

PIMES

COMUNICAÇÕES 17

TEORIA SOCIOLÓGICA DO
DIREITO E PRÁTICA FORENSE

Cláudio Souto

Comunicações

PIMES

Universidade Federal de Pernambuco

F340.2

S728t ex 2



C

COMUNICAÇÕES 17

TEORIA SOCIOLÓGICA DO
DIREITO E PRÁTICA FORENSE

Cláudio Souto

PIMES

edf. dos institutos básicos, 13º
cidade universitária
50.000 - recife - pe
brasil
1977

Ar

U. F. Pe.	
FAC. DE DIREITO	
BIBLIOTECA	
F 81	27.6.18



TEORIA GERAL SOCIOLOGICA DO DIREITO: SUA APLICABILIDADE À PRÁTICA FORENSE

Cláudio Souto*

1. Os saberes jurídicos básicos e a Teoria Geral Sociológica do Direito

A inegável importância atribuída pelas sociedades, tanto do passado quanto do presente, ao direito como instrumento de controle e mudança sociais, não tem sido acompanhada, nos dias de hoje, por um reconhecimento correspondente da importância científico-empírica dos estudos jurídicos. Na verdade, esses estudos têm-se mantido ao longo dos séculos basicamente sob a forma de estudos de Dogmática Jurídica (sobretudo de natureza lógica) e de Filosofia do Direito, e só recentemente se têm intensificado indagações do Direito como ciência social empírica, capaz de adaptar métodos e técnicas de pesquisa científica.

É que no Brasil, como em toda parte, o desenvolvimento da Sociologia Jurídica parece caracterizar-se por dois períodos básicos. O período inicial se marca pela hostilidade de tanto sociólogos como juristas à Sociologia do Direito. O segundo período, que alcança os nossos dias, tem sido um período de abandono da disciplina por sociólogos e por juristas — embora tal abandono se torne cada vez mais relativo.

É interessante constatar que a Sociologia Jurídica, que sofrera oposição do sociologismo do século XIX dado o bem conhecido desprezo deste quanto ao mundo das normas e valo

* Professor Titular de Sociologia Jurídica da Universidade Federal de Pernambuco.

res, seria contestada pela maior parte dos juristas da época precisamente pela suspeita de que tal ramo de conhecimento implicasse a desconsideração do aspecto normativo-valorativo do direito. Desenvolveu-se assim uma acentuada desconfiança, dupla e contraditória, com conseqüente hostilidade para com a Sociologia Jurídica.

Em nosso século, a dupla e aguda desconfiança inicial perdeu progressivamente muito de sua força, mas ainda possui algum poder residual. Eis porque a hostilidade evoluiu finalmente para um abandono relativo.

Além disso, como a Teoria Sociológica Geral é um ramo do conhecimento ainda não desenvolvido, não seria razoável esperar-se o desenvolvimento de uma Teoria Sociológica do Direito. É fato que os juristas se têm preocupado com a teoria do direito, mas, dentro de uma perspectiva essencialmente lógica ou filosófica. O interesse pela Sociologia Jurídica é um fenômeno recente, a rigor deste século, e um fenômeno minoritário.

Deve-se notar, no entanto, que nem mesmo um Autor como Ehrlich nega a existência de elementos científicos na ciência tradicional do direito. Escreve ele realmente: "Não menos importantes para a Sociologia Jurídica são os resultados da Jurisprudência Prática ('der praktischen Jurisprudenz'). Não existe nenhuma doutrina técnica ('Kunstlehre') que não inicie uma ciência, o que também é válido no que concerne à Jurisprudência... A contemplação viva ('die lebendige Anschauung') de relações humanas de caráter jurídico, as generalizações dos resultados dessa contemplação e as correspondentes normas de decisão, tudo isso forma o elemento científico na Jurisprudência". (Ehrlich, 1929: 384 e 385)

Nem o que afirmamos significa, e não poderia significar, menosprezo pela formação lógica ou filosófica dos juristas. Queremos simplesmente esclarecer que a Lógica Jurídica e a Filosofia do Direito, embora proporcionem um importante preparo, não se configuram como ciência social do direito. Por mais tradicionais e bem desenvolvidos que possam ser esses estudos,

não significam eles desenvolvimento e maturidade na Sociologia do Direito.

Tal parece incontestável, apesar das normas jurídicas serem as regras de conduta aceitas socialmente com maior intensidade. A aceitação e o cumprimento de regras como as que impõem a castidade, ou as que regulam em geral a vestimenta e certas formas de saudação, são bem menos genéricos que a aceitação e o cumprimento das normas jurídicas. Por esta razão, as regras jurídicas, em reconhecimento ao seu caráter de mínimo pacificador indispensável, são, nas sociedades modernas, em geral impostas, se preciso, pela força, através de canais judicantes, ou têm, pelo menos, a tendência a essa imposição. Isso significa que o fato jurídico revela um alto índice de socialização entre os fenômenos normativos.

Durkheim, ainda um dos nomes fundamentais da Teoria Sociológica, em clássica passagem, observou: "A vida social, onde quer que exista de forma duradoura, inevitavelmente tende a tomar uma forma definida, e a organizar-se, e o direito nada mais é que esta organização mesma, no seu caráter mais estável e preciso... Se então pode ocorrer que certos tipos de solidariedade social se manifestem apenas através do costume ('moeurs'), são tipos certamente muito secundários; ao contrário, o direito reproduz todas as formas essenciais, e é apenas estas que precisamos conhecer." (Durkheim, 1960: 29 e 30).

O exposto levar-nos-ia a esperar uma preocupação intensa e específica com a Sociologia Jurídica. No entanto, paradoxalmente, tal não ocorreu, nem ocorre no presente momento. Nesse sentido, Timasheff pôde observar — e a observação permanece válida — que "ainda não existe uma Sociologia Teórica geralmente reconhecida" e que "os problemas atuais da Sociologia do Direito são problemas de uma ciência subdesenvolvida ('einer unentwickelten Wissenschaft')." (Timasheff, 1956: 417 e 415).

Entretanto, a perspectiva sócio-científica do Direito tem sido internacionalmente defendida de forma clara e

progressiva, e não pode ser ignorada por um país em crescente desenvolvimento como o Brasil. De fato, a expansão das sociedades e de seus problemas de contato social, o incremento da comunicação interna e externa, as necessidades da vida nacional e internacional, tudo parece requerer um tipo de controle social adaptável à Sociedade moderna: um controle menos formal, menos dogmático, mais dinâmico, que corresponda à rápida mudança ocorrida dentro de sociedades particulares e à natureza da sociedade internacional, que permanece, em larga escala, uma sociedade informal.

Ilustra-se assim a crescente necessidade de indagações de caráter científico-empírico, interessadas no direito como fenômeno social básico. As necessidades sociais já não podem ser satisfeitas apenas por juristas de tradicional formação lógico-filosófica. Além desses indispensáveis estudiosos tradicionais, faz-se necessário aumente o número de pesquisadores da Sociologia do Direito, seja a ênfase no seu preparo o Direito ou a Sociologia, distribuídos esses pesquisadores em tarefas de pesquisa teórica, ou aplicada, segundo a sua vocação.

Os pesquisadores da Sociologia Jurídica Básica buscam construir e/ou verificar modelos teóricos gerais no tocante ao direito como fenômeno social, enquanto os que realizam estudos aplicados procuram — ou deveriam racionalmente procurar — fazer uso das teorias científicas altamente abstratas sobre o fato social jurídico em função de problemas científicos e tecnológicos de um caráter menos genérico.

Desse modo, a propósito das linhas de pesquisa em Sociologia Jurídica a serem desenvolvidas no Brasil, projetos de pesquisa fundamental logicamente constituem a base para o desenvolvimento dos projetos de pesquisa aplicada, estes por sua vez estando mais próximo das técnicas de desenvolvimento sócio-econômico do país. Com relação a projetos de pesquisa empírica da Teoria Sociológica do Direito, deve ser dada prioridade àqueles que estudam a composição social do direito, a justiça e a equidade de como fenômenos empíricos, as relações entre direito e formas

coercíveis (leis, costumes, decisões judiciais, decretos, regulamentos, estatutos, etc.), assim como as relações entre direito e sociedade, e entre direito e mudança social em geral.

A mencionada construção de **modelos teóricos** mais genéricos, no que toca ao direito como fato social empírico, constitui precisamente o objeto de uma Teoria Geral Sociológica do Direito — ou Teoria Sociológica Geral do Direito, o que é o mesmo.

Muito diversa é a orientação da Teoria da Dogmática Jurídica, que tem significado acentuadamente um trabalho de sistematização e análise que tende a isolar — embora nunca o consiga inteiramente — aspectos puramente lógico-normativos do conjunto da vida social.

Na verdade, em palavras de Erik Wolf, a Dogmática Jurídica procuraria a "explicação do sentido e da conexão de sentido das proposições e instituições jurídicas particulares", sendo que, para ele, "é comum a todas as disciplinas jurídicas" o que chama de "método jurídico", ou seja, "uma técnica de aplicação normativa, cujo âmago é a teoria da interpretação." (Wolf, 1961: 741a e 743).

Ou seja, a Teoria da Dogmática Jurídica é essencialmente um procedimento lógico-normativo (**nesse** sentido, Erich Fechner, 1964: 764), ao passo que a Teoria Sociológica do Direito, Geral ou Aplicada, pondo embora a tônica de sua investigação no fenómeno social-jurídico, o indaga sempre, contudo, como inserido na dinâmica da realidade social total. **E** visualiza, de fato, a Sociologia, em qualquer de seus ramos, sempre os fenómenos sociais totais.

Já se nota, pois, com meridiana nitidez, que, se o direito é realmente um fato social — e ninguém nega que o seja — não tem qualquer sentido limitar a Teoria Geral do Direito à Teoria da Dogmática Jurídica, com exclusão de uma Teoria Geral Sociológica do Direito. Essa exclusão obsoleta é mero resíduo de épocas ultrapassadas, em que não existia constituída uma ciên-

cia sociológica e em que os saberes jurídicos eram apenas dogmáticos e filosóficos.

A exclusão é compreensível, até certo ponto, pois a Teoria Sociológica, em sua contextura hodierna tem apenas cerca de oitenta anos. Compreensível, mas não já admissível.

Por isso mesmo os escritos mais modernos de Teoria Geral do Direito — a exemplo do livro de W. Friedmann — já não incidem em tal arcaica exclusão, mas abrangem expressamente as construções teóricas sociológicos gerais sobre o jurídico (W. Friedmann, 1965: 194 - 204).

Tanto mais quanto a Sociologia do Direito tende de seu natural a transbordar de si mesma, tendendo a uma metodologia relativamente específica e a constituir-se em uma ciência social particular relativamente autônoma. E distinta quer da Teoria da Dogmática Jurídica, quer da Filosofia do Direito, infra-ordenada apenas, como ciência social particular, à Sociologia Geral, entendida esta como teoria geral do social. O transbordamento efetivo em ciência social particular — já em sua aurora — dependerá apenas do desenvolvimento científico da Sociologia Jurídica, da superação da sua atual fase de abandono relativo, que se situa em contraste paradoxal com a grande quantidade de escritos técnicos ou filosóficos sobre o direito.

Com efeito, não há cogitar de oposição entre Dogmática Jurídica, Sociologia Jurídica e Filosofia do Direito, nem suas fronteiras são rígidas, nem há como pensar em substituir um desses saberes por qualquer dos outros. Bem entendidos, os três saberes básicos constituirão uma unidade fundamentalmente harmônica, a teoria jurídica. Na verdade o direito é um fenômeno social que se reveste de variadas formas de imposição (lei, costume, jurisprudência, etc.) e cujo conhecimento é passível do aprofundamento maior filosófico.

Repare-se que isso não significa um tridimensionalismo fácil, que fosse mera caricatura da realidade, e não aproximação razoável dela. Pois, a rigor, não é admissível em perspectiva sócio-jurídica teórica, atribuir, quanto ao direito, à Sociologia o fato, à Dogmática a norma e à Filosofia o valor

(incluído aqui o valor "justiça") — tal como se faz frequentemente na tradição continental da Filosofia do Direito.

Ao contrário, tudo indica que norma social, fato social e valor não deveriam rigorosamente ser opostos em uma perspectiva científica do fato social. Durkheim definira este como "toda maneira de agir ... suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior". (Durkheim, 1972:11). Isto quer dizer que fato social é igual a norma social, o valor estando incluído automaticamente nesta norma social. Qualquer valor — por exemplo, o da bondade — só é concebível, em termos de ação social concreta, como um dever ser ou uma norma ("deve-se ser bom").

Conseqüentemente, a Sociologia do Direito não é capaz de estudar o jurídico como fato social sem, ao mesmo tempo, visualizá-lo como norma social (o que todo fato social é) e como valor (o que toda norma social implica). Uma teoria sociológica e pesquisa empírica sobre justiça e direito, mesmo em termos transculturais, deveriam ser vistas como algo perfeitamente natural. Assim, se defino transcultural e empiricamente justiça, direito e moral, não estarei capacitado a dizer o que é ou não é justo, jurídico e moral?

Desse modo, a Sociologia Jurídica, embora seja uma ciência do normativo, está longe de tornar-se uma "ciência normativa", o que pareceria contraditório, enquanto que a Filosofia do Direito já não possuiria a exclusividade ou quase exclusividade de uma perspectiva crítico-valorativa do jurídico. O que a Filosofia do Direito pode fazer, e é de todo legítimo que o faça, é aprofundar as implicações de qualquer estudo jurídico de maneira crítico-valorativa. O que a Dogmática Jurídica pode fazer, e é de todo legítimo que o faça, é abstrair, até certo ponto, o social das normas legais e de outras normas. O restante é, fundamentalmente, Sociologia do Direito e pode ser muito mais importante e crítico, mesmo em uma perspectiva universal, do que se reconhece geralmente.

