teoria predominante do direito consuetudinário. De fato, o conceito de “uso repetido” não pode de forma alguma ser considerado uma explicação satisfatória do mecanismo de formação dos costumes, uma vez que não responde à questão principal: como exatamente ocorre a seleção? Como de

Tradução

um vasto conjunto de ações, várias vezes repetidas, são selecionadas aquelas que acabam se tornando normas legais? Precisamos admitir que, neste assunto, os representantes da escola histórica do direito se mostraram mais perspicazes do que seus críticos, e sua visão sobre a formação dos costumes é muito mais profunda do que a teoria predominante hoje.

Uma norma jurídica consuetudinária não surge por acaso, e nem todo comportamento repetitivo pode se transformar em costume, mas apenas aquele que corresponde às ideias que existem na sociedade sobre o que é essencial, correto e justo. Isso significa que essas próprias ideias representam uma parcela imprescindível e até mesmo principal, do que é usualmente chamado de direito consuetudinário. G. F. Puchta e F. K. von Savigny chamaram tais representações de “mores”, “opinião pública” e até mesmo “regras jurídicas”. Agora nós os chamamos de valores e princípios jurídicos. Os juristas da escola histórica, de fato, não desvelaram o mecanismo profundo de sua formação, mas seria injusto culpá-los por isso. Era impossível fazer isso permanecendo no campo temático da teoria do direito “pura”, sem falar que para a ciência da primeira metade do século XIX, tal tarefa era insolúvel. O problema foi exposto pela primeira vez pela antropologia jurídica, que surgiu mais tarde e foi capaz de se aproximar de uma solução (ROULAND, 1999; KOSTOGRYZOV, 2017, p. 81-99).

Em terceiro lugar, apesar dos costumes constituírem uma parte muito importante das normas jurídicas de uma sociedade tradicional, ela não é a única. Etnógrafos e antropólogos conhecem bem os exemplos de uma elaboração consciente de novas normas por autoridades comunitárias na forma de ordens de líderes ou xamãs, ou decisões de anciãos ou assembleias comunitárias. É óbvio que estes regulamentos acabam se tornando leis na respectiva comunidade imediatamente, sem necessidade de “múltipla aplicação”. Além disso, os órgãos comunitários responsáveis pela justiça muitas vezes têm que lidar com situações para as quais não há costumes ou outras regras predeterminadas, mas tomam decisões legais sobre elas. O que então os guiam? Aparentemente, seria o mesmo que fundamenta o processo de formação dos costumes: conceitos sobre justiça, valores jurídicos e princípios. Se tais situações e, conseqüentemente, as decisões sobre elas, se repetirem no futuro, elas também poderão se tornar um costume, mas normas de direito elas já se tornaram antes disso, no caso de que não tenham contrariado a consciência jurídica da sociedade.

Deste modo, a ideia de que o direito das comunidades pré-estatais e das sociedades organizadas estatalmente que mantiveram instituições jurídicas independentes do Estado

Tradução

é “organizado” apenas a partir de costumes, que são o resultado de “múltiplas repetições” ou de certas (ou mais ou menos aleatórias) ações, está errada. O “uso múltiplo” não é o único, e muito menos o principal mecanismo de legislar em uma sociedade tradicional. O direito inerente a esta sociedade tem uma estrutura muito mais complexa e inclui camadas inteiras de normas que possuem fontes diferentes das da prática costumeira. Dentro delas tanto as normas deliberadamente estabelecidas pelos órgãos comunitários autorizados (esse processo pode, até certo ponto, ser visto como um análogo da atividade legislativa do Estado) e precedentes legais. E todas essas normas contidas em várias fontes possuem uma base comum, que é a consciência jurídica do coletivo humano correspondente, a qual inclui determinados valores e princípios, assim como o conceito de justo e injusto, etc.

O conceito “clássico” de direito consuetudinário, que reduz o direito não estatal a meros costumes, simplifica injustificavelmente esse fenômeno. Além de definir seu objeto de forma contraditória, incompleta e ambígua, sua aplicação gera novos problemas teóricos e metodológicos. Isso inclui, por exemplo, a questão sobre se o direito consuetudinário permanece como tal após das suas normas serem fixadas por escrito. Na maioria das vezes, a principal característica do direito consuetudinário é sua forma não escrita, mas a compilação de várias listas de costumes é uma prática bastante comum.

