

## UMA DEFINIÇÃO SÓCIO-JURÍDICA DO DIREITO E SUA APLICABILIDADE

CLÁUDIO SOUTO  
Brasil

Parece ingênuo pensar atualmente que o direito tem a sua origem no Estado —o qual, como se viu, mesmo em nossas sociedades globais, não é senão um dos inumeráveis grupos sociais, embora grupo social de importância acentuada. O conhecimento de relações, que bem poderiam ser chamadas de jurídicas, existentes em sociedades primitivas, onde não há qualquer organização estatal no sentido moderno, o tem mostrado. A administração da justiça, as penalidades aos infratores e os procedimentos em relações ligadas fundamentalmente à organização e equilíbrio das sociedades e, até, segundo Malinowsky (1959: 56-59), algo que equivaleria, em termos primitivos, ao nosso direito civil, já se encontram em sociedades primitivas sem Estado.

Nota bem Malinowsky, a respeito do que chama “uma definição antropológica do direito”: “As regras do direito se distinguem das restantes nisso que são sentidas a vistas como as obrigações de uma pessoa e as justas (‘rightful’) pretensões de outra. São sancionadas não por um mero motivo psicológico, mas por um mecanismo social definido de força vinculante (‘binding force’), baseado, como sabemos, sobre dependência mútua e realizado no arranjo equivalente de serviços recíprocos, assim como na combinação de tais pretensões em linhas (‘strands’) de relação múltipla. A maneira cerimonial em que a maioria das transações são efectivadas, que vincula (‘entails’) controle e crítica públicos, acrescenta ainda mais a sua força obrigatória (‘binding force’)”. (Malinowsky, 1959: 55).

Uma definição de direito da qual se possam extrair conceitos básicos, como o do crime, capaz de ser válida nas diferentes sociedades, é algo com que se preocupa a Sociologia do Direito. Assim, em uma perspectiva socio-jurídica abrangente, o critério legalmente adotado para conceituar o crime não é válido. Embora os criminólogos tendam “a empregar um critério estatutário de criminalidade”. Ora,

conceituar o crime tendo por base critérios legais traz vários prejuízos. Uma falha bastante séria: tal definição teria validade somente num universo limitado, ou seja, numa determinada sociedade, durante um determinado tempo. E a exclusão automática das sociedades não-letradas, já seria de si mesma suficiente para que uma Sociologia Jurídica de adequada abrangência teórica rejeitasse tal perspectiva. (Cf. Gibbs, 1966: 23-25).

Em uma posição ainda comum nos países de língua inglesa, Beutel entende, todavia, que o “jurista experimental” (“experimental jurist”) “não se interessa tanto pela natureza do direito, mas antes concentra a sua atenção sobre como ele e as instituições que o cercam funcionam. Assim como o físico não pode definir a eletricidade, mas trabalha constantemente para ver o que ela faz, assim também o jurista experimental presta muito mais atenção ao efeito do direito que à sua definição” (Frederick K. Beutel, 1957: 17-18).

É possível que esse Autor tenha razão, quando entende que ainda é cedo para que se tenha uma “definição acurada” do direito. Contudo, as definições são tão inegavelmente indispensáveis para as investigações básicas ou aplicadas de qualquer ciência e de qualquer ciência social, que os próprios físicos têm, por imprecisa que seja, a sua definição operacional de electricidade e Beutel mesmo tem a sua definição operacional do direito: “Ele (o jurista experimental) o toma simplesmente como um conjunto de regras ou controles feito pelo homem, que podem ser mudados para conformidade com os ditames das descobertas científicas. É um meio de alcançar um fim” (F. K. Beutel, 1957:1). Apenas tal definição é vaga o bastante para que por ela pareça impossível distinguir as regras ou controles jurídicos de outras regras ou controles sociais.

Na verdade, a tarefa conceitual maior da Sociologia Jurídica é a de definir o direito como fato social —isto é, de definí-lo não com base em vago grupalismo, porém do modo mais preciso que se possa. E é evidente que só uma definição sociológica precisa do direito interessará realmente a uma prática não-subjetivista.

