

RESENHA

A REALISTIC THEORY OF LAW, DE BRIAN TAMANAHA*

POR UMA TEORIA REALISTA DO DIREITO? O REALISMO SOCIOLÓGICO DE BRIAN TAMANAHA

Marco Antonio L. L. de Barros¹

Como apresentar uma teoria realista do direito? A pergunta não deve ser compreendida apenas como um convite para a retomada da experiência do realismo jurídico escandinavo ou do estadunidense², que ainda rende muito debate na história da teoria do direito. Em verdade a pergunta remete ao debate sobre como conciliar teoria do direito e sociologia do direito, de modo a apresentar as bases e conceitos para o entendimento em geral do pensamento dogmático do direito e ao mesmo tempo situá-los a partir da complexidade de uma sociedade global, dinâmica e contingente. A tarefa não é fácil caso o leitor admita a autonomia do pensamento dogmático do direito de forma peremptória, marcando a indiferença do fenômeno jurídico em relação à política e aos demais ambientes sociais. Resultado similar também ocorre caso a preocupação incida no reforço das diferenças entre campos sociológicos e teóricos do direito, enfatizando o estatuto científico em cada um dos lados como no debate entre Hans Kelsen e Eugen Ehrlich³.

Em *A Realistic Theory of Law* (2017), o sociólogo do direito estadunidense Brian Z. Tamanaha adota caminho diverso. Tamanaha é professor da Washington University em Saint Louis, Missouri. Suas reflexões lidam com as relações entre sociedade e direito, no campo do ensino do direito e da história e teoria do direito. Na obra em foco, na

* TAMANAHA, Brian. **A Realistic Theory of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e professor-assistente da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² Para uma apresentação, veja Leiter (2020).

³ Para uma detalhada reconstituição do debate, veja Konzen e Bordini (2019).

introdução, o autor parte do diagnóstico que o campo teórico do direito nas últimas décadas tornou-se cada vez mais abstrato, especializado e restrito, em especial referindo-se às teorias analíticas, dominadas pela corrente do positivismo jurídico, em especial os exclusivistas como Joseph Raz (1979). Para superar a clausura teórica, o sociólogo lança um duplo propósito: de um lado, articular uma teoria realista do direito; do outro, demonstrar a importância de teorias que centram o direito na sociedade, identificada no livro como teorias sociais do direito.

Segundo Tamanaha uma teoria social do direito é realista na medida em que é constituída por observações sobre o passado e a atualidade do direito, ao invés de enveredar por reflexões analíticas sobre intenções dos agentes ou por cálculos lógicos. Para além da preocupação empírica, ao longo da obra está presente a questão sobre o esclarecimento teórico do direito, movimento reflexivo capaz de situar a respectiva construção e trajetória histórica da teoria. Tanto a preocupação empírica quanto a questão do esclarecimento são um convite para o leitor lembrar que a própria teoria do direito está sujeita à influência histórica e social. Nessa perspectiva Tamanaha (2017, p. 3) sustenta que o direito possui raízes plantadas na sociedade e que se desenvolve a partir de vinculações e interações ambientais.

O compromisso assumido por uma teoria realista é examinar e operar com suas bases histórica e social. Esta constatação não é novidade para Brian Tamanaha já que em obras anteriores como *Beyond the Formalist-Realist Divide* (2010) e *Law as a Means to an End* (2006) o jurista recupera a história da tradição da teoria analítica do direito e do realismo jurídico nos Estados Unidos para ponderar sobre os conflitos da aplicação do direito. O resultado foi compreender a abrangência que o direito possui na sociedade, que serve como instrumento para resolver desacordos sobre o bem social e está enredado em diferentes experiências: ora refecendo demandas, ora viabilizando e acentuando as conquistas de lutas por reconhecimento de direitos civis e sociais. Para o sociólogo, aliás, um tratamento consequente da história do direito possibilita avançar em direção a uma nova teoria social do direito – o que se confirma em *A Realistic Theory of Law* (2017).