Isso é feito pelas autoridades estatais – desde as “codificações bárbaras” da Alta Idade Média até os códigos de direito consuetudinário nos países africanos de nosso tempo. Também foi feito por determinados juízes para facilitar o trabalho. Como exemplos podem servir os “espelhos” germânicos medievais e coleções francesas de *Coutumes*. Em decorrência de tal registro, surge uma nova fonte de direito que contém os costumes legais, mas não sendo ela um costume em si mesma. Ela começa a “viver” uma vida independente; por exemplo, não pode mais mudar do mesmo modo como o costume muda, e, via de regra, adquire uma força em relação aos costumes “genuínos”, ou seja, os não escritos.

A partir daí acontece uma espécie de “alienação” do direito consuetudinário daqueles que o criam a partir da sua prática cotidiana. Isso vai interditar o caminho das transformações sutis e graduais típicas dos costumes não escritos, pois o direito consuetudinário ficará “congelado” no estado em que estava no momento da fixação por escrito, sendo seu desenvolvimento normal endógeno interrompido. Esse direito deve ser considerado consuetudinário? A teoria clássica do direito consuetudinário não dá uma

Tradução

resposta inequívoca a esta questão, bem como à questão decorrente de saber se uma norma de uma lei pode tornar-se um costume jurídico.

E, finalmente, o termo “direito consuetudinário” é seguido por um rastro de atributos que dificultam a compreensão correta da essência do fenômeno que ele denota. Embora não sejam uma parte obrigatória da teoria do direito consuetudinário, estes atributos, no entanto, estão profundamente ligados a ela, influenciando o pensamento até mesmo de especialistas renomados neste assunto. O exemplo mais típico de um atributo errôneo é a representação de um direito consuetudinário como congelado, não sujeito a mudanças e, como resultado, arcaico, atrasado e até reacionário (SUPATAEV, 1984).

Vamos seguir para as primeiras conclusões. O conceito prevalecente de direito consuetudinário é demasiado amplo, a sua definição é contraditória, incompleta e conduz a problemas metodológicos insolúveis. Caso o admitamos apenas no primeiro (e principal) significado, então, ao contrário, será muito estreito, correspondendo apenas parcialmente a seu sentido. Portanto, parece razoável limitar a esfera do termo “direito consuetudinário” àqueles segmentos dos sistemas jurídicos (atuais e históricos) que realmente estão baseados na aplicação repetida de um modo de ação jurídica. Isso inclui, em particular, costumes comerciais, costumes constitucionais (especialmente nos países da família jurídica anglo-saxônica), costume internacional etc.

Quanto ao direito consuetudinário no primeiro sentido – o direito de uma sociedade pré-estatal – e os “enclaves” de ordem jurídica não estatal que sobreviveram nas sociedades organizadas pelo Estado, é necessário um conceito mais preciso para designá-los. As tentativas de formulá-lo foram realizadas por um longo tempo. Por exemplo, alguns autores propõem chamar esse fenômeno de direito popular (“folk law”, em inglês). K. von Benda-Beckmann apresenta os seguintes argumentos a favor desta opção: “Este é um conceito mais neutro introduzido para mostrar que qualquer que seja o direito que rege a vida das pessoas: tradicional, consuetudinário ou recém-criado, ele é o sistema jurídico do povo e, portanto, deve ser levado muito a sério. Este sistema de direito pode combinar as características de costume e tradição, religião, normas estatais, e pode até incluir novas normas que não se encaixam em nenhuma das categorias acima” (KOVLER, 2003, p. 38).

Mas se o conceito de “direito consuetudinário” no primeiro sentido é criticado por ser limitado, o conceito de “direito popular” sofre do mal oposto – é muito amplo. F.K. von Savigny usava-o até para se referir ao direito positivo em geral: “o direito positivo vive na

Tradução

consciência geral do povo e, portanto, devemos chamá-lo de Direito Popular (Volksrecht)” (SAVIGNY, 2011, p. 282). É possível questioná-lo, mas é impossível não concordar que não só o direito elaborado pelo povo sem a participação do Estado pode reivindicar a definição de “popular”. O povo pode ser organizado em uma unidade capaz de criar e manter uma ordem jurídica de várias maneiras. A principal forma de organização é o Estado. Assim, o Direito estatal também pode ser popular. A discrepância entre o direito popular e o estatal é possível de ser percebida no caso de conquista externa ou interna, quando os vencedores impõem seu direito aos vencidos. Portanto, a substituição do termo direito consuetudinário pelo termo direito popular não remove a maioria dos problemas e contradições a ele associados.