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.

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.

Na 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).

Mas até certo ponto o nosso etnocentrismo cultural se faz refletir na nossa visão do direito. Etnocentrismo esse que vem perturbar definições do jurídico e um estudo comparativo entre fenômenos de uma mesma natureza jurídica essencial.

Na opinião do antropólogo do direito Hoebel (1964: 18-19), uma das dificuldades no definir o direito está em que o mesmo “não é senão parte do emaranhado social (‘social web’). Seus fios fluem sem cessar para a textura total da cultura e ele não tem margens nítidas”. E a ciência social do direito, como as ciências sociais, não pode ser separada dos outros saberes sobre o agir humano, que é um todo. Em cada uma dessas ciências há uma área fronteira onde uma delimitação rigorosa fica sendo artificial.

Por outro lado, se faz necessário, para efeitos funcionais, como o de um instrumento lingüístico operacional, uma definição de direito que seja válida tanto para culturas primitivas, como para culturas não-primitivas. Compreendendo Hoebel, embora, a necessidade de uma definição dessa natureza, e compreendendo ele, ainda, que não se possa tomar, na sua forma rigorosa, “todos os significados tradicionais diretamente” (Hoebel, 1964:19), não conseguiu contudo esse Autor se afastar o suficiente das palavras e conceitos fornecidos pela teoria positivista dos juristas. Assim, a sua definição do direito conserva o velho ranço do conjugar essencialmente direito e força física. Segundo Hoebel (1964: 28), “uma norma social é jurídica (‘legal’) se sua negligência (‘neglect’) ou infração é regularmente oposta, em ameaça ou de fato, pela aplicação de força física por um indivíduo ou grupo possuindo o privilégio socialmente reconhecido de atuar assim”. Uma definição de direito cujo caráter preconcebido e etnocentricamente anglo-americano foi destacado por F. C. Northrop (1959:93-101).

De fato, as explicações sobre a origem e desenvolvimento do direito têm sido intensivamente procuradas nas proposições coercíveis, enquanto que a explicação do fenômeno social jurídico se deveria tentar quanto ao fenômeno básico mesmo, o homem, que representa o objeto vivo, e isso em relação a seu comportamento social e aos padrões fundamentais desse comportamento. Pois as proposições coercíveis já são formas que se dão a algum conteúdo, não raro fórmulas escritas e às vezes velhas fórmulas.

Esse o caminho seguido por nós, em que, inicialmente com base na introspecção e na observação informal (1958:69 e 35-36), se constatou a conjunção, na realidade normativa social, entre 1) dados científicos e 2) um sentido permanente humano do dever ser a se refletir no normativo. Como esse sentido do que deve ser é, em outros termos, o sentido do justo, ou do reto, e como os dados científicos de conhecimento são, por definição, adequados ou corretos, achamos razoável e de acordo com o senso comum designar com a palavra “direito” aquela conjunção ou composto. Daí a definição: “Direito é a formulação científico-positiva atualmente insuperável do sentido básico permanente humano do dever ser”. (1958: 298; 1964:61-75).

Posteriormente, desde 1963, para efeito de formalização da observação através de técnicas de pesquisa empírica, julgamos de significação mais concreta a palavra “sentimento” que a palavra “sentido”: sentimento do que deve ser ou sentimento de justiça. E em pesquisa exploratória realizada na Alemanha em 1965 sob nossa direção, se verificou, como veremos, a conjunção, na realidade psíquico-social, de (sentimento de) justiça (permanente, e individualmente variável) e conhecimento científico. Para nós, pois, *seria regra de direito aquela em consonância com o sentimento humano de justiça e com dados de conhecimento científico empírico; e seria conducta jurídica aquela em consonância com a norma de direito.*

