ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

REFLEXÕES TEÓRICO-METODOLÓGICAS SOBRE A CIÊNCIA JURÍDICA E SEU OBJETO

THEORETICAL AND METHODOLOGICAL REFLECTIONS ON JURISPRUDENCE AND HIS SUBJECT

Luís Fernando Sgarbossa *

RESUMO: O presente artigo propõe-se a problematizar, a partir de uma interlocução interdisciplinar que privilegia os campos da antropologia, história e sociologia, o objeto e os métodos da ciência jurídica contemporânea, procurando resgatar o valor do pensamento de autores como Eugen Ehrlich e Julius Hermann Von Kirchmann. O artigo resgata críticas à concepção reducionista do direito, baseada no positivismo, no legalismo e no estatismo, propugnando uma concepção ampla de direito, reconhecido como fenômeno humano e social multifacetário. Com base no pensamento de Paolo Grossi, propõe um resgate da visão ordenamental do direito, em lugar da concepção meramente potestativa vigente. O estudo apresenta uma crítica à abordagem meramente tecnológica do direito, em prol de uma redefinição metodológica que incremente a ciência jurídica, e sustenta que o afastamento de mitos como o do monismo jurídico pode contribuir para uma ciência jurídica do porvir, que não sucumba ante o positivismo estrito, o oficialismo e o tecnicismo estrito.
Palavras-chave: Ciência do direito. Métodos. Reducionismo.

ABSTRACT: The present article proposes to problematize, from an interdisciplinary dialog that focuses on the fields of Anthropology, History and Sociology, the object and the methods of contemporary Jurisprudence, looking for the redeeming of the value of thoughts from authors such as Eugen Ehrlich and Julius Hermann Von Kirchmann. The article makes some critical reflections on the reductionist conception of law based on positivism, in legalism and statism, advocating a broad concept of law, recognized as a rich human and social phenomenon. On the basis of the thought of Paolo Grossi, it proposes a ransom of ordinamental vision of law, in place of merely compulsory existing conception. The study presents a criticism to the purely technological approach of law, for the sake of a methodological reset that boosts the juridical science, and argues that the

* Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) e da pós-graduação na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCOnst), Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Campo Grande – Mato Grosso do Sul – Brasil.

withdrawal of myths, as the legal monism, may contribute to the future Jurisprudence not to succumb in front of the strict positivism, the officialism and the strict technicality.
Keywords: Jurisprudence. Methods. Reductionism.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 QUESTÕES TEÓRICO-METODOLÓGICAS E A CIÊNCIA DO DIREITO; 2.1 O OBJETO DA CIÊNCIA JURÍDICA E SUA COMPLEXIDADE: **o(s) direito(s)**; **3 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

As reflexões acerca do campo do conhecimento jurídico serão, aqui, desenvolvidas em dois eixos interligados por um problema fundamental, qual seja, a possibilidade de um conhecimento científico do fenômeno jurídico. Para tanto, no âmbito epistemológico, levantar-se-ão alguns questionamentos sobre a teoria e a metodologia da ciência do direito e, paralelamente, no âmbito ontológico, far-se-ão alguns questionamentos sobre o objeto dessa ciência, ou seja, sobre a própria definição de direito, sem pretensão de exaustão.

Parte-se da compreensão preliminar de que é impossível realizar uma discussão adequada sobre as possibilidades de uma ciência jurídica sem investigar, de um lado, aquilo que tem sido considerado como tal (e suas limitações) e, de outro, qual tem sido a compreensão de seu objeto de estudo. Parece plausível sustentar a impossibilidade de avançar na compreensão do campo científico-jurídico sem proceder, ao mesmo tempo, a investigações teórico-metodológicas que favoreçam na compreensão do caminho a ser trilhado para o melhor entendimento do objeto e, concomitantemente, a investigações acerca do próprio objeto do conhecimento.

Parte-se, ainda, da premissa da impossibilidade de refletir a metodologia sem discutir a teoria que, explícita ou implicitamente, a informa, bem como da impossibilidade de tratar de aspectos teórico-metodológicos sem discutir previamente aspectos prementes relativos ao objeto que se pretende conhecer, ainda que de forma provisória.

2 QUESTÕES TEÓRICO-METODOLÓGICAS E A CIÊNCIA DO DIREITO

Uma indagação inicial fundamental a ser posta em uma discussão mais profunda seria: existe realmente uma ciência do direito? Sem o intuito de responder a tal indagação, mas sem renunciar a enunciá-la como questionamento necessário, problematizar-se-á a temática inicialmente por meio de algumas considerações críticas sobre o caráter científico do conhecimento jurídico, sem qualquer pretensão de exaustão.

Questionamentos à cientificidade do saber jurídico não constituem algo novo. Como observa Azevedo (1989), a mais célebre contestação de tal caráter científico data de 1847, por ocasião de uma conferência proferida por Julius Hermann Von Kirchmann, na Sociedade Jurídica de Berlin[1]. Tal questionamento, ao que se percebe, baseia-se ao mesmo tempo em uma problematização do objeto da jurisprudência e em aspectos teóricos ou metodológicos gerais, embora sem uma formalização mais sofisticada e baseada numa noção positivista de ciência, hoje ultrapassada.[2]

Kirchmann sustenta a inexistência de cientificidade do conhecimento jurídico, com base em sua inconstância, fugacidade e contingência (NOVELLI, s.d.). Em suas palavras, os estudos jurídicos "na razão de nove décimos, ou mais, ocupam-se das lacunas, dos equívocos e das contradições das leis positivas – do que nelas há de falso, de antiquado ou de arbitrário. Seu objeto é a ignorância, a desídia, a paixão do legislador" (KIRCHMANN apud AZEVEDO, 1989, p. 32).[3]

1 Observa o autor que "deve-se a Kirchmann o mais famoso ataque contra a Ciência do Direito, enunciado em conferência pronunciada em 1847, na Sociedade Jurídica de Berlim, sob o título *A Jurisprudência não é ciência*" (AZEVEDO, 1989, p. 32). A rigor, o título da conferência foi *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, isto é, "a ausência de valor da jurisprudência como ciência", conforme observa Novelli (s.d.). "Nesse ensaio, o autor evidencia o contraste entre a lei positiva rígida e esquemática, objeto da ciência, e o 'direito assim como se mostra entre o povo e é colocado em prática por todos no próprio cerco'; direito que é 'autônomo, livre e independente' da ciência e que, como tal, pode ser chamado de direito natural'" (TREVES, 2004, p. 115).

