

Nem sempre, é certo, guardou nessa sua atividade de sociólogo-jornalista a fleugma que de ordinário caracteriza o homem de ciência ou o *scholar* acadêmico. Deixou-se por vezes contagiar pela própria leviandade chamada jornalística. Resvalou em excessos. Cedeu a paixões. Investiu contra *ismos* que caricaturou, atribuindo-lhes característicos monstruosos — o militarismo prussiano, por exemplo — e extremou-se na apologia de outros *ismos* que exaltou, considerando-os expressões quase angélicas de gênio político; o imperialismo democrático dos anglo-saxões.

Mas sempre honesto, sempre viril, sempre leal a si mesmo tanto na sua capacidade de indignar-se, como, no gosto que conservou, já velho, a barba outrora românticamente loura de todo embranquecida pelo tempo, de manifestar entusiasmo e de exprimir admirações. E embora na aparência, hierático, sempre de fraque, quase sacerdote quando revestido da beca de doutor, não se fechava nunca em professor universitário frio, impessoal e neutro. Daí suas conferências — algumas de duas horas de extensão — atraírem multidões cosmopolitas de jovens que o aplaudiam por vezes com estridor: batendo com os pés no assoalho, com as mãos, sobre os bancos, como é costume entre os estudantes de alguns países, onde o rito das palmas não vigora nos meios acadêmicos. Outras vezes reagiam os jovens contra o mestre irreverente, recebendo com um silêncio hostil e até áspero suas palavras de crítica a grandes figuras do dia — a Woodrow Wilson, por exemplo. Giddings, uma ou outra vez, sorria dêsses silêncios hostis de estudantes mais ou menos convencionais não apenas contra o mestre irreverente. Sorria benévola. Não cortejava, porém, estudantes. Como não lhe faltasse “sense of humour”, compreendia suas reações desfavoráveis ao que havia de impopular, de diferente, de contrário às modas intelectuais ou políticas, em algumas das suas idéias e em várias das suas opiniões de homem independente.

Ciência do Direito e conhecimento histórico

NELSON NOGUEIRA SALDANHA

“Assim como não me é possível separar a teoria do conhecimento dos grandes problemas da história das estruturas do espírito humano, tão pouco posso separar a ética, da história das formas de ethos” (MAX SCHELER, *Ética*, Prólogo à terceira edição alemã).

“A ciência do direito pode entender-se como ciência histórica e neste sentido pode-se falar de ciência como em qualquer outra história”. (BIONDO BIONDI, “A ciência jurídica como arte do justo”, in *Arte y Ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona 1953).

1. Os “saberes” jurídicos como distinção e convivência.
2. O conhecimento histórico do direito, o historicismo jurídico e as relações da história com a teoria do direito.
3. A “dogmática” jurídica diante do saber histórico.
4. Para que o saber histórico?

I

As discussões sobre os objetos das ciências chamadas humanas, nos termos em que têm sido postas no século vinte, envolvem entre outras coisas uma consideração daquilo que a herança do idealismo alemão chamou “mundo de formas”, e que

(*) Conferência pronunciada no Simpósio sobre Teoria da Ciência do Direito, realizado na Faculdade de Direito de Cruz Alta, Rio Grande do Sul, em novembro de 1969.

na filosofia cultural da época de Cassirer designava mais ou menos a variação das conexões e dos aspectos com que ou sob que o entendimento focaliza e caracteriza seus objetos.

No campo dos estudos jurídicos, a incidência de preocupações metodológicas sempre foi intensa, e sem dúvida essa intensidade parece haver crescido nos últimos tempos. Nisto vemos o resultado da longa e densa tradição especulativa que lastreou e fecundou a continuidade do saber jurídico desde Roma até nós.

