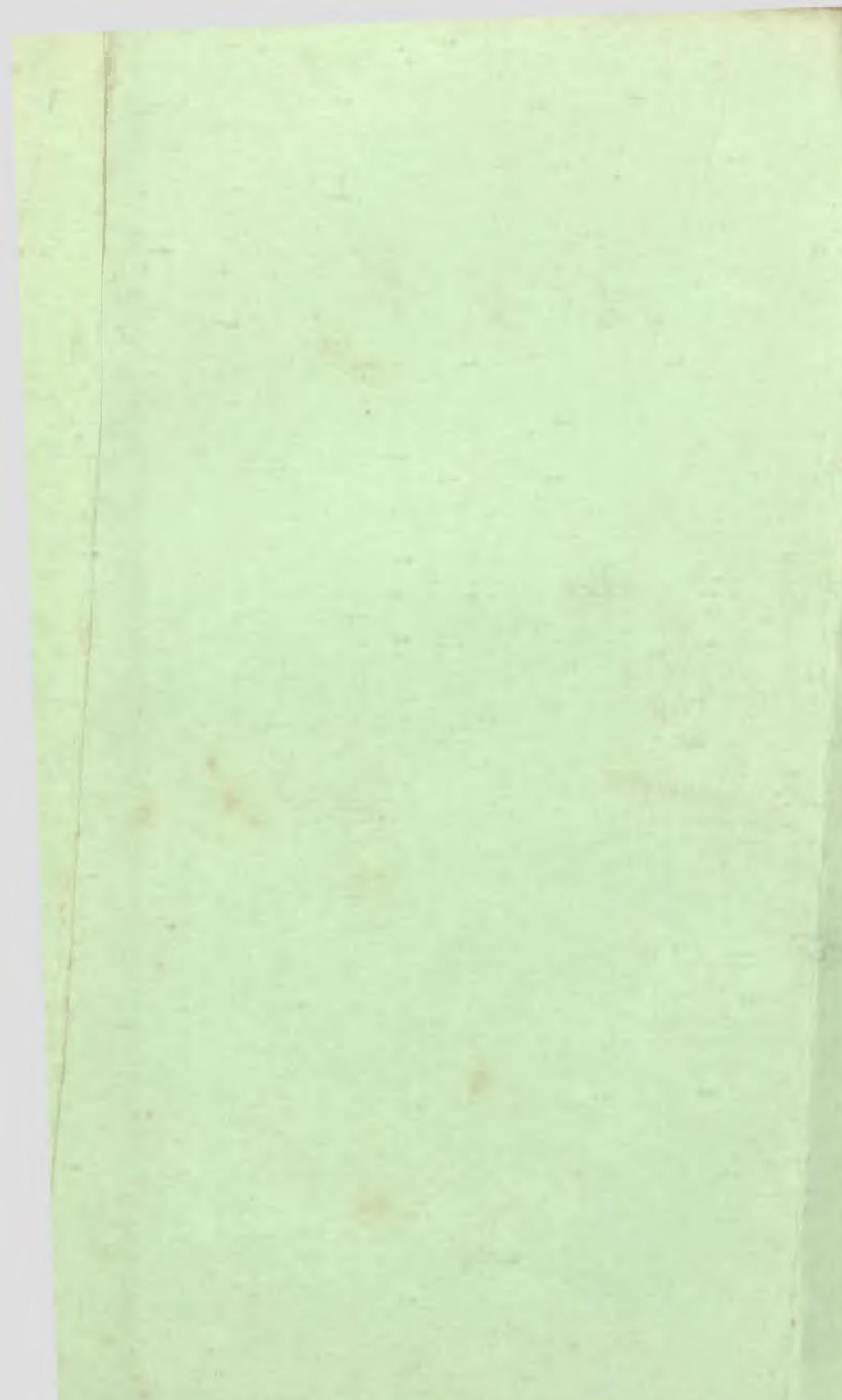


Claudio Souto

Sociologia Jurídica:
da fundação aos nossos
dias

F
340.2
S726s

1969



Al

U. F. Po.
FAC. DE DREITO
BIBLIOTECA
194 30.12.80

Sociologia Jurídica: Da Fundação aos nossos dias

CLÁUDIO SOUTO

1. *O momento contraditório de hostilidade* — A história da Sociologia do Direito tem dois momentos fundamentais: um com a tônica na hostilidade a êsse ramo do conhecimento, hostilidade essa quer da parte de sociólogos, quer da parte de juristas; e outro momento caracterizado sobretudo pelo abandono da Sociologia do Direito — abandono também da parte de sociólogos e juristas.

O primeiro período, o período sobretudo de hostilidade, alcança os precursores da Sociologia do Direito e se estende até o fim do século passado. Não é tão conhecida a repugnância que Augusto Comte, com tôda sua influência de escritor, sentia para com o direito, que êle considerava um mero vestígio metafísico, absurdo, imoral mesmo? Menos conhecida, porém bem nítida é a aversão análoga de Saint-Simon ao direito, que também considerou mesquinho fruto legal-metafísico. E note-se que com Saint-Simon e com Comte se fundava a Sociologia.

A respeito dos precursores da Sociologia Jurídica, que Georges Gurvitch considera integrados em uma verdadeira "pré-história" da Sociologia do Direito, veja-se *Gurvitch, Sociology of Law, Philosophical Library and Alliance Book Corporation, New York, 1942, pp. 68-106*, bem como Roscoe Pound, *Jurisprudence, I, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1959, pp. 298-328*.

Pound faz justiça a *Gierke*, que considera o iniciador do que chama o "estágio psicológico da escola sociológica" em Jurisprudência. *Gierke (Das deutsche Genossenschaftsrecht, vols. I. 1868, II, 1873, III, 1881, IV, 1913)* renovou profundamente a teoria da pessoa jurídica: para êle o grupo ou associação tem personalidade real e não meramente fictícia, não é mera criação estatal e é mais

que um agregado de indivíduos. Nota bem Pound que, graças a Gierke, “um movimento na teoria do direito influenciou as outras ciências sociais”. (*Pound, Jurisprudence, I, ct., pág. 313*).

Teve considerável influência na Europa continental o livro de Karl Renner “As Instituições do Direito Privado e suas Funções Sociais”, traduzido na Inglaterra após a segunda guerra mundial (*The Institutions Of Private Law and their Social Functions, by Karl Renner, Edited, with an Introduction and Notes, by O. Kahn-Freud, translated by Agnes Schwarzschild, London, Routledge & Kegan Paul Limited, 1949*). Esse livro, sobretudo preocupado, à maneira marxista, com a influência das forças econômicas e das mudanças sociais sobre o funcionamento das instituições legais, a rigor se situa na linha dos escritos precursores da Sociologia Jurídica e, mesmo, de uma Jurisprudência Econômica. Para um resumo do pensamento do Autor austríaco, veja-se *W. Friedmann, Legal Theory, London, Stevens & Sons Limited, 1960, pp. 328-331*).

Nem é de estranhar que num século de sociologia positivista e naturalista, cujo “realismo” cientificista desdenhava o mundo das normas e dos valores, a Sociologia do Direito encontrasse contra si, da parte dos próprios sociólogos, um ambiente de hostilidade. Mesmo a sociologia de Spencer, ou mesmo a de Marx, não se conseguem libertar, senão de modo claramente relativo, dos fortes preconceitos “realistas” da época.

O primeiro momento da Sociologia Jurídica lhe é também de franca oposição da parte da maioria dos juristas. É pitoresco constatar que a Sociologia do Direito — que fôra hostilizada pelo cientificismo sociológico dado o desdém dêste para com as normas e valores como objeto de investigação — vai ser hostilizada pela maior parte dos juristas precisamente sob a suspeita de que êsse ramo do saber importasse realmente o desconhecimento do aspecto normativo-valorativo do direito. Quer dizer, a situação paradoxal era a seguinte: para uns — sociólogos — a Sociologia do Direito não tinha razão de ser por se referir ao mundo das normas e valores; enquanto que para outros — juristas — a Sociologia Jurídica era condenável por não destacar o mundo das normas e dos valores. É a tônica dessa dupla e contraditória hostilidade o que caracteriza o primeiro momento histórico da Sociologia Jurídica.

2. *O momento atual de abandono relativo* — Já o momento da Sociologia do Direito que corresponde ao nosso século, se já não é sobretudo de hostilidade, nem porisso chega-lhe a ser

favorável: é, antes uma época, a nossa, caracterizada sobretudo pelo abandono da Sociologia Jurídica. As razões iniciais e paradoxais da hostilidade perderam muito de sua fôrça, mas não a perderam totalmente. Porisso mesmo a hostilidade transmutou-se em abandono, embora ultimamente em abandono cada vez mais relativo. A Sociologia do Direito tem sido, por exemplo, preocupação acentuada de ensino e pesquisa na Escandinávia, nos últimos vinte anos, assim como, recentemente, na Alemanha, Estados Unidos, França e outros países.

É típico da fase de abandono o que escreve Llewellyn: "Neither, over the years, do I find much effective effort at neighborliness, let alone brotherliness, from the side of the social disciplines, or of sociology in particular. When I was younger I used to hear smug assertions among my sociological friends, such as: 'I take the sociological, *not* the legal, approach to crime'; and I suspect an inquiring reporter could still hear much of the same (perhaps with 'psychiatric' often substituted for 'sociological') — though it is surely somewhat obvious that when you take "the legal" out, you also take out "crime". (Karl N. Llewellyn, *Law and the Social Sciences — especially Sociology, in Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, The University of Chicago Press, 1962, pág. 353).

Por outro lado, é típica do momento atual de abandono meramente relativo a formação recente nos Estados Unidos da "Law and Society Association", associação interdisciplinar de âmbito nada menos que nacional, preocupada intensivamente com a Sociologia Jurídica, e que edita a "Law and Society Review", cujo primeiro número saiu no verão de 1965. (Sage Publications, Inc., Beverly Hills, California).

Do lado dos juristas, essa transmutação de hostilidade em abandono se fêz em boa parte através da perspectiva do positivismo estatista, que alcança fortemente nosso século sobretudo com Kelsen e que pretende uma ligação dogmáticamente necessária e enfática entre direito e Estado, como se inexistisse direito sem Estado, no abandono logicista do estudo das relações entre direito e a totalidade dos fenômenos sociais.

Observa bem Barna Horvath sobre a insatisfatoriedade científica e prática dessa perspectiva: "The derivation of legal validity from a single hypothesis, a conspicuous scientific merit, is restricted to the *form* of such validity. Not a single valid *content* is gained by adopting the hypothesis. Because of its *positivistic* formulation, the initial hypothesis is indifferent to substance as distinguished from form. Law may have *whatever* content if only backed by the form of legal validity derived from the hypothesis.

“As a practical hypothesis, this leaves the parties to an issue; their lawyers, and the judges themselves pretty alone with their problem of choice whenever the legal ‘Ought’ is in controversy. As a scientific proposition, this means that the normative interpretation of Pure Theory of Law leaves the substance of law outside of the precinct of legal science, handing it over to policy as something that science cannot hope to master. To sum up: it helps little in solving the practical difficulties of lawyers which frequently begin beyond the logical derivation of legally valid form, and it renounces scientifically to master the substance of law, except to the extent to which the difference between substance and form is relative”. (Barna *Horvath*, *Field Law and Law Field*, in *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, herausgegeben von A. Verdross, Heft 1, Neue Folge, Wien, Springer-Verlag, 1957/1958, pág. 62).

De outra parte, qualquer abandono da Sociologia do Direito, ainda que relativo, parece hoje difícil de justificar-se em termos científicos gerais. Referindo-se ao conceito de realidade física, como campos contínuos não explicáveis mecânicamente e submetidos a equações diferenciais parciais, escreve com acuidade o mesmo *Horvath*: “Especially materialism ought to take the lesson at heart, for it cannot recognize as real anything but *physical matter*. Yet precisely this, and *mechanical causality* applicable to it, is what is discarded (or at least heavily qualified) by the Maxwellian description of physical reality. ... Only that is of interest now that the concept of mechanical causal reality, to which a ‘world’ of ideas, values, norms, and ideologies could be opposed at all, seems now to be abandoned (or at least heavily qualified). ... Perhaps it should be added that the rigid opposition of Is and Ought is of recent vintage. The Romans, for example, probably did not mean it when they spoke, with equal ease, of Law both as *norma agendi* and *facultas agendi*. ... Even in modern legal realism, whether American or French, one may find traces of value-realism besides fact-realism. There is, I believe, nothing inherently wrong in this. The expansion of intuitive realities may be a development concomitant with the dematerialization of physical reality”. (Barna *Horvath*, *Field Law and Law Field*, cit., pág. 47).

3. *Os juristas-sociólogos* — Não é que o atual momento mundial de abandono da Sociologia Jurídica não esteja provido, sobretudo desde o começo do século, de juristas-sociólogos. Mas provido quase exclusivamente de juristas-sociólogos e não de sociólogos-juristas, isto é, constituído quase exclusivamente por lógicos das técnicas coercíveis do direito que, sob pressão dos acontecimentos sociais em insopitável avanço sobre o conteúdo tradicional das técnicas coercíveis, foram levados, pela necessidade de uma solução apaziguadora, a uma interpretação nova, sociológica, relativa, atualizada, dêsse conteúdo coercível. Esses juristas-sociólogos nunca deixaram de ser essencialmente teóricos das técnicas coercíveis do jurídico, e só interessadamente são sociólogos do direito. Quer dizer: nunca chegá-

ram a ser propriamente sociólogos, mas são sobretudo teóricos das técnicas do direito, e só secundariamente, interessadamente, sociólogos. Ou seja: estranhamente sociólogos, sociólogos em função das técnicas coercíveis do direito, a cujo serviço puseram subalternamente a Sociologia, usada em seus dados, mas não em seus métodos, ou técnicas, de pesquisa.