Conseqüentemente, chamamos aquilo a que os juristas se referem com a expressão “direito positivo” simplesmente de formas coercíveis (lei, costume, decisão judicial, etc.) —sendo “coercível” simplesmente “o que pode ser coagido”—, pois o conteúdo desse “direito positivo”, ou dessas formas de coercibilidade, nem sempre é justo e científico, podendo antes consagrar o torto. De outra parte, a regra em consonância com o sentimento humano de justiça e com dados de ciência pode manifestar-se socialmente sem ser sob qualquer forma de coercibilidade estatal e apenas sob a forma da simples palavra, escrita ou oral. (1964:91-98) Reconhecemos porém a destacada importância, para as sociedades complexas organizadas em Estado, das formas de coercibilidade estatal, nessas sociedades tendendo as

regras em consonância com o sentimento de justiça e com dados de ciência —as regras de direito da nossa terminologia— a ser conteúdo dessas formas para ganharem maior força de atuação social ou *maior posituação*. (1964:85).

Distinguimos as regras jurídicas das morais, e da equidade, pelo elemento cognitivo desses três compostos afetivo-cognitivos: tanto as regras jurídicas, como as morais e como a equidade, significam pautas de conduta em consonância com o sentimento humano do que deve ser (ou sentimento de justiça, justificando-se etimologicamente o emprego da palavra justiça mesmo em relação à moral: *δίκη*, Dik, Dic = indicação, ditame, regra, norma). Mas, enquanto as regras jurídicas são aquelas em consonância com dados do conhecimento científico-empírico, as morais são as em consonância com dados de conhecimento metacientífico (não empiricamente comprovável); ao passo que a equidade seria a pauta de conduta em consonância com dados de conhecimento positivo concreto do caso singular. (1964: 62-63 e 50-51).

A distinção entre normas jurídicas e morais é baseada, como se viu, no conhecimento: se o direito é o que está de acordo com o sentimento do dever ser e com a ciência atual, a moral é o que está de acordo com o mesmo sentido de dever ser e com um conhecimento metacientífico. Assim, a regra de acordo com a qual a castidade deve ser preservada pelo ser humano, é uma regra moral, porque seu conhecimento possui um caráter não científico-empírico, mas metacientífico, baseado em revelação sobrenatural ou numa filosofia de vida.

Dados da Etnologia poderão esclarecer, de modo simplificado, a conexão —sentimento e idéia. Trata-se de práticas religiosas, colhidas de certas áreas culturais, que, não obstante estarem em nítida oposição a normas dos credos atuais dos povos civilizados, nem assim carecem de um sentido de elevação, por vezes bem claro.

É renúncia ética, de fato, o que se descobre na prática de oferecer aos poderes superiores os próprios primogênitos —e não já animais recém-nascidos ou os primeiros frutos. Ou em preparar, desde a infância, entre os sacerdotes, mediante penitências e exercícios espirituais, um jovem para a morte. Repare-se que os deuses eram alimentados de sacrifícios humanos com o objetivo de que se nutrissem das almas dos sacrificados e as crianças lhes eram sacrificadas não só como nutrição, mas como mensageiros dos homens. Muito característica é a área cultural mexicana, cujos sangrentos sacrifícios religiosos ocultavam um fito elevado: anualmente eram mortas milhares de pessoas, para que seu sangue alimentasse os deuses e assim se conser-

vasse a marcha normal do mundo. (Walter Krickeber, 1946: 372; Kaj Birket-Smith, 1952: 155-156).

Não é difícil compreender que tais padrões de elevação ética estão, se os adentrarmos, longe de contradizer substancialmente a moral civilizada. Em realidade, a diferença entre esta última e a moral dos sacrificantes é tão só uma diferença de conhecimento, ambas atuando em agradabilidade o sentimento do dever ser.

É análoga a maneira de ver do psicólogo social Asch, que critica a posição do relativismo cultural por entender que ela “nao considera, especialmente, a relação de avaliação (. . .) com as condições cognitivas dadas”. Asch lembra, a respeito, o costume do filho matar pai ou mãe, em certa idade destes, mesmo que tenham saúde boa, salientando que “na sociedade que apresenta este costume, predomina a crença de que as pessoas continuam a ter, no outro mundo, a mesma vida que levam neste e que mantêm para sempre a condição de saúde e vigor de que gozavam na ocasião da morte. É, portanto, um dever filial matar os pais, ato que conta com o inteiro apoio dos pais e da comunidade” (Salomon E. Asch, 1960: 117, 106 e 118).