2 Para uma crítica severa às concepções de Kirchmann, remete-se a Vernengo (1986).

3 Como observa Novelli (s.d.), a crítica aqui se baseia no pressuposto de que a ciência possui valor ao abordar os aspectos gerais e não individuais do objeto e, sobretudo,

Partindo das limitações que vislumbrava no conhecimento jurídico em função de tais características e embebido do cientificismo típico do século XIX, Kirchmann compara a jurisprudência com as ciências naturais, apontando para a enorme distância que sustenta existir entre ambos os campos (AZEVEDO, 1989). Observa, ainda, que desde Bacon o princípio da subordinação da especulação teórica à observação empírica teria produzido grandes avanços nas ciências naturais, permitindo a formulação de leis gerais e conduzindo a grandes descobertas, coisa que não teria acontecido com o estudo do direito, que o autor via como estacionário (AZEVEDO, 1989). O autor aponta também para problemas como o conceitualismo jurídico, afastado da realidade, além do "esoterismo" jurídico, na expressão de Antonio Truyol y Serra, consistente em uma hipertrofia construtiva que origina um conhecimento jurídico apartado do senso jurídico popular, sendo apropriado ilegitimamente por juristas profissionais (AZEVEDO, 1989).

Segundo Kirchmann, um dos defeitos principais da jurisprudência de sua época foi exatamente esse afastamento das origens sociais do direito, pelo que preconizava a necessidade de reaproximação do direito à percepção popular do jurídico, o que permitiria sua realização mais autêntica (AZEVEDO, 1989).

Sem cair em um "cientismo" ou "cientificismo" ultrapassado e sem a necessidade de pretender aplicar o estatuto das ciências naturais à ciência jurídica, o que seria equivocado, não se pode negar o desconforto em conceber existência de tal ramo do conhecimento **científico** hoje, haja vista não se vislumbrarem, **ainda**, uma teoria e uma metodologia consistentes e adequadas que deem sustentação àquele.[4] Com efeito, é sabido que os cânones do **conhecimento jurídico** contemporâneo de tradição romano-germânica nasceram nas universidades europeias e italianas – sobretudo, a

mutáveis. Note-se que a impossibilidade de uma ciência do singular choca-se com a orientação dessa mesma ciência, originalmente desenvolvida no âmbito da história.

4 Novelli (s.d.), após evidenciar as limitações epistemológicas da crítica de Kirchmann, reconhece um valor remanescente dela, qual seja, a de que a ciência do direito está em constante desenvolvimento, atendendo, em medidas cada vez maiores, à compreensão da realidade social.

de Bolonha –, a partir do século XII (DAVID, 2002).[5] A partir dos séculos XII e XIII, os cursos jurídicos surgiram na Europa, resgatando e fazendo uma releitura do direito romano,[6] com vistas a criar um direito erudito e uniforme e a dar formação a uma miríade de **práticos** – notários, juízes, advogados –, a partir de um resgate e de uma releitura do direito romano, mesclado a elementos oriundos de outras culturas e tradições jurídicas, com o fito de promover uma uniformidade substitutiva da situação de pluralismo jurídico precedente.[7] A base para a construção de um direito uniforme foi encontrada nas compilações do imperador Justiniano (DAVID, 2002). As universidades e o latim, nesse contexto, proporcionaram uma formação intelectual homogênea dos agentes, com a mesma metodologia ou estilo de raciocinar, calcado notadamente nos grandes manuais de lógica e de retórica (HESPANHA, 2005).

Como destacado, além das disciplinas ensinadas não corresponderem ao conhecimento de tipo **científico** nos termos contemporâneos, oriundo de pesquisas metodologicamente orientadas e controladas com vistas à demonstração e experimentação, a orientação dos cursos jurídicos era eminentemente prática, a despeito de se originarem nas universidades da época. Aceitando provisoriamente um conceito de ciência como um conjunto sistemático de conhecimentos sobre um objeto delimitado, metodologicamente orientado e suscetível de demonstração, experimentação ou verificação (ao menos em algum grau), observa-se tratar-se de conhecimento voltado precipuamente para a produção de conhecimento, sendo secundária a aplicação prática (MELLO, 2005). Já a tecnologia poderia ser compreendida adequadamente

5 Recorda Hespanha (2005) que o direito romano foi redescoberto no norte da Itália no século XII, passando a ser considerado direito do império (direito comum).

6 Como ensina David (2002, p. 43): "A hesitação era tanto menos possível quanto era certo que, em face da diversidade e da barbárie dos costumes locais, um direito se oferecia ao estudo e à admiração de todos, tanto professores como estudantes. Este direito era o direito romano. Direito fácil de conhecer: as compilações de Justiniano expunham o seu conteúdo, na língua que a Igreja tinha conservado e vulgarizado e que era o a de todas as chancelarias e de todos os sábios: o latim".

7 Hespanha (op. cit.) observa que o "direito comum", doutrina jurídica dos séculos XV a XVII, ostenta como característica distintiva a unidade, na medida em que unifica as várias fontes do direito (direito justiniano, direito canônico e direitos locais), estabelece um objeto, bem como métodos e estilos de raciocinar, comum a toda a Europa, forjados em um ensino universitário idêntico e vulgarizados pelo latim.

como um conjunto de conhecimentos – tenham eles origem científica ou não – aplicáveis na resolução de problemas concretos.