Sobre a bibliografia relativa aos principais desses juristas-sociólogos, veja-se G. Gurvitch, *Problèmes de Sociologie du Droit*, in *Traité de Sociologie*, II, Presses Universitaires de France, Paris, 1960, pp. 176-177, 180-181, 187, n. 2, 205-206. Gurvitch inclui o recente H. Lévy-Bruhl entre os juristas-sociólogos (op. e volume citados, pág. 181). Mas a rigor poder-se-ia considerá-lo já representativo de uma fase de transição dos juristas-sociólogos para a Sociologia Jurídica.

A Sociologia do Direito, de fato, como conhecimento despreconcebido e científico, não pôde ser senão a obra de poucos teóricos do social que houveram por bem romper a barreira fria de hostilidade e abandono.

4. *Émile Durkheim: a fundação da Sociologia Jurídica* — O primeiro desses raros teóricos foi Émile Durkheim (1858-1917), que pode ser considerado o fundador da Sociologia Jurídica, assim como pode ser tido, ainda hoje, como um sociólogo da maior valia. E mais que um fundador da Sociologia do Direito, foi Durkheim um fundador entusiasta, erguido enfaticamente contra aquêla desdém da sociologia positivista e naturalista quanto ao fenômeno do direito.

Veja-se Émile Durkheim, *De la Division du Travail Social*, Presses Universitaires de France, Paris, 1960. Nas páginas 27-34 e 205-209 desse livro está um resumo, pelo próprio Autor, de suas concepções sócio-jurídicas fundamentais.

É típico o título de obra póstuma de Durkheim editada pela Faculdade de Direito de Istambul: *Leçons de Sociologie, Physique des Moeurs et du Droit* (Presses Universitaires de France, Paris, 1950).

Ao invés, Durkheim põe o acento agudo de sua indagação sociológica no fenômeno jurídico. E a tal ponto acentuou Durkheim o fenômeno social jurídico, o qual teria para êle uma atuação de preponderância nos quadros sociais, que até sociólogos do direito podem achar "por demais juridicizante" o primeiro momento de sua teoria sociológica.

Cf. G. Gurvitch, *Sociologie du Droit*, in *Traité de Sociologie*, II, cit., pág. 177.

Jerome Hall chega mesmo a afirmar que a sociologia de Durkheim é uma sociologia do direito: "Durkheim built his sociology directly upon law, which he regarded as the best evidence of underlying attitudes. ... The decisive point is that, for Durkheim, the coerciveness of social facts was the essential attribute which distinguished them from nonsocial data; and any social pressure satisfied Durkheim's conception of the legal sanction. This implies that Durkheim's sociology is a sociology of law". (Jerome Hall, *Comparative Law and Social Theory*, Louisiana State University Press, 1963, pág. 112).

Tal momento de excesso terá significado uma reação de antítese ao "realismo" cientificista em Sociologia. Mas, superado o excesso pelo próprio Durkheim em fase posterior — embora tivesse deixado de estudar quadros sociais onde o direito perde importância — estavam lançados, de modo seguro, os fundamentos da Sociologia Jurídica.

E fundava-se a Sociologia do Direito de modo seguro, especialmente porque ela se estabelecia de modo contrário às estreitezas estatizantes de tantos juristas. Assim é que Durkheim critica, com acerto ainda válido, a distinção, até hoje tão usual nos meios jurídicos, entre direito público e direito privado, por ser tal distinção baseada no Estado. De fato, êste dispõe a propósito do modo mais diverso e freqüentemente arbitrário. Acresce que o Estado nem sempre existiu e seu papel varia nas sociedades. Conclui-se, pois, que a distinção tem apenas um valor prático, mas de modo algum é uma classificação científica do direito.

Escreve textualmente Durkheim que "nous ne pouvons nous servir des distinctions usitées chez les juriconsultes. Imaginées pour la pratique, elles peuvent être très commodes à ce point de vue, mais la science ne peut se contenter de ces classifications empiriques et par à peu près". (Émile Durkheim, *De la Division du Travail Social*, cit., pág. 32).

Todavia, ocorre que Durkheim não consegue traçar, de modo satisfatório, os limites do campo específico do jurídico. E sendo não-satisfatória a sua definição do direito, não consegue nosso Autor, satisfatoriamente, classificar o jurídico. Senão, vejamos.

Para Durkheim, direito são regras de sanções organizadas. Ora, bastará dizer por enquanto — pois estudaremos o as-

sunto em capítulo posterior — que definir o direito por suas sanções é defini-lo em falso, pois as sanções organizadas são meramente instrumentais e mesmo acidentais em relação ao jurídico, que pode existir sem que elas ou precisem funcionar ou mesmo existam de modo atual, embora nesta última hipótese o direito atue socialmente com menos energia (como é ainda frequente em relação ao direito internacional). O que não há é a recíproca: sanções jurídicas sem a pré-existência de direito que lhes atribua caráter jurídico. As sanções organizadas são, pois, necessariamente jurídicas, e o direito não depende delas senão como instrumento de uma sua atuação social mais enérgica — atuação social jurídica existindo sempre, mesmo que inexistam sanções organizadas como instrumento do jurídico. Em suma: Durkheim definiu o direito por um elemento que lhe é a rigor estranho e meramente instrumental, se bem que as regras jurídicas possam, acentuadamente, tender a organizar sanções que lhes permitam uma atuação social mais efetiva. Nesse ponto, nosso Autor afina, em pura perda, com a estreiteza do pensamento dos juristas positivistas do seu tempo.

E se Durkheim é infeliz em sua definição do direito, ao baseá-la essencialmente nas sanções organizadas, prejudica-se, em consequência, a sua classificação do jurídico, porque fundada precisamente em dois tipos de sanções: “as sanções repressivas”, correspondentes à “solidariedade mecânica” ou “por semelhança”, próprias do direito penal, e as “sanções restitutivas”, correspondentes à “solidariedade orgânica” ou “por dessemelhança”, próprias do direito civil, do direito comercial, do direito processual, do direito administrativo e do direito constitucional, com abstração das regras penais que se possam aí encontrar.

De outro lado, em seus estudos sobre as sociedades primitivas. Durkheim distingue entre o “direito coletivo”, relativo à religião, a qual era coletivizante, e o “direito individual”, relativo à magia, admitindo esta o exercício da vontade individual com finalidades individualistas — tornada possível, portanto, a iniciativa individual. Mas, ainda aqui, a teoria de Durkheim se liga à sanção, que, no primeiro caso, implica a

censura coletiva, e que vai abrandar-se pela ação concorrente da magia, cuja sanção se reduz a conseqüências causais e diretas.

Acresce que a classificação do direito em “direito coletivo” e “direito individual” não parece aplicável às sociedades modernas, onde, acentuadamente, o direito é ao mesmo tempo coletivo e individual, e não puramente individual ou puramente coletivo.

Recentemente, inspira-se em Durkheim Henri Lévy-Bruhl, Autor de “Aspects Sociologiques du Droit” (Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1955) e de “Sociologie du Droit” (Presses Universitaires de France, “Que sais-je?”, Paris, 1964). A perspectiva sociológica ampla de H. Lévy-Bruhl levou-o contudo a uma definição claramente vaga de direito: “Le droit est l'ensemble des règles obligatoires déterminant les rapports sociaux imposés à tout moment par le groupe auquel on appartient”. (H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du Droit*, cit, pp. 21-22).

5. *Max Weber: a Sociologia do Direito em função do formalismo lógico dos juristas* — Max Weber (1864-1920), sociólogo alemão de grande renome, preocupou-se, especifica e nominalmente, com a Sociologia Jurídica, a tal ponto de destacá-la como estudo componente de seu livro de maior importância.

Max Weber, *Rechtssoziologie, in Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. Halbband (Grundriss der Sozialökonomik, III. Abteilung), Tübingen, 1925. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 387-513. Esta edição de 1925 foi traduzida ao inglês por Edward Shils e Max Rheinstein (*Max Weber on Law in Economy and Society*, Edited by Max Rheinstein, Translation by Edward Shils and Max Rheinstein, Cambridge — Massachusetts, Harvard University Press, 1966).

Existe ainda edição recente da “Sociologia Jurídica” de Weber e publicada como volume autônomo: Max Weber, *Rechtssoziologie*, Aus dem Manuskript herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winckelmann, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied 1960.

Referindo-se ao estilo difícil e pesado do original germânico, Rheinstein, cuja língua materna é o alemão, entende que a tradução ao inglês referida significa um texto mais legível (“more readable”) que o original. (Max Rheinstein, *Introduction, in Max Weber on Law in Economy and Society*, cit., pág. XVI).

Weber traz uma contribuição de notável relêvo ao considerar como ponto inicial de exame da Sociologia do Direito a oposição que há entre o caráter místico-irracional e o caráter racional quanto ao jurídico (quer se trate de criação do direito ou de descoberta do direito já criado), e isso valendo que

quanto aos “elementos formais” (forma), quer quanto aos “elementos materiais” (conteúdo) dêle. Observe-se que Weber nota ser possível que uma forma jurídica místico-irracional (firmada por um oráculo, por exemplo) se acompanhe de um conteúdo racional; ou vive-versa, como no caso de uma forma jurídica firmada racionalmente acompanhar-se, contudo, de um conteúdo místico-irracional.

A propósito, veja-se o resumo pelo próprio Weber, em sua “Rechtssoziologie” (herausgegeben von J. Winckelmann, cit.), pág. 102.

É pena, todavia, que a partir de tão lúcida base de indagações, Weber tenha terminado por atribuir realmente um primado à forma sobre o conteúdo quanto ao direito — o que evidentemente não é racional. Pois, para êle, o direito é obra dos juristas atuando com finalidades práticas. Ou seja, o direito é obra de um formalismo especial e racional — para êle unido à racionalidade de conteúdo e forma — gerador de fórmulas de alta generalização aplicáveis a uma quantidade inumerável de casos. Como, por exemplo, a fórmula do direito romano *non bis in idem*.

Rheinstein parece ter apreendido muito bem, nesse particular, o pensamento de Weber: “Weber has not attempted to write a systematic sociology of law. His interest in law came to be centered around that problem which in this country is usually referred to as that of legal thought or of the judicial process. That latter term would be too narrow, however, for Weber’s planetary thought. . . . Weber is . . . concerned with the process of legal thought in general rather than with special phenomena of judicial thought. Weber’s starting point is his observation that, as in so many other respects, in the field of legal thought, too, the West has developed a method which cannot be found in any other civilization. It is the method which Weber calls that of logical formalism. . . . In Weber’s own words, law making and law finding are formally rational in the logical manner in so far as ‘the legally relevant facts are determined in a process of logical interpretation of meaning and as fixed legal concepts are thus created and applied in the form of strictly abstract rules’. The way in which the term ‘logically formal rationality’ is applied later on makes it clear that by it Weber means exactly that method of legal thought which in modern jurisprudence has become known as ‘jurisprudence of concepts’ or “conceptual jurisprudence (*Be-griffsjurisprudenz*)’, and which has been so ardently attacked by the New Jurisprudence of Free Law and Jurisprudence of Interest in Germany, by Gény and Lambert in France, and by Sociological Jurists and Realists in America. . . . In a more general sense it constitutes the method of the Civil Law as it was deve-

loped from the twelfth century on in the universities first of Italy, then of France, Holland, and Germany". (Max *Rheinstein*, Introduction, in Max Weber on Law in Economy and Society, cit., pp. XLVII-LI).

De fato, após referir-se a um formalismo de racionalidade lógica da criação e da descoberta do direito, em que "die rechtlich relevanten Merkmale werden durch logische Sinndeutung erschlossen und darnach feste Rechtsbegriffe in Gestalt streng abstrakter Regeln gebildet und angewendet", são palavras textuais de Weber: "Eine spezifisch fachmassige juristische Sublimierung des Rechts im heutigen Sinne ist aber nur möglich, soweit dieses formalen Charakter hat. ... Erst die sinndeutende Abstraktion lasst die spezifisch systematische Aufgabe entstehen: die einzelnen anerkanntermassen geltenden Rechtsregeln durch die Mittel der Logik zu einem in sich widerspruchslosen Zusammenhang von abstrakten Rechtssätzen zusammenzufügen und zu rationalisieren". (Max *Weber*, Rechtssoziologie, herausgegeben von J. Winckelmann, cit., pág. 102).

Sob a influência dessa idéia, Weber visualizaria o direito tão só como obra formal ou dogmático-técnica dos juristas e o definiria de modo vago e não essencial como um conjunto de regras a possuir uma probabilidade de efetivação pela força (física ou psicológica) — força essa, note-se, não necessariamente estatal, e sendo, pois, o direito de Weber não necessariamente um direito estatal. Ou textualmente: "uma ordem deve chamar-se ... *direito*, se é garantida externamente através da chance de *coação* (física ou psíquica), mediante um agir orientado para o forçar da observância ou castigo da lesão, de um '*staff*' específico incorporado para isso". Naturalmente, essa é uma tradução o mais possível literal do alemão.

"Eine Ordnung sell heissen: ... *Recht*, wenn sie ausserlich garantiert ist durch die Chance (physischen oder psychischen) *Zwanges* durch ein auf Erzwingung der Innehaltung der Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines *eigens* darauf eingestellten *Stabes* von Menschen". (Max *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, I. Halbband, in Grundriss der Sozialökonomik, III. Abteilung, cit., pág. 17).

