

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A CONCEPÇÃO DO DIREITO COMO FATO SOCIAL^a

Luiz Rodrigues Wambier

RESUMO

O estudo do direito envolve a busca de sua gênese, e também envolve a análise de suas implicações históricas, sociológicas e culturais, dentre outras. O trabalho dos estudiosos, volta-se, então, à busca de definições sobre aspectos ontológicos, epistemológicos e hermenêuticos do direito. No presente estudo, vê-se a concepção que entende o direito como fato social, e, a partir daí, procura-se analisar as implicações decorrentes desse entendimento, no ser do direito, no modelo de ciência cabível ao seu estudo, e na sua aplicação aos casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito como fato social; Aspectos ontológicos do direito; Aspectos epistemológicos do direito; Aspectos hermenêuticos do direito.

INTRODUÇÃO

Questão que se revela das mais candentes aos estudiosos do Direito, notadamente àqueles que buscam sua gênese, pelo estudo sistemático da teoria geral do direito, é a que se refere à sua própria concepção ontológica, e suas implicações de ordem histórica, sociológica e cultural, dentre outras.

Debatem-se, então, os estudiosos, em buscar explicações para aspectos ontológicos e epistemológicos do direito, além de pesquisar soluções para os variados aspectos hermenêuticos, vinculados à diuturna interpretação do direito e sua consequente aplicação aos casos concretos.

Assim, firmaram-se algumas concepções básicas oferecidas ao universo do conhecimento jurídico pela mais abalizada doutrina a respeito: entende-se o direito como norma de caráter imperativo, como juízo, como valor, como ideologia e como fato social.

No presente bosquejo, procurar-se-á elaborar uma singela abordagem sobre a concepção que entende o direito como fato social, que lançou âncoras na chamada sociologia jurídica, o que se fará a partir de considerações sobre as implicações de tal concepção, nas esferas ontológicas, epistemológica e hermenêutica.

MACHADO NETO destaca que essa concepção sobre o direito é relativamente recente. Diz, o professor baiano: *“Se entre os gregos já poderíamos encontrar as primeiras manifestações teóricas da concepção do direito como um valor – o justo –, que é a perspectiva radical da filosofia jurídica, e já entre os juriconsultos romanos poderíamos perseguir a sua visão como norma, que é a visão própria da dogmática, a sua conceituação como um fato social atinente à conduta humana em sociedade é algo que dificilmente se nos revelaria antes do século XIX, época em que a cultura ocidental amadureceu para a sociologia como ciência em-*

pírica dos fatos sociais” (6:55).

É evidente a palidez do estudo que se demonstrará em seguida, fruto natural e lógico da fragilidade de conhecimentos filosóficos do autor.

Não há, no entanto, negar o esforço que se dispendeu na pesquisa voltada à compreensão de tão árida, complexa e relevante matéria, cujo conhecimento se revela vital para o desenvolvimento sistemático de estudos doutrinários em qualquer dos chamados ramos do direito.

1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Qualquer estudo que se pretenda fazer, de forma razoavelmente sistematizada, sobre aspectos que envolvam determinada integração de ciências, implica na análise dos componentes dessa relação.

No caso ora versado, há evidente necessidade de se verificar alguns tópicos básicos da sociologia, sem o que sua integração com o direito, para os fins de se abordar a concepção social do direito, restaria incompreensível.

Assim é que o trato científico dos fatos sociais, a que se chama sociologia, reveste-se de características próprias, que lhe dão peculiar especificidade.

Ciência eminentemente cultural, voltada à compreensão dos dados concernentes ao homem e à sua vida na sociedade, a sociologia, recolhendo os fatos e conceituando-os, aproxima-se o direito, na medida em que oportuniza também o enfoque jurídico dos fatos da vida.

Analisando as condutas, suas inovações, alterações e interações com outras condutas, a sociologia trabalha com todo o desenvolver do processo social.

No aspecto jurídico, a sociologia pode observar cientificamente os efeitos produzidos pelo direito, e pela sua intervenção no processo social.

Data recebimento 17/05/88— Data aprovação 15/08/88

^a Monografia apresentada à disciplina TEORIA GERAL DO DIREITO, no curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais, na Universidade Estadual de Londrina, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Fernando Coelho.

2 - IMPLICAÇÕES ONTOLÓGICAS

Antes de se passar no trato do tema específico, convém analisar, mesmo que perfunctoriamente, ao menos uma das outras concepções sobre o ser do direito.

Assim é que a concepção do direito como imperativo exige, para a compreensão de seus aspectos ônticos, a admissibilidade, até mesmo como seu pressuposto, de uma ordem, dimanada da soberania, a partir do que o direito encontra seu próprio ser.