A referência a um “sentimento do dever ser” pretende expressar aquilo que é próprio a todo homem, abstraídas suas idéias, quando se pergunta a ele, por exemplo, se um conteúdo normativo de uma forma vigente de coercibilidade (lei, costume, decisão judicial, etc.) *deve ser*, ou seja, *se deve ser um dever ser*. Claro que se pode julgar que um conteúdo normativo nao deva ser um “dever ser” e, contudo, atuar de acordo com esse conteúdo, contrariando o sentimento ético básico do dever ser. Essa conduta, algo desagradável, explica-se pela liberdade humana de escolha entre padrões e suas conseqüências.

A expressão “dever ser” não faz, de si mesma, alusão necessária ao vasto domínio ético, mas pode ter um significado meramente lógico.

Huntington Cairns o salienta, aduzindo um exemplo clássico: num sistema completamente determinado, não haveria diferença de conteúdo entre as proposições “se  $2ab$  é acrescentado a  $a^2 + b^2$  o resultado *será* um quadrado perfeito” e “a fim de obter um quadrado perfeito *devemos* acrescentar  $2ab$  a  $a^2 + b^2$ ”. E observa Cairns: “No exemplo do quadrado perfeito, o dever ser (‘ought’) (. . .), se verdade é a correspondência objetiva de pensamento e fato, não tem valor moral, desde que não é dependente de volição” (Huntington Cairns, 1963:347). O que não ocorre com a maneira de ver que está sendo exposta, relativa ao mundo moral *lato sensu*: sente-se em função de uma idéia de que algo deve ou não deve ser e *quer-se* atuar de acordo ou não com tal sentimento-idéia.

Nesse modo de ver, sendo permanente o sentimento de dever ser (ou sentimento de justiça, ou, simplesmente, justiça) é, contudo, amplíssimamente variável a *idéia* da justiça, porque o elemento *idéia* da mente humana tem um conteúdo essencialmente relativo. Repare-se bem que a afirmação de permanência do elemento “sentimento” não exclui a possibilidade de sua variação de indivíduo a indivíduo. Sem identificar o que é diverso, poderíamos lembrar que algo de semelhante ocorreria, por exemplo, com o sentido humano da visão que, embora permanente em relação ao homem —isto é, todas as pessoas normais o possuem—, a acuidade visual difere entre indivíduos.

Alessandro Levi escrevera: “. . . emprego indiferentemente essas palavras e esses dois conceitos —*sentimento e idéia*— porque do primeiro à segunda se passa por graus quase imperceptíveis” (Alessandro Levi, 1949: 158). Certamente é sutil diferenciar-se sentimento do dever ser e *idéia*, mas tudo indica que nessa diferenciação difícil de apreender-se está a chave dos problemas seculares da justiça, da equidade, do direito e da moral, fenômenos cujas definições podem ser beneficiadas não só por dados etnológicos, mas por pesquisas sociológicas empíricas.

Finalmente, uma classificação operacional do direito importante para pesquisa das relações de influência recíproca entre direito e manifestações típicas da vida social total seria, para nós, aquela que o distinguisse “como produto de conhecimento refletidos e atualmente insuperáveis (direito refletido) e (. . .) como produto de certos conhecimentos espontâneos, daqueles que a ciência atual não possa contradizer ou inovar — conhecimentos estes correspondentes a todo um mundo de espontaneidade social (direito espontâneo)”. Conhecimentos espontâneos esses que a ciência acolhe “*como algo seu, como o que melhor se adapta aos fatos.*” (1964: 74 a 73).

A definição sócio-jurídica do direito apresentada, em sua composição, é de simples manejo operacional, pois é basicamente um composto cultural secundário de elementos humanos primários fundamentais, *sentimento e idéia* do que deve ser. Contudo, apesar disso, ou porisso, parece poder contar a seu favor com uma série de considerações objetivas.