Nosso Autor assim explica sua definição: "Uns soll für den Begriff 'Recht' (der für andre Zwecke ganz anders abgegrenzt werden mag) die Existenz eines *Erzwingungs-Stabes* entscheidend sein. Dieser braucht natürlich in reiner Art dem zu gleichen, was wir heute bewohnt sind. Insbesondere ist es nicht nötig, dass eine 'richterliche' Instanz vorhanden sei. ... Die *Mittel* des Zwangs sind irrelevant. Auch die 'brüderliche Vermahnung', welche in manchen Sekten als erstes mittel sanften Zwangs gegen Sünder üblich war, gehört — wenn durch eine Regel geordnet und durch einen Menschenstab durchgeführt — darin. ... Geltender 'Rechtssatz' und 'Rechtsentscheidung' eines konkreten Falles z. B. waren keineswegs unter allen Umständen so voneinander geschieden, wie

wir dies heute als normal ansehen. Eine 'Ordnung' kann also auch als Ordnung lediglich eines konkreten Sachverhalts auftreten. (Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, I. Halbband, in Grundriss der Sozialökonomik, III. Abteilung, cit., pág. 18).

Note-se porém: "Weber's system of ideal concepts is presented in the First Part of *Economy and Society*. ... All these concepts, among them the concept of law, are presented as definitions, which are, of course, nominal, rather than real definitions. ... Weber does not pretend to define what democracy, capitalism, law, society, feudalism, bureaucracy, patriomonalism, sultanism, etc., "really" are. All he intends to do is to let us know what *he* means when *he* uses these terms so that we know clearly what he is talking about". (Max Rheinstein, Introduction, in Max Weber on Law in Economy and Society, cit., pp. XXXVIII-XXXIX).

A Sociologia do Direito de Weber se preocupa então, intensivamente, com o pensamento jurídico através do tempo, a refletir-se por exemplo, graças aos sacerdotes-juristas, no Código de Manu ou no Corão; no direito canônico da Idade Média; na atividade do pretor e dos "prudentes" da Roma republicana e imperial (criadora, para Weber, de um direito já agora completamente laico e completamente racional...); nas codificações racionalistas; nas novas fórmulas, por exemplo, trabalhistas, não previstas pelas codificações. Nosso Autor defende que a racionalização quanto ao direito deve ser intensificada, mediante uma maior liberdade de interpretação jurídica, acorde com a mutabilidade do direito. Segundo Weber, a evolução jurídica se processa finalmente no sentido de "um crescente sublimar lógico e rigor dedutivo do direito e uma crescente técnica racional do procedimento".

Weber, Rechtssoziologie, herausgegeben von J. Winckelmann, cit., pág. 277: "Die formalen Qualitäten des Rechts entwickeln sich ... aus einer Kombination von magisch bedingtem Formalismus und offenbarungsmässig bedingter Irrationalität im primitiven Rechtsgang, eventuell über den Umweg theokratisch order patrimonial bedingter materialer und unformaler Zweckrationalität, zu zunehmend sachmässig juristischer, also logischer Rationalität und Systematik und damit — zunächst rein ausserlich betrachtet — zu einer zunehmend logischen Sublimierung und deduktiven Strenge des Rechts und einer zunehmend rationalen Technik des Rechtsgangs".

A posição de Weber é absolutamente de estranhar em um sociólogo e na verdade alienadora quanto à Sociologia Jurídica, que êle coloca essencialmente em função do formalismo lógico-dedutivo e tecnizante dos juristas. Pois Weber, sendo es-

sencialmente um sociólogo — embora de formação jurídica e antigo professor de Direito Comercial e História do Direito na Universidade de Berlim — se comporta estranhamente como se fôra um jurista-sociólogo, como se fôra um jurista para quem a Sociologia tivesse de modo especial o papel subalterno de subsidiar a teoria das técnicas coercíveis do direito.

Não é a racionalidade jurídica de Weber em si mesma que merece crítica, mas o fato dessa racionalidade ter sido assentada por êle em um ponto falso: ter-se assentado naquêle formalismo lógico-dedutivo e tecnicizante dos juristas. Porisso sua posição não chega a ser cientificista e anti-espontânea quanto ao direito — o que teria sido um equívoco incomparavelmente menor e com acentuado lastro de realidade. Mas, ao contrário, sua posição é acanhadamente tecnicista, em seu voto fechado de confiança aos juristas, os quais, em geral, não são, até agora, essencialmente cientistas sociais, mas sim essencialmente teóricos das técnicas de coercibilidade. E o tecnicismo de Weber, abdicando em favor dos juristas tradicionais quase todo o domínio básico da Sociologia do Direito, é na verdade uma estranha abdicação da ciência em favor da dogmática. Assim é que, em última instância, o racionalismo de Weber se mostra paradoxalmente irracional.

Isso evidentemente não significa, nem pode significar, qualquer menosprêzo pela formação lógica dos juristas, que, ao contrário, tem sido louvada pelos próprios cientistas sociais. Assim é que o sociólogo Samuel Stouffer, da Universidade de Harvard, nota: "It is quite possible that training in simple measurement theory may some day be as important in legal training as is elementary exposure to the theory of cost accounting. I am not a lawyer, but I find that the sharply disciplined minds of some of my lawyer friends grasp the essential logic of such problems more quickly and easier than do a few of my less rigorous colleagues with training in psychology or the social sciences". (Samuel A. Stouffer, Comment, in Walter J. Blum and Harry Kalven, Jr., *The Art of Opinion Research: A Lawyer's Appraisal of an Emerging Science*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 24, Autumn 1956, Number 1). Análogamente, destaca Riesman o "sense of relevance" dos juristas (David Riesman, *Toward an Anthropological Science of Law and the Legal Profession*, in *The American Journal of Sociology*, Vol. LVII, July 1951 — May 1952, University of Chicago Press, Chicago, Cambridge University Press, London).

Apenas, lógica do direito, por mais importante que seja o preparo que fo

nece, não é ciência social do direito. E por mais desenvolvida e secular que seja a primeira, isso não é igual a desenvolvimento e maturidade da segunda.

Em artigo recente, observa Cowan: "The term science of law is a euphemism. It is often applied to a more morphological account of legal conceptions and rules in action and a critique of law on the basis of consistency (analytical jurisprudence) or to classificatory schemes for ordering the elements of law (legal encyclopedia). (Thomas A. Cowan, Reflections on Experimental Jurisprudence, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, herausgegeben von Rudolf Laun und Theodor Viehweg, Band XLIV (1958), Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied/Rh. und Berlin, pág. 465). De maneira semelhante, Yehezkel Dror se refere ao que chama "the under-development of the social study of law in general", a que estariam ligados "the dearth of research personnel trained both in law and the social sciences, the absence of research methods adjusted to investigation of the social aspects of normative systems such as law, the overconcern of social scientists with the 'social control' function of law" (Yehezkel Dror, *Law and Social Change*. Tulane Law Review, Volume XXXIII, 1958-1959, Tulane University, pág. 787). Também Timasheff — para quem ainda não foi construída uma sociologia jurídica sistemática — usara a mesma expressão: "... sind die heutigen Probleme der Rechtssoziologie Probleme einer unentwickelten Wissenschaft". (N. S. Timasheff, *Wie steht es heute mit der Rechtssoziologie?*, *Kolner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, herausgegeben von René König, 8 Jahrgang 1956, Westdeutscher Verlag, Köln-Opladen, pág. 415).

6. *Eugen Ehrlich: a Sociologia do Direito de caráter anti-ficcionista e o direito vivo* — Eugen Ehrlich, austríaco (1862-1922), escreveu especificamente sobre a Sociologia Jurídica todo um livro, o qual, editado pela primeira vez em 1913, haveria de desempenhar um papel do maior relêvo para o desenvolvimento do novo ramo de saber. E embora esse livro seja cronologicamente anterior ao de Weber, se situa, ao que tudo indica, em maior afinidade com as perspectivas hoje preponderantes na Sociologia Jurídica.

Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Unveränderter Neudruck (Manuldruck) der ersten Auflage 1913, München und Leipzig, 1929, Verlag von Duncker & Humblot. Dêsse livro, existe a conhecida tradução ao inglês de Walter L. Moll, cuja primeira edição data de 1936 (*Fundamental Principles of the Sociology of Law*, by Eugen Ehrlich, translated by Walter L. Moll, New York, Russell & Russell Inc., 1962).

A tal ponto se destaca a figura de Ehrlich, que W. Friedmann chega a escrever ter começado com o nosso Autor a Sociologia do Direito como ciência: "Observations on the interaction of law and other social forces have been made, from time to time, by various writers and jurists, since antiquity. (Obvious examples are to be found in the work of Montesquieu and Weber). However, the phrase *sociology of law* was only coined in 1892 by D. Anzilotti (*La filoso-*

fia del diritto e la sociologia, Firenze: Tipografia Bouducciana, A. Meozzi, 1892), and the systematic study of sociology of law as a science may be said to have begun at the beginning of the 20th century with the publication of E. Ehrlich's book, *The Fundamental Principles of the Sociology of Law* (W. Friedmann, *Sociology of Law, in A Dictionary of the Social Sciences*, Edited by Julius Gould and William L. Kolb, The Free Press of Glencoe, 1964, New York, pág. 682).

Talvez o maior mérito da Sociologia do Direito de Ehrlich consista no seu cunho anti-ficcionista, ou seja, no combate que representa a inúmeras ficções que infrutificavam e em parte ainda infrutificam no campo dos estudos jurídicos.

Escreve nosso Autor: "Und doch zeigt gerade die Geschichte der romischen Jurisprudenz, dass diese im wesentlichen, wie jede Jurisprudenz, viel mehr eine erhaltende als eine treibende Macht gewesen ist. Nur zögernd, widerwillig und missmutig gibt sie den unabweislichen Forderungen des Lebens nach und geht nie über das unbedingt Notwendige hinaus. Und auch das unbedingt Notwendige tut sie am liebsten versteckt, verkleidet das Neue als Altes, mit Hilfe unmöglicher Auslegungen, Fiktionen, Konstruktionen. ... Es ist ja überhaupt ein Irrtum, auf dem falschen Gedanken beruhend, dass jede Rechtsschöpfung Sache des Gesetzgebers ist, dass die Fiktionen nicht von Juristen ausgehen dürfen. Die romischen Juristen haben sich allerdings ihrer nicht bedient, aber die altere gemeinrechtliche und französische Jurisprudenz in sehr hohem Masse". (Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., pp. 217 e 232).

Uma dessas ficções é a relativa à ciência do direito dos juristas, que, segundo Ehrlich, é antes uma doutrina técnica ("Kunstlehre"), visando fins práticos, e relativa, pelo seu condicionamento pelos diferentes quadros sociais. Para êle, porisso mesmo, a teoria dos juristas não apreenderia senão a realidade mais superficial do direito. Note-se todavia que Ehrlich não nega haja elementos científicos na ciência do direito dos juristas — o que nem sempre seus críticos destacam: "Não menos importantes para a Sociologia do Direito são os resultados da Jurisprudência prática ("der praktischen Jurisprudenz"). Não há nenhuma doutrina técnica ("Kunstlehre") que não fôra o comêço de uma ciência, e isso vale também a respeito da Jurisprudência... A contemplação viva ("die lebendige Anschauung") das relações humanas de natureza jurídica, as generalizações dos resultados da contemplação e as normas de decisão correspondentes, isso é o científico na Jurisprudência".

Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., pp. 384 e 385).

O seguinte trecho é ainda típico do pensamento do nosso Autor sobre a ciência do direito dos juristas: "Würde sie rein wissenschaftliche Zwecke verfolgen, so müsste sie sich darauf beschränken, die Übung im Hause, der Familie, im Verkehr, in der Geselligkeit zu beobachten, um daraus zu entnehmen, was dort an Persönlichkeitsinteressen vorhanden ist und wie weit sie durch gesellschaftliche Normen geschützt sind. Aber als praktische Kunstlehre stellt sie sich zu ihrem Vorwurf ganz anders. Ihr kommt es darauf an, scharf formulierte Rechtsätze zu bilden, die darüber entscheiden sollen, unter welchen Voraussetzungen, mit welchen Rechtsmitteln, durch welche Arten der Zwangsvollstreckung, Persönlichkeitsrechte, die sich in der Gesellschaft kraft Übung ergeben, geschützt werden sollen. Auch dieser Forschung muss die Beobachtung und Verallgemeinerung dessen vorausgehen, was in der Gesellschaft an solchen Interessen vorhanden ist und welche Bedeutung sie haben. Aber diese Beobachtung und Verallgemeinerung bricht nicht nur überall dort ab, wo das praktische Wichtige aufhört, sondern gipfelt schliesslich in einem durchaus unwissenschaftlichen Verfahren: in der Interessenabwägung als Grundlage der Normenfindung". (Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., pp. 291 e 293).

Em conseqüência, consoante Ehrlich, a ligação absoluta do juiz a fórmulas pré-fixadas, a dependência total do direito em relação ao Estado, e a unidade técnico-sistemática do direito, tidas como postulados lógicos, são realmente princípios técnicos que só valem para determinadas sociedades, onde há centralização estatal, sendo que na Idade Média e atualmente tais "postulados" sofrem o impacto de realidades que lhe são contrárias. Assim, no interior das sociedades, uma multiplicidade de agrupamentos sociais juridicamente autônomos, a par de círculos determinados com uma multiplicidade de usos jurídicos. E no exterior, a realidade das sociedades internacionais.