Semelhante preocupação metodológica, porém, é uma espécie de requinte, e ora atua como expressão do peculiar vigor teórico do pensar jurídico, ora como calcanhar de Aquiles. Ora funda novas soluções, ora repisa equívocos e alimenta verbalismos. Ao correr de nosso século o problema das condições metódicas do saber jurídico adotou, como era óbvio, nova equipagem temática e terminológica, fabricada em grande parte sob a motivação da herança filosófica neo-kantiana e munida, entre outras coisas, de uma nova direção para a idéia de forma e para sua relação com a de matéria. Nem tudo porém foi positivo nessas novas problematizações. A pluralização, por exemplo, da idéia do *conhecimento* jurídico, dando a noção de “saberes” jurídicos ou de “ciências do direito” como alguns autores usam, foi acertada e profícua, pois os diversos ângulos (filosófico, sociológico, dogmático, histórico) se diferenciavam como áreas complementares, e se mantinha a unidade do objeto garantida pelo qualificativo. Permitia-se a variação dos aludidos saberes em função da construtividade dos vários ângulos possíveis. Mas quando se tratou de amarrar êstes ângulos em um número estabelecido e simétrico, e fixá-los em disciplinas estanques dotadas de faixas de tráfego exclusivo, o equívoco interveio: pois o estudo psicológico do direito não seria uma quarta faixa? ou esta estaria constituída pelo enfoque histórico? E como se dividiriam estas áreas?

Já se tem observado que nas outras ciências sociais (salvo talvez a sociologia) a discussão metodológica não tem provocado os transbordamentos temáticos que se verificam no caso

da do direito. Em teologia há também uma dogmática; em literatura a perspectiva histórica tem igualmente recolocado a consideração de categorias e de conceitos: vejam-se os efeitos da obra de Curtius. Na ciência jurídica, contudo, os rigorismos entrecruzados atalham como cérberos os passos do estudioso desde o momento inicial, ou seja, desde o debate sobre o conceito do direito. Evidentemente isto não é mero acaso. A ciência jurídica viveu sua continuidade, já mencionada, em permanente contacto com as correntes filosóficas e as disputas doutrinárias mais representativas do mundo denominado Ocidental, alimentando-se delas, repetindo suas posições ou nelas intervindo.

Entretanto, devemos desde logo diferenciar duas questões, que se interligam e por isso mesmo não devem ser justapostas: a questão de ser o Direito fenômeno histórico ou estrutura lógica, e a questão de saber qual a perspectiva epistemológica adequada ao estudo do que se chama “Direito”, se a histórica (histórico-sociológica) ou a lógica (e analítica). Na verdade a primeira questão tem interesse quase apenas verbal, pois considerar o direito como estrutura ou como fato histórico é algo que decorre do modo de ver. Ela se resolve na segunda questão, que é a fundamental. Mas esta ao desdobrar-se costuma recorrer àquela: se digo que a perspectiva adequada é a histórica, alego a historicidade do fenômeno jurídico. Semelhante círculo vicioso (correspondente ao limite recíproco entre a historicidade do *sum* e a historicidade do *cogito*) segue latente em grande parte das formulações metodológicas. E reaparece, por exemplo, naquela distinção entre um conceito dito sociológico do direito e outro dito jurídico: distinção um tanto equívoca, onde o acento sobre a questão da perspectiva epistêmica invade o plano mesmo da “natureza” do objeto. Nisto tudo entram, é certo, em larga parte, inclinações pessoais e simpatias temáticas, feitas da formação ou da preferência de cada um. A isto se acrescentem as estratégias retóricas e metodológicas de cada teoria, retraçando conceitos e retocando figuras.

Para que a questão da perspectiva epistêmica, ao desdobrar-se, não postule gratuitamente a questão do ser do direito, reabrindo o fundo do tonel, é preciso fundamentá-la não ape-

nas com a referência ao *direito* como tal, mas também com uma referência ao *saber* jurídico, à ciência do direito. Foi aliás com referir-se ao saber jurídico que Kantorowicz em ensaio famoso logrou recolocar o problema da definição do direito.

X X X

Mas, retornando ao problema dos ângulos, que delimitam e perfazem “saberes” jurídicos, tropeçamos com outra dúvida: não se quebraria a unidade do fenômeno jurídico com o destaque recíproco daquelas disciplinas, a sociologia jurídica, a filosofia do direito, a história e a dogmática? É *tudo* o direito que cada uma delas encara, embora o encare por seu prisma (axiológico, normativo etc.)? Ou cada um dêesses prismas “constitui” — para tomar o termo de origem kantiana — um objeto próprio? Descontemos da questão um certo ranço bizantino e mantenhamos o seu saldo. O que acontece é que a referência a tais prismas, sendo ou implicando um modo novo de delinear a questão, um modo pluralizador como já dissemos, convive ainda com uma idéia de *direito* que guarda o mesmo sentido substancialista que se lhe atribuía em séculos passados, quando predominava uma gnoseologia mais “realista” e ontologista. Daí o problema de manter-se ou não a unidade do objeto. E isto sem embargo de que, ao falar de direito *tout court*, fazendo abstração da história, o saber jurídico moderno utiliza uma imagem do jurídico que é verdadeiramente a do direito moderno, produto histórico peculiar.