2. Teoria Sociológica Geral e Teoria Sociológica Geral do Direito: estado atual dessas disciplinas

Parece inegável que exista uma conexão direta e aberta nas duas direções entre a Teoria Sociológica do Direito e a Teoria Sociológica Geral. Assim, um modelo sócio-teórico geral reduzido, trabalhado em nível muito alto de generalidade, levando em consideração muito poucas variáveis, seria da maior importância na transformação da teoria sociológica geral do direito em um estudo apto a verificação experimental, mesmo em laboratório. Tudo indica que este seria um caminho apropriado para uma ciência social do direito teórica, uma base segura para a pesquisa sócio-jurídica aplicada e, através desta, para uma técnica de desenvolvimento social à luz de dados empíricos confiáveis no que se relaciona com a perspectiva sócio-jurídica desse desenvolvimento.

Problemas teóricos gerais, tais como os da interação social e dos processos sociais, podem de modo óbvio ser estudados em função do direito, inegavelmente um fenômeno social da maior importância. Note-se que, do ponto de vista empírico, a sócio-fisiologia da interação social, por exemplo, já é bem desenvolvida em certos países, com numerosas experiências de laboratório executadas, não obstante essas experiências ainda não tenham estabelecido conexão satisfatória com uma também satisfatória teoria geral do social.

Já vimos, de fato, que a Teoria Sociológica Geral e a Teoria Sociológica do Direito — seja geral ou aplicada — são ramos de conhecimento ainda não-desenvolvidos. Em que consistiria, pois, esse não-desenvolvimento da primeira a se refletir no desenvolvimento também por consequência insuficiente da segunda? É o que procuraremos examinar a seguir como tópico preliminar esclarecedor do assunto subsequente, que será relativo aos dados básicos que a Teoria Sociológica do Direito tem a oferecer à prática forense.

A atual insuficiência da Teoria Sociológica

Geral se deverá antes de tudo ao fato de, em nossa época, a ênfase no empírico ter levado ao alheamento entre sociologia e teoria, com repercussões evidentemente negativas para o desenvolvimento de uma teoria sociológica, apesar do disfarce de uma eventual sofisticação estatística ou matemática da pesquisa aplicada.

Escreve Sorokin a propósito que "a recente 'busca de fatos' em Sociologia assume enormes proporções e já acumulou uma montanha de dados empíricos; mas só uma parte muito modesta desse tipo de pesquisa produziu conclusões significativas ou descobriu uniformidades de 'nível médio'. O grosso dessa pesquisa só produziu material 'informativo' de ordem puramente local e temporária, sem valor cognitivo geral. A principal razão de tão escassos resultados é a falta de uma teoria adequada nessa espécie de pesquisa empírica" (Sorokin, 1969: 604).

Tal assistematização é, na realidade, típica da sociologia anglo-saxã, que não obstante, é considerada em nossos dias como a mais desenvolvida — e o é, de fato, ao menos quantitativamente — e influi largamente a sociologia das demais nações. Trata-se de uma sociologia geralmente especializada, frequentemente estreita e de natureza trivial, ocupada com o tratamento empírico de problemas sociais atuais (empirical survey), na qual se disse uma "indústria de pesquisa em larga escala".

Na verdade, tudo indica que uma perspectiva aceitável será aquela em que a teoria, sobretudo de lastro europeu clássico, e a pesquisa empírica, sobretudo trabalhada no mundo anglo-saxão de hoje, se toquem e se desenvolvam descontraidamente em uma teoria sociológica não-formalista e de amplos horizontes, verificada ou verificável pela investigação empírica.

Repare-se: uma teoria geral sociológica do social se depende por um lado da pesquisa empírica, como teoria verificável que é, por seu turno influencia essa pesquisa. Assim, a construção de um modelo teórico-geral reduzido, que seja verificável e mesmo experimentável em laboratório, pode transpor teoricamente o pretenso e tradicional fosso entre a Micro e

a Macrosociologia, de tal sorte a invalidar-se amplamente aquele óbice que Harry Kalven, Jr., chamou a "a inabilidade da ciência social para repousar no experimento controlado." Justamente tal inabilidade seria para Kalven uma fonte de incerteza na aplicação da ciência social a problemas legais (Kalven, Jr., 1968: 69-70).

Ora, essa inabilidade à experimentação, quando exista — e diz-se que existiria acentuadamente no campo da Macrosociologia, relativa aos grandes grupos — de modo algum será, à luz de uma redução teórico-conceitual, uma inabilidade congenial. Pois fica então bastante clara a possibilidade de largo uso do próprio experimento macrogrupal — sem exclusão, é claro, do emprego das técnicas usuais de investigação sociológica — desde que os macrogrupos não podem atuar senão através de indivíduos que são portadores dos padrões do macrogrupo e atuam como tais.

Nesse ponto o tradicionalismo sociológico é tão arraigado, mesmo entre sociólogos do direito atuais, que um Autor recentíssimo como Klaus Ziegert, embora lucidamente consciência das "dificuldades da insolvência teórica e metodológica" do método de obtenção de dados por meio de questionário ou entrevista, e não obstante reconheça que as investigações empíricas se referem, predominantemente, às reações de sistemas pessoais, e não de sistemas sociais mais complexos, porque o direito, ele próprio, se dirige a indivíduos quando conexões sistêmicas são envolvidas, insiste, de modo contraditório a isso mesmo, em que "o uso do experimento stricto sensu é duvidoso na Sociologia do Direito" (Ziegert, 1975: 211, 232 e 165).

Contudo, nas relações sociais nunca atuam macrogrupos, ainda quando se afirme que as relações em foco pertencem a sociedades vastas como o Estado ou a Igreja.

Os indivíduos reunidos em interação nunca são macrogrupos, a não ser no caso-limite e de natureza fortemente

específica que são as mutidões — estas mesmo nunca tão vastas que se tornem insuscetíveis de experimentação.

Afinal o que é um grupo, seja uma diáde ou um Estado?

É um relacionamento interativo entre dois ou mais indivíduos em que prepondera e permanece a semelhança. Semelhança de que? Semelhança nas normas intercomunicadas.

O que vale dizer que, nos grupos sociais, os indivíduos considerados componentes têm uma carga normativa comum, que é preponderante, e sem a qual não há o grupo, que, em termos realistas, se reduz essencialmente a essa carga normativa par^{te}tilhada por indivíduos.

Em suma: os chamados grupos sociais são realidades apenas indivíduo-culturais ou culturo-indivíduos, caso se prefira. O mais é ficção.

Desse modo, nas relações públicas são sempre indivíduos e/ou microgrupos que se relacionam, comunicando, certos deles, as cargas normativas correspondentes ao grupo social estatal. O relacionamento social entre um Estado e a ONU, por exemplo, é, em termos reais e concretos, a microrelação entre os indivíduos que representam essas entidades, por comunicarem as respectivas cargas normativas — geralmente bem poucos indivíduos e, em todo o caso, nunca um macrogrupo.

Por isso, esse relacionamento, um macrorelacionamento em uma perspectiva fictícia é, em realidade, um microrelacionamento, que cabe hipoteticamente em uma sala experimental tanto quanto cabe na sala de sessões da ONU. (Para uma maior discussão das amplas possibilidades da experimentação em Teoria Sociológica, pode-se ver Souto, 1974: 174 - 225).

Aludindo à redescoberta, nos Estados Unidos, de teóricos europeus, como Weber, Durkheim e Simmel e à acesa e repetida crítica de uma geração mais jovem de sociólogos americanos aos "acumuladores de fatos" ("fact gatherers") — crítica essa que, poderíamos acrescentar, é hoje bem encontradiça nas prin-

cipais revistas americanas de Sociologia —, Lewis A. Coser e Bernard Rosenberg acham que "a sociologia americana produziu o que se poderia chamar um renascimento da teoria sociológica" (Coser e Rosenberg, 1957: X).

Contudo, se é verdadeiro o que os próprios Coser e Rosenberg afirmam — que "não se ganha nenhum insight trazendo fatos conhecidos em terminologia nova", e que "homens como Durkheim e Weber ainda nos fornecem nossos melhores instrumentos de solução ('clues') ... porque uma geração ou duas de computação de narizes ('nose counting') não nos supriu de melhores" (Coser e Rosenberg, 1957: XI) —, parece não termos ainda, nem nos Estados Unidos, nem em qualquer outro país de nossos dias, um renascimento verdadeiro da teoria sociológica, o qual implicaria uma acentuada criatividade, mas antes, um pré-renascimento dessa teoria, cujo caráter imaturo, aliás, ninguém nega.

O perigo, para um renascimento real note-se, absolutamente não estará no "desenvolvimento de generalizações em tão alto nível de abstração que sua imediata relevância e utilidade são quase completamente obscurecidas" (Coser e Rosenberg, 1957: X e XI); porque a teoria pura — tomando em conta, por definição, o básico da realidade social — não põe em risco a sociologia teórica. O perigo à criatividade estará, antes, no imediatismo pragmático e tecnicista quanto às técnicas de pesquisa, inibidor das generalizações da teoria.

O desafio de nossa época é precisamente a construção de sistemas teóricos não menos vivazes que os clássicos e, ao mesmo tempo, passíveis de verificação empírica rigorosa e inclusive experimental.

Repare-se — e a observação tem direta referência ao nosso tema — que não é senão em paradoxo aparente que a teoria sociológica nos apresenta o que poderíamos chamar um caráter instrumental, pois significa ela, como notou bem Talcott Parsons, "um conjunto de padrões para o pensamento habitual". Observa mais esse Autor que "um esquema conceitual de forma parcialmente articulada existe agora e é, para propósitos práticos,

em uso comum; seu refinamento e desenvolvimento ulterior é imperativo para o bem-estar de nosso campo, e é inteiramente possível" (Parsons, 1967: 350 e 352).

Mas um "esquema conceitual" não basta para uma construção teórica rigorosa — que deve, de modo acentuado, formular proposições ou teses — e, em consequência, não satisfaz também totalmente a propósitos práticos racionais. Na verdade, parece imprescindível que se tente construir uma teoria sociológica para além dos esquemas conceituais gerais (ou "esquemas descritivos", como os chama Zetterberg, 1973: 107), estes, decerto, basilares, mas não suficientes.

Por outro lado, as hipóteses que se consideram "confirmadas" por pesquisa empírica em Sociologia, cuja quantidade é crescente, necessitam não obstante, ainda, de explicação.

Decerto, esse desenvolvimento explicativo é ainda raro no conhecimento sociológico, que predominantemente não se encorajou "a mover da descrição para a explicação" (Maris:1970: 1070).

Não admira, em relação com esse fato, que se afirme a inexistência de uma teoria sociológica (Opp, 1969:1080), chegando-se mesmo a ver no assunto da Sociologia "um caos intelectual". (Homans, 1961: 1).

Na verdade, quem queira exigir a plena satisfação dos critérios para o julgamento de teorias sociológicas, mesmo daqueles sobre que há forte consenso de Autores como Albert, Popper e Zetterberg (a propósito, ver Opp, 1969: 1082-1083), desqualificaria acentuada parte da produção sociológica de qualquer país. Pense-se, por exemplo, nas consequências de exigir-se um critério como o seguinte: "as teorias deveriam ser gerais no sentido de que não valham para determinados espaços de tempo, lugares ou agrupamentos sociais." (Opp, 1969: 1082).

Contudo, a explicação teórica se impõe, se se quer ter ciência no sentido mais rigoroso.

Estamos entendendo aqui por explicação teórica o ir além do meramente descritivo, que se deve ligar a proposições mais gerais explicadoras (obtidas por indução e de que, justamente, se deduziriam as proposições menos gerais, que assim se explicariam pelas primeiras).

Para que se tenha uma teoria sociológica adequada admite-se ser necessário que se liguem dedutivamente definições, postulados e teoremas ou leis descritivas de fatos observados. Deverá ter-se, essencialmente, em termos teóricos rigorosos, um conjunto ligado dedutivamente de proposições em forma de lei (nesse sentido Maris, 1970: 1070-1071 e 1076, que se baseia sobretudo em Werkmeister, 1959: 487; analogamente, Blalock, 1969: 2).

Ora, aí precisamente colocamos a mão na chaga da Teoria Sociológica Geral, em sua presente etapa de desenvolvimento: é que essa teoria não ultrapassou senão esporadicamente os meros esquemas conceituais gerais. Na verdade, um "conjunto ligado dedutivamente de proposições em forma de lei", no âmbito da teoria geral do social, é algo que se prende apenas a uma tentativa de renome, a de Homans (Homans, 1961: passim; Maris, 1970: passim), cuja criatividade substantiva não é porém de modo algum comparável a dos teóricos clássicos do social.

Mas essa é a mesma chaga da Teoria Sociológica do Direito, e ainda maior. Pois, se a Teoria Sociológica Geral não conseguiu senão excepcionalmente ir além dos esquemas conceituais genéricos, que dizer da Teoria Geral Sociológica do Direito, menos versada, como saber específico, e, assim, mais imatura? Não só esta última não apresenta ainda aquele desejável conjunto de proposições em forma de lei — embora isso seja possível, como procuramos demonstrar com exemplificação em outro trabalho (Souto, 1977: 20 e 22) —, mas até ainda luta para defender sua prerrogativa a um esquema conceitual básico próprio em face a arcaísmo ainda encontrado: o arcaísmo segundo o qual à Filosofia Jurídica caberia nada menos que a exclusividade no definir os conceitos gerais do direito e da justiça — embora não se conteste a natureza social desses fenômenos.