Aceitando previamente tais conceitos, ainda que sujeitos a discussões, verifica-se que, embora ambos constituam tipos de conhecimento, a ciência estaria voltada a conhecer e verificar o conhecimento, ao passo que a tecnologia estaria preocupada em aplicá-lo, independentemente de sua explicação ou origem científica ou outra. Assim, parece plausível sustentar que um conjunto sistematizado de conhecimentos poderia ser mais apropriadamente compreendido como tecnologia do que como ciência, caso seu objetivo primordial seja a pacificação social por meio da aplicação de normas jurídicas.[8]

Nas academias de direito, formaram-se várias disciplinas de caráter dogmático, calcadas na autoridade de escritos de origem romana e centradas em técnicas de operação concreta do direito, com vistas a finalidades práticas, estudando-se especialmente métodos de operação do direito (interpretação, argumentação, retórica, lógica, solução de antinomias).[9] Pode-se afirmar que a principal preocupação era de ordem eminentemente prática, a saber, de um lado, prover a tão necessária uniformização do direito, fragmentada no período feudal; de outro, prover a tão necessária profissionalização dos juristas, com vistas, entre outras coisas, à segurança jurídica.[10] Ademais, esse fenômeno não parece estar desconectado das mudanças sociais e econômicas e do advento da burguesia e do capitalismo moderno. Daqui depreende-se desde logo que, compreendendo provisoriamente a ciência como uma

8 Ehrlich (1986), em seu clássico *Fundamentos*, já apontava para o problema da confusão entre a aplicação prática e o estudo científico do direito. Sobre a discussão do caráter técnico, tecnológico ou científico do saber jurídico, remete-se à tese A do artigo de Haba (1993).

9 Remete-se, entre outros aspectos, à crítica de Ehrlich (op. cit.) relativamente ao uso extensivo do método dedutivo na ciência jurídica.

10 Vide Weber (2004), sobre a racionalização do mundo e o advento de um direito racional e formal. Nesse sentido, ainda, Hespanha (2005, p. 144, grifo nosso): "Os séculos da recepção (XIII-XVI) são, de facto, os do desenvolvimento inicial da economia mercantil e monetária européia. A este novo tipo de relações económicas seriam necessárias três coisas no plano jurídico – um direito *estável*, que garantisse a segurança jurídica e institucional necessária à *previsão* e ao *cálculo* mercantil, um direito único, que possibilitasse o estabelecimento de um comércio inter-europeu, e um direito *individualista*, que fornecesse uma base jurídica adequada à actividade do empresário, livre das limitações comunitaristas que os ordenamentos jurídicos medievais tinham herdado do direito germânico".

atividade de busca do conhecimento ou da verdade – ou "quase verdade", na expressão de Costa e Vernengo (1996) –, ainda que desprovida de aplicações práticas imediatas, o que se consolidou como "ciência do direito" a partir das faculdades de direito até nossos dias dificilmente poderia ser compreendido em termos de ciência propriamente dita.[11]

Parece concebível a compreensão segundo a qual a atividade desenvolvida nos cursos de direito, eminentemente presa à atividade prática dos juristas, como o conhecimento do direito estatal, a elaboração de contratos, a interpretação e aplicação de estatutos, a atuação processual e assim por diante, parece melhor enquadrar-se a um conceito de **tecnologia** do que de ciência propriamente dita, na medida em que constituía um conjunto de conhecimentos ("científicos" ou empíricos, não importa) voltados eminentemente a aplicações práticas e à solução de problemas práticos.[12]

Ao que parece, com o passar do tempo, tais conhecimentos ganharam o *status* de "científicos", em função do prestígio dos cursos de direito e de seus membros, devido à importância e prestígio do conhecimento assim alcunhado a partir do positivismo, sem terem ocorrido significativas alterações quanto àquilo que se compreendia como os conhecimentos que compunham dita "ciência", tampouco quanto àquilo que se compreendia como sendo seu objeto. Mesmo as grandes sistematizações do direito, como a feita por Hans Kelsen, parecem não ter conseguido vencer o desafio de dotar a "ciência" do direito de uma metodologia científica. Os instrumentos largamente utilizados no âmbito de algumas abordagens pretensamente científicas do ramo, notadamente aqueles oriundos da lógica formal, revelaram-se absolutamente inadequados.[13] Daí algumas críticas, como a realizada pelas escolas

11 Ehrlich (op. cit.) assevera que a jurisprudência, na realidade, não conhece um conceito científico de direito.

12 A ênfase dos cursos jurídicos em aspectos tecnológicos e não científicos parece ser passível de demonstração, sobretudo, na preponderância da abordagem dogmática e não zetética. Mais uma vez, remete-se a Haba (1993).

13 Remete-se à crítica de Ross (2000) quanto ao particular. Quanto à lógica, basta relembrar a tomada de consciência da impropriedade da utilização da lógica clássica no campo jurídico e a necessidade, quanto aos empreendimentos nesse sentido, de lançar mão das lógicas não monotônicas, notadamente as lógicas paraconsistentes. Vejam-se as contribuições, sobretudo, a partir do pensamento de Costa e Vernengo (1996).

do realismo norte-americano e escandinavo, no sentido de que uma ciência jamais poderia ser "normativa", como pretendia Kelsen.[14]

Além disso, o objeto do saber jurídico, depois da derrocada do jusnaturalismo, passou a ser exclusivamente o direito "positivo", estatal, autoritariamente imposto, recusando-se qualquer valor às compreensões mais amplas do fenômeno jurídico e qualquer validade a manifestações extraestatais do direito, como os costumes, salvo excepcionalmente. O objeto dessa "ciência prática", como alguns denominaram para tentar conferir coerência às inconsistências daquela "ciência" jurídica, seria o direito entendido como instrumento de controle e pacificação social (e, posteriormente, de "engenharia" social). Vislumbram-se um objeto reduzido (direito reduzido a direito estatal, autoritariamente posto, imposto e sancionado pelo Estado) e uma confusão tremenda entre métodos científicos e métodos e técnicas de interpretação e aplicação do direito estatal escrito, com vistas à pacificação e controle social, por meio da resolução de conflitos.[15]