Fica estabelecida, então, segundo tal concepção, relação de obediência entre o soberano e os súditos, e as ordens emanadas do soberano passam a constituir o próprio ser do direito (5:63).

¹HART (5:64), estudando o conceito do direito, analisa essa relação de obediência, discorrendo sobre dois pontos que considera essenciais para o entendimento da referida concepção, a saber: o hábito da obediência, que finca raízes profundas na sociedade, e a própria posição do soberano diante do direito.

Já a concepção adotada pela chamada sociologia jurídica, que nos interessa de perto, no presente estudo, entende o direito como fato cujo nascimento se dá na sociedade, em decorrência das diferentes experiências sociais, com suas constantes mutações, fruto da própria consciência emergente da sociedade, ou, como adverte FRANCO MONTORO (7:343)², *A abordagem sociológica é a do sociólogo do direito, que estuda o fenômeno jurídico como um fato social, procurando descrever e analisar os múltiplos aspectos da realidade jurídica, em sua interação com os demais fatores sociais*.

²MIGUEL REALE (8:102), referindo-se aos que adotam tal concepção como verdadeiro, observa que *“o direito é, antes de mais nada, dizem eles, fato social, realidade psicológica e social em perene transformação, de modo que as normas não subsistem, nem são possíveis, sem a realidade de que resultam como conclusões necessárias que se impõem a todos, tanto aos governantes como aos governados”*.

Assim, para essa escola doutrinária, de cunho sociológico, a investigação do ser do direito passa necessariamente pela análise de seu nascimento *“nos recessos da consciência coletiva”* (8:130).

³LUIZ FERNANDO COELHO, ao estudar a escola da jurisprudência sociológica, expressão da concepção sociológica do direito, explica que a sua tese fundamental é a *“necessidade da compreensão correta das realidades sociais em permanente fluxo histórico”* (2:260) e que, para ela, *“o*

conhecimento social da realidade atual é portanto a base para a formulação de normas gerais e individuais, realmente inspiradas num espírito de autêntica justiça” (2:262).

OLIVER WANDELL HOLMES exprimiu o sentido da adoção de uma postura sociológica do direito, ao afirmar que *“a lei se faz... por juízes sensíveis simultaneamente com os ditames da tradição, seus próprios e a opinião da comunidade sobre o que é exigido pela ordem pública”* (HOLMES apud COELHO:263).

De sua parte, RECASENS SICHES, notório expoente dos estudos de sociologia jurídica, informa que o direito, quer no seu nascedouro, quer na sua existência, ou na sua aplicação, *“aparece como um conjunto de fatos sociais”* (7:134).

3 - IMPLICAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS

O trato das implicações epistemológicas decorrentes de uma ou de outra das concepções sobre o direito, envolve o estudo do respectivo modelo de ciência jurídica, correspondente a cada uma das referidas concepções.

Dessa forma, a cada concepção correspondente um dado modelo.

Assim, à concepção que admite o direito como norma imperativa e àquele que o concebe como juízo, corresponde um modelo analítico de conhecimento da ciência jurídica.

À concepção do direito como ideologia, calha o modelo crítico (2:260) e à outra, que entende o direito como valor, cabe o modelo dialético.

A concepção ora sob perfunctório exame, pertinente à admissão do direito como fato social, requer um modelo empírico, de cunho sociológico, a envolvê-la.

A idéia de modelo jurídico, recebe explicação notável do Professor L.F. COELHO, que em sua abordagem sobre a teoria crítica ensina que *“modelo jurídico é a síntese que faltava para estabelecer o nexo entre a realidade da vida jurídica e o conhecimento científico dessa realidade”* (3:201)

É evidente que não se pode admitir, para uma concepção ôntica vinculada à idéia de direito como fato social, decorrente, portanto, das constantes mutações ocoríveis no seio da coletividade, modelo jurídico que implique em tratar do conhecimento científico sobre o direito de modo diverso daquele relativo ao trato sociológico.

Assim sendo, é de se indagar quais os modelos epistemológicos adequados ou compatíveis com a concepção ôntica do direito como fato social?

Uma das hipóteses que se pode pesquisar a esse respeito

¹ “En esta doctrina hay dos puntos de especial importancia; los destacaremos aquí en términos generales para indicar las líneas de crítica seguidas en detalle en el resto del capítulo. El primero se refiere a la idea de hábito de obediencia, que es todo cuanto se requiere de parte de aquellos a quienes se aplican las normas del soberano. En relación con esto indagaremos si tal hábito basta dar cuenta de dos característicos salientes de la mayoría de los sistemas jurídicos: el carácter contínuo de la autoridad para crear derecho que poseen una sucesión de legisladores diferentes, y la persistencia de las normas mucho después de que su creador y quienes le prestaban obediencia habitual han desaparecido. Nuestro segundo punto se refiere a la posición del soberano respecto del derecho: el crea derecho para los demás y les impone deberes jurídicos o limitaciones, a la par que se dice de él que es jurídicamente ilimitado e ilimitable”

² REALE conclui, ao analisar o embate entre as concepções normativista e sociológica, que: a normatividade é da essência da experiência jurídica, representando as regras de direito a possível e necessária composição das forças fático-axiológicas atuantes em cada época histórica, e, mais particularmente, em cada campo da conduta social, de tal sorte que, uma vez posta a norma, esta constitui o horizonte de validade e de eficácia dos atos compreendidos no seu enunciado”.