Hoje, a valer o esquema dos “prismas” sob os quais se estuda o direito, êste deve ser entendido num sentido relacional e histórico-cultural. Assim, não teremos um ente ou uma essência “Direito” que se reparte em lados, em gomos — o sociológico, o histórico etc.; e sim um objeto do conhecimento que cada perspectiva configura e entende a seu modo. O enfoque histórico, por exemplo, e ao contrário do que às vezes se diz, não se limita a ver no Direito o “fato”. Êle visualiza todos os elementos do direito, incluindo-se aí os valores, as normas, as condutas, os interesses, as relações, e acentua ou revela em todos — é óbvio — sua historicidade, sua conexão com

contextos culturais. Essa historicidade não se revela em todos os elementos do mesmo modo: na “regra”, por exemplo, as transformações significam algo diferente do que nos valores ou nas condutas — significam antes metamorfose das implicações ético-culturais e do envoltório da expressão, do que dos específicos conteúdos indicativos. Quanto ao problema do convívio entre história e sociologia, não é necessário situá-las em escaninhos separados, nem rotulá-las em comum dentro de um esquema. Geralmente as divisões entre ambas são artificiais. A sociologia, ao surgir e ao aplicar-se ao direito, já encontrou a história, e de modo geral os conteúdos que se comportam dentro do “conhecimento histórico” do direito interessam à sociologia — seja como material seja como complemento. No fundo o que encaminha as linhas metodológicas é sempre a *ordem de problemas* que cada estudioso tem em mira: ela conduz argumentos e temas, exclui uns e entroniza outros.

Tomada a figura convencional do jurista diante do convencional artigo de lei, e fixando-se seu conhecimento específico como referente ao que se acha expressado, temos porém que o “problema” epistemológico só aparece propriamente quando êle pretende ou precisa ir além daquilo. Se mantivermos a referência ao verbo da norma como conhecimento específico do jurista, e se chamarmos de “técnico” ou de “dogmático” (embora não seja correto reduzir a dogmática ao mero conhecimento de textos normativos), teremos todos os outros como suplementares, e então êles estarão juntos *nesta* condição. Ocorre todavia que cada um dêstes outros modos de conhecimento — a história, a sociologia — pode reivindicar o direito de “iniciar” a questão e fazer vê-la a partir de suas coordenadas, com o que o conhecimento dito dogmático não será mais que um *outro* dentro do quadro. Em torno da norma e de sua expressão, toda indagação extra-textual será bastante idônea para implicar alguma das perspectivas mencionadas: a histórica, a filosófica, a sociológica, a psicológica mesmo. Sem dúvida o conhecimento “total” do direito deverá valer-se conjuntamente de todas as perspectivas. Não se deve porém imaginar um permanente e organizado assédio por parte destas em torno de um objeto assente e quieto chamado “Direito”: cada perspectiva

destas intervêm por conta de interesses ocasionais e assimétricos, e cada intervenção refigura o objeto, ao compasso, inclusive, da mutação histórica dos interesses e dos instrumentos cognoscitivos.

II

As mutações históricas, portanto, configuram e refiguram a formulação mesma destes problemas. Note-se que aqui tocamos na historicidade da problemática, não exatamente na do objeto, que deve ser vista através daquela: o saber jurídico é uma variável histórica que muda paralelamente ao mudar do próprio direito. Daí a magnitude da chamada perspectiva histórica: ela revela, através do crescimento histórico do pensamento jurídico, a evolução das instituições: trata-se de dois crescimentos interligados. Não se deve por isso reduzir a perspectiva histórica a simples "método", como ocorre às vezes quando se fala em método "genético" dentro dos métodos dos estudos jurídicos. A perspectiva histórica corresponde evidentemente a um tipo metodológico de trabalho, mas em verdade ela é mais do que isso: é uma visão da própria origem dos métodos e dos temas; e falamos em temas porque sob certo aspecto a adoção dos temas e da "ordem de problemas" determina grande parte dos processos, dos conteúdos e dos argumentos com que se tecem as explanações doutrinárias. Daí, repita-se, não ser o prisma histórico aplicável somente ao aspecto habitualmente dito "social", ou sócio-político, das questões jurídicas: pois o aspecto chamado "técnico" também é alcançado pela compreensão histórica. Categorias, definições, princípios, só se compreendem a fundo se relacionados às coordenadas concretas de sua plasmação e desenvolvimento. Só a história, inclusive, situa o surgimento da noção de um conhecimento "técnico" do direito. O aspecto chamado técnico é historicamente um resultado, e as condições de que resulta cabe à história encontrá-las. No problema das fontes, por exemplo, o deslinde entre o lado sóciocultural ou sóciopolítico e o lado técnico supõe um enfoque histórico. Certo que a utilização deste enfoque provém de um especial interesse: se pergunto por origens peço explicação