Assim se pronuncia textualmente nosso Autor: "Kein wissenschaftlich gebildeter Jurist zweifelt gegenwärtig, hundert Jahre nach Savigny und Puchta, daran, dass ein grosser Teil des Rechts in der Vergangenheit nicht vom Staate geschaffen worden ist, und dass es auch heute noch zu einem grossen Teile aus anderen Quellen fliesst. ... Die innere Ordnung der menschlichen Verbände ist nicht nur die ursprüngliche, sondern auch bis in die Gegenwart die grundlegende Form des Rechts. Der Rechtssatz stellt sich nicht nur viel später ein, er wird auch heute noch grosstenteils erst von der innern Ordnung der Verbände abgeleitet. Um die Anfänge, die Entwicklung und das Wesen des Rechts zu erklären, muss daher vor allem die Ordnung der Verbände erforscht werden. ... Die innere Ordnung der Verbände wird durch Rechtsnormen bestimmt. Rechtsnormen sind mit Rechtssätzen nicht zu verwechseln. Der Rechtssatz ist die zufällige allgemeinverbindliche Fassung einer Rechtsvorschrift in einem Gesetze oder einem Recht-

sbuch. Rechtsnorm ist dagegen der ins Handeln umgesetzte Rechtsbefehl, wie er in einem bestimmten, vielleicht ganz kleinen Verbands herrscht, auch ohne jede wortliche Fassung. Sobald es in einer Gesellschaft Rechtssätze gibt, die wirklich wirksam geworden sind, ergeben sich aus den Rechtssätzen auch Rechtsnormen; aber in jeder Gesellschaft gibt es weit mehr Rechtsnormen als Rechtssätze, weil es immer weit mehr Recht für einzelne als für alle gleichartigen Verhältnisse gibt, und auch mehr Recht als den zeitgenössischen Juristen, die es in Worte zu fassen suchen, zum Bewusstsein gekommen ist. ... Immerhin blühen heute noch zwei vom Staate, genauer gesprochen von der staatlichen Gesetzgebung, Rechtssprechung und Verwaltung durchaus unabhängige Rechtssysteme: das Kirchenrecht und das Volkerrecht. Für wen Recht immer nur staatliches Recht ist, für den konnte nur Staatskirchenrecht Recht sein: aber das stünde im Widerspruch mit der allgemeinen Auffassung, die doch die kraftigste Stütze der herrschenden Lehre ist". (Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, cit., pp. 8, 29-30 e 130).

Ehrlich fala de um direito social subjacente, que seria o direito direto da sociedade, com uma função de organização social pacífica interna, direito social êsse que seria precisamente estudado pela Sociologia Jurídica — pròpriamente o saber científico do direito —, que também se ocuparia das condições em que se desprendem dêle as normas jurídicas sobrepostas. Assim, o desenvolvimento do direito dependeria essencialmente, segundo Ehrlich, dêsse estudo, e não deveria ser buscado com centro ou na lei, ou na jurisprudência, ou na doutrina, ou, de modo mais geral, em um sistema de regras, mas na própria sociedade, sendo o direito vivo algo "em contraste" ("im Gegensatz") àquêle meramente em vigor diante do tribunal e das autoridades. O direito vivo é o direito que, não fixado embora em proposições jurídicas ("in Rechtssätzen") domina porém, a vida".

Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, cit., pág. 399. Concluindo nosso Autor: "Die Erforschung des lebenden Rechts ist es also, worin die Soziologie des Rechts beginnen muss. Sie wird zunächst nur auf das Konkrete, nicht auf das Allgemeine gerichtet sein. Beobachten lässt sich überhaupt nur das Konkrete". (op. cit., pág. 405).

É típico o Prefácio de Ehrlich ao seu livro mencionado, quase todo contido nas seguintes palavras, hoje já clássicas: "der Schwerpunkt der Rechtentwicklung liege auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtssprechung, sondern in der Gesellschaft selbst. Vielleicht ist in diesem Satze der Sinn jeder Grundlegung einer Soziologie des Rechts enthalten". (Ehrlich, Vorrede, in Grundlegung der Soziologie des Rechts, cit.).

Naturalmente, a partir daí, nosso Autor reduz de muito a importância do Estado quanto ao direito, constatando que, havendo conflito entre o direito estatal e o direito da sociedade, aquêle termina por ceder: assim ocorreu, por exemplo, quanto ao estabelecimento dos sindicatos, dos trustes, e quanto às convenções coletivas do trabalho, etc. Mais que isso, para êle “apenas uma pequena parte do direito, o direito estatal, realmente promana do Estado... somente um setor minúsculo (“ein winziger Ausschnitt”) da realidade chega diante das autoridades”.

Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, cit., pp. 127 e 400.

Note-se finalmente que já em Ehrlich, e mesmo antes dêle, se manifesta a tendência da Sociologia do Direito à pesquisa empírica. Anteriormente a êsse escritor — cujo questionário foi publicado em 1913 (“Das lebende Recht der Volker der Bukowina, Fragebogen fur das Seminar fur lebendes Recht mit Einleitung”) —, sobretudo se destacam o croata Bogisic, que já usa a técnica do questionário para a investigação do direito popular, e o espanhol Costa que, para essa investigação, emprega a observação pessoal direta. Para Ehrlich, Bogisic é um gênio do concreto, isto é, da técnica da pesquisa sócio-jurídica empírica, não obstante sua obra não apresente pensamentos gerais.

Relata Ehrlich: “Der Beselersche Gedanke wurde weitab von seiner Heimat verwirklicht von einem Schüler Savignys, dem Kroaten Bogisic, und einem anderen Kenner der Werke Savignys, dem Spanier Costa. Beide suchen sich die Wissenschaft des Volksrechts zu verschaffen nicht durch Feststellung von Rechts-sätzen, sondern durch Untersuchung der Rechtsverhältnisse und Rechtseinrichtungen. Bogisic hat für seine Zwecke einem umfangreichen, mehr als 800 Fragen umfassenden Fragebogen entworfen und hat die Antworten, die ihm von allen von Südslawen bewohnten Gegenden zukamen, seinem Werke (Zbornik sadasnih pravnih obicaja juznih Slovena) zugrunde gelegt, während Costa sich durch unmittelbare persönliche Anschauung der von ihm beschriebenen Rechtserhalt-nisse und Rechtseinrichtungen die Grundlage für sein zweibandiges Werk: *Der recho consuetudinario y economía popular en Espana* geschaffen hatte. Der zweite Band enthält übrigens auch fremde Arbeiten. Nach der Methode von Bogisic ist das Werk von Bobcev über bulgarisches Gewohnheitsrecht verfasst: *Sbornik na blgarski juriditski obitschai*. ... Bogisic was geradezu ein Genie des Konkreten, sein Fragebogen ist ein Meisterwerk des Verständnisses für die

Rechtsvorstellungen und die darauf beruhenden Ordnungen einer zurückgebliebenen Gesellschaft. Aber allgemeine Gedanken würde man bei ihm vergeblich suchen. ... Ich selbst konnte noch feststellen, dass unter den Ruthenen Ostgalizien und der Bukowina vor nur etwa einem halben Jahrhundert die bauerlichen Familiengenossenschaften vereinzelt bestanden, heute sind sie bereits wohl ganz verschwunden. Dass es auch bei den Deutschen osterreichs an überlebenden Resten nicht fehlt, hat Mauczka jüngst nachgewiesen ('Altes Recht im Volksbewusstsein', Wien 1907 (auch Gerichtszeitung Nr. 10 und 11, 1007)). Von mir veranlasst, hat auch ein Wiener Schriftsteller, Dr. Kobler, einiges für mein Seminar für lebendes Recht aufgezeichnet". (*Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, cit., pp. 375, 376 e 403).

A idéia básica de nosso Autor de um direito social, ou seja, de uma ordem jurídica direta da sociedade, é, porém, na realidade, uma idéia por demais vaga, para que êle consiga através dela delimitar o campo próprio do direito. De fato, a obra de Ehrlich apresenta a falha de não distinguir realmente o direito dos outros fenômenos sociais normativos, e, pois, de não tornar preciso o domínio da Sociologia Jurídica.

Além disso, a concepção de um direito direto da sociedade tem o seu quê nítido de irracionalismo sociologista. Se Weber, como vimos, defendendo um racionalismo teoricista, irracionaliza realmente seu racionalismo, pois sua posição se torna um tanto anti-científica, Ehrlich representa a posição oposta, mas que chega, também, afinal, a ser realmente algo anti-científica. Pois sua ênfase em uma ordem jurídica espontânea da sociedade não só é antitética em relação ao racionalismo tecnicista dos juristas — o que significou afinal uma reação sobretudo saudável — mas infelizmente atinge também, em sua generalidade, a própria atividade científica sôbre o direito, em favor de um espontaneismo sociologista — êste último claramente irracional em seu caráter enfático.

Embora radicalmente contrária à de Weber, a posição de Ehrlich irmana-se com a daquele em um irracionalismo, que, embora oposto ao do Autor alemão, se conjuga com o dêste na relativa perturbação que ambos trazem ao desenvolvimento da Sociologia do Direito. Um irracionalismo, o de Weber, sendo racional-tecnicista, e o outro, o de Ehrlich, sendo sócio-espontaneista.

Não é que o direito não possa surgir direta e espontaneamente da sociedade. Mas é que pode surgir também através da obra de cientistas e de técnicos. E que, em qualquer caso, a racionalidade do direito depende da adequação do conhecimento que o informa à realidade. Adequação que é a atividade consciente da ciência em geral e da Sociologia Jurídica em particular. O que não quer dizer que, em muitos casos, a ciência não se limite a concordar com os dados da elaboração social inconsciente, espontânea, da normação jurídica. O que não significa, contudo, por sua vez, que os melhores critérios de verificação de conhecimentos não sejam os conscientemente científicos. Afinal, uma Sociologia do Direito que negue a importância decisiva do conhecimento científico começa por negar-se a si própria.

Pouco depois do livro de Weber, surgia na Alemanha a "Sociologia do Direito" de Franz Jerusalem, Professor na Universidade de Jena. Contudo, o primeiro volume publicado se refere apenas à "Regularidade e Coletividade", e não à Sociologia do Direito nos seus pormenores, que seria objeto de um segundo volume. (Franz W. Jerusalem, *Soziologie des Rechts*, I., *Gesetzmässigkeit und Kollektivität*, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1925). A "Crítica da Ciência do Direito", do mesmo Autor, livro datado já de 1948, é uma crítica de insipiração sociológica à dogmática jurídica (Franz W. Jerusalem, *Kritik der Rechtswissenschaft*, Verlag Josef Knecht, Carolusdruckerei, Frankfurt am Main, 1948). A "Sociologia do Direito" de Barna Horváth, que saiu à lume em 1934 na Alemanha (Barna Horváth, *Rechtssoziologie, Probleme der Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre des Rechts*, Berlin-Grünwald, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte G.m.b.H., 1934) é colocada por Timasheff entre as obras filosóficas que contribuíram para a Sociologia Jurídica (N. S. Timasheff, *Growth and Scope of Sociology of Law, in Modern Sociological Theory in Continuity and Change*, Edited by Howard Becker and Alvin Boskoff, The Dryden Press, New York, 1957, pp. 440-441). Tal classificação, em seu caráter absoluto, parece discutível. Não há dúvida porém da estranha e aguda influência do formalismo lógico de Kelsen sobre esse livro, quebrada contudo — de modo relativo, é claro — pela influência concomitante de Weber. De qualquer maneira, Horváth chega a afirmar que poder e coação não podem ser senão excepcionais quanto ao direito, possíveis tão só como fenômeno marginal ("Randerscheinung") (Barna Horváth, *Rechtssoziologie*, cit., pág. 226).

7. *Uma perspectiva sócio-jurídica brasileira: Pontes de Miranda* — Em 1922, no mesmo ano em que aparecia a primeira edição do livro básico de Weber, surgia no Brasil um trabalho notável de Sociologia Jurídica: o Sistema de Ciência Po-

sitiva de Direito, de Pontes de Miranda. Escrito em português, êste trabalho não pôde alcançar a grande divulgação internacional que teria merecido. Contudo, com êsse livro, Pontes de Miranda situou de fato a América Latina em uma posição nada menos que de primeira magnitude quanto à Sociologia Jurídica.

Pontes de Miranda, Sistema de Ciência Positiva do Direito, vols. I e II, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1922.

Pontes de Miranda tem uma posição que se furta aos equívocos quer do racionalismo tecnicista de Weber, quer do sócio-espontaneísmo de Ehrlich. Sua posição é de racionalidade científica e racionalmente de ênfase no papel da ciência quanto ao direito. Mas sem negar a grande importância da elaboração jurídica inconsciente. Já se percebe a grandeza atual dessa rica contribuição de 1922 para o desenvolvimento internacional da Sociologia do Direito.

É pena que Pontes de Miranda, como sociólogo-jurista, se tenha deixado ofuscar por preconceitos sociologistas avalorativos que lhe impossibilitariam delimitar com maior clareza o campo do direito e, portanto, da ciência jurídica: Pontes de Miranda — como também Gurvitch, como veremos adiante — insiste ainda com demasia em uma separação escarpada entre julgamentos científicos de realidade e julgamentos de valor. Será um derradeiro resíduo do “realismo” científicista que desprezava o mundo das normas e dos valores. O resultado é que sua idéia do direito — o qual é fenômeno essencialmente de valor, de dever ser — parece ainda um tanto vaga em seu cientificismo-avalorativo.

Noosso “Da Irrealidade Jurídico-Definitiva do Direito Natural, vols. I e II, Recife, Imprensa Universitária, 1958 e 1960, tenta conter em suas referências bibliográficas os trechos essenciais do pensamento sócio-jurídico de Pontes de Miranda.

Sobre a Sociologia Jurídica latino-americana, escreve recentemente Paul Trappe: “Eine solch’ glückliche Verbindung von Rechtswissenschaft und Soziologie — über deren Sinnfalligkeit heute nicht mehr diskutiert zu werden braucht — kann einen kontinentaleuropaischen Rechtswissenschaftler, namentlich einen deutschen, nur mit Wehmut erfüllen”. (Paul Trappe, Alfredo Poviña. Nueva Historia de la Sociología Latinoamericana, in Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie Band XLVII/1961, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied am Rhein, Berlin

pág. 453). Análogamente, nota Erik Wolf: "Die heutige Rechtswissenschaft ... sie hat Anregungen von der empirischen Rechtssoziologie (bes. in Skandinavien und Südamerika)". (Erik Wolf, *Rechtswissenschaft, in Staatslexikon, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*, herausgegeben von der Gorres-Gesellschaft, Sechster Band, 1961, Verlag Herder Freiburg, pág. 747).