A obra está dividida em oito partes, incluídas a introdução já apontada e a conclusão. No primeiro capítulo (*The Third Branch of Jurisprudence*) uma terceira escola da

teoria do direito é apresentada e que se contrapõe às tradições analíticas e do direito natural. Na visão de Tamanaha, citando Hanry Maine, Rudolf von Jhering, Eugen Ehrlich e Max Weber, é importante recuperar as esquecidas teorias sociais do direito diante do predomínio das teorias analíticas no final do século XX. Neste capítulo inicial é enfatizada a importância da obra do Barão de Montesquieu, filósofo que inaugurou a importância da tomada de consciência social para refletir a relação entre direito e política. Segundo o jurista Montesquieu apresentou uma série de observações sobre a diversidade institucional, o que marca sua importância para o campo já que o filósofo francês enfatizou que “(...) o direito se desenvolve de forma orgânica em atenção às necessidades por mudanças sociais” (TAMANAHA, 2017, p. 16, tradução nossa)⁴.

Nos capítulos segundo (*What is Law?*) e terceiro (*Necessary and Universal Truths about Law?*), levando em frente uma teoria social do direito, Tamanaha avança sobre o conceito de direito e evita a redução do conceito a um conjunto canônico de regras (*rule systems*). Pressupondo uma ontologia social, o sociólogo argumenta que o direito é um tipo distinto de sistema normativo por se apoiar em três níveis de reconhecimento social e que estão autoimplicados. Prevalece certo convencionalismo em Tamanaha, pois o critério de validade das normas jurídicas repousa, em última análise, num reconhecimento social da existência de normas jurídicas, das autoridades responsáveis pela aplicação e da própria capacidade das autoridades reconhecerem as normas como válidas e eficazes. O jurista confirma o argumento hartiano de que as práticas convencionais constituem a experiência do direito, mas lembra que não basta identificar formalmente o que é considerado direito, pois prevalecem múltiplas práticas convencionais e que são profundamente enraizadas na sociedade (TAMANAHA, 2017, p. 77).

Em complemento ao convencionalismo, no quarto capítulo (*A Genealogical View of Law*) Tamanaha justifica como o reconhecimento social do direito é uma conquista específica de um direito em continua transformação, apresentando uma genealogia jurídica. Influenciado por uma leitura weberiana, o sociólogo parte da descrição do aumento de complexidade social para reforçar o caráter histórico da experiência jurídica:

⁴ No original: “(...) law develops organically in connection with the needs of a changing society” (TAMANAHA, 2017, p. 16).

das experiências jurídicas dos clãs e tribos alcança casos centralizados da profissionalização da carreira jurídica nos impérios e, depois, da secularização do direito moderno. Tamanaha apresenta – de modo panorâmico – a dinâmica social subjacente às experiências jurídicas para justamente marcar a riqueza e pluralidade de desdobramentos. Considerando o propósito da obra, o saldo da reconstituição é indicar que uma visão realista do direito expõe a sua dimensão instrumental, normas e decisões jurídicas são historicamente construídas para promover distintos interesses na sociedade.

No quinto capítulo (*Law in the Age of Organizations*) é reforçado o papel das organizações para a implementação e reprodução das experiências jurídicas mencionadas no capítulo precedente, diz o sociólogo que “as empresas comerciais, em particular, foram influenciadas pelo direito e, por sua vez, influenciaram o direito” (TAMANAHA, 2017, p. 120, tradução nossa)⁵. Novamente ecoando a visão weberiana, Tamanaha revela que o direito desempenha várias funções nas organizações, tanto em relação à articulação social quanto em atenção à atuação do governo na administração da vida social. Para o sociólogo esta situação possibilita observar um tecido legal (*legal fabric*) capaz de produzir estabilidade e contribuir para as relações sociais (TAMANAHA, 2017, p. 139-142). O tecido legal é o produto agregado da proliferação de organizações formalizadas, do uso generalizado de contratos, das tendências inatas de padronização do direito, do uso instrumental do direito pelos governos e da interconexão do direito com a sociedade enraizada ao longo do tempo. Todo este tecido representa o acúmulo das experiências jurídicas modernas, que também é marcado por tensões e contrassensos.