³ Noutra obra, Luiz Fernando Coelho explica a influência exercida por essa escola no cenário jurídico norte-americano. Explica, o jus-filósofo paranaense: “Tem sido exaustivamente estudado o papel desempenhado pela “sociological jurisprudence” na transformação da mentalidade jurídica norte-americana, ocorrida em meio à crise econômica e social da década de trinta. Sua tese fundamental, em oposição ao dogmatismo analítico tradicional, era a necessidade da correta compreensão da realidade social em permanente fluxo histórico, como atitude preliminar à interpretação das regras de direito reveladas no costume e nos precedentes”; Teoria Crítica do Direito, 1987, Curitiba: Livros HDV, p. 112/113.

refere-se aos "standards" jurídicos.

REALE, informa que os "standards" são "modelos que se põem como ponto de passagem entre o modelo legal e o caso concreto, pela concepção de um tipo médico de conduta social correta, em função da qual caberá ao juiz julgar a hipótese ocorrente. Os standards são modelos instrumentais, fundamentalmente empíricos e plásticos, como os que determinam, segundo variáveis de lugar e de tempo, o que se deverá entender, em tais ou quais circunstâncias, por "boa-fé", "bons costumes", "dedicação ao trabalho", "abuso de confiança", "aproveitamento devido da terra", etc." (8:184).

Abstração feita às conhecidas críticas aos chamados "standards" jurídicos, há que se complementar a idéia geral sobre as implicações epistemológicas com a compreensão de que, seja qual for o modelo adotado, deva ele servir-se de critérios empírico-sociológicos, que são plenamente adequados à própria concepção relativa ao direito como fato social.

4 - IMPLICAÇÕES HERMENÊUTICAS

"A hermenêutica não se refere somente à lei, mas ao direito contido na lei; o seu escopo é descobrir, isto é, o conteúdo normativo contido nas formas de expressão do direito. Assim, podemos situar epistemologicamente a hermenêutica como parte da ciência do direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito, correspondendo particularmente à dimensão dogmática do conhecimento jurídico." (2:178).

Incumbe, neste ponto do presente trabalho, a feitura de análise sobre as implicações decorrentes da adoção de concepção do direito como fato social, no campo da hermenêutica jurídica, entendida genericamente como destinada a comportar os trabalhos de interpretação e aplicação do direito, a cada hipótese de conflito ocorrente.

Tendo-se em conta que o eixo central da dogmática jurídica está em estudar as normas postas, para fazê-las conforme os fins específicos para o que foram criadas (2:181), é evidente que a cada concepção do direito (imperativo, valor, juízo, ideologia, fato social) deve corresponder um diferente enfoque hermenêutico, assim como um modelo de ciência jurídica.

MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, em obra clássica sobre o tema, destaca alguns métodos de interpretação da lei (visto o direito, então, sob o prisma dogmático), a saber: interpretação literal e interpretação lógica (1:138 a 43).

A seu turno, FERRARA destaca o método de interpretação histórico-evolutivo, que, na esteira da escola do direito livre, "considerando a lei uma entidade distinta e autônoma, busca interpretá-la, não já segundo o pensamento do seu autor, mas no sentido que melhor a habilita para realizar os fins da justiça e da utilidade social" (4:172). Segundo o jurista, a inevitável mutação das idéias, das condições de vida da sociedade e das necessidades dos cidadãos, devem levar o intérprete a realizar trabalho hermenêutico voltado à convivência harmoniosa entre a lei e o movimento social (4:172). Para ele, "o intérprete, além de se inspirar nos elementos internos da lei, deve inspirar-se também nos

factores sociais que circundam a vida do direito em todas as suas manifestações e demonstram a sua finalidade" (4:172).

À interpretação e aplicação do direito com fundamento na concepção que o tem como fato social, são adequados os métodos preconizados pelas orientações de Cunho Sociológico, que segundo LUIZ FERNANDO COELHO, "principia pela escola da livre investigação científica e manifesta-se mais fortemente na escola do direito livre e na Jurisprudência sociológica dos Estados Unidos" (2:197).