No Brasil, as pesquisas sócio-jurídicas empíricas são porém ainda demasiado escassas. Todavia, foram concluídas e publicadas pelo menos as seguintes: pesquisa sobre a receptividade social a um projeto de lei agrária para o Estado de Pernambuco, pesquisa aplicada essa realizada em 1960 sob a orientação de Cláudio Souto para o Instituto Joaquim Nabuco de Pesquisas Sociais do Ministério de Educação e Cultura (Relatório da pesquisa publicado em "Estudos Universitários, Revista de Cultura da Universidade do Recife", I, julho-setembro de 1962, pp. 29-44); pesquisa sobre a aceitação, no Estado da Guanabara, da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 4024/61), realizada por um grupo de alunos da Escola Brasileira de Administração Pública sob a direção do Prof. Hermínio Augusto Faria (Relatório in "3 Pesquisas", Escola Brasileira de Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, Rio de Janeiro, 1964, pp. 69-110); e pesquisa exploratória básica sobre o sentimento e a idéia de justiça, realizada na Alemanha em 1965 sob a orientação de Cláudio Souto e Solange Souto, da Divisão de Ciência do Direito do antigo Instituto de Ciências do Homem da Universidade do Recife e em colaboração com o "Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht" da Universidade de Colônia (Relatório sumário publicado em inglês sob o título "The Feeling and the Idea of Justice, A Summary of the Exploratory Research" e como apêndice — de que se extraiu separata — ao livro de Cláudio Souto, *Fundamentos da Sociologia Jurídica*, Universidade Católica de Pernambuco, Faculdade de Direito, Recife, 1968, pp. 173-229).

Sobre o sentido e as atividades iniciais dessa antiga Divisão de Ciência do Direito do extinto Instituto de Ciências do Homem da Universidade do Recife, subunidade destinada especificamente à teoria e à pesquisa sócio-jurídicas e à formação de pesquisadores, de existência porém efêmera, vejam-se W. D. Macdonald, *Legal Education and Research in Brazil, in Association of American Law Schools, Foreign Exchange Bulletin, Vol. VI, Issue Number 2, pp. 8-11* e José María Franco, *El Estudio del Derecho y de las Instituciones Legales en Latinoamérica, in As Ciências Sociais na América Latina, Centro Latino-Americano de Pesquisas em Ciências Sociais, Difusão Européia do Livro, São Paulo, s/d, pág. 346.*

Quanto a livros brasileiros de Sociologia Jurídica, sobretudo se situam em uma perspectiva propedêutica, ou filosófica, no relativo ao estudo do direito, ou em ambas essas perspectivas. Assim os trabalhos de Euzebio de Queiroz Lima (*Princípios de Sociologia Jurídica*, 6ª edição, Distribuidora Record Editôra, Rio de Janeiro, 1958), de Carlos Campos (*Sociologia e Filosofia do Direito*, 2ª edição, Editôra Cardal Ltda., Belo Horizonte, 1961), de Evaristo de Moraes Filho (*O Problema de uma Sociologia do Direito*, Livraria Freitas Bastos S. A., Rio de Janeiro — São Paulo, 1950), de Vamireh Chacon de Albuquerque Nascimento (*Introdução ao Problema da Sociologia do Direito, Tese para Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Recife, Recife, 1959*), e



A. L. *Machado Neto* (Introdução à Ciência do Direito, 2º volume: Sociologia Jurídica, Edição Saraiva, São Paulo, 1963). A. L. *Machado Neto* e Zahidé *Machado Neto* publicaram, demais, um livro pioneiro de leituras de Sociologia Jurídica, cuja seleção apresenta também alguma influência filosófica (A. L. *Machado Neto* e Zahidé *Machado Neto*, O Direito e a Vida Social, Leituras básicas de sociologia jurídica, Companhia Editora Nacional, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1966).

8. *A Sociologia do Direito nos Estados Unidos* — O conhecimento norte-americano do direito não tem em geral e propriamente a representá-lo sociólogos-juristas. Destacam-se contudo Underhill Moore, um dos pioneiros na aplicação de métodos e técnicas de pesquisa empírica ao campo jurídico, e Roscoe Pound, sendo que Pound representa, êle mesmo, uma transição entre as posições de jurista-sociólogo e sociólogo-jurista propriamente dito. Já a perspectiva sócio-jurídica de Thomas Cowan merece um relêvo todo especial e porisso será apreciada, de modo específico, adiante.

Roscoe Pound, *Social Control Through Law*, Yale University Press, 1942; Underhill Moore and Charles C. Callahan, *Law and Learning Theory: A Study in Legal Control*, in *Yale Law Journal*, 53, December, 1943, pp. 1-136.

A importância da contribuição de Underhill Moore foi salientada recentemente por F. S. C. Northrop, para quem significou “um tremendo avanço” a jurisprudência sociológica daquele Pesquisador, por ter “resolvido o problema de fornecer uma especificação objetivamente determinável do direito vivo de uma sociedade dada em um tempo dado, identificando-o com a conduta manifesta de alta freqüência (‘high-frequency overt behavior’) de todo o povo naquela sociedade. Isso importou em uma identificação do direito vivo com as normas comuns da maioria de seu povo”.

F. S. C. Northrop, *Sociological Jurisprudence*, in *The Complexity of Legal and Ethical Experience*, Studies in the Method of Normative Subjects, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1959, pp. 72 e 73.

Esclarece ainda Northrop: “The positive legal norm which corresponds to the high-frequency behavior of the living law is the positive law norm which ought to be. The positive legal norm which does not correspond to the high-frequency behavior of the living law is the one which ought not to be. This provides the judge, confronted with a specific case and two possible norms for deciding it with a scientifically verifiable and objective criterion of the norm to be chosen.

... The "ought" of the living law of a given society is its high-frequency behavior; that is, the common norms of the majority of its members. The immoral and illegal behavior of the living law is the incompatible low-frequency behavior, which, if allowed to persist and accumulate, would undermine the common norm of the living law defined by the high-frequency behavior" (F. S. C. Northrop, *Sociological Jurisprudence, in The Complexity of Legal and Ethical Experience, cit.,* pág. 73).

Não há negar-se o avanço representado pelas implicações teóricas da investigação de Moore e Callahan, relativa ao comportamento sob regulamentos de tráfego. Nota-se claramente, todavia, que dela se depreende um critério tão só quantitativo-majoritário do direito vivo.

O próprio Northrop não o desconhece: "The fact that the high-frequency behavior of a given society is what it is does not necessarily imply that it ought to be what it is. Rarely, if ever, are the high-frequency normative accomplishments of a people identical with their ideals". (F. S. C. Northrop, *Sociological Jurisprudence, in The Complexity of Legal and Ethical Experience, cit.,* pág. 74).

De uma maneira geral, a tendência norte-americana posterior a 1930 — hoje aliás já bem criticada mesmo nos Estados Unidos — de reduzir a Sociologia a uma mera sociografia, com base em pesquisas mecanizadas e num empiricismo adverso às hipóteses teóricas, não poderia ser favorável, como não foi, ao desenvolvimento da Sociologia Jurídica. Pois esta exige intensivamente, pela natureza mesma de seu objeto, a formulação de hipóteses científicas de longos raios de alcance.

A reação contra tal tendência se nota em palavras recentes de Jerome Hall: "... precision is meaningful in relation to knowledge, and the mere collection of a vast amount of specific data does not increase knowledge. ... Perhaps there is some gain for some purpose in the information that 70 per cent of the voters rather than a majority of them have certain characteristics. But much more significant precision in social science is attained by the use of precise concepts, especially those which articulate the subject matter of the discipline". (Jerome Hall, *Comparative Law and Social Theory, Louisiana State University Press, 1963, pág. 121*).

Observa Hans Zeisel: "The sociology of law in the classic manner, which tried to discover fundamental relationships between law and society in their varying historical settings, has not flourished in the United States. The few specialists who developed such systems added little to a century of European tradition that culminated in Dicey, Ehrlich, and Max Weber. Although the influence of these men has reached overseas, the major American contribution to

a sociology of law has followed a different course. It is marked by inquiries into the actual workings of the legal system, into the effects of the rules upon those immediately involved and upon society in general. Nursed by the spirit of American pragmatism, this notion has borne fruit". (Hans Zeisel, *Sociology of Law, 1945-1955, in Sociology in the United States of America, A. Trend Report*, Edited by Hans L. Zetterberg, UNESCO, 1956 pág. 56).

Sobre a Sociologia do Direito nos Estados Unidos vejam-se ainda F. James Davis, *The Sociological Study of Law, in F. James Davis, Henry H. Foster, Jr., G. Ray Jeffery, E. Eugene Davis, Society and the Law, New Meanings for an Old Profession*, The Free Press of Glencoe, New York, 1962, pp. 3-38; e Jerome H. Skolnick, *The Sociology of Law in America: Overview and Trends, in Law and Society, A Supplement to the Summer Issue of Social Problems*, Summer, 1965, The Law and Society Association and the Society for the Study of Social Problems, Northeastern University, Boston, Massachusetts, pp. 4-39.

Nota-se bem, de qualquer modo, a preocupação intensiva atual da Sociologia Jurídica norte-americana, com pesquisas empíricas, cuja freqüência, já é, nos Estados Unidos, relativamente acentuada. Há mesmo, nesse país, especificamente dedicado à pesquisa sócio-jurídica, o "Center for the Study of Law and Society", unidade de pesquisa da Universidade da Califórnia, Berkeley.

Contudo, como escreve Skolnick, "indeed, empirical, studies in the sociology of law in America have characteristically *not* been related, either to each other or to an overriding theoretical concern. Like the parent discipline, American sociology, empirical socio-legal work has tended to be heavy on technique and design, relatively light on theory or larger philosophical issues". (Jerome H. Skolnick, *The Sociology of Law in America: Overview and Trends, in Law and Society*, Summer 1965, cit., pág. 4).

E observa a respeito Harry W. Jones: "Scholars of the sociology of law should be less concerned than they seem to be about immediate legal applications of sociological methods and findings and should concentrate their principal attention on the perfection of the sociology of law as a "basic" science". (Harry W. Jones, *A View from the Bridge, in Law and Society*, Summer 1965, cit., pág. 43).

Entre as pesquisas sócio-jurídicas empíricas dos Estados Unidos, destacam-se, por sua abertura ao teórico, a de Cohen, Robson e Bates, que procura investigar, como estudo piloto, a extensão em que normas legais ("legal norms") estão em harmonia ou em desacôrdo com o senso moral da comunidade"; a de Barton e Mendlovitz, cuja "técnica básica... é investigar os sentimentos de injustiça como êles realmente ocor-

rem nas vidas de algum grupo de pessoas e fazer várias classificações e medidas do corpo resultante de casos"; e a de Truzzi, sobre reações à inequidade percebida.

Julius Cohen, Reginald A. H. Robson, Alan Bates, Parental Authority: The Community and the Law, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey, 1958, pág. 13 e *passim*; Allen Barton and Saul Mendlovitz, The Experience of Injustice as a Research Problem, in American Journal of Legal Education, Vol 13, 1960, pp. 27 e 24-39; Marcello Truzzi, Inequity and "Distributive Justice" — A Preliminary Experimental Investigation, in The Cornell Journal of Social Relations, Vol. 1, N.º. 2, Fall 1966, Cornell University, Ithaca, New York, pp. 11-23).

Restaria lembrar que os juristas-sociólogos norte-americanos tendem a se deixar preconceber pelo dogma jurídicista, tão difundido no mundo anglo-saxão, da conexão conceitual entre direito e tribunais. Tal estreiteza dogmática — a que não escapou Pound — tem perturbado, nos países anglo-saxões, não só a obra de juristas-sociólogos, mas também de sociólogos, antropólogos, e outros cientistas sociais, em suas referências ao fenômeno jurídico. De fato, a necessidade de uma definição operacional do direito, atribuída adequadamente a palavra "direito" a algo que se dê na realidade social total à observação empírica — ou seja, a necessidade de uma definição operacional do direito fornecida diretamente pela Sociologia Jurídica — parece de clara importância para a realização de pesquisas sociológicas ou antropológicas que digam respeito ao direito.

Um nítido exemplo disso temos no lúcido e objetivo antropólogo E. Adamson Hoebel, cuja definição operacional do direito foi tomada do positivismo jurídico e, assim, perturba, embora de modo relativo, as suas investigações antropológicas (E. Adamson Hoebel, The Law of Primitive Man, A Study in Comparative Legal Dynamics, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1954, pág. 28: "... for Working purposes law may be defined in these terms: A social norm is legal if its neglect or infraction is regularly met, in threat or in fact, by the application of physical force by an individual or group possessing the socially recognized privilege of so acting".

O Professor Northrop, salientando embora a valia do livro de Hoebel, classifica tal definição de "preconcebida", peculiar à cultura anglo-americana do antropólogo, aceita apenas por algumas escolas do pensamento jurídico nessa cultura, e difícil de conciliar com fatos apresentados por Malinowsky — definição aquela, pois, tanto mais de estranhar da parte de um antropólogo do direito. (Veja-se F. S. C. Northrop, The Method of Recent Cultural Anthropology, in The Complexity of Legal and Ethical Experience, cit., pp. 93-101).