No sexto capítulo (*What is International Law?*) o campo do direito internacional é abordado por Tamanaha, revelando que as experiências jurídicas são fenômenos globais e, em muitos casos, interconectados⁶. Um importante argumento abordado pelo autor é o exame do regime financeiro e comercial global que foi desenvolvido após a Segunda Guerra Mundial. O sociólogo sugere que um equivalente ao tecido legal anteriormente mencionado também no âmbito internacional, o que permitiu a participação de uma

⁵ No original: “Business corporations in particular have been influenced by law and have influenced law in turn.” (TAMANAHA, 2017, p. 120).

⁶ Para um aprofundamento do campo do pluralismo jurídico na ótica do realismo sociológico veja Tamanaha (2021).

pluralidade de atores internacionais não estatais e dos movimentos sociais estatais (TAMANAHA, 2017, p. 167-172). Todavia, o sociólogo pondera também sobre as tensões que marcam a condução de uma tradição eurocêntrica do campo direito internacional e que é cada vez mais questionada diante dos vestígios do colonialismo (KÄMMERER; STRASKI, 2016).

Na conclusão da obra é possível perceber que o realismo sociológico de Brian Tamanaha está ancorado na compreensão sobre como forças sociais operam na história. Apenas uma teoria esclarecida sobre sua trajetória e que incorpora nas suas bases a dimensão histórica é suficiente para apreciar e avaliar como a sociedade é elemento central para a compreensão do pensamento dogmático, o sistema jurídico formalizado é influenciado e depende de crenças e instituições sociais de fundo” (TAMANAHA, 2017, p. 196). A alternativa é justamente apreender o fenômeno jurídico de forma holística, como apontado logo no início da obra já que “o direito é um aspecto integral da sociedade e a sociedade é imbuído pelo direito, sua interação é mutuamente constitutiva e bidirecional em causa e efeito” (TAMANAHA, 2017, p. 1, tradução nossa)⁷.

Em 2019, *A Realistic Theory of Law* foi premiada pela Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social (*Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*) como melhor obra publicada na área, no período de 2016 a 2018. O mérito ecoa o desafio que o sociólogo lança como agenda de pesquisa ao refletir as articulações de uma teoria realista do direito, um realismo que remete às teorias sociais do direito. Na visão de Tamanaha não é possível ter um posicionamento último sobre o realismo sociológico, afinal cabe à sociologia do direito observar como direito e sociedade continuam a alterar a teoria.



⁷ No original: “Law is an integral aspect of society and society infuses law, their interaction mutually constitutive and bidirectional in cause and effect” (TAMANAHA, 2017, p.01).

REFERÊNCIAS

KÄMMERER, Jörn; STARSKI, Paulina. Imperial Colonialism in the Genesis of International Law – Anomaly or Time of Transition? **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law**, research paper n° 2016-12, 2016.

KONZEN, Lucas; BORDINI, Henrique. Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, p. 303-334, 2019.

LEITER, Brian. What is a Realist Theory of Law? **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 334-345, abr. 2020.

RAZ, Joseph. **The authority of law**. Oxford: Clarendon, 1979.

TAMANAH, Brian. **Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences**. New York: Oxford University Press 2021.

TAMANAH, Brian. **A Realistic Theory of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

TAMANAH, Brian. **Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TAMANAH, Brian. **Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law**. Cambridge: Cambridge University Press 2006.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Por uma teoria realista do direito? O realismo sociológico de Brian Tamanaha. Resenha de: TAMANAH, Brian. *A Realistic Theory of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 9, n. 1, p. 151-156, jan./abr. 2022.

Recebido em: 16/02/2021

Aprovado em: 15/12/2021