histórica. Mas o importante aqui é a conexão entre tal interesse e o entendimento do caráter histórico da própria problematização destes temas.

Incorreto seria, aliás, reduzir a idéia de "interpretação histórica" do direito às formulações da Escola Histórica da geração de Savigny, marcadas de naturalismo ingênuo e como circunscritas basicamente à reivindicação do *Volksgeist* e à polémica sobre o Direito Natural; em nossos dias isto é inadmissível, mas o lembrete ainda se faz necessário. Semelhante confusão equivale a confundir a sociologia com a estática social de Comte, ou o jusnaturalismo com a teoria de Santo Tomás sobre a lei natural. Estes exemplos mostram deliberadamente que não se faz sociologia sem assumir alguma semelhança com o comtismo, ainda que remota, nem se crê no direito natural sem ao menos uma pitada de tomismo, ou de substancialismo realista; mas essas pervivências e contactos se compensam e se descontam ante o que porventura haja de novo — note-se, historicamente novo — nos alicerces da sociologia posterior e dos jusnaturalismos atuais.

Também não se deve identificar o historicismo jurídico com a "casuística" que tem sido atribuída ao pensamento jurídico inglês. Não discutiremos se o pensamento jurídico inglês é realmente casuístico. O fato é que a casuística, como método ou como mentalidade, não pode confundir-se com o historicismo. No historicismo, o acento dado às diferenças, às individualidades, é passo e suporte para o mais importante: a visão das generalidades (nas quais se incluem as transformações) e da conexão, a seu modo dialética, entre generalidades e singularidades, bem como entre transformações e permanências. Também as permanências interessam ao enfoque histórico. Transformações e permanências, tal como semelhanças e diferenças, necessitam ser *situados* em contextos por meio de uma compreensão plasmadora. No plano maior de sua significação, o ponto de vista histórico se refere à plenitude da experiência vital do homem. Justapondo singularidades e generalidades, obtém-se o sentido *exemplar*, e portanto pedagógico, das realidades humanas. Será truismo dizer que o homem se educa a si pró-

prio; talvez não o seja, porém, dizer que o faz dentro da história por meio das exemplaridades que cultiva, e pela dialética das transformações e das permanências.

Assim sendo, o caso não é reduzir o saber jurídico ao relato histórico. Por sinal, Croce (glosando Vico), dizia que o autêntico conhecimento é o histórico. E em verdade seria pensável uma historicização radical das ciências sociais, por cujo intermédio todos os conceitos se tomariam como puras variáveis, nem a tipificação sendo possível: nem classe, nem *status*, nem poder, nem contrato se elevariam além da referência aos marcos cronistóricos onde têm ocorrido. Não há de ser essa, porém, a pretensão do ponto de vista histórico. Ele não nega o valor insubstituível das análises formais. Nega que elas sejam tudo. Sua intenção mais válida corresponde ao lastreamento do estudo dos conceitos, entendendo-se que êstes adquirem um contôrno próprio quando tratados pelo prisma "dogmático", mas que não se mostram bastante significativos senão quando tratados pelo prisma adequado a revelar sua origem, seu condicionamento, suas peripécias. O prisma histórico protege a serventia dos conceitos e limita a sua tirania. Logo, não se vai pretender que um Tratado de Direito Constitucional se limite a narrar a sequência dos governos ou das constituições. Pretende-se, ao tomar-se o prisma histórico, que o conhecimento desta sequência informe e baseie o desdobramento das explanações ditas sistemáticas. E que a fecundidade doutrinária daquêle conhecimento influa sôbre êste desdobramento, em têrmos de esclarecimento funcional e estimativo. Os aspectos mais importantes da história, a do direito como qualquer outra, são os que efetivamente *servem*, e nutrem, o uso de categorias, sobretudo o seu uso crítico. Sem visão histórica tôda crítica é insuficiente. Sem ela, será insuficiente qualquer condenação do formalismo: ela é que fornece a *finesse* como antídoto para o excesso de *géométrie* dos formalistas.