Os primeiros buscam **conhecer** fenômenos e os últimos buscam **resolver problemas concretos**, pelo que se consideram, aqui, categorias irredutíveis umas às outras. Não é possível, salvo melhor juízo, compreender quais métodos e técnicas de interpretação (literal, léxica, gramatical, filológica, histórica, sistemática, teleológica etc.), de aplicação (subsunção lógica, ponderação, por exemplo), de resolução de conflitos de normas (como os critérios *lex superior*, *lex posterior*, *lex specialis*) e de colmatação de lacunas ou integração do direito (analogia, costumes, princípios gerais do direito) são **científicos**, até porque não buscam a "verdade" (ou quase verdade) sobre os fenômenos que (não) estudam, mas fundam-se no estabelecimento de critérios que **resolvem** (bem ou mal) problemas concretos.

14 Vide, por todos, Ross (op. cit.).

15 Isso se justifica pelo fato de, em regra, aprenderem-se nas academias de direito técnicas de interpretação e aplicação do direito e largas doses de dogmática jurídica. A metodologia da pesquisa científica em ciências sociais ou mesmo direito reduz-se à disciplina de metodologia da pesquisa científica ou jurídica, a qual, infelizmente, muitas vezes é reduzida, ainda, à concepção do ensino de normas técnicas. Comparativamente a outras ciências sociais, como a economia, a sociologia, a história e a antropologia, parece plausível concluir pela inexistência de uma discussão metodológica mínima no campo jurídico, salvo poucas e raras exceções.

Sustenta-se que, a despeito das várias correntes que, em maior ou menor medida, buscaram renovar a discussão teórica e metodológica acerca do direito, como, por exemplo, as diversas orientações filiadas ao denominado "realismo jurídico", não se obteve êxito em criar um modelo capaz de rivalizar com o paradigma ora dominante no campo jurídico (normativismo positivista) e muito menos em provocar uma séria contestação (na prática cotidiana do cultivo do direito na maioria das universidades) das premissas da "ciência" jurídica normativista.[16] Portanto, colocando-se sinteticamente o problema, ao que parece não se possui até o momento uma **teoria** que dê conta, adequadamente, do campo epistemológico do direito – eis que o normativismo há muito já demonstrou suas fraquezas, o que ficará ainda mais claro na seção sucessiva –, tampouco uma **metodologia científica** propriamente dita, que dê conta de toda a complexidade do objeto de estudo a que (supostamente) nos dedicamos.

Embora não se pretenda, como dito, impor o estatuto epistemológico das ciências naturais[17] às ciências sociais (gênero do qual uma futura ciência jurídica constituiria uma espécie), tem-se a grave situação de não se possuir uma teoria consistente que dê conta de orientar uma ciência e, ainda, sequer um aparato metodológico adequado à compreensão do objeto. Deve-se reconhecer, porém, que um número crescente de juristas e cientistas sociais que se ocupam do direito tem, em muitos casos pela percepção dos problemas e limitações da "ciência jurídica", aproximado esse ramo do conhecimento de outros afetos às ciências humanas e sociais, como a antropologia, a sociologia, a economia, a psicologia, a história, a geografia, a ciência política, entre outros.[18]

Tais aproximações têm sido muito valiosas e produzido resultados instigantes que evidenciam as potencialidades futuras na superação de alguns vícios que limitavam demasiadamente as perspectivas e os horizontes do estudo do direito. Nada obstante, apesar de todos os bons frutos e potencialidades de tais aproximações, parece se estar diante de mera interdisciplinaridade

16 Em nosso juízo, as correntes que chegaram mais próximas de uma séria contestação e oposição ao formalismo (eis que se opunham ao positivismo jurídico norte-americano do estilo de Langdell) foram as realistas.

17 Até porque este também se encontra em crise paradigmática.

18 Veja-se, por todos, Santos (2000, 2010).

e, raras vezes, de transdisciplinaridade. Propugna-se que algo mais radical seria necessário e desejável: a apropriação interna de métodos e técnicas de investigação oriundos de outras ciências para a construção de uma ciência do direito.[19] Vale dizer, após uma redefinição (que se considera necessária) do objeto da ciência jurídica (afinal**, o que é o direito?**) e de acordo com essa redefinição, faz-se necessária a adoção sistemática de métodos e técnicas de investigação apropriados, como, por exemplo (aqui se trata de mera especulação), questionários, entrevistas, observação sistemática, observação participante, método diagramático, estatística, teoria dos jogos, análise combinatória, lógicas não clássicas, métodos comparativo, genealógico, sincrônico, diacrônico, entre outros. No entanto, antes de serem utilizados paralela e externamente, de maneira assistemática, tais procedimentos metodológicos poderiam ser combinados em torno de uma teoria integradora que desse consistência à sua utilização, para evitar um sincretismo metodológico de efeitos dúbios.

É prudente consignar que não se ignoram as diversas modificações do próprio conceito de ciência, operadas pelos avanços no campo da epistemologia, a partir do pensamento de autores como Hanson, Polanyi, Kuhn, Toulmin, Lakatos e Fayerabend, que relativizaram significativamente as noções acerca de ciência presentemente em vigor (NOVELLI, s.d.). No entanto, parece plausível afirmar que não se pode aceitar, por isso, que o que se compreende ainda largamente como "ciência" jurídica seja realmente concebido como tal apenas por tradição e é com preocupação que se vislumbra, ainda, a inexistência de um questionamento mais amplo e de um debate mais intenso quanto à metodologia a ser empregada no âmbito jurídico para viabilizar um conhecimento científico adequado ao objeto, cuja complexidade evidencia-se em parte na seção seguinte.