As definições “não-estatal”, “não oficial” ou “direito informal”, que com frequência são usadas, também não são adequadas (UNDERSTANDING..., 2012, p. 12). Além da mesma amplitude e imprecisão, eles sofrem de um outro defeito comum a todas as definições negativas – indicar o que o objeto definido não é, sem dizer nada sobre suas características essenciais. Muitos pesquisadores preferem usar o conceito de direito indígena ou direito dos aborígenes (BARIÉ, 2008; YRIGOYEN FAJARDO, 2004). Essas definições possuem um problema de natureza oposta – eles restringem o escopo do conceito designado. O direito consuetudinário, no primeiro sentido, não se limita de forma alguma às comunidades indígenas.

2. O direito comunitário

Para encontrar um conceito mais preciso para a classe de fenômenos em consideração, é necessário antes de tudo determinar seu lugar na tipologia do direito em geral. A partir de quais pontos o direito consuetudinário se distingue dos outros tipos de direito e que tipo (ou tipos) de direito se opõe a ele? A principal característica constitutiva do direito consuetudinário considera-se na maioria das vezes a sua forma não escrita, embora, como vimos, mesmo esse critério é controverso: os pesquisadores não concordam sobre a questão dos costumes registrados por escrito, isto é, se eles devem ou não ser considerados direito consuetudinário.

Outras dificuldades surgem aqui (por exemplo, uma ordem oral de um titular do poder estatal pode conter uma norma jurídica, mas não se torna um costume), que tentam ser resolvidas através da aplicação de um “uso múltiplo”, sendo que a sua insuficiência

Tradução

epistemológica foi apontada acima. De qualquer maneira, na maioria dos casos, está implícito que o direito consuetudinário se opõe ao escrito. Como mencionado acima, essa base de divisão puramente formal é muito fraca, o que conduz à unificação de uma ampla gama de fenômenos heterogêneos em um conceito (direito consuetudinário nos significados de I, II, III).

É necessário um outro critério de classificação, relacionado à própria essência do direito, e não à sua forma. Muitas vezes, quando se trata de direito consuetudinário no primeiro sentido, ele se opõe ao direito “estatal” ou “oficial”. A nosso ver, isso indica, a direção certa para buscar o critério da tipologia do direito. Um dos atributos do direito é a validade universal de suas normas. Portanto, o fundamento mais relevante para dividir o conceito de direito neste caso é a natureza da força que garante essa validade universal (o que, naturalmente, não exclui a possibilidade de classificação por outros motivos). Existem quatro forças desse tipo na história do direito: o Estado, a comunidade internacional, a comunidade local e a corporação. Assim, podem ser distinguidos quatro tipos de direito:

- nacional (estatal);
- internacional;
- comunitário;
- corporativo.

A comunidade rural (comuna) é a forma mais antiga de organização da vida social do *Homo sapiens*. Pode-se argumentar com um grau razoável de certeza que o seu surgimento acompanha o surgimento da humanidade. Era a comunidade que garantia a ordem social em uma sociedade tradicional – exclusivamente no período pré-estatal – dividia essa função com o poder público nos Estados recém-surgidos. Parte dessa ordem social era o que costumamos chamar de “direito consuetudinário” (no sentido de I). Ele foi elaborado por instituições comunitárias e aplicado por órgãos de justiça comunitária.

Portanto, para se referir a esse fenômeno, o termo *direito comunitário* parece ser o mais preciso. Por um lado, ele aponta para a característica mais essencial desse tipo de ordem jurídica – que ela é estabelecida pela comunidade e apoiada pelas forças de suas instituições. Por outro lado, permite distinguir entre o *direito comunitário* e outros tipos de direito não estatal, por exemplo, direito societário ou eclesiástico, que têm outras raízes sociais e natureza jurídica.

Tradução

A maioria dos conflitos e disputas legais nas sociedades tradicionais resolviam-se dentro de grupos humanos organizados de acordo com o princípio territorial, sem recurso aos órgãos estatais. O Estado, por sua vez, ao surgir no cenário histórico, contrariando as ideias reducionistas dos positivistas, demorou para reconhecer e sancionar as normas do direito comunitário, encarregando-se de sua aplicação. Durante todo período de existência da sociedade tradicional (pré-industrial), podemos perceber várias situações de pluralismo jurídico, quando, ao lado da ordem jurídica criada e provida pelo Estado, continuaram a funcionar ordens jurídicas particulares, apoiadas pelas comunidades. Nos países do mediterrâneo ocidental, esse estado de coisas existia até a Modernidade, e, em muitos países em desenvolvimento, continua até hoje.

Assim, o direito comunitário pode ser definido como uma ordem normativa e institucional que define as relações mútuas das pessoas em uma comunidade, cuja validade universal é fornecida por essa comunidade de forma independente, sem a participação do Estado.