Sobre a "American Sociological Jurisprudence" e seu caráter aplicado-pragmático como distinto do caráter teórico da Sociologia Jurídica, leia-se o próprio Roscoe Pound, *Jurisprudence*, volume I, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1959, pp. 344-347. Ainda, a propósito do que chama neo-realismo americano (Jerome Frank, Karl Llewellyn, Max Radin, H. E. Yntema), veja-se N. S. Timasheff, *Growth and Scope of Sociology of Law*, in *Modern Sociological Theory in Continuity and Change*, cit., pp. 425-428. Repare-se com Timasheff (op. cit., pág. 425) que "The American neo-realists do not claim to have founded sociology of law; many among them have probably never heard that such a discipline was in the making".

A respeito da preponderância ainda atual do pragmatismo americano e sobre a reação americana a essa posição, consulte-se, demais, o interessante artigo de Thomas A. Cowan, *The Status of Philosophy of Law in the United States*, in *Actorum Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae*, Vol. III — Pars III, Edizione dell'Istituto Italiano di Studi Legislativi, Roma, 1953, pp 437-455.

Note-se que já escrevera Huntington Cairns em seu tempo: "There is a strong conviction on the part of scientists, which finds considerable support in the history of science, that research directed exclusively to practical ends leads generally to inferior work of only temporary significance". (Huntington Cairns, *The Valuation of Legal Science*, in *Essays on Jurisprudence from the Columbia Law Review*, Columbia University Press, New York and London, 1963, pág. 342).

9. *A Sociologia Jurídica na Escandinávia* — Preparado o seu advento pelo realismo da Escola de Upsala, fundada por A. Hagerstrom, a Sociologia do Direito na Escandinávia se afirmou sobretudo na área das pesquisas empíricas de atitude com respeito ao jurídico, as quais, no entanto, se situam em geral naquilo que Kutschinsky chama um estágio exploratório, pré-hipotético, sem "realmente hipóteses de trabalho claramente formuladas e relativamente seguras ('sound')".

Berl Kutschinsky, *Law and Education: Some Aspects of Scandinavian Studies* into "The General Sense of Justice", in *Acta Sociologica*, *Scandinavian Review of Sociology*, vol. 10 — Fasc. 1-2, 1966, *Contributions to the Sociology of Law*, Edited by Britt-Mari Persson Blegvad, Munksgaard, Copenhagen, pág. 37 e, em geral, pp. 21-41. Vejam-se ainda Torstein Eckhoff, *Sociology of Law in Scandinavia*, in *Scandinavia Studies in Law*, 1960, Ed. by Folke Schmidt, vol. 4, Almqvist & Wiksell, Goteborg — Stockholm, Uppsala, pp. 31-58 e Britt-Mari P. Blegvad, *The Systematic Position of Sociology of Law in Current Scandinavian Research*, in *Acta Sociologica*, cit., vol. 10, Fasc. 1-2, 1966, pp. 2-19.

Sobre o realismo escandinavo (A. Hagerstrom, A. C. Lundstedt, K. Olivecrona, Alf Ross) poder-se-á ainda ver Sir Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, Oxford, At the Clarendon Press, 1964, pp. 48-50. Timasheff inclui também no que chama a Escola de Upsala T. Geiger, O. Brusiin e Lahtinen (N. S.

Timasheff, Growth and Scope of Sociology of Law, in *Modern Sociological Theory in Continuity and Change*, cit., pp. 433-440. Friedmann coloca aqueles autores mencionados por Allen sob a epígrafe "Positivismo Pragmático" e não sob a epígrafe "Teorias Sociológicas Modernas do Direito" (*W. Friedmann, Legal Theory*, London, Stevens & Sons Limited, 1960, pp. 258-266). Entre tais juristas, destaca-se, pela sua posição radical de crítica à jurisprudência da tradição, o Professor sueco Vilhelm Lundstedt, cujas idéias sobretudo se expõem em livro póstumo recentemente publicado (*A. Vilhelm Lundstedt, Legal Thinking Revised, My Views on Law*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1956).

Note-se que mesmo juristas que tendem a uma visualização sociológica são não raro céticos a respeito do problema da justiça, a exemplo do realista escandinavo Alf Ross, que escreveu há pouco: "... quais são os princípios 'corretos' ('right') de interpretação e que liberdade de interpretação se deve permitir ao juiz?... Provavelmente não é possível responder à questão de qualquer outro modo que não por uma referência ao 'típico' e 'normal' na aplicação fática do direito. Objetividade é decidir de modo típico, normal; subjetividade, os desvios excepcionais. A decisão é objetiva ('justa' no sentido objetivo) quando é acobertada ('covered') por princípios de interpretação e avaliações tal como são correntes na prática".

Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons Limited, 1958, pág. 285.

Sem dúvida, essa aceção é "realista". Contudo parece que, de acôrdo com ela, tôda inovação na maneira de julgar, mesmo se usando dados de conhecimento, não só aceitos pelo grupo social dos homens de ciência, como, por vêzes e no geral, pelo homem comum do povo, seria, a rigor, injusta. E não é uma realidade social plenamente observável o retardamento da atividade forense face aos novos dados da ciência?

A propósito, Frederick K. *Beutel*, *The Lag Between Scientific Discoveries and Legal Procedures, in Some Potentialities of Experimental Jurisprudence as a New Branch of Social Science*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1957, pp. 67-114.

Ainda é realista Theodor Geiger, de nacionalidade alemã, mas que viveu na Dinamarca e que pode ser tido como membro da Escola de Upsala, não obstante ter escrito um livro in-

titulado “Estudos Preliminares para uma Sociologia do Direito”, surgido pela primeira vez em 1947, em Copenhague, trabalho êsse onde emprega, abundantemente, notação simbólica. Consoante Geiger — dentro de uma maneira de ver acorde com a de tantos juristas tradicionais — a ordem jurídica é algo que aparece se o meio social é um Estado.

Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Acta Jutlandica, Aarsskrift for Aarhus Universitet, XIX, 2, Universitetsforlaget I Aarhus, Ejnar Munksgaard — Kobenhavn, 1947.

Sobre a perspectiva de Geiger do direito, vejam-se as páginas 126-130 da nova edição alemã de seu livro (Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Einleitung von Paul Trappe, Hermann Luchterhand Verlag GmbH, Neuwied am Rhein und Berlin, 1964). Para Geiger “von einer Rechtsordnung... sprechen wir nur dann, wenn innerhalb eines nach einzelnen, nebeneinanderstehenden oder ineinander verschrankten Gruppen differenzierten Gesellschaftsmilieus eine übergeordnete Zentralmacht sich gebildet hat”. (op. cit., 1964, pág. 130).

Entre as pesquisas sócio-jurídicas escandinavas, salientam-se, por sua sensibilidade ao teórico, a de Segerstedt (em colaboração com Karlsson e Rundblad, 1947-1948), relativa ao senso geral de justiça (“Rechtbewusstsein”) na Suécia, e os estudos sobre o “senso geral de justiça” de Christie, Andenaes & Skirbekk (Noruega, 1961), de Mathiesen (Noruega, 1962), de Christiansen & Kutschinsky (Dinamarca, 1954), de Kutschinsky & Christiansen (Dinamarca, 1962) e de Klaus Makela (Finlândia, 1964), relatado por êle dois anos mais tarde com o título “Senso Público de Justiça e Prática Judicial”. À exceção da investigação de Segerstedt, que é mais ampla — pertinente às “atitudes do homem comum com respeito às regras jurídicas, às sanções ligadas com as leis e aos funcionários interpretando e controlando (‘commanding’) as leis e (2) às atitudes concernentes às pessoas violando as leis e concernentes às suas ações” —, as outras pesquisas mencionadas se limitam ao estudo de atitudes gerais a propósito da severidade de punições ou atitudes para com transgressões criminais.

Torgny T. Segerstedt, in cooperation with Georg Karlsson and Bengt G. Rundblad, A research into the General Sense of Justice, in *Theoria*, vol. XV, 1949, pp. 323 e 323-338; Beril Kutschinsky, Law and Education: Some Aspects of Scandinavian Studies into “The General Sense of Justice”, in *Acta Sociologica, Scandinavian Review of Sociology*, vol. 10 — Fasc. 1-2, 1966, cit., pp. 40 e 21-41;

Klaus Makela, Public Sense of Justice and Judicial Practice, in *Acta Sociologica*, Scandinavian Review of Sociology, vol. 10 — Fasc. 1-2, 1966, cit., pp. 42-67.

Repare-se: “Although it is fairly generally accepted in Sweden that the purpose of legal research is to apply an empirical and scientific method to the investigation and systematic arrangement of rules of law, it is nevertheless true that legal research, as it is actually carried out, involves elements of evaluation and judicial policy. This creates a tension in this field of research which increases the charm of the work in the eyes of certain scholars, and is accepted by others as inevitable. It is certainly permissible, however, to expect efforts to relieve the tension. In addition to the ... demand that evaluations be eliminated, mention should be made of attempts to rationalise evaluations by explaining them as expressions of objective features of human nature. Indeed, such attempts would seem to point towards a new kind of law of nature”. (Hakan Nial, Some Remarks on Legal Research and The Teaching of Law, in *XXth Century Compative and Conflits Law, Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Edited by Kurt H. Nademann, Arthur T. Von Mehren, and John N. Hazard on behalf of the Board of Editors of the American Journal of Comparative Law, A. W. Sythoff — Leyden, 1961, pág. 96).

10. *A escola psicológico-jurídica de Petrazhitsky e seu desenvolvimento na Sociologia do Direito* — Leon Petrazhitsky (1867-1931), teórico russo-polonês, cujos trabalhos básicos, datados de 1905 e 1907, estão traduzidos em língua inglesa sob o título “Direito e Moralidade”, encontrou seguidores que desenvolveram sociologicamente sua perspectiva psíquico-jurídica: seguidores entre os quais se incluem nomes da relevância de um sociólogo geral como Sorokin ou de sociólogos-juristas como Timasheff e Gurvitch.

Law and Morality: Leon Petrazycki, translated by Hugh W. Babb, Introduction by Nicholas S. Timasheff, 20th Century Legal Philosophy Series: vol. VII, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1955, (veja-se sobretudo as pp. 1-88).

A distinção fundamental traçada por Petrazhitsky entre a experiência moral, que seria unilateral, apenas imperativa, impondo obrigações a que não corresponderiam direitos, e a experiência jurídica, que seria bilateral, atributiva-imperativa, impondo obrigações e concedendo direitos — caracterização essa atributiva-imperativa do direito aceita por Gurvitch — parece, como veremos em pouco, ao comentar o pensamento desse discípulo ilustre, claramente inaceitável. Mas as idéias do Autor russo-polonês: 1) de emoções de dever, que seriam

as reações, apulsivas ou repulsivas, originadas de idéias sobre determinados padrões de conduta, 2) de que a coerção ou a possibilidade de coerção não é essencial ao direito, 3) de que direito e moral integram a classe mais alta da experiência ética, estariam destinadas a uma profunda e salutar influência na Sociologia Jurídica.

A propósito de Petrazhitzky, além da Introdução de Timasheff ao "Law and Morality" (Nicholas S. *Timasheff*, Introduction, in *Law and Morality*: Leon Petrazycki, cit., pp. XVIII-XXXVII), poder-se-á ler com proveito os escritos de Max. M. *Laserson*, *The Work of Leon Petrazhitzkii: Inquiry into the Psychological Aspects of the Nature of Law*, in *Columbia Law Review*, vol. 51, January, 1951, N° 1, New York, pp. 59-82, e de Georges *Gurvitch*, Petrazhitzky, Lev Iosifovich, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Editor-in-chief Edwin R. A. Seligman, Volume Twelve, The Macmillan Company, 1963, New York, pp. 103-104.

Assim, Nicholas S. Timasheff, Autor do já clássico livro "Introdução à Sociologia do Direito", aparecido em 1939, enfatiza recentemente que "a realidade do direito deve ser averiguada em termos das experiências bio-psíquicas do homem", sendo que ao "dever ser" ("ought to be") da norma legal ("legal norm") corresponderia o mecanismo bio-psíquico humano, o que poderia "explicar a força de algum modo misteriosa do senso de dever ('sense of duty')".

N. S. *Timasheff*, Introduction a la Sociologie Juridique, Paris, Editions A. Pedone, 1939. N. S. *Timasheff*, Growth and Scope of Sociology of Law, in *Modern Sociological Theory in Continuity and Change*, cit., pág. 432, N. S. *Timasheff*, Wie Steht es Heute mit der Rechtssoziologie?, in *Kolner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, cit., 8. Jahrgang, 1956, pág. 417.

E embora continue concedendo indevidamente ao tradicionalismo no considerar o direito relacionável essencialmente com fenômenos de poder social, e, nesse sentido, seria essencialmente "imperativo", contudo considera Timasheff, como o outro e primeiro elemento da especificidade do jurídico, seu caráter ético-normativo, isto é, relacionável com o dever ser. E note-se, não obstante nosso Autor destaque, de modo necessário, como a força do direito ("the strenght of law"), o poder social organizado, é típico de seu pensamento que êsse poder social não seria sempre o Estado.

N. S. *Timasheff*, What is "Sociology of Law"?, in *The American Journal of Sociology*, vol. XLIII, Juli 1937-May 1938, The University of Chicago Press, Chicago, pp. 230-231; N. S. *Timasheff*, Wie Steht es Heute mit der Rechtssoziologie?, in *Kolner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, cit., 8. Jahrgang, 1956, pág. 418.

11. *Ainda o resíduo cientificista no pluralismo sócio-jurídico: Georges Gurvitch* — Georges Gurvitch (1894-1966), dedicado de modo contínuo e intensivo à Sociologia do Direito, e Autor de numerosos trabalhos sôbre a matéria, é nome de acentuada repercussão mundial nesse ramo do saber.