Procede-se, contudo, de modo ainda obsoleto, no campo dos estudos jurídicos, não raro como se a Filosofia não fosse um além: um meta em relação a dados científicos, no sentido de alargar-se a sua explicação. Com a ressalva de que a própria ciência repousa por sua vez em postulados metacientíficos (William J. Goode e Paul K. Hatt, 1968:28), não parece haver dúvida séria de que o científico-empírico deve ser o fundamento de partida para a indispensável atividade filosófica, que será, racionalmente, metacientífica, ou seja, procedida além da ciência, nunca, pois, pretendendo-se substituir usurpadoramente a esta, nem nunca desconhecendo os resultados científicos: antes se apoiando nestes, ao menos como base inicial de propulsão para seu vôo transcendente.

Note-se bem que quando afirmamos não apresentar ainda a Teoria Sociológica do Direito um conjunto ligado de dutivamente de proposições em forma de lei, não estamos declarando com isso que a Sociologia Jurídica não disponha de proposições que lhe sejam específicas. Tais resultados específicos, de fato, já existem.

Rüdiger Lautmann expõe uma série deles, entre os quais os seguintes exemplos típicos: "Uma nova lei se cumpre antes pelos destinatários mais jovens que pelos mais velhos. Quanto mais a lei é conhecida, tanto mais se cumpre. Uma linguagem difícil, técnico-jurídica, da lei, estorva sua divulgação. A percepção de normas de conduta deriva-se antes de costumes que de leis jurídicas. ... Pessoas pobres gozam da proteção pelo direito menos que aquelas melhor situadas." (Lautmann, 1971: 15 e 16)

Todavia, a pobreza teórica de proposições esparsas como essas salta aos olhos, algumas delas com forte aproximação do que é evidente. O próprio Lautmann admite que "esses e outros resultados da Sociologia do Direito podem não ser muito emocionantes", mas valeriam para refutar a suspeita de que a nova disciplina nada teria a oferecer quanto a resultados (Lautmann, 1971: 16).

Em suma: não só, pois, a Teoria Sociológica Geral do Direito não ultrapassou ainda propriamente a etapa dos meros esquemas conceituais, mas encontra da parte de tantos juristas, sob a égide ainda muito forte do arcaísmo que se mencionou, um clima de desconfiança quanto à sua tarefa conceitual maior, a de definir o direito como fato social — isto é, de defini-lo não em vago grupalismo, porém do modo mais preciso que se possa. É evidente que só uma definição sociológica precisa do direito interessará realmente a uma prática não-subjetivista.

Todas as outras tarefas da Sociologia Jurídica pressupõem a delimitação — ainda que essencialmente provisória e retificável — do campo social do jurídico. Delimitação esta a ser feita a partir de uma observação a mais ampla possível da realidade social total.

Nã definição do fato social do direito estará, realmente, o centro mais essencial da teoria sócio-jurídica. Como escreve Max M. Laserson, "chegar à conclusão, e. g., que uma certa obrigação não tem caráter jurídico, porém um caráter meramente moral, é altamente significativo para qualquer ramo teórico do direito, assim como para a prática processual jurídica" (Laserson, 1951: 62-63). É análoga a maneira de ver de Harold J. Berman referindo-se à definição do jurídico: para ele tal definição "faz uma enorme diferença", pois "determina o tratamento não somente do assunto como um todo, mas também de problemas jurídicos particulares". (Berman, 1958: 19, 20 e 40).

Repare-se que a perspectiva de uma Teoria Geral Sociológica do Direito, embora em choque com arcaísmos filsofistas ainda em vigor, não implica qualquer descontinuidade em relação ao passado. Ao contrário, a perspectiva de tentar-se uma teoria geral da Sociologia do Direito adapta-se bem à tradição dos estudos sócio-jurídicos. Como relata Jerome Hall, é "a visão dos antigos comparatistas (e talvez a ainda prevalente) que a Sociologia do Direito consiste, ou consistirá, de generalizações universais". Para Hall, em uma de suas acepções básicas "a Sociologia

do Direito (Ciência Jurídica) generaliza sobre todo direito". (Hall, 1963: 23 e 33).

Desse modo, a teoria geral da Sociologia Jurídica inclui o centro mesmo da teoria sócio-jurídica, que abrangeria as definições sociológicas da justiça, do direito e da equidade, suas consequências mais imediatas, e as correlações funcionais mais gerais entre o jurídico e sua dinâmica e a realidade social total e sua dinâmica.

Mas, afirmando seu direito a um esquema conceitual próprio, a teoria geral da Sociologia Jurídica é ipso facto uma crítica viva à insuficiência da perspectiva tradicional, seja lógica, seja filosófica, para a apreensão do jurídico como fato social.

3. Os dados básicos da Teoria Sociológica Geral do Direito

Em face do desenvolvido na secção anterior, percebe-se com clareza que, atualmente, os dados fundamentais da Teoria Geral Sociológica do Direito se resumem, de maneira básica, na avaliação crítica da insuficiência da perspectiva jurídica tradicional e na tentativa de uma delimitação do direito como fato social — delimitação que se reveste, como se viu, de importância não só teórica, mas eminentemente prática.

Ora, essa crítica e essa tentativa de delimitação são essencialmente trabalhadas pela Teoria Sociológica do Direito de língua alemã. Se quiséssemos condensar em duas figuras estratégicas tal Teoria, os nomes seriam os de Ehrlich e Weber.

No que toca ao nosso tema, será imprescindível acrescentar a perspectiva sócio-jurídica de Pontes de Miranda sobre o papel, para ele enfático, da ciência positiva quanto ao direito.

Seja-nos lícito acrescentar ainda pesquisa sociológica empírica brasileira sobre sentimento e idéia de justiça, que colhe elementos para uma determinação tanto quanto possí

vel precisa da composição do direito como fato social, baseando-se, ao que parece pela primeira vez como indagação empírica, em uma teoria da justiça e do jurídico.

Pois decerto — e nunca será demais insistir nisso — é preciso tentar ir além de um mero sociologismo formalmente vago, por mais sugestivo que seja, no definir o direito, pois de outro modo a definição do jurídico como fato social praticamente poderia alcançar qualquer conteúdo normativo, conduzindo a uma acentuada insegurança na prática forense, por abrirem-se largas portas ao subjetivismo do legislador e do juiz. Com efeito, o problema da ciência empírica em geral como um componente do fato social jurídico deveria, em uma época científica como a nossa, ser acentuado do modo mais direto possível e até mesmo por definição. E repare-se que tal problema parece essencialmente inseparável das questões da efetividade do direito e da Sociologia do Direito.

Na verdade, a Sociologia Jurídica, desde seu início, mantém com a Alemanha relações íntimas. Tão íntimas que há quem afirme muito recentemente, a exemplo de W. Friedmann, que tais relações seriam nada menos que relações de natividade. (1964: 682). E, de fato, mesmo que se reconheça em Émile Durkheim o fundador da Sociologia do Direito, será contudo com Eugen Ehrlich que surge em 1913 a primeira obra sistemática toda ela dedicada a esse novo ramo do saber.

Ehrlich era de nacionalidade austríaca, mas o seu clássico "Grundlegung der Soziologie des Rechts" teve a sua publicação na Alemanha e de tal modo é o nosso Autor ligado à cultura alemã, que escritor recente dessa cultura, Erich Fechner, o menciona como o primeiro dos nomes da Sociologia Jurídica germânica. (Fechner, 1964: 767; Ehrlich, 1929: passim). É interessante notar que o país que produzira os grandes civilistas, os grandes analistas dos dogmas normativos coercíveis, os grandes continuadores e aperfeiçoadores da lógica romana do direito, esse mesmo país acolhia como coisa sua, pois como coisa sua publicava, o livro inicial do pensamento sócio-jurídico sistemático.

A verdade é que até a aparição do livro de Ehrlich o conhecimento jurídico fundamentalmente se bipartia entre, de um lado a análise, e análise sobretudo lógica, dos dogmas normativos coercíveis, e, de outro lado, a Filosofia do Direito, que era porém acentuadamente a filosofia dessa análise ou era um jusnaturalismo apriorístico. Após Ehrlich, sistematizam-se as possibilidades de uma ciência social do direito, e, com isso, abre-se caminho ao desenvolvimento de uma filosofia científica do jurídico.

Entretanto, era o livro de Ehrlich mais futuro que presente quando de seu lançamento de 1913: não que já não estivesse desperto o gosto alemão pela teoria do social, mas é que era na Alemanha mesma a época ainda do apogeu um tanto exclusivista dos estudos lógico-jurídicos, e esse apogeu, válido então para toda a Europa, colocava em sombra indagações nascentes que pretendessem disputar-lhes o nome de "ciência do direito". Como outras grandes obras inovadoras do pensamento, a de Ehrlich antecipara-se de muitos anos à sua época. De tantos anos que esse livro de 1913 é ainda hoje atual e, mais que isso, será hoje ainda a maior obra da Sociologia do Direito.

Fala-se contudo do ridículo mesmo a que por vezes foi exposta em vida a nobre figura humana que era Ehrlich. Tornou-se preciso que ocorresse em 1936 a tradução em língua inglesa de seu trabalho básico e conseqüente difusão de suas idéias na América para que amainassem os maus ventos que sopravam sobre o nome do sociólogo-jurista. Pois essa tradução teve o dom de propiciar uma conjunção feliz entre o espírito teórico das áreas culturais germânicas e o espírito americano de pioneirismo que, de Norte a Sul do Continente, se tem aberto a novas idéias e a novas técnicas concretas de investigação. Conjunção essa teuto-americana, aliás, que ainda agora parece sobretudo estar explicando o desenvolvimento da Sociologia Jurídica: desenvolvimento que talvez já seja o seu trânsito de um período dito de infância para uma fase de primeira adolescência.

Mas que idéias lançara Eugen Ehrlich, a ponto de fazê-lo, um tanto ainda hoje, um signo de contradição? É que Ehrlich ousara afirmar que a "ciência do direito" dos juristas é antes uma doutrina técnica visando fins práticos e uma técnica relativa, pelo seu condicionamento pelos diferentes quadros sociais, de tal sorte que a teoria dos juristas não apreenderia senão a realidade mais superficial do direito. Sendo, ao invés, necessário, para Ehrlich, superar o tecnicismo estatista, formalista e ficcionista dos juristas e estudar o direito direto da sociedade (Ehrlich, 1929: 384, 385 e 399).

O maior mérito da Sociologia do Direito de Ehrlich consiste, de fato, se quisermos sumariar o seu pensamento, no seu caráter anti-ficcionista, ou seja, no combate que representa a inúmeras ficções que infrutificavam e em boa parte ainda infrutificam no campo dos estudos jurídicos.

A primeira dessas ficções é aquela referente à "ciência do direito" dos juristas, que, segundo Ehrlich, é antes uma técnica visando fins práticos, e uma técnica relativa, dado o seu condicionamento pelos diversos quadros sociais. Note-se, todavia, que Ehrlich, como já vimos, não nega haja elementos científicos na ciência do direito dos juristas (1929: 385) — o que nem sempre seus críticos distinguem.

Em consequência, para 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 lhes 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 (Ehrlich, 1929: 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 vivo" esse que seria precisamente o estudado pela Sociologia Jurídica, que também se ocuparia das condições em que se desprendem dele as normas jurídicas sobrepostas. Assim, o desenvolvimento do direito dependeria essencialmente, segundo Ehrlich, desse estudo, e não deveria ser buscado com centro ou na lei, ou na doutrina, ou na jurisprudência, mas na própria sociedade.

Naturalmente, a partir daí, Ehrlich reduz de muito a importância do Estado quanto ao direito, chegando talvez até a algum exagero. Para ele somente uma "parte ínfima" do ordenamento jurídico da sociedade pode ser atingida pela legislação estatal. Constata, porém, Ehrlich, de modo de todo razoável, que, havendo conflito entre o direito estatal e o direito da sociedade, aquele termina por ceder: assim ocorreu, por exemplo, quanto ao estabelecimento dos sindicatos, dos trustes, e quanto às convenções coletivas do trabalho, etc. (Ehrlich, 1929: 127 e 400).

Mas Ehrlich, se bem que possa ser considerado a maior figura da Sociologia Jurídica germânica, é apenas um dos nomes dela. Ao lado dele, possui grande distinção internacional Max Weber que, tido como o vulto máximo da Sociologia alemã, preocupou-se específica e nominalmente com a Sociologia do Direito, a tal ponto de destacá-la como estudo componente de seu livro de maior importância (Weber, 1925: 387-513; Weber, 1960: passim).

Weber traz uma contribuição de notável relevo ao considerar como ponto inicial de exame da Sociologia Jurídica a oposição que há entre o caráter místico-irracional e o caráter racional quanto ao direito, e isso valendo quer quanto aos "elementos formais" (forma), quer quanto aos "elementos materiais" (conteúdo) deste. 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 vice-versa, como no caso de uma forma jurídica firmada racionalmente acompanhar-se, todavia, de um conteúdo místico-irracional. (Weber, 1960: 102).

É pena, contudo, 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 parece racional. Pois, para ele, o direito jamais brota de modo espontâneo da realidade social, mas sempre é obra dos juristas atuando com finalidades práticas. Ou seja, o direito é obra de um formalismo especial e racional - para ele unido à racionalidade de conteúdo e de 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 (Weber, 1960: 102).

Sob a influência dessa idéia, e em afinidade com Durkheim, que definira sociológica mas formalmente o jurídico pela organização das sanções [1960(1893):33], 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. (Weber, 1925: 17)

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, assim

como de uma técnica racional crescente do procedimento". (Weber, 1925: 504 - 505).

Mas, se a Sociologia alemã do Direito é sobretudo, ainda hoje, Ehrlich e Weber, não é só Ehrlich e Weber. Ao contrário do que se possa supor comumente entre nós, dos livros básicos iniciais que, obras de um só Autor, são inteira e sistematicamente dedicadas à teoria sócio-jurídica, quase absolutamente todos foram publicados originalmente em língua alemã. Assim, além do livro clássico de Ehrlich, há aqueles de F. W. Jerusalem, "Soziologie des Rechts" (Jena, 1925) e "Kritik der Rechtswissenschaft" (Frankfurt/M., 1948), bem como o de Theodor Geiger, alemão como Jerusalem, intitulado "Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts", obra esta publicada pela primeira vez em Copenhague em 1947 e republicada na Alemanha em 1964. Devendo-se ainda mencionar o livro do húngaro Barna Horváth, "Rechtssoziologie" (Berlim, 1934), e podendo-se notar em 1960 a republicação em forma de livro do trabalho sócio-jurídico de Weber, sob a denominação "Rechtssoziologie".