O conceito de “direito comunitário” tem uma série de vantagens sobre o termo “direito consuetudinário”. É mais apropriado para designar os sistemas jurídicos de uma sociedade tradicional que não se baseiam na vontade do poder estatal, bem como aqueles ordenamentos jurídicos que existem nas sociedades modernas em paralelo com o direito oficial do Estado. Seu alcance consegue abranger todo o conjunto de manifestações que designa, e seu uso ajuda a evitar aquelas contradições e definições enganosas que surgem no uso do termo “direito consuetudinário”.

Ao mesmo tempo, seu uso não implica uma reestruturação total de todo o discurso das áreas da ciência que realizam pesquisas sobre o assunto em questão, e não necessitam da criação de uma narrativa absolutamente nova a partir do zero. O novo conceito permite considerar todas as avanços da teoria moderna do direito consuetudinário e seguir no próximo passo no desenvolvimento da análise das manifestações jurídicas comunitárias, introduzindo maior clareza em sua “estrutura” conceitual.

Nas últimas décadas, tanto na Rússia como no exterior, foram publicados vários trabalhos que contribuíram para uma compreensão mais profunda dos problemas do direito comunitário. Não é possível citar aqui todos eles sem fugir do objetivo deste artigo. Assim, apontaremos apenas algumas ideias-chave que, em nossa opinião, se tornaram uma

Tradução

importante contribuição para o desenvolvimento de representações científicas sobre o direito de uma sociedade tradicional.

A interpretação do direito “consuetudinário” como um sistema de regulação social estático, conservador e até reacionário, constantemente atrasado em relação à vida, que chega a travar o desenvolvimento político, jurídico e socioeconômico das sociedades em que atua, está sendo gradualmente superada. Esse tipo de interpretação está sendo criticada nos trabalhos de V. V. Bocharov (2013, p. 145), V. B. Bezgin (2017, p. 15) e Yu. V. Skvortsova (2012). R. Sieder comprovou na sua pesquisa que uma parte organizacional e muito significativa do direito “costumeiro” corresponde a “novas ordens e estruturas normativas” criadas tanto pela prática cotidiana quanto pelos esforços construtivos conscientes dos membros vivos das comunidades (SIEDER, 1996, p. 12). K. A. Alimzhan, por sua vez, observa com razão que o direito “consuetudinário” é caracterizado não apenas pelo conservadorismo, mas também pelo dinamismo.

Esse dinamismo se manifesta, primeiro, em mudanças “micro-inovadoras”, ou seja, uma mudança gradual e inconscientemente espontânea na prática comum e, em segundo lugar, na formação consciente e proposital de novas normas. Com base nisso, ele divide o direito consuetudinário em “velho” – na verdade, “costumeiro” – e “novo”, o qual, no entanto, ele mesmo reconhece como “comunitário” apenas com algumas ressalvas (ALIMZHAN, 2003, p. 266-267). Entre os autores que desenvolveram os problemas do direito consuetudinário foi ele, K. A. Alimzhan, quem, de forma pioneira, chegou à conclusão da deficiência desse termo.

A definição de direito consuetudinário formulada por ele como “um conjunto de normas obrigatórias fornecidas pela coerção social que estabelece os limites da liberdade dos membros de um determinado grupo social (sociedade)” (ALIMZHAN, 2003, p. 266) pode ser transformada em uma definição de direito comunitário com alterações mínimas. Para isso, basta especificar a natureza do grupo social nele mencionado, chamando-o diretamente de comunidade (община).

A compreensão de que o costume está longe de ser a única fonte de direito “consuetudinário” está se tornando cada vez mais difundida. G. G. Nebratenko distingue duas formas nas quais o direito “consuetudinário” se desenvolve em uma sociedade tradicional: o natural e o volitivo (NEBRATENKO, 2010, p. 165) – embora a segunda para ele seja atribuída apenas no contexto histórico do surgimento do Estado, o que difícil de aceitar.

Tradução

Às fontes de direito consuetudinário além dos costumes, ele também se refere aos precedentes jurídicos, tratados, atos jurídicos normativos (NEBRATENKO, 2013). Parece importante também o apontamento de G. G. Nebratenko de que a consciência jurídica popular é capaz de dominar os atos normativos do poder estatal, transformando-os em costumes (NEBRATENKO, 2013). O pesquisador russo observa com razão as deficiências da teoria “clássica” do direito consuetudinário: “até agora, a análise do sistema jurídico usual foi realizada apenas pelo prisma do direito consuetudinário”, que não permitiu “formar uma profunda compreensão doutrinária dos parâmetros ontológicos e transformacionais” deste fenômeno e “formular um sistema conceitual” (NEBRATENKO, 2013, p. 28).