19 Entende-se, aqui, que é diferente utilizar aportes da economia, sociologia ou história como apoio ou suporte às investigações para, em seguida, prosseguir com estudos "dogmáticos". Parece ser necessário redefinir metodologicamente a "ciência" do direito, introduzindo nela a metodologia e as técnicas de pesquisa e de investigação científica das demais áreas, como feito por outras ciências, como a economia.

2.1 O OBJETO DA CIÊNCIA JURÍDICA E SUA COMPLEXIDADE: **o(s) direito(s)**

Além das questões mais propriamente metodológicas, brevemente abordadas, e claramente conexas a elas, encontra-se a questão da definição do objeto da pretendida ciência jurídica.

Há bastante tempo, o positivismo, com seu ceticismo metafísico característico, não só baniu as temáticas jusnaturalistas do campo da investigação jurídica, mas igualmente promoveu um reducionismo do direito ao direito positivo, posto ou estatal, vale dizer, o direito criado e estabelecido autoritariamente por algum órgão estatal, seja precipuamente o legislador, nos sistemas romano-germânicos, seja precipuamente o juiz, no sistema do *Common Law*. Deu-se o que alguns historiadores do direito, como Grossi (2000), denominam "absolutismo da lei", passando a lei imposta pela estatalidade a ser compreendida como a única fonte do direito. Houve, assim, artificialmente, uma imensa simplificação do objeto de estudo de uma possível ciência jurídica, reduzindo-o ao direito estatal positivo. Com isso, excluiu-se do campo da investigação jurídica propriamente dita toda uma gama de possíveis manifestações extraestatais do direito.

Ocorre que, ao que parece, analisando com maior vagar a questão, o direito consistiria em um fenômeno muito mais complexo do que na simples manifestação de normas postas autoritariamente pelo Estado e garantidas pelo aparato estatal. Investigações históricas e antropológicas, assim como sociológicas, estão a demonstrar que o direito é fenômeno que provavelmente preexiste à própria estatalidade e à sua verbalização. Assim, a história do direito e a antropologia jurídica, bem como a sociologia jurídica, têm demonstrado que, a par da concepção de direito estatal ou positivo, existem outras concepções do fenômeno jurídico que são irredutíveis ao último, sem necessariamente remontar a algum tipo de jusnaturalismo ou outra concepção metafísica.

Antes da afirmação de uma antropologia jurídica como ramo da antropologia, existia uma compreensão difundida entre os antropólogos no sentido de que o direito era uma exclusividade das complexas sociedades

modernas, inexistindo em sociedades sem Estado e sem escrita, a qual era esposada por ninguém menos do que Radcliffe-Brown, um dos expoentes da antropologia.[20] Posteriormente, uma completa revisão desses conceitos foi promovida por Malinowski (1922), evidenciando a existência de um ordenamento jurídico mesmo em sociedades simples ou sem centralização do poder (as ditas sociedades "acéfalas" ou sem institucionalização do poder). Seus estudos e outros que se sucederam evidenciaram que, a despeito da inexistência de um poder estatal, de tribunais permanentes ou de juristas profissionais, haveria em toda sociedade uma concepção de direito. O conceito estrito de direito de Radcliffe-Brown[21] cedeu passo ante a concepção ampla de direito de Malinowski (GRANDE, 1996).

Diversos estudos passaram a demonstrar e a investigar manifestações jurídicas em sociedades simples e acéfalas, utilizando métodos inovadores para a compreensão do direito naquelas sociedades.[22] Conforme Elisabetta Grande (1996, p. 470):

20 Tal compreensão decorre exatamente da concepção reducionista do direito estabelecida pelo positivismo jurídico, segundo a qual, onde quer que não se encontre o Estado, as leis escritas, os tribunais e os juristas profissionais, não haverá direito.

21 Conforme observa Grande (1996, p. 468): "*Definizioni della regola giuridica – quale quelle fornite da A. R. Radcliffe-Brown – in termini di norma la cui osservanza risulta garantita dall'applicazione di una sanzione da parte di un potere politicamente organizzato che dispone della forza, unite all'imperante rigido positivismo che in Europa continentale aveva portato a identificare tutto il diritto con un codice scritto e nel mondo di common law alla ferrea applicazione della regola stare decisis nella sua formulazione classica, fondano nei giuristi e negli antropologi dell'inizio di questo secolo il convincimento che nelle società a struttura elementare, prive di un'autorità centrale, di codici, di corti ufficiali e di polizia non sia dato rinvenire alcuna forma di diritto*". "Definições da norma jurídica – como aquelas propostas por A. R. Radcliffe-Brown – em termos de norma cuja observância resta assegurada pela aplicação de uma sanção por parte de um poder politicamente organizado que dispõe da força, aliadas ao rígido positivismo jurídico imperante, que na Europa continental tinham levado à identificação de todo o direito com um código escrito e, no mundo do *common law*, à férrea aplicação da regra da *stare decisis* em sua formulação clássica, fundam nos juristas e nos antropólogos do início deste século a convicção de que, nas sociedades de estrutura elementar, carentes de uma autoridade central, de códigos, de cortes oficiais e de polícia não seja possível encontrar qualquer forma de direito" (Tradução nossa).

22 Um exemplo importante consiste na obra *The Cheyenne way*, de Edward Adamsom Hoebel e Karl Llewellyn (GRANDE, op. cit.).