A par com esse significativo fato, que bem espelha a importância do ambiente cultural germânico para a consolidação e desenvolvimento da teoria sócio-jurídica, inclusive por assimilação das obras de autores estrangeiros, é notável a floração de artigos de Sociologia do Direito da parte de autores alemães ou de autores de outras nacionalidades a escreverem em língua alemã. Assim, por exemplo, as contribuições de Julius Kraft, Hermann Kantorowicz, J. Kornfeld, Max Rumpf, Heinz Sauermann, R. Thurnwald, Josef Herbert Fürth, Ernst E. Hirsch, J.J.M. Van der Ven, G. Nirchio, Serge Maiwald, Jacob Wackernagel, Hermann Eichler, Leo Fischmann, René König. Recentemente se salientam, entre outros, os livros e artigos de Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Helmut Schelsky, Manfred Rehbinder, Wolfgang Kaupen, Frank Rotter, Klaus Ziegert, Rüdiger Lautmann.

Note-se mais que o ensino da Sociologia Jurídica na Alemanha é feito, de modo independente, há cerca de 24 anos,

na Universidade Livre de Berlim. (Ernst Hirsch, 1962/3: 137), daí vindo a erigir-se em disciplina à parte, como "Sondergebiet" - o que aliás já se fez desde 1962 em uma Universidade brasileira, a Universidade Católica de Pernambuco, que através de sua Faculdade de Direito, graças ao espírito de renovação e de flexibilidade curricular dessa nova Casa de ensino, criou a primeira cadeira de Sociologia do Direito do Brasil, uma das primeiras do mundo.

Repare-se ainda que se a ciência sócio-jurídica atual está essencialmente ligada à cultura alemã, tal ligação essencial se prenderá a certos caracteres da estrutura germânica da personalidade interessantes à ciência e a se refletirem na cultura e na Universidade alemãs. Ora, sobretudo serão interessantes à ciência as tendências germânicas para o ideal, o filosófico, o social, o excepcional, o não-convencional (John Honigman, 1954: 130-132) — tendências estas que estimulam a imaginação, ingrediente básico da descoberta científica.

Mas, se a Sociologia alemã do Direito não é só Ehrlich e Weber, é sobretudo Ehrlich e Weber. Tanto mais sobretudo, quanto Ehrlich e Weber representarão de fato as duas grandes tendências que explicam ainda agora a Sociologia Jurídica alemã e a Sociologia Jurídica em geral. O nosso momento desse ramo do saber estará justamente na assimilação e crítica dessas duas posições. E é a crítica dessas tendências que está abrindo o caminho para o futuro da Sociologia do Direito e para sua possível resolução em uma Ciência Social do Direito, ligada à Sociologia Geral é verdade, mas relativamente autônoma como domínio de conhecimento.

Ao lado da teoria sócio-jurídica germânica, tem-se manifestado criticamente a pioneira América de língua inglesa, com o seu gosto tão peculiar pelo concreto e pelas técnicas de pesquisa empírica. Contudo, os juristas-sociólogos norte-americanos têm tendido a se deixar preconceber pelo dogma jurídicista, tão difundido no mundo anglo-saxão, do nexó conceitual ne

cessário entre direito e tribunais. Tal estreiteza dogmática — a que não escapou Pound — tem perturbado, nos países de língua inglesa, não só a obra de juristas-sociólogos, mas de sociólogos, antropólogos, e outros cientistas sociais em suas referências ao fenômeno jurídico. Caberia, então, também um outro pioneirismo americano a propósito da Sociologia do Direito? Isto é, caberia a esse propósito um pioneirismo latino-americano? Justamente o pioneirismo da combinação entre hipóteses teóricas de longos raios de alcance e técnicas empíricas de pesquisa?

Talvez já caiba esse pioneirismo, talvez já se ja este o momento adequado ao seu início. De qualquer modo, já pa rece urgir que a América Latina inicie seu diálogo crítico aprofundado e sistemático em relação à teoria sócio-jurídica alemã representada essencialmente em Ehrlich e em Weber.

De verdade, de logo salta a olhos especializados que a posição de Weber é de estranhar em um sociólogo por ser alienadora quanto à Sociologia Jurídica, a qual ele coloca essencialmente em função de um formalismo lógico-dedutivo e tecnizante. Pois Weber, sendo essencialmente um sociólogo, se compor ta estranhamente como se fora um jurista-sociólogo, como se fosse um jurista para quem a Sociologia tivesse apenas 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 de essa racionalidade ter sido assentada por ele em um ponto falso: ter-se assentado exclusivamente naquele formalismo lógico-dedutivo e tecnizante. Por isso sua posição não chega a ser cientificista e anti-espontânea quanto ao direito, o que teria sido um equívoco menor e com acentuado lastro de realidade. Mas, ao invés, sua posição é acanhadamente tecnicista, em seu voto fechado de confiança aos juristas, os quais, em geral não são essencialmente cientistas sociais, mas sim essencialmente teóricos das técnicas de coercibilidade. Assim é que, em última instância, o racionalismo de Weber se mostra pa

radoxalmente um tanto irracional.

A idéia básica de Ehrlich de um "direito social", ou seja, de uma ordem jurídica da sociedade, é realmente uma idéia por demais vaga, para que ele consiga, através dela, delimitar o campo próprio do direito. De fato, a obra de Ehrlich apresenta a falha de não distinguir efetivamente 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 tecnicista irracionaliza na realidade seu racionalismo, pois sua posição se torna realmente um tanto anti-científica, Ehrlich representa a posição oposta, mas que chega, também, afinal, a ser um tanto anticientífica. Pois sua ênfase em uma ordem jurídica espontânea da sociedade não só é antitética em relação ao racionalismo tecnicista de juristas - o que significou afinal uma reação sobretudo saudável -, mas infelizmente, atinge também, em sua generalidade, a própria atividade científica sobre o direito, em favor de um espontaneismo sociologista — este 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, conjuga-se com o deste no relativo transtorno que ambos irracionalismos trazem ao desenvolvimento da Sociologia Jurídica. 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. É 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, es pontânea, 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.

Em 1922, no mesmo ano em que surgia a primeira edição do livro básico de Weber, aparecia no Brasil um trabalho notável de Sociologia Jurídica: o "Sistema de Ciência Positiva do Direito", de Pontes de Miranda (1922: passim). Escrito em português, este trabalho não pôde alcançar a grande divulgação internacional que teria merecido. Contudo, com esse 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 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 de 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 insiste ainda com demasia em uma separação escarpada entre julgamentos científicos de realidade e julgamentos de valor. Será um derradeiro resíduo do "realismo" cientificista que desprezava o mundo das normas e dos valores. O resultado é que sua idéia de direito, fenômeno essencialmente de valor, de dever ser, parece ainda um tanto vaga por estar envolta em um cientificismo-avalorativo. (Veja-se, para uma síntese de sua concepção sociológica do jurídico, o próprio Pontes de Miranda, 1926: 207-211).

O mencionado resíduo - o resíduo do desprezo da sociologia científicista do século passado pelo mundo das normas e dos valores - tem sido com efeito bastante para que até hoje não se tenha podido alcançar com nitidez específica a realidade do direito como fenômeno que implica necessariamente em si mesmo, em sua substância, em seu imperativo ou em seu dever ser - um julgamento de valor.

Na verdade, os sociólogos em geral têm tendido a erigir em um dogma a relatividade de toda a vida social empírica e de seus quadros. Por isso mesmo não se procura e, portanto, não se consegue, um critério definido do direito que pudesse valer a despeito das variações sociais. Ao contrário, deixa-se "a porta largamente aberta a $n + 1$ variações possíveis do direito e da justiça".

Isso tudo quer dizer que não se procura - e, pois, não se encontra - o critério do direito. Aliás, em geral, os sociólogos não considerariam científica uma tal busca. Por exemplo, entende-se que a Sociologia "deve incessantemente lutar" contra as "avaliações, valorizações e dogmatizações (conscientes ou, bem mais, inconscientes)".

É compreensível essa 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 aceitável não buscar-se o critério geral e substancial do direito, se não fosse aceitável 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 os sociólogos em geral são tão ciosos. Seria 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 corresponder 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

podermos 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 e 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 do 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 esse critério geral e atual, pois etimologicamente direito significa o reto, o bom, o correto, o racional. Enquanto etimologicamente 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 esse imperativo é, porque está na realidade social. A teoria científica do direito apreende essa realidade complexa e móvel do jurídico (um dever ser + 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 sociológico geral e atual do direito. Uma apreensão que significa em suma um julgamento de realidade relativo à realidade de um fenômeno de valor, ou seja, de um fenômeno de dever ser. A teoria científica do direito estaria extraíndo 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" ? Dogmático será antes insistir na idéia de turbção.

Insista-se em que a obtenção com validade trans cultural de um conceito científico e empírico do direito significa a perda da pretensa exclusividade filosófica quanto, não apenas ao conceito geral do direito, mas, como tudo indica, mesmo em relação à deontologia jurídica.

Geralmente não se distingue entre justiça e idéia de justiça. Não se percebe que essa abstração distintiva é cientificamente válida porque nesse caso a justiça corresponderá afinal aquele 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, como sentimento humano, abstração feita do conhecimento que necessariamente a informa, será, por hipótese de alta probabilidade, permanente, e, no estado atual de pobreza da Sociologia do Direito, na carência de pesquisas empíricas sobre 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, em um relativismo paradoxalmente apriorístico, $n + 1$ variações possíveis da justiça.

Tais são os amplos horizontes que se parecem abrir à teoria sócio-jurídica nesta segunda metade do século, possibilitando a construção intensiva de novas hipóteses científicas.

E na verdade, o novo sentido de abertura brasileiro para a cultura alemã, no setor dos estudos jurídicos científicos empíricos, haverá, antes de tudo, de atuar-se, crítica e instrumentalmente, em relação à Sociologia do Direito. E tanto maior será a oportunidade criadora, no âmbito desses estudos jurídicos científicos, para o Brasil e outras nações americanas — talvez sobretudo para o aberto, cosmopolita e inteligente Brasil — quanto a Sociologia do Direito — não obstante a grande e inegável importância do fenômeno social jurídico — é um ramo do conhecimento novo e sobretudo por fazer-se. Atesta-o quantitativamente a ainda sensível escassez da bibliografia mundial relativa ao tema. Atesta-o qualitativamente a ausência mundial de definições menos imprecisas dos próprios conceitos operacionais da Sociologia Jurídica.

Todavia, isso significa nada menos que a ciência do direito mesma está ainda numa fase predominantemente pré-científica. Pois, se a ciência do direito é de fato uma ciência social — e não apenas conhecimento lógico-normativo — seu desenvolvimento depende do desenvolvimento da Sociologia Geral e das ciências sociais em geral, e, de modo mais direto, do desenvolvimento da Sociologia Jurídica. De fato, a que outro ramo de saber que não sobretudo à Sociologia Jurídica competirá a construção de uma teoria geral científica do fenômeno social jurídico, embora a Sociologia do Direito venha a transbordar de si mesma nessa tarefa?

Será possível contudo, em área latino-americana de hoje, a combinação entre hipóteses teóricas de longos raios de alcance — à maneira alemã — e técnicas empíricas de pesquisa — à maneira norte-americana? Neste particular a Universidade Federal de Pernambuco tem a modesta resposta de uma experiência. Pois em 1962 a Reitoria da Universidade, então chamada Universidade do Recife, lucidamente projetava uma Divisão de Ciência do Direito para o novo Instituto Central de Ciências do Homem da Universidade, funcionando essa Divisão e o Instituto desde agosto de 1963. Divisão de Ciência do Direito destinada precisamente a investigações sócio-jurídicas e a adaptar métodos e técnicas de

pesquisa social a essas investigações. Divisão de Ciência do Direito e Instituto de Ciências do Homem que deitam raízes, por tantas pessoas e coisas, em instituição anterior, no Instituto Joaquim Nabuco de Pesquisas Sociais, Instituto de há muito avançadamente interdisciplinar e que acolhia e tornava realidade já em 1960 proposta de um de seus jovens colaboradores no sentido de efetuar-se pesquisa sócio-jurídica de opinião relativamente a um Projeto de Lei Agrária para o Estado de Pernambuco.

Ora, graças à gentil colaboração do Diretor do Instituto de Direito Internacional Privado e de Direito Estrangeiro da Universidade de Colônia, Professor Gerhard Kegel, bem como da Fundação Alexander von Humboldt, quis o destino que tal Divisão Brasileira de Ciência do Direito realizasse em 1965 naquela Universidade alemã, entre os estudantes estrangeiros, sua pesquisa exploratória básica sobre sentimento e idéia de justiça.

Nessa Divisão de Ciência do Direito de um Instituto de Pesquisas se abriram olhos à teoria sócio-jurídica alemã. Porém evidentemente já não se trataria do velho germanismo, no sentido pejorativo do "ismo" dessa expressão. Mas se trataria antes de uma atitude brasileira pensante que apenas se instrumentalizasse da cultura alemã — como apenas se instrumentalizasse de outras culturas, européias ou não-européias.

Mas em que consistiu a pesquisa exploratória brasileira sobre sentimento e idéia de justiça?

Trata-se basicamente de uma tentativa para de terminar qualitativamente ou substantivamente o conteúdo de algo que possa ser chamado "direito vivo", ou apenas "direito". Parece que pela primeira vez essa tarefa qualitativa se tentou através de pesquisa sociológica empírica.