Efetivamente, o conhecimento histórico é o avêso do saber formalista. A experiência, de que o enfoque histórico dá conta, é por definição situada, existencial e material — material no sentido oposto a "formal". Ora o saber, nos quadros

das ciências, é tanto mais convencional quanto mais formalizado, e quanto menos formalizado, mais *compreensivo* (no sentido da "compreensão" à Dilthey e à Weber). Os resultados das formalizações matemáticas são convencionais, num grau demonstrado pela dependência que guardam em face das expressões empregadas, tal a tendência na lógica, nos argumentos e nas proposições. Mas o porquê histórico dos argumentos, ou da teoria das proposições, êste não forma um saber convencional, mas compreensivo. As significações a que tange não são função de combinações formais, sim projeção de atos humanos; são significações que enraizam no crescimento histórico da consciência do humano e na maturação dos exemplos que marcam a estrutura do histórico.

Dêste modo, só o plano histórico dos atos, que o conhecimento chama humanos, comporta referências axiológicas completas. De certa sorte, só o conhecimento histórico das coisas humanas pode livrar-se do nominalismo que ronda todo trabalho cognoscitivo; e por outro lado, o conhecimento histórico pode reduzir-se ao nominalismo guardando a chave da saída, quando as explicações que tenta o fazem necessário. O conhecimento redutível a símbolos convencionáveis está sempre à beira de esvaziar-se no nominalismo, de onde as perguntas nascidas da vida pouco retiram. O historicismo, sendo um criticismo redimensionado, domina o problema da incidência cultural das formas que estuda, e pode dar descontos no velho essencialismo sem mergulhar no ceticismo. Isso significa, também, um acréscimo de responsabilidades.

X X X

Mas voltemos à teoria jurídica. Nela o aproveitamento do material histórico tem ocorrido sempre, mas poucas vêzes as construções ditas sistemáticas o levam a plena consequência. No caso do Direito Romano, a oscilação entre o entendimento histórico e o dogmático revela duas concepções distintas sôbre o lado genético e o lado formal do direito, sôbre o tipo de interêsse do direito pretérito para o saber presente, e sôbre a conexão entre consciência científica presente e realidade jurídica.

ca pretérita. Na teoria dos tipos de constituição, o verdadeiro significado dos conceitos usados corresponde afinal de contas a situações históricas. No problema das fontes do direito, onde aliás a marca do privatismo é patente, a ausência de descontos de índole histórica tem determinado insistentes equívocos. Na questão da “verdade” jurídica — particularmente ao nível processual —, o enquadramento histórico-cultural é o mais apto a iluminar cada problema. Certas generalizações rotundas, como quando se fala de “ordem” e “autoridade”, ou de “direito racional” e “direito positivo”, seriam devolvidas ao frutífero se trazidas mais rente às delimitações históricas. Algumas vezes, segundo os padrões, o jurista expositor, aludindo a um instituto, sumariza seus estágios anteriores e passa à análise técnica, mas sem tirar, do entendimento daqueles estágios, luz suficiente para o desdobramento da análise. Claro que há exceções e em vários casos elas são modelares. Claro também que no gênero chamado direito positivo isto passa, mas não na teoria geral nem na especulação doutrinária. Não se pode refletir sobre os métodos interpretativos sem visualizar as épocas do direito e os respectivos sistemas de dar e aplicar regras; nem definir a “parte do juiz” no direito sem mencionar a diferença entre sistemas, e os sistemas se dão na história. A contrapartida, todavia, é digna de registro: falo da projeção do conhecimento sistemático sobre o histórico. Temo-la, por exemplo, quando o investigador moderno reconstitui textos arcaicos, ou ordenamentos, e lhes impõe articulação ou nomenclatura advindas, parcialmente ao menos, do acervo metodológico de seu próprio tempo. É o que fazem, *verbi gratia*, os assiriologistas.