Para superar esse impasse epistemológico, ao qual o paradigma estabelecido obviamente conduz, G. G. Nebratenko introduz seu próprio conceito de sistema jurídico consuetudinário, que se propõe a considerar “como um conjunto histórico concreto de direito consuetudinário, prática jurídica e consciência jurídica” (NEBRATENKO, 2013). Em nossa opinião, tal passo, embora seja produtivo até certo ponto, não resolve todos os problemas metodológicos acima expostos, pois a preservação do atributo “direito consuetudinário” não permite que o novo conceito se livre daquele “rastros” de conotações errôneas que estão associadas e foram “herdadas” dos clássicos sob a categoria de “direito consuetudinário”.

Parece que o uso do conceito de “direito comunitário” (e, portanto, de “sistema jurídico comunitário”) no âmbito da teoria de G. G. Nebratenko poderia contribuir para uma maior definição de seu sistema conceitual. Nas obras citadas acima e de alguns outros autores (LOMAKINA, 2005; DUMANOV, PERSHITS, 2005), começa a ser abandonada a vinculação positivista do estatuto jurídico das normas vigentes no ambiente comunitário com a presença de uma sanção estatal, no lugar da qual surge o reconhecimento de um *ontos* independente do direito. O termo *direito comunitário* também é usado por vários pesquisadores estrangeiros (BRANDT; FRANCO, 2006), mas sem uma definição clara e um estudo teórico profundo.

Assim, baseando-se no conhecimento sobre o direito comunitário já elaborado pela ciência moderna, podemos identificar as principais características essenciais desse fenômeno que o distinguem de outros tipos de direito, e destacar as formas de sua expressão.

Como foi mencionado anteriormente, o direito comunitário não se limita apenas aos costumes; a composição e a estrutura de suas fontes é muito mais complexa. As formas do

Tradução

direito comunitário variam dependendo das condições culturais, históricas e sociais de um determinado grupo humano. Mas, em geral, suas fontes, com toda a sua diversidade, podem ser divididas em quatro grupos principais:

2.1. Direito consuetudinário comunitário

As normas de direito consuetudinário comunitário correspondem às normas jurídicas de direito consuetudinário em sentido estrito, ou seja, aquelas normas que realmente são formadas por meio da aplicação repetida de ações juridicamente significativas em situações semelhantes.

Elas ocupam um lugar importante no conjunto de normas do direito comunitário e, em certos períodos, em comunidades determinadas, podem constituir grande parte do conjunto normativo, mas nunca e em nenhum lugar poderiam ser a única fonte do direito. Como foi enfatizado acima, os costumes não surgem por acaso, mas como resultado da ação de um mecanismo social que em situações determinadas permite distinguir de todos os modos de comportamento aquele que pode e deve tornar-se normativo.

Essa função é desempenhada pela consciência jurídica, na qual os modos de comportamento são alinhados em relação aos valores e princípios jurídicos fundamentais de uma comunidade. Apenas aquilo que corresponde a esses valores e princípios passa a fazer parte do costume. Portanto, a tarefa da etnografia jurídica no estudo desse componente do direito comunitário não é apenas registrar os próprios costumes, mas também reconstruir a concepção de mundo dos indivíduos.

2.2 Resoluções jurídicas das autoridades da comunidade (atos normativos comunitários)

São regras de conduta, cuja força normativa não se baseia mais no costume, mas na vontade coletiva da comunidade, expressa nas decisões da assembleia popular, do conselho de anciãos, do líder ou de outra autoridade. Eles se tornam obrigatórios geralmente imediatamente após a divulgação, independentemente da frequência e duração da aplicação. Com o aumento da complexidade das relações sociais e o desenvolvimento das instituições de poder, cresce também a participação e a importância de tais normas no direito comunitário.

Tradução

Normas desse tipo foram registradas por etnógrafos e historiadores tanto entre os povos com organização social primitiva quanto em comunidades que conviviam com instituições estatais. Em uma sociedade tradicional, elas existem de forma não escrita, transmitidas oralmente de geração em geração junto com os costumes, o que muitas vezes leva os pesquisadores a confundi-las com estes últimos. Atualmente, as decisões dos órgãos comunitários nos países em desenvolvimento, na maioria das vezes, são registradas por escrito e mantidas por funcionários da comunidade.

Como mostram os dados etnográficos, algumas comunidades, por exemplo, na América Latina, periodicamente (geralmente uma vez por ano, simultaneamente com a reeleição da liderança da comunidade), na presença de todos os membros da comunidade, realizam uma revisão dos seus materiais arquivados, o que é acompanhado por um anúncio público dos regulamentos em vigor. Isso, por um lado, permite atualizar as normas vigentes na memória dos membros da comunidade e, por outro, permite identificar disposições legais desatualizadas que precisam ser corrigidas (KOSTOGRYZOV, 2018).