O direito vivo tinha sido definido por Ehrlich como alguma coisa "em contraste àquele 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" (Ehrlich, 1929: 399). Mas essa é uma definição ain

da vaga.

Underhill Moore contribuiu com uma especificação objetiva do direito vivo, ao identificá-lo com as normas comuns da maioria do povo de uma sociedade dada em um certo tempo (Underhill Moore e Charles Callahan, 1943: 1-136). Todavia, a tentativa de Moore por meio de pesquisa empírica é ainda insatisfatória como uma determinação simplesmente quantitativa de algo que parece ser basicamente qualitativo em seu âmago. A falha do pesquisador norte-americano é a falha mesma da Teoria Sociológica do Direito em determinar qualitativamente seu conceito operacional fundamental: o de direito vivo.

A pesquisa "Sentimento e Idéia de Justiça" iria tentar essa determinação qualitativa. A investigação empírica foi realizada na Alemanha, em 1965, sob a direção de dois professores da mencionada Divisão de Ciência do Direito do antigo Instituto de Ciências do Homem da Universidade do Recife, hoje Universidade Federal de Pernambuco. O sumário do relatório da pesquisa foi publicado em 1968 (Cláudio Souto e Solange Souto, 1968, passim).

Notem-se as implicações práticas de pesquisas teóricas como essa, pois a pesquisa empírica sobre a justiça e sobre problemas relacionados — como os problemas concernentes ao sentimento e à consciência do direito, este último problema considerado tanto numa acepção moral como cognitiva (Rechtsgefühl, Rechtsgewissen, Rechtsbewusstsein) — está sendo solicitada nesta segunda metade de século por muitas razões. Por exemplo, e já vimos, a expansão das sociedades e de seus problemas de sociabilidade, o aumento de comunicação interna e externa, as necessidades da vida internacional parecem exigir um tipo de controle social adaptável à nossa sociedade moderna: um controle menos formal, menos dogmático, mais flexível.

Todavia, não obstante a frequência extremamente alta da palavra "justiça" na prática nacional e internacional de hoje, ao que sabemos, nenhuma teoria da justiça foi até agora baseada em pesquisa empírica.

Nossa investigação é uma pesquisa exploratória básica que estudou o sentimento e a idéia de justiça entre os estudantes estrangeiros na Universidade de Colônia, em 1965, com um período de permanência na Alemanha de não mais de um ano, tentando 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 da justiça é um problema do homem; 3) conduziu-se com referência a uma teoria da justiça, fundando-se no seguinte quadro hipotético: existência, permanência e variabilidade de um sentimento do dever ser, associação necessária desse 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 idéia.

O quadro hipotético acima foi verificado em relação ao universo investigado.

Outros resultados foram obtidos, tais como: 1) a injustiça parece ser sentida mais do que a justiça; 2) o sentimento de justiça é caracterizado como agradável e, inversamente, o sentimento de injustiça como desagradável; 3) o sentimento de justiça e injustiça parece ser mais forte na adolescência que na idade adulta, enquanto de maneira inversa a idéia de justiça e injustiça parece ser mais forte na idade adulta que na **adolescência**; 4) uma maioria muito alta de respondentes reage desfavoravelmente à imposição de uma lei errada (incorreta); 5) uma minoria muito pequena de respondentes submete-se ao poder legal formal sem considerações de conteúdo.

O caráter amplo do assunto sugere que se deveria extrair uma amostra da população do mundo. A complexidade do assunto recomenda, por outro lado, a técnica da entrevista.

Entretanto, as dificuldades práticas óbvias desses procedimentos ideais podem justificar a presente investigação como uma tentativa exploratória. Seria a propósito de lembrar que um grande número de pesquisas sobre comportamento — pesqui-

sas americanas sobre preconceito racial, por exemplo — têm sido feitas entre estudantes superiores. Em nosso caso, o inconveniente da homogeneidade de opiniões, que é observável nos grupos sociais, é de certo modo compensado pelo fato de que os estudantes pesquisados são estudantes estrangeiros, que refletem, de um modo ou de outro, diferentes culturas nacionais.

Esta tentativa exploratória, como ficou visto, separa, por abstração, sentimento e idéia de justiça e encaminha a pesquisa para uma perspectiva internacional de alguma maneira representada pelas diferentes nacionalidades dos estudantes perguntados (148 questionários foram analisados correspondendo a 42 países).

Aquela abstração parece ter tornado mais fácil a tarefa da investigação — que de outro modo teria parecido ambiciosa — e parece fornecer elementos empíricos para a formação de quatro definições operacionais muito importantes: as de justiça, direito (Droit, Recht, Derecho) moral e eqüidade.

Isto é, poderíamos chamar "justiça" o simples sentimento do dever ser experimentado por todos os respondentes. E poderíamos chamar, respectivamente: 1) direito (Droit, etc.), 2) moral e 3) eqüidade, 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 eqüidade seriam todas idéias de justiça, isto é, certas idéias (idéias de acordo, respectivamente, com a ciência, com a 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 "eqüidade" são meras palavras que podem ser usadas em diferentes acepções.

A associação do sentimento de dever **ser** com uma idéia, que pode estar 1) de acordo com a ciência, ou 2) de acordo com a metaciência, ou 3) de acordo com o conhecimento das

circunstâncias particulares de um caso, ou 4) pode ser outra (idéia), é um fato, cuja existência não desaparece se designada de outro modo.

A terminologia proposta, entretanto, parece estar em concordância tanto com o senso comum como com a etimologia e parece manter afinidade, até certo ponto, com a perspectiva de direito natural dos juristas.

Em todo caso, parece não haver dúvida razoável de que o padrão aceito pela maioria dos estudantes estrangeiros pesquisados na Universidade de Colônia (conformidade com o sentimento de justiça e com a ciência) é "direito vivo", no sentido de uma norma socialmente aceita. Mas é tal norma social geral institucionalizada?

O padrão é aceito por um grande número e considerado por muitos dos aceitantes seriamente. Resta ver se a norma é sancionada. Isto se tem como um terceiro e último requisito da institucionalização das normas sociais.

Parece que sim. Por exemplo, caso se torne claro que um juiz decide contra o sentimento de justiça, ou dado de ciência, ou especialmente contra ambos, com toda probabilidade ele será considerado socialmente um violador do padrão e sujeito a sofrer punição social: pelo menos retirada de atos cooperativos e de expressões amigáveis, perda de prestígio, ridículo. Em uma pesquisa futura e menos básica, seria interessante perguntar especificamente sobre o assunto, supondo, por exemplo, o caso típico do juiz que julga contra aquele padrão.

Em Filosofia do Direito, já se notara que o jurídico medeia entre estado e sociedade (neste sentido, Andrés Ollero, 1973: 108, 141), e, de fato, o que podemos dizer "direito" não se confunde necessariamente com estado ou sociedade (entendida esta como sociedade global). Mas parece que tal noção se torna mais precisa se decidirmos, à luz da pesquisa exposta, chamar "direito" o fenômeno que é necessariamente igual à correspondência com 1) dados de ciência atual e 2) com o sentimento humano de

dever ser — este último juntamente com o impulso, em geral predominante, de conservação do indivíduo e da espécie (e temos aí duas verificações indicativas de correspondência).

A menção que fazemos ao sentimento do dever ser diz respeito, de modo óbvio, à normalidade do sentimento, isto é, ao sentimento do dever ser que comumente se observa em seres humanos. Mas é perfeitamente possível a alteração do sentimento no psiquismo doentio.

Deve-se notar ainda que a referência a ciência atual não impede a idéia de direito acima de ser, em certo sentido, transculturalmente válida. Há uma antecedência do jurídico, assim como há uma antecedência do científico. Do mesmo modo como dizemos "ciência primitiva", podemos também dizer "direito primitivo" — mas não no sentido atual, que nos importa como critério.

Dessa maneira, nem tudo que é considerado direito numa cultura "primitiva" ou civilizada o é realmente, do mesmo modo que nem tudo que se considera conhecimento seguro — ou "científico" — numa cultura "primitiva" ou civilizada o é realmente segundo o critério atual de ciência que é fixado por um grupo social específico, o grupo social dos homens de ciência. A ciência desse grupo social específico nem sempre corresponde à "ciência" de uma sociedade particular ou mesmo das sociedades, mas todas parecem sempre tender a aceitar o critério de ciência dos cientistas.

É de insistir-se finalmente em que por trás do sentimento de dever ser do homem normal está o impulso de conservação do indivíduo e da espécie, o qual, de forma refinada (tipicamente humana), aparece como um postulado ético básico: o homem e o mundo devem ser e desenvolver-se (ou ser cada vez mais profundamente). Se a ciência empírica ela própria descansa em postulados ("o mundo existe", "podemos conhecer o mundo", "os fenômenos são causalmente relacionados", etc), por que não descansaria o direito ultima ratio em um postulado ético, mera tradução

humana do impulso geral animal de ser, que é o dever ser fundamental? Destarte, o fenômeno "direito", como alguma coisa acorde com ciência empírica, com sentimento e com impulso de ser, corresponderia, de maneira menos imprecisa, à natureza e à natureza humana — e isso independentemente de qualquer obsoletismo jusnaturalista.

Mas esse dado geral obtido por uma perspectiva teórico-sociológica do direito e dirigido à praxis jurídica — quer de lege ferenda, quer de lege lata —, ou seja, o dado de uma determinação sociológica do conceito genérico do jurídico, é algo realmente assimilável por essa praxis ou, ao contrário, lhe é corpo estranho plenamente rejeitável? É o que veremos a seguir.

4. A aplicabilidade forense do dado conceitual básico da Teoria Sociológica do Direito

Objetivo fundamental da pesquisa empírica exploratória "Sentimento e Idéia de Justiça" foi determinar qualitativamente, para além da definição ainda vaga de Ehrlich, o conteúdo de algo que pudesse ser chamado de "direito vivo" — o jurídico visto, de maneira ampla, como fato social.

Dito de modo simplificado, direito seria então o que está de acordo com o sentimento de dever ser e com a ciência atual. Seja norma ou seja conduta. Seja prerrogativa ou seja dever.

Mas "sentimento de dever ser" ou "sentimento de justiça", ou, apenas, "justiça", são expressões aqui usadas em sinonímia. Assim, direito seria simplesmente a idéia científico-empírica da justiça.

Parece que a definição proposta à praxis da composição social do direito é de fácil compreensão imediata pelos estudiosos do jurídico. De fato, as expressões dela são tradicionais e muito conhecidas: "ciência empírica" (ou "ciência positiva", ou, apenas, "ciência") é uma dessas expressões, entendida a palavra ciência no significado de conhecimento de qualquer espé

cie (social ou não) verificável por métodos e técnicas de pesquisa empírica; enquanto "dever ser" é a outra expressão, entendendo-se este dever ser como algo que se contradistingue do dimples ser, dentro da diferenciação clássica entre "Sollen" e "Sein".

A agudíssima indecisão tradicional quanto ao que sejam justiça e direito se alimenta de uma "idéia de justiça" tradicionalmente vaga. Na definição apresentada do direito parece estar, porém, o critério do jurídico, critério científico-empírico e universalmente válido. Nela estará, não a ausência de critério de uma imprecisa "idéia de justiça", mas a idéia jurídica da justiça.

Repare-se que uma "idéia de justiça" tradicionalmente vaga acarreta resultados práticos negativos que são facilmente constatáveis pelos cientistas sociais, a exemplo do antropólogo Hoebel, que escreve: "Por mais egoísta que seja a motivação de um disputante, a não ser seja ele de fato um tolo, faz descansar sua pretensão em princípios sociais 'corretos', em 'correção' geral, e no bem-estar de todo o grupo social. De outra maneira, como poderia adquirir aceitação social duradoura para sua posição?" (E. Adamson Hoebel, 1958: 479).

Tanto quanto possível preciso que seja aquele conceito sociológico geral do direito, será ele porém uma novidade tão acentuada em face à tradição, que se rejeite como corpo estranho pela praxis legislativa ou forense? Pois, nesse caso, teríamos um fenômeno também muito conhecido: a reação inicial, individual ou grupal, contra idéias novas — ainda que haja indivíduos ou grupos que superem essa repulsão e a transformem em aceitação, com base, por exemplo na racionalidade da nova idéia.

Contudo não é esse propriamente o caso: o conceito sociológico do jurídico apresentado é uma síntese entre racionalidade científico-empírica e sentimento de justiça e isso deita raízes fortes na tradição dos estudos e da prática jurídicos, que ora apresenta separados os elementos razão e sentimento de justiça, ora os reúne — embora os reúna em síntese que se re-

conhece largamente como ainda não suficientemente precisa.

Assim, no campo dos estudos sócio-jurídicos, temos em Pontes de Miranda, como se viu, a ênfase no papel da ciência quanto ao direito, implicando este, em sua elaboração consciente, refinada, "a subordinação do espírito às exigências do método científico e à progressiva indagação objetiva dos fatos" (Pontes de Miranda, 1926: 210). Enquanto que Georges Gurvitch define, pelo outro pólo, o da justiça, o direito como fato social, entendendo todavia a justiça de modo abertamente dialético, mas vago, como "uma reconciliação prévia e essencialmente variável das obras de civilização em contradição." (Gurvitch, 1960, II: 189).

Em vertente análoga à de Gurvitch, temos N.S. Timasheff, que, seguindo a lição do mestre comum de ambos, Petrazhitsky - o qual se refirira a "emoções de dever", que seriam as reações, apulsivas ou repulsivas, originadas de idéias sobre determinados padrões de conduta -, salienta que "a realidade do direito deve ser averiguada em termos das experiências bio-psíquicas do homem", sendo que ao dever ser 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". (Timasheff, 1957: 432).