III

Para contraste, detenhamo-nos agora um pouco diante da chamada *dogmática*. Deram-lhe um nome duro e empertigado (“infeliz palavra”, diz Calasso), forçando a semelhança das regras jurídicas com as da religião. Se lhe mantemos o conceito de saber jurídico *stricto sensu*, poderemos recuar e constatar sua existência desde os romanos. E então observaremos que a *jurisprudência* romana e a *história* vinda dos gregos foram as

duas primeiras ciências sociais naqueles remotos tempos. Coincidência digna de nota. Os historiadores antigos, todavia, pouco assimilaram da filosofia, mas esta conseguiu influir um tanto nos juristas. O convívio efetivo entre ciência da história e ciência do direito, em verdade, demorou muito a ocorrer: esboçado no Humanismo — particularmente na época do *Mos Galicus* —, tentado no Iluminismo (sejam os casos de Vico e Montesquieu), só no século XIX se estabeleceu realmente, por força do gosto romântico pelo concreto, acrescido pela motivação nacionalista que se voltava para origens e peculiaridades no estudo das instituições.

Ao se formarem a sociologia e a historiografia jurídicas, encontraram, portanto, um saber jurídico que por séculos omitira o intercâmbio com os outros saberes sociais. As alterações metodológicas posteriores pouco afetaram, por outro lado, a idéia ôntica do direito, que vinha dos tempos clássicos e que convidava ao uso dos métodos de tipo geométrico. Daí alguns descompassos. A questão metodológica, com a diversificação dos saberes sociais, invadiu, contudo, o centro das preocupações, e de cem anos para cá (desde Gerber) a terapêutica do purismo, que é ao mesmo tempo um desafio, vem colocando a interminável disputa do formalismo e do antiformalismo. Os surgimentos e ressurgimentos do formalismo têm assim essa útil função suplementar: forçam o antiformalismo a reformular-se, a reequacionar o tema da relação entre o direito e a realidade humana.

Somente um largo processo histórico permitiu que se configurasse a noção de uma ciência do direito “diferenciada” como *dogmática*, e deliberadamente separada não apenas de outros saberes sociais mas de outros saberes *jurídicos*. A expressão “ciência do direito”, como lembrou Koschaker, só veio a ser veiculada no século XIX; entretanto os civilizados refinamentos metodológicos da fase neo-kantista é que propiciaram a noção de ciência como método e a diferenciação *interna* das ciências do jurídico com base em ângulos metodológicos. Noutra época isso não teria cabido. E contudo foi esta a época em

que o material *histórico* amadureceu para servir a todos os saberes sociais.

A dogmática ora se acha definida por conta da semelhança entre o dogma teológico e a fixidade do seu “dado” jurídico, a norma, ora por uma espécie de exclusão: ela é aquêlê saber jurídico que se despojou do prisma histórico, da perspectiva sociológica, da política ou da filosofia. Constituindo-se como saber jurídico específico, ela ensejou a questão de dizer-se normativa a ciência do direito, questão que o eticismo tomista já havia colocado, falando em direito-ciência e direito-arte, e questão cujos malentendidos ainda hoje subsistem, com base no resíduo ingênuo de teorias arcaizadas ou na pretensão de teorias novas que pegam o assunto como mais um teste para suas gnoseologias. Por outro lado a dogmática, como conhecimento do direito “pelo jurista”, sempre se realizou melhor no direito privado, já pelo *privatismo* encontrável nas interpretações dominantes do direito romano, arquetípico, já pela instabilidade — via política — do direito público. Tal *privatismo* teve sérios reflexos sobre a sociologia jurídica e sobre a filosofia do direito, por suas temáticas e suas terminologias.

Ademais uma opinião, de lastro positivista, segundo a qual só é ciência o saber referente a fatos, trouxe a concepção de que a sociologia jurídica seria a verdadeira ciência do direito. Perante esta concepção, a chamada dogmática se reduziria a simples “técnica”. Superado êste momento absorvente da evolução da sociologia e de suas relações com outras disciplinas, o problema do saber jurídico *stricto sensu* como saber “técnico” foi retomado entre outros por Géný, sem, entretanto, soluções satisfatórias. Com o kelsenismo, a idéia do direito como técnica entraria em conexão com um radical formalismo epistemológico, que descartava a velha idéia ôntica do direito embora descartando também tôdas as questões éticas e ideológicas. Êste formalismo, fundado na consideração da *norma* e sobretudo de sua dimensão lógica, colocou o prestígio da dogmática em nôvo plano. Êsse destaque da norma foi possível, inclusive, dado o irreversível predomínio da *lei* como forma própria do direito objetivo. Não podemos negar a idoneidade estrutural e funcio-

nal nem a coerência interna do formalismo dêste tipo, mas é igualmente inegável o clamor das questões concretas e existenciais que o direito envolve e cujo contacto o formalismo evita por profissão de fé.