2.3. Precedentes jurídicos (direito comunitário com base em um precedente)

Um sistema jurídico baseado inteiramente ou em grande parte em fontes não escritas e não codificadas inevitavelmente enfrenta o problema de inúmeras lacunas e questões não resolvidas. A humanidade encontrou uma saída há muito tempo para esta situação – os órgãos autorizados a administrar a justiça tomam decisões que lhe parecem mais correspondentes com a noção de justo. O que é justo é estabelecido em cada caso específico pelos juízes da comunidade, ao passo que eles devem convencer os demais membros da comunidade da justiça de sua decisão, ou seja, para que tal decisão se torne fonte de direito em sentido pleno, deve haver uma base na consciência jurídica da comunidade.

2.4. Normas de direito estatal

À medida que o Estado se desenvolve e se fortalece, sua atividade legislativa se expande. Ao mesmo tempo, há uma integração entre o direito comunitário e o estatal. Na maioria das vezes, a atenção dos pesquisadores se concentra em apenas um lado desse

Tradução

processo – a recepção das normas comunais pelo Estado, as quais, tendo recebido a sanção do poder público, passam a fazer parte do direito estatal.

A nosso ver, o outro lado dessa integração não é menos importante, como, por exemplo, a incorporação de determinadas normas da legislação estatal ao direito comunitário. No futuro, a origem de tais normas (especialmente se existirem na forma oral) poderá ser esquecida, e os órgãos de justiça comunitária as aplicarão de acordo com a tradição. Desse modo, as leis podem se transformar em costumes, permanecendo no direito comunitário, às vezes mesmo depois de terem perdido sua força no ordenamento jurídico do Estado. Hoje, não é incomum que tribunais comunitários em países em desenvolvimento apliquem diretamente as normas da legislação nacional.

Além desses grupos principais, outras fontes jurídicas podem desempenhar um papel maior ou menor nos ordenamentos jurídicos de algumas comunidades, dependendo das condições culturais e históricas, por exemplo, acordos regulatórios (NEBRATENKO, 2013), textos religiosos (que em alguns casos podem até ocupar um lugar central – por exemplo, em comunidades muçulmanas etc.).

Como já havíamos observado, o direito comunitário, embora conservador, não deixa de revelar um determinado dinamismo. A composição de suas fontes garante tanto a estabilidade da regulamentação legal quanto a mudança gradual das normas, o que permite acompanhar o desenvolvimento da sociedade. Adoção e manutenção dos costumes e tradições jurídicas (o primeiro grupo de fontes) garantem a continuidade, enquanto a constante criação de novos atos jurídicos e precedentes (segundo e terceiro grupos), juntamente com a recepção de normas jurídicas estatais (quarto grupo), refletem a variabilidade do direito comunitário e a sua adaptabilidade às condições humanas em mudança permanente. Graças a isso, a comunidade, mesmo após o surgimento do Estado, permanece por muito tempo como a instituição social que cria o direito. Em algumas regiões, ela continua a desempenhar essa função até hoje.

A diferença fundamental entre o direito comunitário e o direito estatal é que o direito do Estado é construído a partir de normas individuais, como se fossem “tijolos”. Neste, normas formam instituições e instituições formam ramos. Já o direito comunitário é contínuo, representa uma única ordem não fragmentada, na qual, por assim dizer, normas separadas são “dissolvidas”. No primeiro caso, a letra da lei prevalece sobre o espírito da lei, no segundo, o espírito sobre a letra. Assim, os modos de operação da justiça estatal e

Tradução

comunitária diferem: a primeira vê sua tarefa na aplicação de uma norma específica a uma situação de conflito específica, enquanto a segunda percebe tal situação como uma quebra no continuum do estado de direito e busca restaurar a integridade deste último. Neste caso, pode não existir uma regra específica e pré-estabelecida para resolver a situação. Do ponto de vista positivista, trata-se de uma lacuna no direito, mas para o direito comunitário não existe esse problema, pois no *continuum* jurídico as disputas jurídicas são resolvidas com base em valores e princípios fundamentais, com as normas individuais desempenhando um papel subordinado. Esta é uma das razões pelas quais não é possível criar um código completo de direito comunitário.