Inicialmente, a definição parece corresponder àquelas condições que o próprio Geiger aponta como necessárias a um conceito maneável (“*handlicher Begriff*”) do direito: ser livre de contradições em si mesmo, alcançar todos os fenômenos de traços essenciais comuns, subordinar-se a um *genus proximum* (no caso o ético *lato sensu*), não se afastar mais que o necessário das idéias centrais que o uso lingüístico ora liga à palavra direito. (Geiger, 1964:127).

Note-se que o uso lingüístico comum, de fundo etimológico, será aquele lembrado por H. Levy-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 sentido moral, depois jurídico: o direito é a linha direita, que se opõe à curva, ou à oblíqua, o que se aparenta com as noções de retidão, de sinceridade, de lealdade nas relações humanas”. (1964:5) A verdade é que o uso lingüístico particular dos juristas que chamam de direito tudo que for conteúdo normativo de formas de coercibilidade estatal —desconhecendo eles como “direito positivo” o que não for tal conteúdo— não é igual ao uso lingüístico comum da sociedade. Assim é que o psicólogo social Asch escreve: “Os teóricos do direito e os metafísicos podem identificar lei e justiça; mas nós ainda sabemos o significado de uma lei injusta, e não achamos demasiadamente difícil apreender as idéias de que o próprio Estado precisa ser julgado, e que às vezes, é necessário lutar contra o Estado para a realização de fins justos.” (Asch, 1960, II: 102).

Outra consideração que parece objetiva a respeito da definição proposta é sua maneabilidade transcultural, abrangidas inclusive as próprias sociedades primitivas, sem que contudo, se defina de modo vago. Isso justamente porque a definição reflete elementos primários universais do homem, sobretudo sentimento e idéia. E porque o correspondente embrionário da ciência atual se encontra no conhecimento dos primitivos. Ou, como esclarecemos alhures: “. . . se definirmos o direito como a formulação científico-positiva *atualmente* insuperável do sentido básico permanente humano do dever ser, não estaremos com isso afirmando que essa definição não alcança o jurídico em todo espaço-tempo humano, ou seja, que não é ela universalmente válida? (. . .) Parece-nos que não. Sem dúvida há uma antecedência do jurídico, como há uma antecedência do científico. Podemos tanto falar da ciência dos primitivos, como do direito deles —sem que uma e outra coisa se possa dizer *no sentido atual, que nos importa como critério.*” (1964:71-72) De fato, nesse particular, o problema de um direito dos primitivos será exatamente o mesmo de uma ciência dos primitivos.

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.

De outra parte, a definição em exame descreve uma *substância* normativa social — e não uma *forma* de imposição normativa, sem consideração essencial do conteúdo dessa forma, que pode então ser o mais diverso e contraditório. É claramente formal a perspectiva positivista que chama de direito tudo aquilo que o Estado reconheça e imponha como tal, através de qualquer de suas agências de controle. Mas é ainda formal a perspectiva do positivismo sociologista que chama de direito tudo que qualquer grupo social, estatal ou não, aceite e sancione como tal. Poder-se-ia, nesse caso, eventualmente chamar inclusive de direito ao cognitivamente inadequado ou torto, em nítida contradição terminológica. Com efeito, tanto a perspectiva positivista estatista, como aquela mais aberta, a sociologista, pelo seu formalismo intrínseco de tonificarem um elemento que logicamente não pode ser senão instrumental e marginal, a sanção, seja ela estatal ou social, não atingem senão a perspectiva de um direito de conteúdo até contraditório não alcançam senão uma perspectiva vaga de direito.