> *Dopo lo studio di Hoebel e Llewellyn la questione se le società prive de scrittura, di corti, di giuristi, di legislatori e di potere centralizzato potessero avere un diritto fu definitivamente risolta in senso positivo e con essa furono accantonati in buona misura anche i tentativi di dare una definizione restrittiva del concetto di regola giuridica e di diritto*.[23]

Entre as inovações metodológicas que possibilitaram a pesquisa do direito em sociedades simples, encontra posição central o denominado *case method*, por meio do qual se busca superar os problemas da inexistência de um direito escrito e estabelecido por leis emanadas da autoridade política (em alguns casos inexistente), estudando o teor do direito dos povos simples a partir de casos concretos e sua resolução dentro daquela sociedade.[24]

Posteriormente, outras orientações – até mesmo críticas ao *case method* – surgiram; no entanto, desde então, ficou afastado o **dogma** no sentido da exclusividade do fenômeno jurídico relativamente às sociedades complexas e a questão metodológica passou a ser objeto de sistemática atenção. Além disso, os desenvolvimentos da antropologia jurídica infirmaram as concepções evolucionistas, evidenciando não apenas que o direito não constituía monopólio estatal, deitando antes suas raízes mais profundas na sociedade e em sua cultura, como também que o método jurisdicional de solução das controvérsias estava longe de ser o ápice de um processo linear e cumulativo de progresso, evidenciando-se o valor de outras formas de solução de controvérsias.[25]

23 Tradução nossa: "Após o estudo de Hoebel e Llewellyn a questão de saber se as sociedades sem escrita, sem tribunais, sem juristas, sem legisladores e sem poder centralizado poderiam possuir um direito foi definitivamente respondida em sentido afirmativo e com isso foram afastadas em boa medida também as tentativas de dar uma definição restritiva do conceito de norma jurídica e de direito".

24 A criação do *case method approach* é atribuída a Hoebel e Llewellyn, com seu clássico estudo (GRANDE, op. cit.). Os avanços proporcionados por ele na antropologia jurídica evidenciam a conexão entre o conceito de direito e a metodologia de seu estudo científico, bem como suas influências recíprocas.

25 A emergência do *Alternative Dispute Resolution Movement*, nos Estados Unidos, está diretamente vinculada a essas concepções (GRANDE, 1996). Sobre as mudanças na concepção dos métodos de solução de controvérsias e sobre o *extended approach method*, remete-se a Grande (op. cit.).

Mais do que isso, a antropologia jurídica acabou por demonstrar mesmo que sequer a linguagem escrita é imprescindível para o fenômeno jurídico, verificando-se este mesmo em sociedades nas quais a escrita era desconhecida, as sociedades ágrafas. Como observa Grande (1996, p. 479), uma das principais contribuições da antropologia jurídica para com o conhecimento do direito é justamente o fato de ter evidenciado que "*regole giuridiche e principi generali non sono dunque assenti nella società senza scrittura e senza stato*",[26] o que tem amplo impacto tanto na redução do direito ao direito estatal quanto na sua redução ao direito escrito. Alguns estudiosos têm dedicado sua atenção até mesmo a um **direito mudo**,[27] que seria não apenas não escrito, mas também sequer verbalizado, o que tem demonstrado as potencialidades de uma análise mais profunda do fenômeno jurídico para sua compreensão, além da extrema complexidade do direito.[28]

Assim, a antropologia jurídica e seus avanços têm enorme impacto sobre a concepção de direito e suas noções positivistas, normativistas e estatais, na medida em que evidencia a transcendência do fenômeno jurídico relativamente à esfera do estatal e, ainda, à própria redução ao escrito ou – até mesmo – à verbalização.[29]

26 Tradução nossa: "Normas jurídicas e princípios gerais não estão, portanto, ausentes nas sociedades sem escrita e sem Estado". Observa-se com a autora que: "*La verbalizzazione di regole generalmente applicabili* è *inoltre legata ancora una volta alla presenza dello stato che, come ci insegna Paolo Grossi, in nome della regola generale, astratta ed impersonale calpestra ogni peculiarità concreta*" (GRANDE, op. cit., 479). Tradução nossa: "A verbalização de normas aplicáveis de maneira geral é, além disso, ligada uma vez mais à presença do Estado que, como nos ensina Paolo Grossi, em nome da norma geral, abstrata e impessoal, pisoteia qualquer particularidade concreta".

27 Veja-se, sobre o tema, Sacco (2007).

28 Sacco (op. cit.), professor da Universidade de Turim e estudioso da antropologia jurídica e do direito comparado, tem estudado e desenvolvido a teoria dos **formantes jurídicos**, de cunho estruturalista, por meio da qual se busca evidenciar, pelo método comparativo, a dissociação dos formantes legal, jurisprudencial e doutrinário (entre outros) e a existência de regras ocultas e não verbalizadas em **qualquer** ordenamento jurídico (inclusive nos ordenamentos das sociedades complexas modernas ocidentais).

29 Como observa Grande (op. cit., p. 489): "*L'antropologo del diritto* è *in tale compito agevolato dal fatto che le sua ricerche lo pongono a contatto con società in cui difficilmente è avvenuto il divorzio, classico del mondo giuridico occidentale, fra diritto e tradizione*". Tradução nossa: "O antropólogo jurídico é auxiliado nessa tarefa pelo fato de que suas pesquisas o colocam em contato com sociedades nas quais dificilmente se verificou a separação, clássica no mundo jurídico ocidental entre direito e tradição". Sobre

Historiadores do direito têm levantado, igualmente, evidências significativas que apontam para a complexidade do direito e, ao mesmo tempo, para as insuficiências da sua concepção positivista-normativista. É o caso de Grossi (2000), que, em sua obra *Direito entre poder e ordenamento*, evidencia a distância que medeia as concepções potestativa e ordenamental do direito, com base no pensamento de Santi Romano. Com efeito, o autor demonstra que, anteriormente à concepção contemporânea de direito como ordem potestativa **imposta** pelo Estado, pelo poder centralizado, vigorava outra, mais ampla e compreensiva.