Dentro dessa mesma tradição teórica, destacara Julius Stone "a probabilidade de que as regras éticas são distinguíveis de outras precisamente por sua associação com uma emoção de obrigação e retidão ('righteousness')", o que as separaria de regras técnicas como as da medicina ou arquitetura, as quais não estipulariam nenhum dever, quer de desejar um resultado determinado, quer de realizá-lo. Para ele, "'sentimento' ('sentiment'), ou convicção emocional ... deve ser o ponto de partida para um estudo de julgamentos do bom e do justo como socialmente operativos. ... Sentimentos e emoções são fenômenos individuais, mas é enquanto partilhados por homens em grupos que influenciam o direito." (Stone, 1950: 681-682).

Uma terminologia cuidadosa não identificaria

no entanto "sentimento" e "convicção emocional", pois esta já implica algum conhecimento ou idéia associado ao sentimento. Convém, ao que tudo indica, que o "sentimento do que deve ser" seja encarado teoricamente como abstração dos conhecimentos ou idéias de que é indissociável na realidade, para facilitar-se a compreensão dos fenômenos moral e jurídico.

Também o etnólogo Richard Thurnwald falara de um "sentimento humano de justiça" sendo que, segundo ele, "nosso tempo tem a necessidade de sondar as raízes sócio-psicológicas da formação jurídica". (Thurnwald, 1934: 5-6 e 2)

Finalmente, o norte-americano Thomas A. Cowan, em trabalho publicado na Alemanha em 1958, apresenta a idéia sintética de que valores de pensamento devem ser compensados por valores de sentimento. Para esse Autor, "o direito... deve aprender a usar os métodos da ciência sem sacrificar os valores de sentimento que constituem o íntimo âmago da justiça". (Cowan, 1958: 471, 467 e 473). E já observara Felix Cohen: "nem a ciência sozinha, nem uma ética que ignore os dados da ciência, pode oferecer um teste válido da bondade ou maldade do direito." (Felix Cohen, 1960: 27)

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. Como quer que seja, não há dúvida de que o seu pensamento apresenta afinidade com o nosso, tal como já se apresenta desenvolvido no livro "Da Inexistência Científico-Conceptual do Direito Comparado", publicado em 1956.

Síntese análoga temos no que escreve, em livro recente de Teoria Geral do Direito, Edgar Bodenheimer: "Na realidade, o problema de realizar justiça nas relações humanas é o problema mais desafiante e vital do controle social através do direito Um guia importante para a avaliação racional da justiça de uma lei ou conjunto de leis ('of a law or set of laws') é dado pe

lo status de nosso conhecimento científico com respeito às hipóteses ('assumptions') psicológicas, biológicas ou sociais subjacentes a uma peça de regulação legal. ... Nenhuma lei tratando de relações raciais, por exemplo, pode ser justa se descansa sobre uma teoria racial que as descobertas mais avançadas da ciência biológica demonstraram ser insustentável." (Bodenheimer, 1962: 155 e 156).

Contudo a ciência não é apenas "um guia importante": é antes o guia geral para a ideia jurídica da justiça, que se buscará fundamentalmente na cientificidade atual do saber que informe os padrões de conduta que se avaliem. Que outro critério geral há, que ofereça melhores garantias de objetividade? É ainda vago falar-se com Bodenheimer de "uma nova concepção de justiça em acordo com o mais alto conhecimento e o mais verdadeiro discernimento ('insight') perceptíveis à mente humana." (Bodenheimer, 1962: 386)

Note-se que a falha a propósito da definição do direito é comum à chamada dogmática jurídica e à teoria sócio-jurídica mesma, com conseqüências claras sobre a prática judicial. Assim, o jurista Karl Larenz critica Ehrlich por deixar completamente às escuras o critério de avaliação judicial dos interesses, quando a decisão não se receba inequivocamente da lei. (Larenz, 1960: 66).

A maneabilidade prática do definir proposto da composição social do direito se assegura por corresponder à condição, sugerida por Geiger para o conceito do jurídico, de não se afastar mais que o necessário das ideias centrais que o uso linguístico ora liga à palavra direito. (Geiger, 1964: 127)

E o uso linguístico comum, de fundamento etmológico, tudo indica que é aquele registrado por Henri Lévy-Bruhl: "A palavra 'droit' em francês (como em inglês right, em alemão Recht, em italiano diritto, etc.) se liga a uma metáfora onde uma figura geométrica tomou um sentido moral, depois jurídico: o direito; é a linha direita, que se opõe à curva, ou à oblíqua, o que se apa-

renta com as noções de retidão, de sinceridade, de lealdade nas relações humanas." (H. Lévy-Bruhl, 1964: 5)

Na verdade, desde que se generalize um pouco para mais além do mero casuismo e localismo forenses, surge de pronto aos olhos que o direito é algo a se explicar fundamentalmente pelo sentimento de justiça e pela razão — e diríamos, mais moderna e especificamente, pela razão científica. Aliás não foi outro o resultado a que chegaram, desde a idade média, as universidades inglesas, que, afastando-se da tradição prática das cortes e fundamentando-se no direito de Justiniano e no direito canônico, ensinavam, como recorda Roscoe Pound, "um direito aplicável através da Cristandade e, como se pensou mais tarde, baseado sobre razão e justiça." (Pound, 1945: 298)

Tudo isso evidencia as raízes profundas na tradição dos estudos jurídicos teóricos do conceito sociológico do jurídico aqui apresentado. Mas raízes existirão quanto à prática do direito?

Decerto, e é evidente. Poder-se-á porventura negar que haja leis e sentenças, estrangeiras ou nacionais, que se baseiem em dados de ciência empírica, por exemplo de natureza sanitária ou econômica? Ou que se fundamentem no sentimento de justiça do legislador e do juiz, os quais possuem o sentimento de dever ser que comumente se observa em seres humanos? Ou que se lastreiem leis e sentenças na síntese de razão científico-empírica e sentimento de justiça?

De fato, o problema da aplicabilidade daquele conceito teórico-geral sociológico à praxis legislativa e forense não é o de que essa aplicação não exista ainda, pois é evidente sua ocorrência, mas sim o da extensão em que existe atualmente em confronto com a extensão que poderia racionalmente existir.

E, note-se, a síntese razão científico-empírica e sentimento de justiça vem, como dado da teoria sociológica geral do direito, tentar resolver aquela questão, ainda atual, sa

lietada por Lawrence M. Friedman e Stewart Macaulay, os quais, afirmando embora que "não se duvida do valor da ciência e do conhecimento especializado" para o direito, perguntam contudo: "quais são os limites do domínio valorativo e do domínio da ciência?" (Friedman and Macaulay, 1969: 631-632). Pois, como nota similarmen- te Harry Kalven, Jr., "fatos não resolvem per se problemas de va- lor, ou, como o expressa o Professor Patterson, ... premissas pura- mente fáticas não podem fornecer uma conclusão normativa" (Kalven, Jr., 1968: 67)

Repare-se porém que o critério apresentado do jurídico, por assimilável que seja pela prática forense, se é real- mente científico, por sua própria natureza se mostra normalmente incapaz de satisfazer às aspirações de certeza ainda comuns entre práticos do direito. A aspiração por um critério do jurídico que levasse de si mesmo a soluções não só previamente feitas, como cer- tas e acabadas — em uma palavra, a aspiração por um criério pa- ternalista-dogmático do direito — parece claramente incompatível com a natureza mesma da ciência contemporânea, que se explica pe- lo princípio da incerteza e que é essencialmente algo nunca certo e acabado, mas antes algo sempre sem descanso se fazendo e, em di- ferentes graus, algo sempre por fazer. Assim, um critério estrita- mente seguro, na acepção de uma segurança dogmática, não pode ser resultado exigível de uma atividade que procure ser científica, a qual apenas pode abrir, probabilisticamente, perspectivas renova- das para o avanço da prática.

Uma das explicações dessa aspiração por certe- za dos práticos do direito foi traçada por Jerome Frank em traba- lho já clássico da Psicologia do Direito: "Para a criança, o pai é o Juiz Infalível, o Fazedor de regras claras de conduta. ... O Direito — um corpo de regras aparentemente votadas a determinar infalivelmente o que é certo e o que é errado e para decidir quem deve ser punido por malfeitorias — inevitavelmente se torna um substituto parcial para o Pai-como-Juiz-Infalível.... Isso é ... um elemento importante para explicação da noção absurdamente não- realística de que o direito é, ou se pode fazer, inteiramen- te certo e claramente predizível." (Frank, 1949: 18).

Quanto à extensão atual em que a prática legislativa e forense estão acordes com a ciência empírica, seja exagerada ou não a assertiva de Harry Kalven, Jr., de que o "direito, na maior parte, permanece hoje gratuitamente não-científico", de certo aquela extensão se ampliará na medida em que os homens da lei desenvolvam o que o mesmo Kalven, Jr., chama de "algum gosto ... em indagação empírica". (Kalven, Jr., 1968: 58).

Contudo, até onde poderá ir a extensão em que a praxis legal esteja de acordo com a ciência empírica?

Naturalmente não se pode pretender que um sistema legal nacional atual, qualquer que seja, fique de todo acorde com aquilo que chamamos de "direito", ou seja totalmente acorde com algo em consonância com ciência empírica e sentimento de justiça. Na verdade, a vida requer decisões rápidas e irrecusáveis, não raro antes que o científico-empírico se possa formalizar em lei, de fato nem sempre existindo dados científicos disponíveis para o legislador ou o juiz que porventura queiram utilizá-los a propósito de um determinado tópico. Neste particular, é claramente lamentável, do ponto de vista prático, o subdesenvolvimento das ciências humanas em geral.

Por isso mesmo os sistemas legais nacionais continuam a informar-se, não raro quanto a assuntos estratégicos, de conhecimento metacientífico, particularmente de natureza ideológica — com todas as conseqüências de insegurança cognitiva dessa informação. Ou seja, os sistemas legais nacionais continuam, hoje, como no passado, a ter conteúdo em boa parte apenas moral stricto sensu — com a possibilidade, tão ainda de nossa época, de que uma moral legalizada se conteste violentamente por partidários de morais opostas a ela. O que tudo indica ocorreria mais difícilmente em relação a dados científico-empíricos autênticos, estes com forte tendência a informarem o consenso, dada a sua verificabilidade por métodos e técnicas de pesquisa.

Assim é que Kalven, Jr., se refere a "profundas premissas" no legislar constitucional, a respeito de que "haverá necessariamente uma distância embaraçosa entre a premissa e quaisquer fatos que a ciência social moderna possa oferecer em seu apoio." Ainda, para Kalven, Jr., existiria o fenômeno inverso, isto é, "premissas tão mundanas e lugar-comum que não necessitam de qualquer confirmação sistemática", bastando-lhe aquela da experiência comum e da descoberta de fatos por amadores. A partir daí conclui tipicamente o Autor norte-americano que "a aplicação de ciência social a problemas legais ... pode somente aspirar a fatos no alcance médio." (Kalven, Jr., 1968: 66 e 67).

Ora, a conclusão de Kalven, Jr., é que soa falsa. Pois nem todas as premissas profundas de um legislar constitucional atualmente possível são insuscetíveis de informação científico-empírica. Nossa própria e modestíssima construção teórico-geral do social, a que remetemos o interessado, apresenta diversas proposições, por exemplo sobre distância social, e, mais especificamente, sobre equilíbrio e desequilíbrio dos sistemas sociais, que envolvem claramente a possibilidade de retirar-se àquele domínio uma exclusividade metacientífica (Vejam-se Cláudio Souto, 1977: passim e especialmente pp. 18-20, 22 e 24; Cláudio Souto, 1974: 49-51).

Essa possibilidade se confirma mesmo tradicionalmente, embora de modo casuístico: "o sociólogo pode", escrevera Léon Husson, "por exemplo, apresentar ao governo ou ao legislador as consequências de um divórcio ou de uma guerra." (Husson, 1958: 301; analogamente, Jean Brethe de la Gressaye, 1959: 53 - 54).

Se isso é verdade, é claro que a aplicação de ciência social a problemas legais, ao contrário do que pensa Kalven, Jr., influído confessadamente por Robert Merton (Kalven, Jr., 1968:67), não só pode, como deve, aspirar a fatos no longo alcance.

Por outro lado, a conclusão soa também falsa

porque as premissas "lugar-comum", embora não necessitem de confirmação científica sistemática que lhes seja especialmente dirigida, por corresponderem ao que já se sabe, contudo nem por isso deixam de poder estar acordes com a ciência empírica atual, que pode acolhe-las, em certo sentido, como algo seu, como o que melhor se adapta aos fatos. Trata-se-ia, então, de certos conhecimentos espontâneos, daqueles que a ciência atual não possa contradizer ou inovar, e que, destarte, podem informar regras jurídicas espontâneas não menos racionais que as regras jurídicas que se firmem de maneira refletida. (Veja-se a propósito, Souto, 1971: 114). Note-se que basta à definição sociológica geral do "direito" como fato social aqui proposta que o conhecimento informador desse fato seja acorde com a ciência empírica atual, não igual a ela.

Em suma: a aplicação de ciência social empírica a problemas legais, diversamente do que pretende Kalven, Jr., não pode apenas aspirar a fatos no alcance médio, mas pode e deve também aspirar a fatos nos alcances superior e inferior ao médio.

Essa extensão maior é tanto mais importante quanto o arbítrio judicial existe normalmente, dada a normal generalidade das leis e a necessidade de sua adaptação à realidade social cambiante. Um controle objetivo desse arbítrio a ser conseguido através da observação da realidade social e resultante definição da composição social do direito é um dos objetivos de consequências práticas da teoria sócio-jurídica. Ou seja: trata-se de conseguir um critério geral da justiça e do direito, que se bem tenha de ser adaptado às diferentes culturas — como critério científico-social que pretende ser — e, pois, tenha também de sofrer adaptação judicial ao caso concreto, poderá contribuir para a redução do subjetivismo judicial por dotar o juiz de um instrumento teórico-social objetivo — um instrumento que, em todo o caso, a lógica jurídica sôzinha, por mais importante que seja, não pode, por sua natureza formal mesma, oferecer.