Sobretudo: Problèmes de Sociologie du Droit, in *Traité de Sociologie*, publié sous la direction de Georges Gurvitch, Tome Second, Presses Universitaires de France, 1960, pp. 173-206; *Sociology of Law*, Philosophical Library and Alliance Book Corporation, New York, 1942; *Le Contrôle Social*, in *La Sociologie au XXe siècle*, Presses Universitaires de France, Paris, 1947, vol. I, pp. 271-301; *La Magie, la Religion et le Droit*, in *La Vocation Actuelle de la Sociologie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1950, pp. 409-525.

Gurvitch foi o Secretário Geral do Instituto Internacional de Sociologia do Direito (Paris, 1931-1940), que publicou os "Archives de Sociologie Juridique" (25 volumes) e os "Annales des Congrès" (4 volumes).

O grande mérito da Sociologia Jurídica de Gurvitch é haver enfatizado "a variabilidade e a pluralidade fundamental da vida do direito". Gurvitch chega mesmo a afirmar que "a questão essencial" da Sociologia do Direito é se todos os tipos de quadros sociais são igualmente favoráveis à criação do jurídico e se êste ocupa sempre o mesmo lugar na hierarquia das regulamentações sociais. E, com evidente acêrto, observa que situações jurídicas particulares, ligadas a determinado tipo de sociedade global, de estrutura, ou de grupo, não devem ser dogmatizadas.

Partindo da idéia tradicional de que o direito tem um caráter bilateral ou multilateral, por encadear pretensões de uns, deveres de outros, conclui Gurvitch que tal encadeamento implica "a necessidade de sua imposição pela autoridade de um fato normativo", e não se pode realizar realmente êsse encadeamento senão pela eficácia de uma "garantia social" que o proteja — garantia social protetora que é justamente a autoridade dos fatos normativos. E, repara lúcidamente Gurvitch,

para existir tal eficácia não é necessário que os quadros sociais estejam organizados e, menos ainda, que se identifiquem com o Estado. Apenas, os quadros sociais estruturados — a exemplo de determinados grupos, classes, sociedades globais — oferecem mais eficazmente uma garantia social ao jurídico, por proporcionarem fatos normativos firmados de modo mais sólido. Assim, o direito nem sempre é sancionado, embora necessite sempre de uma garantia social de sua eficácia — “o direito não exige necessariamente ligação com a força, mas admite contudo a possibilidade de ser sancionado por ela”. Quando as estruturas sociais parciais ou globais “incluem em seus equilíbrios organizações”, acontece que a força exterior (‘des contraintes extérieures’) acompanhe o direito, mas isso de modo algum obrigatoriamente.

Segundo Gurvitch, o jurídico, como fato social, pode ser entendido do seguinte modo: “O direito representa uma tentativa (‘un essai’) de realizar, em um quadro social dado, a justiça (quer dizer, uma reconciliação prévia e essencialmente variável das obras de civilização em contradição) pela imposição de encadeamentos multilaterais entre pretensões e deveres, cuja validade deriva dos fatos normativos, que levam neles a garantia da eficácia das condutas correspondentes”.

Georges Gurvitch, *Problèmes de Sociologie du Droit*, in *Traité de Sociologie*, II, cit., pp. 189 e 188-190; Georges Gurvitch, *Sociology of Law*, cit., pp. 50-60.

Nessa demarcação do direito é que está a falha fundamental do pensamento de Gurvitch, que não consegue — como aliás ninguém conseguiu antes dêle — definir de modo satisfatório o jurídico. No caso de Gurvitch, a insatisfatoriedade da definição reside no caráter vago dela.

De fato, de um lado, é referida a “imposição de encadeamentos multilaterais entre pretensões e deveres, cuja validade deriva dos fatos normativos, que levam nêles a garantia da eficácia das condutas correspondentes” — mas essa imposição e essa validade não são de modo algum específicas do fenômeno jurídico, mas do fenômeno ético em geral. Mesmo as regras étic-

cas em sentido estrito são realmente imperativo-atributivas — implicam pretensões e não, conforme idéia muito difundida, apenas deveres, pois a ofensa a um dever moral é incompreensível sem a existência de uma pretensão correspondente.

De outro lado, a sua definição de justiça como “uma reconciliação prévia e essencialmente variável das obras de civilização em contradição” (modelos, regras, valores, idéias) é acentuatadamente indistinta e compromete decisivamente nesse seu caráter vago a sua definição do direito, o qual representaria precisamente, para Gurvitch, uma tentativa de realizar, em um quadro social dado, essa justiça. Quer dizer: afinal não se sabe, de modo definido, o que o direito vai tentar realizar e, pois, não se sabe, em suma, de maneira definida, o que é o direito.

Por que Gurvitch, como antes dêle Pontes de Miranda, não consegue delimitar satisfatoriamente o direito como fato social? A razão estará em que, como Pontes de Miranda, Gurvitch insiste em uma separação por demais aguçada entre julgamentos de realidade e julgamentos de valor — ainda por demais ciosa a sua Sociologia, como ciência, de julgamentos de realidade afastados da impureza científica dos julgamentos de valor. Ou seja: ainda se encontra em Gurvitch um resíduo daquele desprezo da sociologia científicista do século passado pelo mundo das normas e dos valores. Um resíduo de preconceito científicista-avalorativo bastante para que nosso Autor não possa alcançar com nitidez específica a realidade do direito como fenômeno social de valor — como um fenômeno que implica necessariamente, em si mesmo, em sua substância, em seu imperativo ou em seu dever ser — um julgamento de valor.

Na verdade, Gurvitch, como, em geral, os sociólogos, tende a erigir em um dogma a relatividade de tôda a vida social empírica e de seus quadros. Por isso mesmo êle não procura e, portanto, não consegue, um critério definido e substancial do direito que pudesse valer a despeito das variações sociais. Ao contrário, deixa, em suas próprias palavras, “a porta largamente aberta a $n+1$ variações possíveis do direito e da justiça.

Isso tudo quer dizer, insista-se, que nosso Escritor não pro-

cura — e, pois, não encontra — o critério substancial do direito. Aliás, em geral, os sociólogos não considerariam científica uma tal busca. Gurvitch mesmo entende que a Sociologia “deve incessantemente lutar” contra as “avaliações, valorizações e dogmatizações (conscientes ou, bem mais, inconscientes”).

Excelentemente observou K. Stoyanovitch a respeito da Sociologia: “sans doute à cause des limites qu'elle s'est tracées elle-même et qui l'empêchent d'accéder à un niveau suffisamment élevé à cet effet, de s'adjoindre éventuellement de nouvelles dimensions, elle manque d'un concept (ou principe) d'explication général. ... Il y a sans doute ... dans l'esprit des sociologues, des idées claires et des opinions intéressantes, mais refoulées les unes et les autres, ce refoulement étant probablement dicté par la crainte de se laisser entraîner dans des interprétations et des 'évaluations' des faits, dans des jugements de valeur 'inadmissibles' dans cette discipline, ou seuls jugements d'existence (ou de réalité) sont de mise, alors que si elles étaient exprimées, elles auraient pu fournir, sinon une clef d'explication, du moins le mode d'emploi d'une telle clef. ... Pour conclure, on peut dire que la sociologie se trouve à mi-chemin de la description et de l'explication aussi bien du 'social' que du 'juridique.’” (K. Stoyanovitch, *Le Domaine du Droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, pp. 126, 127 e 130).

E continua de modo agudo esse Autor: “Si une règle de conduite est assortie d'une sanction socialement organisée, affirme-t-elle, c'est qu'avant de s'être adjointe cet élément extérieur, elle était déjà juridique. Fort bien. Mais à quoi, à quel signe, selon quel critère, reconnaît-on cette “juridicité” avant la lettre? Elle ne le dit pas. N'ayant pas donné cette réponse capitale, elle n'a pu ni délimiter le domaine du droit ni définir celui-ci autrement que par des signes formels, en imitant en cela la façon de procéder, sinon les principes, du positivisme juridique, qu'elle s'était pourtant proposé de combattre et de surpasser sur ce point, comme elle l'a fait sur beaucoup d'autres. ... si ce courant de pensée est mystificateur, la sociologie l'est également, sinon par son point de départ, du moins par ses résultats. ... Enfin, en ce qui concerne un de ses grands mérites pour la connaissance du social et du juridique, celui notamment d'avoir aboli l'opposition traditionnelle, considérée comme irréductible, quant à leur genèse, entre le fait et la valeur, en les faisant cohabiter ensemble dans le même palier du réel social, là encore elle est restée à mi-chemin: elle s'abstient de répondre à la question, qui présente pourtant un intérêt théorique immense, du passage de l'un à l'autre” (K. Stoyanovitch, *Le Domaine du Droit*, cit., pp. 130-131).

De modo análogo notara Northrop, em linguagem colidente (“bad”) com a usual entre sociólogos. “Anthropological or Sociological Jurisprudence ... The essence of this jurisprudence is that a distinction must be drawn between the positive law and the living law ... By 'living law' is meant the underlying inner order of the behavior of people in society apart from the statutes, codes and cases of the positive law. ... Moreover, any society is not merely expressing its high-frequency living law behavior but also reforming it. An adequate theory,

therefore, of contemporary legal and cultural experience must provide meaning for judging the 'is of the living law to be bad or in need of reform'. (F. S. C. Northrop, *The Complexity of Legal and Ethical Experience*, cit., pp. 52 e 56).

Observe-se, porém, que já se iniciou entre os próprios cientistas sociais a reação a essa perspectiva comum entre os sociólogos, sem que se negue, evidentemente, o valor da objetividade na investigação científica.

The authors of some recently published articles ... argue that social scientists *do* have knowledge which better equips them (vis-a-vis the layman) to make judgments, that they *ought* to make value judgments on the basis of knowledge, and that they *will*, inescapably, make such judgments. ... The problem which we have set for ourselves is distinguishable from those which appear to be more empirical in nature by its complexity, and not by the applicability of methods or techniques of research. The adequacy of the concepts or facts which can be mustered for the assault on the problem are to be judged in terms of the nature of the problem and not against other and simpler tasks". (Richard Dewey and W. J. Humber, *An Introduction to Social Psychology*, The Macmillan Company, New York, 1966, pp. 647 e 652).

É sintomático dos novos tempos da ciência social que um sociólogo como Selznick possa escrever: "Little is gained in any ultimate sense by looking beyond positive law to actual normative behavior. We must go on to seek out the foundations in reason for choosing among human norms those that are to be given the sanction of law. This will bring us, I cannot doubt, to an acceptance of some version of a doctrine of natural law, although it may not, and perhaps should not, be called that, given its historical associations". (Philip Selznick, *The Sociology of Law, in Sociology of Today, Problems and Prospects*, Edited by Robert K. Merton, Leonard Broom, Leonard S. Cottrell, Jr., Basic Books, Inc., Publishers, New York, 1959, pág. 126).

É compreensível aquela ênfase avalorativa, como reação à servidão anterior da Sociologia face ao dogmatismo de filósofos. Mas não parece aceitável. E não parece aceitável porque só seria válido não buscar-se o critério geral e substancial do direito se não fôsse válido procurar-se o critério geral da ciência. Mas não ser aceitável buscar-se o critério geral da ciência seria negar a própria metodologia científica, de que Gurvitch e os sociólogos em geral são tão ciosos. Seria afinal negar o inegável: negar que não pode haver ciência sem teoria.

Se se busca contínua e aperfeiçoadamente o critério geral e atual da ciência, de tal sorte a podermos saber de modo geral se uma teoria é ou não científica, no sentido de correspon-

der ou não à ciência atual, como se pode negar que se possa e deva buscar o critério geral e atual do direito? De tal sorte a poderemos saber — do modo mais definido possível — se um fenômeno é ou não jurídico? Nem num caso, nem no outro — isto é, nem na busca de um critério geral e atual da ciência, nem na busca de um critério geral e atual do direito — a abstração a partir da realidade complexa e móvel, deixa necessariamente o domínio do *ser* — pois, sem dúvida, o conhecimento científico apenas *é*, não *deve ser* — ou perde a abstração necessariamente a plasticidade adaptável àquela complexidade e mobilidade do real.

Nenhum cientista duvida da possibilidade de um critério geral e atual da ciência. Todos os cientistas estão a *julgar*, constantemente, se os conhecimentos são ou não científicos. Por que insistirão sociólogos em duvidar da possibilidade de um critério geral e atual do direito? Temos um critério geral e atual para saber se um fenômeno de conhecimento é científico — apesar da relatividade essencial do conhecimento humano. Por que não haveremos de ter um critério geral e atual para saber se um fenômeno é jurídico, não obstante a relatividade essencial do fenômeno do direito — como fenômeno que implica essencialmente conhecimento e o conhecimento humano sendo essencialmente relativo? Tanto mais que até etimologicamente o direito exige êsse critério geral e atual, pois etimologicamente significa o reto, o bom, o correto, o racional. Enquanto, de acôrdo com a etimologia, a ciência significa apenas conhecimento, e não necessariamente conhecimento *científico*.

O fenômeno jurídico, em suas linhas mais gerais, ainda não específicas, é um fenômeno que associa um imperativo (dever ser) e um conhecimento (ser). O resultado dessa associação é imperativo (dever ser) — um fenômeno de normação social —, mas êsse imperativo *é*, porque está na realidade social. A teoria científica do direito apreende essa realidade complexa e móvel do jurídico (um dever ser U ser => um dever ser, que *é*), e a apreende no plano do ser ou no plano indicativo, como conhecimento que *é*. A teoria científica do direito pode apreender, pois, como conhecimento, apenas *sendo*, a realidade essencial complexa e móvel do direito, realidade

que, afinal, é — mas essa apreensão será nada mais, nada menos, que o critério geral e atual do direito. Uma apreensão que significa em suma um julgamento de realidade concernente à realidade de um fenômeno de valor, ou seja, de um fenômeno de dever ser. A teoria científica do direito estaria extraindo da realidade social, do ser social, um conhecimento real e não ideal. Em que, portanto, a característica básica de *ser* do conhecimento científico, estaria sendo turbada por “avaliações, valorizações e dogmatizações” a que se refere Gurvitch? Dogmático será antes insistir na idéia de turbção.