Tal concepção compreendia o direito como um fenômeno social, imanente à própria sociedade, interpretando atos legislativos ou judiciais muito mais em um sentido de **declarar** o direito vigente do que estabelecê-lo.[30] Nesse sentido, o magistério de Grossi (2000, p. 96-97) parece ser exemplar, ao evidenciar que, durante a Idade Média, diante da ausência de um poder político central, foi possível ao direito recuperar toda a sua onticidade ordenante:

> O direito, aqui, é sobretudo, *ordo*, ordem, não assegurada pela coerção de uma ordem de polícia, mas em vigor nos estratos mais profundos da sociedade; uma ordem que espera somente para ser lida, conhecida, manifestada, porque já está escrita com características indeléveis. [...] O resultado é claro, e é um grande momento: o direito nasce de baixo, existe uma prevalente dimensão objetiva, permanecendo no Príncipe o papel respeitável, mas secundário, de manifestador público das regras através dos trâmites da promulgação.

Em tal concepção, o direito era profunda e inerentemente social em sua essência e existência, tendo natureza predominantemente consuetudinária – e

inúmeros aspectos extremamente instigantes acerca do pluralismo jurídico, do direito das sociedades sem escrita e sem Estado e do "direito mudo", isto é, não verbalizado, remete-se, por todos, a Sacco (2007).

30 Concepção muito similar está presente em certa corrente de pensamento do *Common Law*, segundo a qual as decisões judiciais efetivamente não **criariam** o direito aplicável, antes **revelariam-no** a partir do *Common Law*. São célebres, no entanto, as polêmicas entre a teoria declaratória e a teoria constitutiva da jurisdição, a partir de autores como Blackstone, Bentham e Austin.

não estatal – e sendo concebido como declarado pelas autoridades, e não por elas criado, sendo interpretado e não criado pelos juristas (GROSSI, 2000).

Como observa Grossi (2000), este é um direito de compleição totalmente diversa daquela do direito estatal contemporâneo, conforme é por nós compreendido. Tal concepção ordenamental de direito traduz-se em um direito que:

> [...] pode registrar e registra a complexidade do social. Não a oprime, não a reduz, como acontece debaixo daquela capa de chumbo que chamamos Estado, poder político voraz e totalitário, que será a presença que caracteriza a modernidade européia continental: simplesmente a registra com a máxima felicidade (GROSSI, 2000, p. 98).

Posteriormente, com o advento da modernidade e a centralização do poder nas mãos do soberano do Estado moderno, verificou-se uma concepção não mais ordenamental, mas potestativa do direito, reduzindo-o a instrumento de governo e à expressão da vontade do soberano. Em tal fase:

> O direito se resume e se conecta sempre mais ao poder; aliás, o expressa. O direito se subjetiva, ou seja, se encarna sempre mais na vontade do Soberano, uma vontade muitas vezes arbitrária e que geralmente coincide, como adverte com desenvoltura Jean Bodin no final do Século XVI, com a sua vontade, ou seja, com a mais indiscutível das dimensões do sujeito. A lei perde aquele duplo caráter de ordenamento e de ato racional (que já pareciam insensatas limitações ao poder do Soberano), é ato de vontade, é ato de império, é comando. O direito se vê reduzido ao grau de instrumento de controle social, se tornando um artifício, uma criação do titular da soberania (GROSSI, 2000, p. 100).

Devem ser recordados, ainda, necessariamente, os aportes da sociologia do direito à compreensão desse fenômeno, como, por exemplo, a partir da obra de Ehrlich (1986), precursor e figura principal da orientação

denominada **direito vivo** (*Lebensrecht*), que resgatava exatamente tal caráter pré e extraestatal do direito.

Ehrlich (1986), em sua obra principal, evidencia as raízes social e extraestatal do direito, deduzindo daí as limitações dos estudos jurídicos de então e a necessidade de fundação, a partir do caráter social do direito, de uma verdadeira ciência jurídica (TREVES, 2004). Nas palavras de Treves (2004, p. 120), a tese de Ehrlich sobre a ciência jurídica assenta-se na premissa de que sua tarefa seria:

> Conhecer e descrever o concreto e não o abstrato, os fatos, não as palavras e, portanto, tem por objeto não somente o direito 'válido para os tribunais e órgãos de autoridade', mas também, e especialmente, o direito vivente que, 'não formulado em proporções jurídicas, regula toda a vida social.[31]

Em outras palavras, Ehrlich é outro autor que escapa à visão estatal e reducionista do jurídico, percebendo as dimensões de amplitude do objeto e, conjuntamente, a insuficiência do ferramental dos estudos jurídicos para a adequada apreensão da realidade complexa e rica do fenômeno jurídico (TREVES, 2004).

Ehrlich sustenta que a maior parte do direito origina-se imediatamente da sociedade, sendo a regulação jurídica formal posterior, pelo que a norma jurídica seria condicionada pela sociedade, aplicável **se** e **na medida em que** observe seus pressupostos sociais. O autor distingue normas de organização, regentes da vida social propriamente dita, das normas de decisão, que se dirigem, sobretudo, para os juízes e cujo papel não é estruturar a sociedade, mas proteger sua estrutura e resolver os conflitos (TREVES, 2004).

É de se observar, com Treves (2004), que dez anos antes da obra fundamental de Hermann Kantorowicz, propugnando pela livre investigação do direito, em 1903, Ehrlich já sustentava a livre investigação do direito e

31 Observa Treves (2004) que, para Ehrlich, a pesquisa empírica do direito dar-se-ia pelo exame de contratos, sentenças e outros documentos, mas também, e precipuamente, pela observação direta da vida social, com seus intercâmbios, hábitos, costumes, tanto de grupos sociais reconhecidos quanto de grupos sociais ignorados.

uma ciência do direito que não o identificasse com a estatalidade e que se desviasse das falácias da completude do ordenamento jurídico estatal.