Se não fosse o carregamento filosofista da expressão “direito natural” poderíamos dizer que a nossa perspectiva se aproxima antes daquele “naturalismo social” que o sociólogo norte-americano Philip Selznick considera que marcará o futuro da Sociologia Jurídica, lembrando que se há princípios de crítica do direito positivo, há também princípios de crítica do “direito vivo” e afirmando que “isto nos trará, não posso duvidar, à aceitação de alguma versão de uma doutrina do direito natural, embora ela não possa e talvez não deva, ser chamada assim, dadas suas associações históricas.” (1959:116-117 e 124-127) Pois, na perspectiva que estamos relatando, é adequado chamar de direito à pauta de conduta social que esteja em consonância com o sentimento humano universal de justiça — algo de intrinsecamente justo, pois— e com dados de ciência empírica — algo necessariamente racional, portanto, e de racionalidade comprovável.

Contudo, os dados de ciência empírica se marcam da relatividade do conhecimento humano e não se pode pretender que sejam os princípios invariáveis, necessariamente formais e vagos, afirmados pela teoria tradicional do direito natural. Como nota Pennock, “mesmo aquelas noções modernas que falam de ‘direito natural com conteúdo variável’ retêm a idéia de um núcleo central, embora seja uma questão de forma antes que de substância que é eterna.” (1964:459)

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 necessaria-

mente com estado ou sociedade (entendida esta como sociedade global). Mas parece que tal noção se torna mais precisa se decidirmos, a luz do exposto, chamar *direito* o fenómeno 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.

E 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 metacientíficos (“o mundo existe”, “podemos conhecer o mundo”, “os fenómenos são causalmente relacionados”, etc.), por que não descansaria o direito, em última análise, em um postulado ético, mera tradução humana do impulso geral animal de ser, que é o dever ser fundamental? Destarte, o fenómeno *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.

Tradicionalmente se reconhece que o direito representa um mínimo de preceitos de conduta considerados indispensáveis à convivência social: é o “mínimo ético”, segundo a fórmula clássica que significa um máximo de importância para o jurídico. E tradicionalmente se admite que o direito, devendo construir a segurança nas relações sociais, deve apresentar o máximo possível de precisão e certeza em suas formulações.

Ora, o máximo possível de precisão e certeza nas formulações se encontra nas formulações científicas (ou científico-empíricas, caso se prefira). As formulações metacientíficas —assim as formulações filosóficas— são muito mais largas, e por isso mesmo muito mais hipotéticas, que as formulações estritamente científicas, pois não são comprováveis por métodos e técnicas de pesquisa empírica.

Mais ainda: o máximo possível de precisão e certeza nas formulações se encontra nas formulações científico-empíricas *actualmente insuperáveis*. O conhecimento científico, como todo conhecimento

humano, é relativo, e, assim sendo, é claro que a maior precisão estará na fórmula atualmente insuperável.

Considerando as bases tradicionais que acabamos de expor, parece fácil saber *qual* a idéia ou conhecimento que informa o direito e assim obter a sua definição operacional.

Dito de modo simplificado, direito seria então o *que está de acordo com o sentimento de dever ser e com a ciência actual*. 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 prática 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*) e uma dessas expressões, entendida a palavra ciência no significado de conhecimento de qualquer espécie (social ou não) comprovável 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 simples *ser*.

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 prática legislativa ou forense?

· Ou o conceito sociológico do direito aqui apresentado, como síntese que é entre racionalidade científico-empírica e sentimento de justiça, deita raízes na própria 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 sentido 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: 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.*

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 meta-científico, 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 dificilmente em relação a dados científico-empíricos autênticos, estes com forte tendência a informarem o consenso, dada a sua possibilidade de comprovação 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-comun que não necessitam de qualquer confirmação sistemática”, bastando-lhes 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 actualmente 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 18-20, 22 e 24; Cláudio Souto, 1974: 49-51).

Essa possibilidade se confirma mesmo tradicionalmente, embora de modo casuístico: “o sociólogo pode”, escrevera Leon Husson, “por exemplo, apresentar ao governo ou ao legislador as conseqüências 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 confesadamente 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 acolhê-las, em certo sentido, como algo seu, como o que melhor se adapta aos fatos. Tratar-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.

Não há como desconhecer, no entanto, que o escaso 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 preocupação 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.