Nosso Autor não distingue entre justiça e idéia de justiça. Não percebe que essa abstração distintiva é cientificamente válida, porque nesse caso a justiça corresponderá afinal àquêl imperativo (dever ser) que, associado sempre a um conhecimento variável (ser), forma o fenômeno jurídico. Este fenômeno jurídico é *uma idéia* (conhecimento) da justiça e é relativo porque o conhecimento humano é essencialmente relativo. Mas a justiça em si mesma, abstração feita do conhecimento que necessariamente a informa, será, por hipótese de alta probabilidade, permanente, e, no estado atual de pobreza da Sociologia Jurídica, na ausência de pesquisas empíricas sôbre o assunto, será igualmente dogmático afirmar quer a variabilidade, quer a invariabilidade, dessa permanência, ainda que alguma variabilidade dela seja bem plausível. Assim podem-se afirmar $n+1$ variações possíveis da *idéia* da justiça, e, pois, $n+1$ variações possíveis do *direito*, mas não, como o faz Gurvitch, em um relativismo paradoxalmente apriorístico, $n+1$ variações possíveis da *justiça*.

Nosso Escritor contribui contudo, de maneira notável, para o esclarecimento das tarefas da Sociologia Jurídica, conseguindo nesse particular uma clarificação conceitual nunca antes alcançada. Em síntese, são essas tarefas, para êle (tanto quanto possíveis em suas próprias palavras): 1) a da análise dos gêneros, dos ordenamentos e dos sistemas de direito, que funcionam em quadros sociais precisos, colocados, assim como suas formas, em correlações funcionais com êsses quadros; 2) a do estudo das variações de importância do direito na hierarquia das regulamentações sociais e das obras de civilização; 3) a de

indagar sobre a variação das técnicas de sistematização do direito — em função dos tipos de sociedades globais, assim como a visualização sociológica das doutrinas e das teorias do direito; 4) a do estudo do papel variável dos grupos de juristas na vida do direito e na vida social; 5) e, finalmente, a do estudo genético das regularidades tendenciais no desenvolvimento do direito e de seus fatores: a) tendências para a transformação do sistema jurídico em vigor; b) tendências para a conjunção ou separação com as outras regulamentações sociais; c) tendências para o aumento ou a diminuição da importância do direito e para sua eficácia ou não-eficácia; d) investigação dos fatores dessa tendências na base morfológica, nas atividades econômicas e técnicas, na moralidade, no conhecimento, na religião, na psicologia coletiva.

Georges Gurvitch, *Problèmes de Sociologie du Droit*, in *Traité de Sociologie*, II, cit., pp. 190-191; Georges Gurvitch, *Sociology of Law*, cit., pp. 60-67.

É pena que as diferentes tarefas da Sociologia Jurídica tenham sido, até hoje, perturbadas pela ausência de uma delimitação tanto quanto possível definida do direito como fato social. Pois, na verdade, a definição tanto quanto possível precisa do direito é o instrumento operacional fundamental de todas as indagações da Sociologia Jurídica. Representa mesmo, o deslinde do problema dessa definição precisa, a primeira tarefa básica da Sociologia do Direito — a tarefa de que depende a eficácia de todas as outras. Pois essas outras tarefas pressupõem a demarcação — ainda que essencialmente provisória e retificável, porém o mais possível definida — do campo social do jurídico. Será concebível uma Sociologia do Direito que não saiba, de modo operacionalmente definido, o que é o direito?

Foi publicado faz pouco na Europa, retomando a tradição sócio-jurídica espanhola, que remonta a Costa, o "Curso de Sociología del Derecho" de Angel Sanchez de la Torre (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965), trabalho atualizado de natureza didática que reflete também a formação filosófica de seu Autor.

12. *Para além do resíduo cientificista: Cowan e a compensação dos valores de pensamento por valores de sentimento —*

Tem-se salientado ultimamente nos Estados Unidos o nome de Thomas A. Cowan, a quem se deve um revolucionário artigo — “Reflexões sobre a Jurisprudência Experimental” — publicado no estrangeiro. Para êsse sociólogo-jurista, o têrmo ciência do direito, em sua conotação tradicional predominante, é um eufemismo, e o próprio direito está desacreditado (“law is in disrepute”) e em situação tão desesperada face a seu oposto, a guerra, que parece não correríamos risco adicional algum ao tentarmos um ponto de partida completamente nôvo (“a completely fresh start”).

Thomas A. Cowan, *Reflections on Experimental Jurisprudence*, in *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, cit., Band XLIV (1958), pp. 465-474, 465 e 466-467.

Veja-se ainda Thomas A. Cowan, *What Law Can Do for Social Science*, in *Law and Sociology, Exploratory Essays*, Edited by William M. Evan, The Free Press of Glencoe, New York, 1962, pp. 91-123.

O pensamento fundamental de Cowan é que valores de pensamento (“thought-values”) devem ser compensados por valores de sentimento (“feeling-values”), a reconciliação dos quais, em caso de conflito entre êles, é precisamente a função do direito. Note-se que para o sociólogo-jurista norte-americano o primeiro propósito do direito é justiça. E pergunta Cowan: “Não será possível que o direito seja capaz de usar os métodos da ciência para obter resultados que sejam tanto eficientes como justos?... O direito ... deve aprender a usar os métodos da ciência sem sacrificar os valores de sentimento que constituem o íntimo âmago da justiça”.

Thomas A. Cowan, *Reflections on Experimental Jurisprudence*, in *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, cit., Band XLIV (1958), pp. 471, 467 e 473.

É pena que Cowan, ao que parece, se mostre tímido quanto ao problema mais básico da Sociologia Jurídica, qual seja o da definição operacional do direito. Isso terá acarretado perturbação da clareza de seu escrito, pois nosso Autor não define diretamente o direito e, além disso, não usa o substantivo “law” para êsse propósito, mas emprega o adjetivo “legal”, acentuadamente ambíguo em inglês. De fato, para Cowan, textualmente, “tôda disposição legal (‘every legal disposition’) é

uma reconciliação de valores de pensamento com valores de sentimento, de ciência com ética. Direito existente (“existing law”) é uma massa de preferências autorizadas (“authoritative”) de valor da raça humana, da cultura específica, e da comunidade, para resolver conflito. Tôda prescrição legal corporifica (“embodies”) uma escolha moral, uma avaliação (“valuation”) baseada em um sentimento (“feeling”) consoante o qual, independentemente de que existência possa ser ou não como ela, “deve” (“ought”) conformar-se à prescrição legal”.

Thomas A. Cowan, *Reflections on Experimental Jurisprudence*, in *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, cit., Band XLIV (1958), pág. 471.

Ora, se é fato que tôda disposição legal implica uma avaliação baseada em um sentimento de dever ser, e que tôda disposição legal implica conhecimento, contudo, de modo algum é fato que *tôda* disposição legal seja baseada em dados de ciência. Essa observação é válida se nós traduzirmos a “every legal disposition” de Cowan por “tôda disposição legal”. Mas, se optarmos pela tradução “tôda disposição jurídica”, então essa “disposição jurídica” estará identificada em seu texto com o que êle chama “direito existente” (“existing law”). Seja porém qual fôr a tradução, na verdade, é ainda relativamente frequente que “preferências autorizadas de valor” de culturas específicas contrariem o conhecimento científico. Além disso, a expressão “preferências autorizadas de valor” é bastante vaga para ensejar qualquer delimitação satisfatória do direito face à moral stricto sensu — desde que não o queiramos identificar de modo necessário com as prescrições legais —, sobretudo quando, para Cowan, “tôda prescrição legal corporifica uma escolha moral”.

A timidez que Cowan parece demonstrar é, aliás, predominante entre os teóricos do direito. Notou bem Laserson sobre Petrazhitskii: “Except in textbooks, the jurists of most countries try to evade any definition of law. The old saying of Kant, that ‘the jurists still seek a definition for their own notion of law’, is still true after two hundred years not only in Europe but also on the other continents. The different devices which have been employed to circumvent the sphinx are generally unsuccessful. Jerome Frank, for instance, recently wrote: ‘Because the word ‘law’ is highly ambiguous, the writer has become timorous about using it except with an explicit accompanying statement of the sense in which it is employed, ... Frank, *If Men Were Angels* 354 (1942) ... The

timidity of the author, however, did not extend to the adjective 'legal', and this despite the fact that at the beginning of the book he identified 'law' with 'legal standards.'" (Max M. Laserson, *The Work of Leon Petrazhitzkii: Inquiry into the Psychological Aspects of the Nature of Law*, in *Columbia Law Review*, cit., Vol. 51, January 1951, N° 1, pp. 63-64).

Qualquer porém que seja a tradução emprestada à palavra "legal" do texto de Cowan, não há dúvida de que o seu pensamento apresenta afinidade com o nosso, tal como já se apresenta desenvolvido no livro "Da Inexistência Científico-Conceitual do Direito Comparado", publicado em 1956.

Para êsse livro, "Direito é formulação científico-positiva atualmente incontestável do sentido básico permanente do dever ser. Moral é êsse mesmo sentido básico permanente do dever informado de conhecimento metacientífico". Ou seja: "se uma regra de conduta, correspondendo ao sentido básico permanente do dever ser, o tem informado de acidente cognitivo atualmente inconcusso em Ciência, tal regra será jurídica. Se, porém, uma norma correspondente ao sentido básico permanente do dever ser é informada por conhecimento metacientífico, pertencerá ao campo da Moral. Visualizando-se por êste critério, fruto da observação social positiva, não se poderá encontrar, no meio societário, um setor de normas mistas de conduta". (Cláudio Souto, *Da Inexistência Científico-Conceitual do Direito Comparado, Conceituação do indagar comparativo mais específico da Ciência do Direito*, tese doutoral, Recife, 1956, pp. 73 e 67-68).

Já a justiça "nada mais é que êsse sentido básico permanente do dever ser, o qual se apreende por abstração científica dos conhecimentos de que se indissocia historicamente", sendo que "no sentido básico permanente do dever ser, está a essência do Direito, a sua 'Kernsubstanz', aquilo que determina a sua informação cognitiva influída de relatividade. E o sentido básico permanente do dever ser é essência não só do Direito, mas da Moral em geral, isto é, da formulação científica ora incontrastável ou metacientífica de que se informa aquêle sentido. Será porisso que os pensamentos platônico e aristotélico consideram a Justiça como virtude basilar. Será porisso que os romanos identificam em teoria Direito e Moral". (Cláudio Souto, *Da Inexistência Científico-Conceitual do Direito Comparado*, cit., pp. 62 e 74-75). A equidade, essa "é o conhecimento positivo casuístico concreto de que se informa o sentido básico permanente humano do dever ser". (Cláudio Souto, *Da Irrealidade Jurídico-Definitiva do Direito Natural*, cit., Tomo I, pág. 200).

A partir de 1963, a fim de facilitar o emprêgo de técnicas de pesquisa em pírca que formalizassem a observação, preferimos, por sua maior concretude de significado, a palavra "sentimento" à palavra "sentido" — sentimento do que deve ser ou sentimento de justiça.

A pesquisa exploratória "O Sentimento e a Idéia de Justiça", realizada em 1965 entre os estudantes estrangeiros da Universidade de Colônia com até um ano de permanência na Alemanha, tentou, na verdade, três novas perspectivas: 1) é baseada na distinção, por abstração, de sentimento e idéia de justiça; 2) investigou estudantes de diferentes nacionalidades sob a suposição de que o problema de justiça é um problema do homem; 3) e se conduziu com referência a uma teoria de justiça, baseando-se no seguinte quadro hipotético: existência, permanência e variabilidade de um sentimento de dever ser, associa-

ção necessária dêse sentimento com uma idéia, que pode estar a) de acordo com a ciência, b) de acordo com a metaciência, c) de acordo com o conhecimento das circunstâncias particulares de um caso ou d) pode ser outra.

As hipóteses acima foram verificadas com relação ao universo estatístico investigado, afora outros importantes resultados.

Note-se que daí parecem derivar elementos empíricos para a construção das definições operacionais de justiça, direito, moral e equidade: "Isto é, poderíamos chamar 'justiça' o simples sentimento de dever ser experimentado por todos os respondentes. E poderíamos chamar, respectivamente, 1) direito (Droit, etc), 2) moral e 3) equidade, a associação de tal sentimento com uma *idéia* 1) de acordo com a *ciência*, 2) de acordo com a *metaciência*, ou, finalmente, 3) de acordo com o *conhecimento das circunstâncias particulares de um caso*. Em tal *terminologia*, direito, moral e equidade, seriam todos *idéias* de justiça, isto é, *certas idéias*, (*idéias* de acordo respectivamente com ciência, com metaciência e com o conhecimento das circunstâncias particulares de um caso) associadas ao sentimento do dever ser. ... Dissemos, "poderíamos chamar": de fato, não se deveria esquecer que 'justiça', 'direito' e 'equidade' são meras *palavras*, que podem ser usadas em diferentes sentidos". (Cláudio Souto and Solange Souto, *The Feeling and the Idea of Justice, A Summary of the Exploratory Research*, cit., pág. 224).

F. D.
Doação 20.10.75

340.2
\$7265

UFEd. 345-75 / etc.

Jan 190

ESTE LIVRO DEVE SER DEVOLVIDO NA ÚLTIMA
DATA CARIMBADA

15.2.79

14.12.79

03.6.80

14.1.81

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

Inw. Jan. 1981

Inw. 88



1911

o

ndec

lfs