Na verdade, o conceito de norma só se torna universal, isto é, só se transfere dos estratos históricos para o plano puramente lógico, por uma abstração. Esta abstração permite falar da norma como estrutura idêntica em tôda parte, mas isto constitui um momento apenas, apenas um passo para o pleno conhecimento das realidades humanas e mesmo jurídicas contidas nas implicações da norma, que sòmente nas diferenciações da experiência se encontram e se revelam. A norma “em si” seria uma decantação vazia, sem maiores saídas para o contacto com experiências e significados. Se a análise, que a dogmática pratica, aplica-se a uma manifestação de direito vivente e aplicável, portanto situável num marco histórico, então o alcance da relação entre esta análise e êste marco deve ser julgado à luz do enfoque histórico, o qual possibilitou o problema. A intervenção do prisma histórico, além do mais, significa uma perspectivação em que a antiga idéia ôntica do direito se resolve, isto é, se refunde, sem entretanto queda no formalismo nem eliminação dos permanentes problemas éticos e ideológicos.

IV

Ficou dito que as referências históricas, no *corpus* do saber jurídico, não devem ter sòmente função periférica, ilustrativa e extrínseca. Não devem ser um mero “aliás”. Devem ser ponto de partida para investigação ou crítica, e nelas devem radicar ou repousar os significados, as tipificações, as divergências. O penalista, conhecendo a variação dos sistemas repressivos, modula as generalizações sobre a pena; o civilista, diante das teorias que cercam a problemática da chamada crise do contrato, tem no *background* histórico um feixe de explicações fecundas.

Mas, acentue-se, a teoria histórica do Direito não pode nem deve aspirar a identificar-se com a ciência do direito *in genere*

nem com seu lado “dogmático”. Isso é mais que evidente. Acontece que a questão das relações entre história e dogmática se põe quando se pensa na necessidade de o saber jurídico fazer-se reflexão crítica. É claro que dizendo “saber jurídico”, significamos aqui não o estrito conhecimento das vigências e positivities jurídicas enquanto tais, mas todo um complexo de problemas, idéias e mesmo obras, que com tais vigências e positivities se connexionam.

Repita-se que o ponto de mira histórico não cabe no simples rótulo de “método”, nem seria um método a mais para resolver os *Methodenstreiten* da teoria jurídica: êle constitui uma perspectiva ampla, que aproveita ao estudo do direito em várias de suas áreas, perspectiva aliás dentro de cuja compreensão se poderá situar criticamente a própria problemática dos métodos.

Um insistente refrão, que cabe mencionar ainda, é o que enfaticamente afirma serem os problemas da história do direito, antes problemas da história, que não de direito. Com isto se pressupõe, sem mais aquela, que o direito e seu saber excluem a história: estranha e amesquinhadora pressuposição, que nega as evidências mais avassaladoras e recusa os marcos da própria origem. Levada a plena consequência, ela significará que nas obras de um Ihering ou de um Gierke, só é saber “jurídico” o resíduo obtido com a retirada de todos os componentes históricos, e mesmo sociológicos, teórico-políticos ou ético-filosóficos que nelas porventura se encontrem. Magro resíduo, quase sempre. Não vemos como um problema de história política não seja um problema político, em nível epistemológico; nem como um caso de história da literatura escape ao enfoque da teoria literária. No direito, a ascese anti-histórica reflete condicionantes intelectuais especiais e especiais pudores metodológicos. Reflete também motivações ideológicas, cuja indicação compete, queira-se ou não, à análise de cunho histórico, ou histórico-sociológico.