3 CONCLUSÃO

Percebe-se, desta brevíssima e não exaustiva incursão nos campos da antropologia jurídica, da história do direito e da sociologia jurídica, que o objeto de uma ciência jurídica não é óbvio, não sendo evidente que se reduza ao conjunto de normas produzidas pelo Estado.

Naturalmente, os avanços induzidos na compreensão do fenômeno jurídico no campo de outras ciências devem ter repercussão no campo do estudo jurídico (a menos que se pretenda permanecer **dogmaticamente** vinculado a uma concepção estatal e normativista de direito), devendo o próprio objeto de uma ciência jurídica ser estabelecido. Sustenta-se, nesse ponto, que seria imprescindível o abandono de uma concepção legalista e estatal do direito (**direito como direito positivo**), por excessivamente reducionista e insatisfatória, em prol de uma concepção ampla (**direito como fenômeno humano e social multifacetário**). Assim, o objeto das investigações jurídicas retomaria sua complexidade, permitindo um estudo verdadeiramente científico e não meramente técnico ou tecnológico, com vistas à aplicação prática. Tal estudo voltar-se-ia ao esforço de ser **descritivo** do direito (posta a tarefa primordial da ciência de compreender e explicar os fenômenos que constituem seu objeto) e jamais prescritivo.

Naturalmente, o conjunto de conhecimentos produzidos a partir da atividade de pesquisa científica sobre o jurídico poderia vir a ter aplicações práticas posteriores, mas este não deveria ser seu intuito primordial. Seria imperativo separar o âmbito mais estritamente **tecnológico** do direito (seu estudo com vistas à aplicação prática) de seu âmbito mais estritamente **científico** (seu estudo sistemático, metodologicamente controlado e em busca de um saber fundado).

Do quanto foi visto na segunda seção a partir da sociologia jurídica, da história do direito e da antropologia jurídica, resta claro que o próprio objeto da ciência jurídica parece reclamar uma redefinição e readequação.

Com efeito, não pode o saber jurídico permanecer isolado dos novos conhecimentos acerca de seu objeto trazidos por outras áreas do conhecimento, pelas demais ciências humanas e sociais.

A revelação pela sociologia, antropologia e história do direito da irredutibilidade do fenômeno jurídico à estatalidade e à linguagem escrita (ou mesmo a qualquer linguagem) evidencia as profundas raízes sociais, culturais e, quiçá, psicossociais do direito. Por sua vez, a visão ordenamental do direito, trazida, entre outros, por Grossi (2000), evidencia outro aspecto fundamental desse direito, qual seja, sua irredutibilidade a um conceito meramente "potestativo", indicando que aquelas raízes sociais e culturais redundam em sua dimensão ordenamental, que não deve ser descurada, visão de intrigante proximidade com a concepção de Ehrlich (1986).

De fato, a redefinição do objeto exerce notável impacto sobre os aspectos metodológicos, os quais deveriam ser construídos a partir das complexidades e peculiaridades daquele, mediante métodos experimentados pelas demais ciências, sobretudo, humanas e sociais. Tal redefinição, evidenciando a imensa e insuspeita complexidade do objeto de estudo, oculta durante tanto tempo sob as crenças difundidas pelo positivismo jurídico, terá impactos teóricos, analíticos e metodológicos que exigirão um enorme esforço de sistematização e reorganização dos métodos e técnicas de estudo e pesquisa do direito, de modo a favorecer imensamente o advento de uma verdadeira ciência jurídica, que não mais se reduza a aspectos fugazes e circunstanciais do direito, como denunciava Kirchmann ainda no século XIX, mas que lance luzes sobre seus aspectos mais profundos e importantes.

Em suma, conforme evidencia Grossi (2000), o afastamento dos mitos da lei, do monismo jurídico e de outros correlatos revela outro direito e, portanto, outro objeto para a ciência jurídica, em toda a sua complexidade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

COSTA, Newton C. A. da; VERNENGO, Roberto. Sobre algunas lógicas paraclásicas y el análisis del razionamiento jurídico. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 19, p. 183-2000, 1996.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René E. Gertz. Brasília, DF: UnB, 1986.

GRANDE, Elisabetta. L'apporto dell'Antropologia alla conoscenza del diritto. **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli, anno XIV, n. 3, p. 467-500, set. 1996.

GROSSI, Paolo. **Direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Rio de Janeiro: Del Rey, 2000.

HABA, Henrique P. Kirchmann sabía menos... pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnostico, más algumas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 14, p. 269-317, 1993.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Boiteux, 2005.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Argonauts of the Western Pacific**: an account of native enterprise and adventure in the archipelagos of Melanesian New Guinea. London: Routlege and Kegan Paul, 1922. (Studies in Economics and Political Science, n. 65).

MELLO, Luiz Gonzaga de. **Antropologia cultural**: iniciação, teoria e temas. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

NOVELLI, Mariano H. Las ideas de Kirchmann acerca de la ciencia jurídica: consideraciones sobre epistemología y derecho. **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, p. 103-109, s.d.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Bauru: Edipro, 2000.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

TREVES, Renato. **Sociologia do direito**: origens, pesquisas e problemas. Tradução de Marcelo Branchini. 3. ed. Barueri: Manole, 2004.

VERNENGO, Roberto J. Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho?. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 3, p. 289-295, 1986.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. 4. ed. Brasília, DF: UnB, 2004.

Correspondência / Correspondence:

Luís Fernando Sgarbossa
Av. Costa e Silva, s/n, Universitário, CEP 79.070-900. Campo Grande, MS, Brasil.
Fone: (67) 3345-7425.
Email: lfsgarbossa@uol.com.br

Recebido: 10/12/2014.
Aprovado: 02/03/2015.

Nota referencial:

SGARBOSSA, Luís Fernando. Reflexões teórico-metodológicas sobre a ciência jurídica e seu objeto. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 17, n. 1, p. 209-229, jan./abr. 2015. Quadrimestral.