## BIBLIOGRAFIA

- ASCH, Solomon E.—*Psicología Social*, vols. I e II, Trad. de Dante Moreira Leite e Miriam Moreira Leite, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1960.
- BERMAN, Harold J.—*The Nature and Functions of Law: an Introduction for Students of the Arts and Sciences*, Brooklyn, The Foundation Press, 1958.
- BEUTEL, Frederick K.—*Some Potentialities of Experimental Jurisprudence as a New Branch of Social Science*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1957.
- BIRKET-SMITH, Jak.—*Vida e Historia de las Culturas; Etnología General*, Trad. de F.G. Schufelle & D.G. Dieckmann, rev. por V.L. Bosc, Buenos Aires, Editorial Nova, 1952, vol. 2.
- CAIRNS, Huntington.—“The valuation of legal science”, in *Essays on Jurisprudence from the Columbia Law Review*, New York, Columbia University Press, 1963.
- GEIGER, Theodor.—*Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Hermann Luchterhand Verlag GmbH, Neuwied am Rhein und Berlin, 1964.
- GIBBS, Jack P.—“Crime and The Sociology of Law”, in *Sociology and Social Research*, vol. 51. 10/1966 n. 1.
- GRESSAYE, Jean Brethe de la.—“L’élaboration de la règle de droit et les données sociologiques”, in *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, Tome VII, Fascicule 1, 1959.
- HOEBEL, E. Adamson.—*The Law of Primitive Man, A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1964.
- Man in the Primitive World, An Introduction to Anthropology*, New York-London-Toronto, McGraw-Hill Book Company, 1958.
- HUSSON, Leon.—“La science du droit et la sociologie”, in *Revue de l’Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles*, 2, 1958.
- KALVEN Jr., Harry.—“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, 1968.
- KRICKEBERG, Walter.—*Etnología de América*, trad. de Pedro Hendrich, México, Fondo de Cultura Económica, 1946.
- LASERSON, Max M.—“The Work of Leon Petrazhitzkii: Inquiry into the Psychological Aspects of the Nature of Law”, in *Columbia Law Review*, 51 (January), 1951.
- LEVI, Alessandro.—“Comment peut-on analyser la conscience juridique?”, in Ake Petzall (ed.), *Theoria, A Swedish Journal of Philosophy and Psychology*, 15, 1949.
- LEVI-BRUHL, Henri.—*Sociologie du Droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1964.
- MALINOWSKI, Bronislaw.—*Crime and Custom in Savage Society*, Littlefield, Adams & Co., New Jersey, 1959.
- NORTHROP, F.S.C.—“Sociological Jurisprudence”, in *The Complexity of Legal and Ethical Experience, Studies in the Method of Normative Subjects*, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1959.
- OLLERO, Andrés.—*Derecho y Sociedad: Dos Reflexiones en Torno a la Filosofía Jurídica Alemana Actual*, Madrid, Editora Nacional, 1973.
- PATTERSON, Edwin W.—*Law in a Scientific Age*, New York and London, Columbia University Press, 1963.
- PENNOCK, J. Roland.—“Natural Law”, in *A Dictionary of the Social Sciences*, edited by Julius Gould and William L. Kolb, The Free Press of Glencoe, New York, 1964.
- SELZNICK, Philip.—“The Sociology of Law”, in *Sociology Today*, Robert K. Merton,

Leonard Broom and Leonard S. Cottrell, Jr. (eds.), Basic Books, Inc., Publishers, New York, 1959.

SOUTO, Cláudio.—Da Irrealidade Jurídico-Definitiva do Direito Natural, Tomo I, Imprensa Universitária, Recife, 1958.

.—Introdução Crítica ao Direito Internacional Privado, Imprensa Universitária, Recife, 1964.

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

.—Teoria Sociológica Geral, Editora Globo, Porto Alegre, 1974.

.—“Theoria geral do social: uma tentativa de explicação axiomatizada”, in Comunicações 14: Construção Teórica em Sociologia e em Antropologia, PIMES, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1977.