Os direitos do indivíduo também ocupam lugar diferente nas estruturas do direito comunitário e do estatal. O núcleo em torno do qual todo o sistema de direito estatal é construído (pelo menos em suas versões romano-germânica e anglo-saxônica) são os direitos subjetivos e os interesses jurídicos dos indivíduos. A essência do direito comunitário é o funcionamento da comunidade. Neste caso, o bem comum que é o elo central do direito não é um interesse individual legítimo, mas um estado estável e equilibrado da comunidade e da ordem social como um todo. Isso não significa que os direitos subjetivos dos indivíduos sejam sacrificados. Porém, o que se coloca em primeiro lugar são os direitos de uma ordem diferente – à paz social e a uma vida protegida e harmoniosa em consenso e respeito mútuo entre os outros membros da comunidade. “Reivindicações” deste tipo não podem ser formalizados de uma forma esquematizada do tipo “X tem o direito de...” etc. Esta é outra razão pela qual o direito comunitário não pode ser codificado.

Por fim, é impossível não notar mais uma característica do direito comunitário, que o distingue nitidamente do direito estatal, a saber, o papel decisivo da consciência jurídica em seu funcionamento e desenvolvimento. O Estado, que possui um aparelho coercitivo, é capaz de obrigar a população a obedecer às normas prescritas pelas autoridades, até certo ponto, independentemente da aceitação consciente pela própria população. A comunidade, que não possui tal aparelho (pelo menos em um alto grau de institucionalidade), precisa contar com a adesão voluntária de seus membros às normas jurídicas. Portanto, para a comunidade, a consciência jurídica da população é muito mais importante do que para o Estado. Os valores formadores da consciência jurídica comunitária são a harmonia social e a justiça. Ao mesmo tempo, a justiça é entendida não como a observância incondicional dos direitos subjetivos dos participantes de uma situação de disputa, mas como uma

Tradução

disposição que melhor atende aos interesses da maioria dos membros da comunidade (idealmente, de toda a comunidade).

Conclusão

O conceito amplamente utilizado “direito consuetudinário” não é totalmente adequado para se referir ao direito de uma sociedade tradicional, bem como às normas jurídicas que regem a vida das comunidades humanas sem a participação direta do poder estatal em vários estágios do desenvolvimento histórico até o presente. A ciência teórica e histórico-jurídica atual, pelo menos alguns de seus representantes, como K. A. Alimzhan e G. G. Nebratenko, chegou perto de desenvolver um conceito mais preciso para esse fenômeno.

O conceito de direito comunitário, na nossa opinião, reflete melhor o direito em questão. Sendo mais específico que o direito consuetudinário, ele atende aos requisitos básicos para um conceito científico: inequívoco, exato, adequado ao fenômeno designado. Além do mais, ele aponta para a qualidade mais significativa desse tipo de direito: é estabelecido pela comunidade e sua obrigatoriedade é assegurada por instituições comunitárias – o que determina com mais precisão o lugar do direito comunitário entre outros tipos de direito.

Ao lado dos costumes, os atos jurídicos-normativos também são as fontes do direito comunitário (provenientes tanto das autoridades comunais quanto daquelas do Estado), precedentes, tratados, textos religiosos, etc.

Embora o direito comunitário possa incluir (e em condições atuais inclui cada vez mais) conteúdos mais ou menos significativos de fontes escritas, por exemplo, decisões de assembleias gerais e julgamentos baseados em casos, ela não pode ser escrita e codificada completamente.

Amplio material histórico e antropológico coletado em diferentes regiões geográficas (SUPATAEV, 1984; SINITSYNA, 1997; BEZGIN, 2017; KOSTOGRYZOV, 2018) confirma a universalidade das características listadas do direito comunitário.

Esse direito comunitário, sendo cronológica e genealogicamente anterior a todos os outros tipos de direito, é, portanto, o arquétipo do direito em geral. Desse modo, o seu estudo é de fundamental importância para a compreensão da essência do direito como fenômeno da vida social.

Tradução

Referências

ALIMZHAN, Kairat. *Вопросы теории обычного права* [port.: Questões de teoria de direito consuetudário]. Almaty: Izd. centr Obshchestv. fonda "Interlegal", 2003.

BARIÉ, Cletus Gregor. Derecho Indígena y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, Quito, n. 3, p. 110-118, 2008. <https://doi.org/10.17141/urvio.3.2008.1077>

BEZGIN, Vladimir Borisovich. *Мужицкая правда. Обычное право и суд русских крестьян*. [port.: Direito consuetudinário e o tribunal dos camponeses russos]. Moscow: Common place, 2017.

BOCHAROV, Vladimir Vladimirovich. *Неписанный закон: Антропология права* [port.: Lei não-escrita. Antropologia do direito]. St. Petersburg: Izdatel'stvo AIK., 2013.