Devemos contudo distinguir entre os problemas de história que interessam à ciência do direito (exemplo: as revoluções liberais, o advento do Estado Moderno, os caracteres do mun-

do feudal, as consequências de certas guerras) e os problemas históricos “interiores” ao saber jurídico (exemplo: as recepções do direito romano, as alterações legislativas, o surgimento de novos mecanismos constitucionais). No primeiro caso temos uma historicização indireta do saber jurídico, mas no segundo temos a direta. O saber jurídico é histórico tanto quanto o exige a historicidade do direito, e quanto o exige o fato de realizar-se no tempo, como saber, e de ter um auto-consciência que é cultural. A historicidade do objeto “direito” corresponde ao seu caráter de *ethos* e convivencialidade. A historicidade do saber jurídico se reflete concentradamente no processo de auto-crítica que lhe é inerente. Ou por outra: também é parte do saber jurídico o conhecimento das variações próprias dos institutos que estuda, e as dos modos mesmos de estudá-las. O que se vem chamando ultimamente “pensamento jurídico”, o pensamento referido ao trabalho do jurista ou ligado à vida do direito, é um padrão de pensamento cujas raízes históricas importam basicamente à sua compreensão.

Como nos problemas de ética, nos de direito a armação conceitual é por si só insuficiente para formulações que atinjam o âmago dos temas. Só a consideração dos contextos históricos (e neste sentido o “espiritual” se acha dentro do histórico), só esta consideração revela os conteúdos axiológicos. O saber histórico, completando o saber estritamente jurídico, ajuda a ver o direito como fenômeno global; e “dentro” do saber jurídico, ou seja, em seu feitiço interno, o material histórico realça e esclarece o significado de cada tema. Na medida em que o jurista de hoje entender assim as coisas, poderá retomar as referências históricas, que, de algum modo, sempre se fizeram dentro do trabalho dos juristas, quer no tempo de Grotius, quer no de Kelsen (em cujas obras se acham, *malgré tout*, importantes tópicos de origem histórica). Retomá-las e reestimá-las. Ver, por meio delas, que as instituições jurídicas não são imagens intemporais; que seus méritos e suas eficácias se acham presas a momentos da vida dos homens.

O mais são as tarefas definidas pelo direito positivo, pelas ramificações temáticas e pelos interesses dos que fazem o sa-

ber jurídico. As ramificações temáticas se complicam com a dimensão nacional dos ordenamentos; os interesses se reparam por incitações ideológicas e disciplinamentos metódicos. Hoje, como sempre, o trabalho está altamente adiantado mas sempre por fazer: porque, se me permitem repetir a expressão do velho Lobão, "a jurisprudência em qualquer dos seus diversos ramos he huma vasta seara". O resto, portanto, não é silêncio.

Caracterização da Sociologia Jurídica

CLÁUDIO SOUTO

1. *A imaturidade da Sociologia do Direito* — Se a Sociologia é considerada a mais jovem das ciências, cuja imaturidade mais ainda se embaraça diante da clássica complexidade da realidade social, que dizer da Sociologia Jurídica, bem menos versada e, pois, bem mais imatura? Na verdade, haverá uma verdadeira infância da Sociologia do Direito, que se evidencia até pelo bem baixo índice quantitativo de sua bibliografia específica.

O próprio Timasheff, não obstante destacar, a propósito da teoria sociológica, que "... gibt es heute eine erfreuliche Annäherung der Gesichtspunkte", de tal sorte a "mehr und mehr werden in der theoretischen Soziologie die zwischenmenschlichen Beziehungen, als die analytischen Einheiten und das System als die synthetische Kategorie hervorgehoben", reconhece como válida a assertiva de que "es noch keine allgemein anerkannte theoretische Soziologie gebe". (N. S. Timasheff, *Wie Steht es Heute mit der Rechtssoziologie?*, in *Kolner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, herausgegeben von René König, 8. Jahrgang 1956, Westdeutscher Verlag, Köln — Opladen, p. 417).

Sobre a persistência atual dessa imaturidade da teoria sociológica, veja-se Pitirim Sorokin, *Novas Teorias Sociológicas*, Trad. de Leonel Vallandro, Editora Globo, Porto Alegre, Editora da Universidade de São Paulo, 1969, pp. 5-7 e *passim*.

E se a Sociologia não conseguiu ainda, como se afirma, reunir a teoria e a pesquisa, ou pelo menos reuní-las com eficiência, que dizer da Sociologia Jurídica? Para esta, a adaptação dos métodos e técnicas de pesquisa social ao seu objeto próprio chega ser, mesmo, um trabalho pioneiro. Pesa-nos ainda, de fato, o paradoxo de um fenômeno social como o direito não ser com frequência investigado a partir de uma observação rigorosamente metódica e técnica da realidade social.