Sem dúvida, não se pode esperar de imediato que todos os juizes e advogados, ou os juizes e advogados em geral, abram suas perspectivas forenses — perspectivas essas tradi

cionalmente e ainda em boa parte envoltas em rotina e em brilho lógico-normativo — ao largo sopro dos dados científicos de especialidades que interessem à decisão do caso concreto. A aplicabilidade do critério esboçado e proposto não pode ser senão no momento parcial e sobretudo de esperar quanto a áreas mais abertas ao pronunciamento do juiz como legislador ou quanto a juízes e tribunais de constituição recente ou que se venham a constituir, como os pertinentes ao direito do trabalho e particularmente ao direito internacional. Todavia essa aplicabilidade atual existe concretamente, sem sombra de dúvida, e não parece demasia afirmar-se como possível, ou mesmo provável, a crescente abertura da atividade forense aos dados das diferentes ciências, sobretudo das ciências sociais — naturalmente na medida concreta do que for possível aplicar desses dados à economia processual dos casos particulares e sem qualquer pretensão de enciclopedismo.

Atente-se no que o Professor John C. H. Wu notou oportunamente: "Como o Professor Kelsen observou de maneira tão aguda, 'leis e costumes são, por assim dizer, apenas produtos se mimanufaturados que somente se acabam através da decisão e execução judiciais.' ... Entretanto, submeto respeitosamente a apreciação que o Professor Kelsen, realista como é na sua teoria da hierarquia das normas, omitiu uma importante fonte, que geralmente se inclui, em termos explícitos, nos códigos civis de diferentes países, nos quais se declara que na ausência de uma disposição expressa e direito costumeiro aplicáveis a um caso, o juiz deve valer-se dos princípios do direito e justiça. Esta última fonte do direito mantém, por assim dizer, um poder residual ('residuary') no guiar a deliberação e o arbítrio judiciais. Tal fonte residual tem sido designada por vários nomes, tais como 'equidade' (Louisiana), 'direito e razão naturais' (Código Civil da Louisiana, LSA — C.C., art. 21), 'os princípios do direito natural' (Código Civil Austríaco, sec. 7), 'os princípios gerais do direito' (Código Civil Brasileiro, art. 7º), e 'razão legal' (Código Civil Chinês, art. 1º). O Código Civil Suíço expressa a mesma fonte funcionalmente: o juiz é de decidir 'de acordo com as regras que formularia se tivesse, ele próprio, de atuar como legislador' (Cód-

go Civil Suíço, art. 19)." (Wu, 1958:10 - 11)

Entre nós, e já em 1940, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, referindo-se à atividade do intérprete para solucionar as questões na omissão da lei e do costume, escreviam: "Como... a regra não existe nas duas fontes formais, pode aceitar-se que seja estabelecida por ele, e, de vez que também o legislador não inventa direito, mas tem que, necessariamente, haurir os mandamentos, que edita, na natureza das coisas, com a qual justificará as suas leis ao sentimento de justiça, vivo na consciência das comunhões e na dos indivíduos, que as formam, pode admitir-se a comparação, cujo agrado se tem generalizado, e dizer que corresponda a disposição escolhida à que o intérprete estabelecerá, se fosse legislador.... Na sua pesquisa, tem que formar o preceito, socorrendo-se dos princípios gerais do direito, que se apresentam como a grande fonte supletiva da ordem jurídica." (Espínola e Espínola Filho, 1940: 448 e 449).

E concluem de modo atualizado nossos Autores: "Somente ao jurista sociólogo é dado — a sociologia já se constituiu, efetivamente, numa auxiliar, tão importante quanto indispensável, da hermenêutica — assenhorear-se, nitidamente, desses princípios gerais do direito, a cujo respeito tantas teorias se tem formulado" (Espínola e Espínola Filho, 1940: 449).

Mesmo como atividade normal do intérprete-aplicador, e dentro mesmo de uma perspectiva bem tradicional como a do método histórico-evolutivo, que vai "além da lei, mas pela lei", temos, já no ano recuado de 1927, sentença do Desembargador Burle de Figueiredo afirmando: "os critérios que hajam orientado o legislador podem ter variado em função de novas condições sociais ou de novas descobertas científicas, e em tal caso, será sempre lícito adaptar a lei às novas condições, desde que para tanto não seja necessário ir além do consentido pelo texto legal". (grifo nosso, apud Espínola e Espínola Filho, 1939: 616).

De maneira não só ampla como atual, Frank Rotter — à face do que vê como irracionalidade dominante a colocar for-



tes obstáculos ao aproveitamento sistemático, no processo jurídico, de saber societário, ou, até, à produção sistemática desse saber — defende, como algo parcialmente compensatório, "uma jurisprudência de interesses sociológico-juridicamente alargada como método de interpretação que pode identificar conflitos de interesses entre a universalidade do desenvolvimento pessoal e interesses particulares" (Rotter, 1976: 168).

Na verdade, como afirma Julius Stone, "não há fuga possível da necessidade de aplicar frequentemente na administração do direito, e sempre na feitura dele, alguma perspectiva da natureza da justiça." (Stone, 1950: 784).

Observa Stone: "A perspectiva de uma Corte do que deve ser — o ideal social, ou a teoria da justiça, ou a 'política', com a qual aborda um caso que se lhe apresenta, pode indubitavelmente, em muitas instâncias, afetar o resultado. ... Veja-se e. g. ... o Cap. VII passim para muitos exemplos ... Teorias da justiça sustentadas por funcionários e influenciando sua ação legiferante e aplicadora do direito são fatos vitais do processo social e legal." (Stone, 1950: 382 e 386).

Mais ainda, porém. Como lembrou com oportunidade em sua magistral Conferência na Instalação do I Forum Nacional de Debates sobre Ciências Jurídicas e Sociais o Professor Roberto Lyra Filho, "a teoria tradicional do direito fala em fontes materiais e formais, apenas para dividi-las, esquecendo, em seguida, as materiais. ... Nós professores, devemos confessar que, muitas vezes, ensinamos o direito no sentido estático enquanto ele caminha muito mais livre nos tribunais. Para dar, apenas, um exemplo, ... eu me referiria, ... em matéria penal, às críticas que ao Supremo Tribunal Federal foram dirigidas por juristas de formação conservadora devido a decisões que optavam, sob pretextos diversos, por uma solução, de certo modo contra legem, como no crime de 'casa de prostituição', praticamente aniquilado. ... Direito é também lei, mas nem sempre a lei é o direito." (Lyra Filho, 1976: 5-6).

E não se pense que o Professor Roberto Lyra Fi

lho esteja defendendo um livre subjetivismo do direito. Ao invés, escreve ele: "O importante é sem dúvida, libertar o processo, sem cair nas armadilhas do direito livre, que corresponde a um subjetivismo judicial, muito diferente da fundação objetiva dos critérios de legitimidade ou ilegitimidade. Essa fundamentação não reside, porém, no apelo à axiologia fixista do jusnaturalismo clássico, nem no simples relativismo dos padrões que geram o outro formalismo, historicista ou sociologista." (Lyra Filho, 1972: 94). E se refere bondosamente, nesse contexto, à nossa pesquisa empírica sobre sentimento e idéia de justiça, a qual conduziria, segundo ele, a "algo que se aproxima, com ressalva do nome, de um 'jusnaturalismo' sociológico, à maneira de SELZNICK, na busca dos princípios de crítica das formalizações jurídicas." (Lyra Filho, 1972: 94).

O problema de uma atividade forense racional é, assim, de imediato, menos de conhecimento que de mentalidade. De um mínimo de mentalidade científica que implique a abertura aos dados científicos em geral, a serem fornecidos pelos respectivos especialistas, sem prejuízo da imprescindível e específica atividade lógico-normativa.

Repare-se que já em artigo inicialmente publicado em 1937 constatava Felix S. Cohen, nos Estados Unidos, "a incorporação da investigação social ao processo de administração jurídica", referindo-se sobretudo a dados econômicos e psiquiátricos, enquanto mais recentemente Edwin W. Patterson escrevia que "uma grande quantidade de conhecimento substantivo científico ou técnico, tal como conhecimento médico aperfeiçoado, está sendo usado em procedimentos legais, no julgamento de litígios judiciais ou administrativos, e na formulação de novas normas legais." (F. S. Cohen, 1960: 92; Patterson, 1963: 3; exemplificação em Patterson, 1963: 12-23).

Tomemos um exemplo de Friedman e Macaulay: "A 'ciência' "escrevem eles," diz aos legisladores que meios pertinem a que fins. Alguns aspectos da 'ciência' são parte do entendimen-

to comum, mas outros estão no domínio de 'peritos'. Muito do legislar e decidir na sociedade é delegado a esses peritos. O Congresso, por exemplo, pode decidir proscrever a venda de produtos alimentícios que contêm substâncias nocivas à saúde. Provavelmente passará a químicos e médicos a tarefa real de identificar essas substâncias." (Friedman e Macaulay, 1969: 630).

Atente-se na importância prática atual, não só nacional, como internacional, dos dados científicos básicos sobre a justiça e o direito: a situação da comunidade internacional sendo ainda primitiva, pois não há ainda poder jurídico dotado de força física efetiva acima do poder físico dos Estados particulares, o único possível e vital apelo imediato para que se possa fazer frente a essa perigosa situação é ainda, como nas sociedades primitivas, a padrões justos de conduta.

Não há desconhecer, no entanto, que o escasso desenvolvimento das ciências do homem pode significar que, em inúmeros casos, os juízes não disponham de dados científicos satisfatórios para a fundamentação de suas decisões. Um dos exemplos, lembrado por Patterson: "... a liberdade de expressão literária excede em valor um fim social que desvaloriza ('disvalues') a pregação excessiva com a licenciosidade ('license') e a perversão sexuais? Não sei como se poderia instituir um teste científico das conseqüências de tais decisões." (Patterson, 1963:28).

A decisão judicial, então, na melhor das hipóteses, será fundada em conhecimento metacientífico e no sentimento de justiça do juiz, isto é, será, em nossa perspectiva, moral. Mas o julgador consciente deverá procurar informar-se das hipóteses científicas existentes e poderá aceitar uma que lhe pareça razoável.

Decerto, para um grande número de juristas, tomar como um dos elementos essenciais da definição do direito o conhecimento científico atualizado significará, em sua terminologia que se tem, não o direito "positivo", mas o ideal do direito.

Ora, direito vivo é expressão usada para designar

nar o que é direito para a sociedade, onde, na frase feliz e célebre de Ehrlich, repousa "o centro de gravidade do desenvolvimento jurídico". (Ehrlich, 1929: Vorrede).

Desse modo, o "direito vivo" é o direito mesmo, não o ideal do direito. O "ideal do direito" de tantos juristas é, não raro, o direito da sociedade. O "direito" de tantos juristas (lei, decisão judicial, etc.) tudo indica que é para a sociedade, apenas formas de manifestação coercível do direito ou, por vezes, do torto. Ou seja, o "direito positivo" para a sociedade nem sempre é direito, embora, como um todo, freqüentemente esteja informado de senso de justiça e de conhecimento atualizado.

De fato, se ultrapassarmos o grupo dos juristas e observarmos, mesmo informalmente, o que o homem dos outros grupos sociais entende como o direito, dificilmente poderemos concluir que em geral se ache "direito" que o direito se faça de conhecimento errado. Isto é, tudo indica que o senso comum reage a que se chame direito ao que "não está direito", ou ao que é torto. Uma lei, uma decisão judicial, podem mais naturalmente ser ditas erradas e contudo, sem violência, continuar a ser chamadas como tais. Porém não é sem aguda confusão vocabular e artifício que se chama direito ao que é torto.

Isso parece valer em geral tanto para analfabetos dos países em desenvolvimento como para homens da mentalidade científica de um Einstein, que, procurando construir uma comunidade mundial de opinião para que fosse possível um direito mundial apto a evitar uma catástrofe atômica, notou tipicamente a esse propósito: "tem havido demasiada ênfase no legalismo e processo." (mencionado por Patterson, 1963: 6-7).

Apenas, uma posição que não queira resvalar para um irracionalismo sociologista reconhecerá que cabe aos teóricos do direito precisar conceitualmente a natureza do fenômeno social jurídico, e que é próprio de um grupo social específico, a comunidade dos homens de ciência, definir, para cada espaço-tempo, qual o conhecimento científico atualmente válido — aquilo que o

homem comum, um tanto ingenuamente, chama o conhecimento "certo", no caso, o conhecimento mais seguro possível.

É importante notar que, na ausência de uma definição teórica tanto quanto possível precisa do "direito vivo", seríamos levados, de maneira natural, à tentação da tarefa de determinar o conteúdo de suas normas, o que se considerou com razão uma tarefa nada menos que "prodigiosa". (Kenneth S. Carlston, 1956: 4-5).

Mas o conceito sociológico geral do direito apresentado neste trabalho implica, para que possa informar em maior extensão a praxis, seja legislativa, seja forense, dada a sua referência necessária à aplicação a essa praxis de dados científico-empíricos de qualquer natureza, uma modificação da mentalidade dos profissionais do direito, que necessitariam para tal, como vimos, de um mínimo de mentalidade científica que possibilite a abertura aos dados científicos em geral — naturalmente a serem fornecidos esses dados, como também se viu, pelos respectivos especialistas, como sociólogos, economistas, cientistas da medicina, etc.

A disciplina-ponte a que incumbe de modo básico e natural essa abertura de mentalidade é decerto a Sociologia Jurídica. Há nada menos que quarenta anos — há quase meio século — escrevera excelentemente, sobre o assunto, Timasheff: "Há lugar para a nova ciência da Sociologia do Direito; há suficientes materiais e métodos ... e existem já tentativas brilhantes Continuar esses esforços é uma importante tarefa, não somente do ponto de vista teórico, mas também do prático. Pois a Sociologia do Direito poderia tornar-se base para uma ciência aplicada da legislação." (N. S. Timasheff, 1938: 235).