BRANDT, Hans-Jürgen.; FRANCO, Rocío (Ed.). *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El tratamiento de conflictos: un estudio de actas en 133 comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú*. Lima: IDL, 2006. v. 1.

DUMANOV, Hassan Mukhtarovich; PERSHITS, Abram Isaakovich. К уточнению понятия «обычное право» [port.: Definição do conceito "Direito consuetudário"]. *Государство и право*, n. 3, p. 77-82, 2005.

KOVLER, Anatoly Ivanovich. Антропология права и правовой плюрализм [port.: Antropologia do direito e pluralismo jurídico] *Олень всегда прав: исследования по юридической антропологии*. Moscow: «Strategiya», 2003. p. 24-50.

KOSTOGRYZOV, Pavel Igorevich. *Юридическая антропология в поисках парадигмы* [port.: Antropologia jurídica em busca de paradigma] *Scientific Yearbook of the Institute of Philosophy and Law of the Ural Branch of the Russian Academy of Sciences*, v. 17, n. 4, p. 81-99, 2017. <https://doi.org/10.17506/ryipl.2016.17.4.8199>

KOSTOGRYZOV, Pavel Igorevich. *Общинное правосудие в странах Латинской Америки* [port.: Justiça comunitária nos países de América Latina] Moscow: Yurlitinform, 2018.

LOMAKINA, Irina Borisovna. *Этническое обычное право: теоретико-правовой аспект* [port.: Direito consuetudinário étnico: Aspectos teóricos e jurídicos]. Abstract thesis (Doctor of jurisprudence)_St. Petersburg, 2005.

МАЛЫЙ ЭНЦИКЛОПЕДИЧЕСКИЙ СЛОВАРЬ. Т. II. Выпуск IV-ый [port.: Pequeno Dicionário Enciclopédico de Brokgauz & Efron, Tomo II, IV, 2a ed., rev., St. Petersburg: Brokgauz & Efron, 1909.

NEBRATENKO, Gennady Gennadievich. *Институционализация обычно-правовой системы в общей теории права* [port.: Institucionalização do direito consuetudinário em teoria geral do direito]. Moscow: Vuzovskaya kniga, 2010.

Tradução

NEBRATENKO, Gennady Gennadievich. *Обычно-правовая система: структура и элементы* [port.: Sistema de Direito consuetudinário: estrutura e elementos]. Rostov-on-Don: YURIF RANHiGS. 2013.

PUCHTA, Georg Friedrich. *Курс римского гражданского права* [port.: Curso de direito civil romano]. T. 1. Moscow: Izd. F. N. Plevako, 1874.

ROULAND, Norbert *Юридическая антропология* [port.: Antropologia jurídica]. Moscow: NORMA, 1999.

SAVIGNY, Friedrich Kral. von. *Система современного римского права* [port.: Sistema de direito romano contemporâneo]. Moscow: Statut., 2011. t. 1.

SINITSYNA, Irina Evgenievna. *В мире обычая* [port.: O mundo dos costumes]. Moscow: Vostochnaya literatura RAN, 1997.

SKVORTSOVA, Yulia Vyacheslavovna. *Обычное право как структурно-функциональный элемент правовой системы России* [port.: Direito consuetudinário como elemento do sistema jurídico da Rússia]. Scientific works of the Russian Academy of Lawyers and Notaries, v. 1, n. 24, p. 45-53, 2012. Disponível em: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=17895247>. Acesso em: 20 nov. 2022.

SUPATAEV, Murat Abdykasimovich. *Обычное право в странах Восточной Африки* [port.: Direito consuetudinário nos países da África oriental] Moscow: Nauka, 1984.

SUKHAREV Alexandr Yakovlevich; KRUTSKIKH Vladimir Emelyanovich. (Ed.). *Большой юридический словарь* [port.: Grande dicionário jurídico]. 2nd ed., rev. and augm., Moscow: Infra-M, 2001.

SIEDER, Rachel. Derecho consuetudinario y Transición Democrática en Guatemala. *Cuaderno de Debate, FLACSO-Guatemala*, dic. 1996. Disponível em: <https://www.rachelsieder.com/es/derecho-consuetudinario-y-transicion-democratica-en-guatemala-2/>. Acesso em: 20 nov. 2022.

UNDERSTANDING access to justice and conflict resolution at the local level in the Central African Republic. *The World Bank Group*, 24 fev. 2012. Disponível em: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/970091468192841525/understanding-access-to-justice-and-conflict-resolution-at-the-local-level-in-the-central-african-republic-car>. Acesso em: 20 nov. 2022.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Legal Pluralism, Indigenous Law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries. *Beyond Law*, n. 27, p. 32-49, 2004.