Tais orientações metodológicas, que ⁴LUIZ FERNANDO COELHO denomina zetéticas, porque, diferentemente da orientação puramente dogmática, "colocam em primeiro plano o conteúdo social e ideológico do direito" (2) permitem seja efetuado trabalho hermenêutico compatível com a concepção sociológica do direito, importando no trato da matéria de modo vinculado aos micro e macro-movimentos verificados na sociedade.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão restam algumas considerações sobre a árida matéria tratada no bojo da teoria geral do direito.

Não se pode conceber a aplicação do direito, que faz trazer resultados de alta relevância para a vida de cada homem e da sociedade, seja pelos advogados, ao elaborar as petições, continentes da pretensão que decorre do conflito instaurado no seio da sociedade, seja pelos magistrados, no mister de prestar a tutela estatal do direito, sem que, ao menos palidamente, exista conhecimento a respeito do ser, do conhecer e das conseqüências desses entendimentos na aplicabilidade do direito.

Entenda o advogado que o direito deriva da norma, criada pelo legislador, no mais das vezes sem qualquer consideração de ordem histórica, sociológica ou ideológica, e o resultado de seu trabalho fatalmente será normativista, dogmático, frio mesmo.

Busque o magistrado o ser do direito nas origens ideológicas do direito, e outra será a orientação do decisório.

Entenda-se o direito como ato social, e necessariamente deverá ocorrer a adequação do resultado de sua aplicação a cada caso concreto, emergente dos conflitos sociais, sob o enfoque da evolução da sociedade, prestando-se o devido cuidado aos novos anseios, às mutações e ao desenvolvimento verificado nos grupos sociais, seja a nível de mentalidade, de cultura, de tecnologia.

De qualquer modo, importa ao jurista saber, mesmo que em decorrência de opção que se considere, hoje, ultrapassada, as razões de seu procedimento, a partir do conhecimento da ciência com que trabalho e, antes disso, do seu reconhecimento como ciência fincada em determinados fundamentos, compatíveis com o resultado do seu trabalho.

O presente trabalho, feito sob o enfoque do direito como fato social, nem de longe representa uma opção por tal concepção. Quer significar, isso sim, um desejo de conhecimento das diversas concepções, para que, estudadas uma a uma, a opção que se fizer seja consciente e aplicada.

A restrição metodológica, típica de trabalhos monográficos desse jaez, aliada ao escasso tempo para a elaboração do pensamento sobre o tema, cuja maturação requer, por

⁴Ensina o Mestre: "a tese basilar da interpretação zetética é que o direito não é imóvel e nem vazio, mas essencialmente mutável, devendo adaptar-se às condições sempre renovadas da sociedade; o direito existe para solucionar concretos problemas sociais, em função dos objetivos sociais, e não para manter dogmas e teorias".

certo, mais do que ano de estudo diuturno, estão demonstradas no corpo do trabalho, pela evidente fragilidade científica que contém.

Resta, então, prosseguir. Buscar no ensinamento abundante dos jus-filósofos e juristas que se dedicam ao estudo da teoria geral do direito e de suas implicações, o material necessário para o conhecimento do ser do direito, nos seus mais intrínsecos aspectos para, depois, assentes os conheci-

mentos dessa ordem, pesquisar os seus dados epistemológicos e, daí, os resultados desse cabedal na aplicabilidade do direito.

O trabalho proposto foi cumprido, ressalvadas as limitações e dificuldades antes apontadas.

Viu-se aqui, a opinião da doutrina sobre aspectos de ordem ontológica, epistemológica e hermenêutica e, certamente, esse início de pesquisa servirá como base para maior aprofundamento no estudo do direito.

ABSTRACT

The study of law involves the search for its genesis as well as the analysis of its historical, sociological and cultural implications. Therefore the task of the scholar is to seek after definitions of ontological, epistemological and hermeutical aspects of law. In this dissertation I adopt the conception that accepts law as being a social fact. Starting from this point of view I try to analyse the effects that such a standpoint exerts on law in its essence, on the model of science compatible with its study, as well as on its application to concrete cases.

KEY WORDS: Law as being a social fact; Ontological aspects of law; Epistemological aspects of law; Hermeutical aspects of law.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ANDRADE, Manuel D.A. *Ensaio sobre a interpretação das leis*. 3 ed. Coimbra, Armênio Amado, 1978.
2. COELHO, Luiz F. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
3. *Teoria crítica do direito*. Curitiba HDV, 1987.
4. FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3 ed. Coimbra, Armênio Amado, 1978.
5. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. 2 ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.
6. MACHADO NETO, L.A. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1975.
7. MONTORO, Andre Franco. *Introdução à ciência do direito*. 11 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
8. REALE, Miguel. *O direito como experiência*, In: *Introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1968.