Se assim é — e a atual floração internacional da Sociologia Jurídica o confirma — torna-se de todo surpreendente que o ensino de Graduação em Direito quase nunca tenha acolhido, em nosso país, a Sociologia do Direito. Em época científica e tecnológica como a nossa, em que o prestígio social é progressivamente atribuído aos técnicos das ciências empíricas, não é senão

em claro descompasso que a educação do jurista profissional possa continuar preponderantemente desconhecendo as possibilidades teóricas e práticas de uma ciência social empírica do direito.

Tradição, sim, mas tradição com renovação. Por isso alegra-nos poder registrar, neste ano do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, que os Cursos Jurídicos dessa Fundação, os de São Paulo e os do Recife, já estejam voltados para o ensino obrigatório da Sociologia Jurídica em nível de graduação — e não já apenas em nível pós-graduado nem sempre obrigatório.

Na Faculdade de Direito do Recife conhecemos de perto esses esforços: no início o apoio das Direções Mário Baptista e Pinto Ferreira, confirmado depois pela Coordenação Lourival Vilanova, à inserção da disciplina no Curso de Mestrado em Direito; e recentemente o largo passo da Direção Francisco de Assis Rosa e Silva Sobrinho, que encaminhou histórico documento solicitando o ensino da Sociologia Jurídica, como disciplina obrigatória da formação de Bacharelado do estudante de Direito.

Em artigo publicado na Alemanha, há cinco anos, prevíamos esse desenvolvimento (Souto, 1972: 249-250). A conclusão de tal escrito permanece possivelmente válida: se de fato se consolida a nova tendência para a Sociologia Jurídica dessas duas tradicionais e prestigiosas Faculdades de Direito — e o ano do Sesquicentenário é aqui bastante simbólico —, tal consolidação pode decerto implicar um melhor reconhecimento da matéria no país com conseqüências teórico-práticas consideráveis na educação jurídica brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERMAN, Harold J.

1958

The Nature and Functions of Law: An Introduction for Students of the Arts and Sciences. Brooklyn: The Foundation Press.

BLALOCK, Jr., Hubert M.

1969

Theory Construction, from Verbal to Mathematical Formulations. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall.

BODENHEIMER, Edgar

1962

Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

BRETHER DE LA GRESSAYE, Jean

1959

"L'élaboration de la règle de droit et les données sociologiques." In Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, Tome VII, Fascicule 1.

CARLSTON, Kenneth S.

1956

Law and Structures of Social Action. London: Stevens & Sons Limited.

COHEN, Felix S.

1960

The Legal Conscience: Selected Papers of Felix S. Cohen (edited by Lucy Kramer Cohen). New Haven: Yale University Press.

- COSER, Lewis A. and ROSENBERG, Bernard
1957 Sociological Theory, A Book of Readings.
New York: The Macmillan Company.
- COWAN, Thomas A.
1958 "Reflections on Experimental Jurisprudence." In Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band XLIV.
- DURKHEIM, Émile
1960 De la Division du Travail Social. Paris: Presses Universitaires de France.
- DURKHEIM, Émile
1972 As Regras do Método Sociológico (trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz). São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- EHRlich, Eugen
1929 Grundlegung der Soziologie des Rechts (Unveränderter Neudruck der ersten Auflage 1913), München und Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot.
- ESPÍNOLA, Eduardo, e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo
1939 Tratado de Direito Civil Brasileiro, Volume III. Rio de Janeiro - São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos.
- ESPÍNOLA, Eduardo, e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo
1940 Tratado de Direito Civil Brasileiro, Volume IV. Rio de Janeiro - São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos.

FECHNER, Erich

1964

"Rechtssoziologie." In Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Achter Band. Stuttgart, Tübingen, Göttingen: Gustav Fischer, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Vandenhoeck & Ruprecht.

FRANK, Jerome

1949

Law and the Modern Mind. London: Stevens & Sons, Limited.

FRIEDMANN, W.

1964

"Sociology of Law." In Julius Gould and William L. Kolb (eds.), A Dictionary of the Social Sciences. New York: The Free Press of Glencoe.

FRIEDMANN, W.

1965

Théorie Générale du Droit. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

FRIEDMAN, Lawrence M. and MACAULAY, Stewart

1969

"Expert opinion: the influence of science and knowledge on law." In Lawrence M. Friedman and Stewart Macaulay (eds.), Law and the Behavioral Sciences. Indianapolis, Kansas City, New York: The Bobbs Merrill Company, Inc.

GEIGER, Theodor

1964

Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Neuwied am Rhein und Berlin: Hermann Luchterhand Verlag.

- GOODE, William J. and HATT, Paul K.
1968 Métodos em Pesquisa Social (trad.de Carolina Martuscelli Bori). São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- GURVITCH, Georges
1960 Problèmes de Sociologie du Droit. In Georges Gurvitch (ed.), Traité de Sociologie, Tome Second. Paris: Presses Universitaires de France.
- HALL, Jerome
1963 Comparative Law and Social Theory. Louisiana State University Press.
- HIRSCH, Ernst
1962/3 "Was kümmert uns die Rechtssoziologie ?" In Juristen-Jahrbuch, 3. Band.
- HOEBEL, E. Adamson
1958 Man in the Primitive World, An Introduction to Anthropology. New York-London-Toronto: McGraw-Hill Book Company.
- HOMANS, George Caspar
1961 Social Behavior: Its Elementary Forms. New York: Harcourt, Brace & World.
- HONIGMAN, John J.
1954 Culture and Personality. New York: Harper & Brothers.

HUSSON, Leon

1958

"La Science du Droit et la Sociologie."

In Revue de l'Institut de Sociologie,
Université Libre de Bruxelles, N° 2.

KALVEN, Jr., Harry

1968

"The Quest for the Middle Range:
Empirical Inquiry and Legal Policy." In
Geoffrey C. Hazard, Jr. (ed.), Law in
a Changing America. Englewood Cliffs,
N. J.: Prentice-Hall.

LARENZ, Karl

1960

Methodenlehre der Rechtswissenschaft.
Berlin, Göttingen, Heidelberg:
Springer-Verlag

LASERSON, Max M.

1951

"The Work of Leon Petrazhitskii: Inquiry
into the Psychological Aspects of the
Nature of Law." In Columbia Law Review,
51 (January).

LAUTMANN, Rüdiger

1971

Soziologie vor den Toren der Jurispru-
denz: zur Kooperation der beiden
Disziplinen. Stuttgart, Berlin, Köln,
Mainz: Verlag W. Kohlhammer.

LÉVY-BRUHL, Henri

1964

Sociologie du Droit. Paris: Presses
Universitaires de France.

LYRA FILHO, Roberto

1972

Criminologia Dialética. Rio de Janeiro: Editor Borsoi.

LYRA FILHO, Roberto

1976

Conferência de Instalação do I FONA JUR (7/8/76). Brasília: Mimeografada.

MARIS, Ronald

1970

"The logical adequacy of Homan's social theory." American Sociological Review, 35 (December).

MIRANDA, Pontes de

1922

Sistema de Ciência Positiva do Direito, Vols. I e II. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos.

MIRANDA, Pontes de

1926

Introdução à Sociologia Geral. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C..

MOORE, Underhill & CALLAHAN, Charles C.

1943

"Law and learning theory: a study in legal control." Yale Law Journal, 53 (December).

OLLERO, Andrés

1973

Derecho y Sociedad: dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual. Madrid: Editora Nacional.

- OPP, Karl-Dieter
1969 "Soziologische Theorie." In W. Bernsdorf
(Hrsg.) Wörterbuch der Soziologie.
Stuttgart: Ferdinand Enke.
- PARSONS, Talcott
1967 Essays in Sociological Theory. New York:
The Free Press.
- PATTERSON, Edwin W.
1963 Law in a Scientific Age. New York and
London: Columbia University Press.
- POUND, Roscoe
1945 "Sociology of Law." In Georges Gurvitch
and Wilbert E. Moore (eds.), Twentieth
Century Sociology. New York: The
Philosophical Library.
- ROTTER, Frank
1976 Sozialer und personaler Wandel: zur
Theorie rechtlicher und therapeutischer
Verfahren. Stuttgart: Ferdinand Enke
Verlag.
- SOROKIN, Pitirim
1969 Novas Teorias Sociológicas (trad. Leonel
Vallandro). Porto Alegre: Editora Globo-
Universidade de São Paulo.

SOUTO, Cláudio and SOUTO, Solange

- 1968 The Feeling and the Idea of Justice, A Summary of the Exploratory Research. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, Série Estudos Sôcio-Jurídicos, nº 1.

SOUTO, Cláudio

- 1971 Introdução ao Direito como Ciência Social. Rio de Janeiro: Editoras Tempo Brasileiro-Universidade de Brasília.

SOUTO, Cláudio

- 1972 "Sociology of Law: A New Perspective in Brazilian Legal Education." In Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Vol. 1972 LVIII/2.

SOUTO, Cláudio

- 1974 Teoria Sociológica Geral. Porto Alegre: Editora Globo.

SOUTO, Cláudio

- 1977 "Teoria Geral do Social: uma Tentativa de Explicação Axiomatizada." In Comunicações 14: Construção Teórica em Sociologia e em Antropologia. Recife: PIMES, Universidade Federal de Pernambuco.

STONE, Julius

1950

- The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice and Social Control, A Study in Jurisprudence. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

THURNWALD, Richard

1934

Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen, Fünfter Band. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co..

TIMASHEFF, N. S.

1938

"What is 'Sociology of Law' ?" In The American Journal of Sociology, Vol.XLIII (July 1937-May 1938).

TIMASHEFF, N. S.

1956

"Wie steht es heute mit der Rechtssoziologie?" Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 8. Jahrgang.

TIMASHEFF, N. S.

1957

"Growth and Scope of Sociology of Law." In Howard Becker and Alvin Boskoff (eds.), Modern Sociological Theory in Continuity and Change. New York: The Dryden Press.

WEBER, Max

1925

Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Halbband (Grundriss der Sozialökonomik, III. Abteilung). Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

WEBER, Max

1960

Rechtssoziologie (aus dem Manuskript herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winckelmann). Neuwied: Hermann Luchterhand Verlag.

WERKMEISTER, W. H.

1959

"Theory construction and the problem of objectivity." In Llewellyn Gross (ed.), Symposium on Sociological Theory. New York: Row, Peterson & Co.

WOLF, Erik

1961

"Rechtswissenschaft." In Staatslexikon, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, Sechster Band. Freiburg: Verlag Herder.

WU, John C. H.

1958

Teaching Jurisprudence by Case Method (Cases and Materials on Jurisprudence, American Casebook Series). St. Paul, Minn.: West Publishing Co.

ZETTERBERG, Hans L.

1973

"Theorie, Forschung und Praxis in der Soziologie." In R. König (Hrsg.), Handbuch der empirischen Sozialforschung, Bd. 1. Stuttgart: Ferdinand Enke.

ZIEGERT, Klaus A.

1975

Zur Effektivität der Rechtssoziologie: die Rekonstruktion der Gesellschaft durch **Recht**. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag.

PUBLICAÇÕES PIMES

Série D I S S E R T A Ç Õ E S

Dos Velhos aos Novos Coronéis - Maria Auxiliadora Ferraz de Sá

Série E S T U D O S

Demand Market and Income Distribution - Adriano Batista Dias

Série C O M U N I C A Ç Õ E S

- 1 - Ensaaios Críticos de Teoria em Ciência Sociais - Sílvio Marcelo Maranhão, Roberto Motta
- 2 - Mudança Social e Direito - Cláudio e Solange Souto
- 3 - Orçamentos Familiares no Nordeste e Emprego Setorial - Yony Sampaio
- 4 - Ensaaios de Economia do Nordeste - Espaço e Tempo - Manuel Correia de Andrade, Gadiel Perruci
- 5 - Dois Modelos de Distribuição - Carlos Osório, Yony Sampaio, Jorge Jatobá, Otávio Façanha
- 6 - Dinâmica Econômica: Alguns Modelos - Telmo Frederico Maciel
- 7 - Educação: Ensaaios de Interpretação - Tarcízio Quirino, Silke Weber, Renato Santos Duarte
- 8 - A Pecuária nos Gerais do Norte de Minas - Manuel Correia de Andrade

- 9 - Agricultura no Nordeste: Dois Ensaios - Kenneth D. Frederick,
Yony Sampaio
- 10 - Teorias do Desenvolvimento: Comentários Críticos - Roberto
Motta, Sílvio Marcelo Maranhão, Mauro Guilherme P. Koury
- 11 - Açúcar: Realidade e Política - Maria Teresa Sales de M. Sua-
rez, Gadiel Perruci, Maria do Carmo Brayner Ferraz
- 12 - Os Anos Trinta no Brasil - Manuel Correia de Andrade
- 13 - A Economia da Região Metropolitana do Recife - Jorge Jatobá,
Ricardo Carneiro
- 14 - Construção Teórica em Sociologia e em Antropologia - Cláudio
Souto e Roberto M. C. Motta
- 15 - Análise Espectral em Econometria - Telmo Frederico Maciel
- 16 - Cultura & Economia - Nelson Saldanha, Roberto M. C. Motta,
Gadiel Perruci

ESTE LIVRO DEVE SER DEVOLVIDO NA ÚLTIMA
DATA CARIMBADA

8.10.80

Im. abril 1981

Imo 1 90

Imo. 88

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
Biblioteca da Faculdade Direito
~~BIBLIOTECA CENTRAL~~

SOUTO, Cláudio

Teoria sociológica do Direito e
prática forense

F81-78 F 340.2 S728t ex.2

Prove que sabe honrar os seus com-
promissos devolvendo com pontualidade este
livro à Biblioteca.

सर्व
सर्व
सर्व

