

A aplicação do direito redescoberta pela sociologia jurídica

Pierre Guibentif*

Resumo: Um dos dois momentos concretos de relacionamento entre a sociedade e o direito é o da aplicação da lei. Este momento mereceu uma descrição pormenorizada por parte da teoria geral do direito. Mostra-se neste artigo como se pode elaborar uma problemática sociológica através de uma crítica metódica dos pressupostos desta descrição jurídica. O modelo que resulta deste procedimento destina-se a organizar o trabalho empírico que deve necessariamente anteceder qualquer estudo sobre a efectividade ou os efeitos do direito.

I. A abordagem escolhida

1. Para uma micro-sociologia do direito

Em circunstâncias normais, não costumamos dedicar muita atenção ao aspecto jurídico das coisas. No entanto, sabemos que o direito regimenta de maneira mais ou menos detalhada grande parte das actividades sociais. O facto de podermos verificar simultaneamente estas duas evidências deve-se a uma característica específica das sociedades modernas: a positividade do direito. Nestas sociedades, as normas jurídicas encontram-se materializadas em recolhas de textos cujo conteúdo faz fé; e os processos tanto de criação de novas normas como de alteração das normas existentes tramitam-se segundo regras institucionalizadas que, nomeadamente, enunciam a quem compete intervir nas operações de criação ou alteração¹. É esta positivação que proporciona ao direito os meios de uma existência própria, indiferente à nossa indiferença.

Face à positivação do direito, é legítimo abordar a vida social enquanto relacionamento entre duas realidades heterogéneas: o jurídico e o social não jurídico². Segundo este modelo, as relações entre estas duas realidades devem ser reflectidas tendo em consideração tanto as correspondências - é óbvio que o custoso aparelho de produção de direito positivo não subsistiria se não desempenhasse funções vitais nas nossas sociedades - como as indiferenças - a experiência imediata ensina-nos que, por importantes que sejam estas funções, o direito apenas parcialmente condiciona o nosso quotidiano.

* Docente do Departamento de Sociologia do ISCTE, investigador no CIES.

Recordemos que, nas suas origens, a sociologia colocou no centro das suas interrogações a questão das correspondências entre as sociedades e os seus sistemas jurídicos. Marx, entre outras considerações, descreveu o direito como instrumento de dominação utilizado de maneira concorrente pela classe burguesa e pelo poder monárquico. Durkheim empenhou-se em demonstrar as correlações entre formas de solidariedade social (mecânica/orgânica) e formas de direito (direito penal/direito cooperativo). Segundo Weber, a racionalização das sociedades modernas implica a racionalização do seu sistema jurídico.

Quando emergiu a sociologia do direito, enquanto disciplina autónoma³, era basicamente motivada pela preocupação de captar melhor as manifestações de indiferença. A reflexão desenvolveu-se assim em volta de conceitos como o de inefectividade (uma medida da indiferença da sociedade face ao direito)⁴, de legislação simbólica (fenómeno de indiferença da lei face aos aspectos da vida social que esta mesma lei pretende regimentar)⁵, ou de pluralismo jurídico (a referência a normas que não pertencem ao direito oficial constitui uma explicação, entre outras, da indiferença da sociedade face ao direito)⁶. Os modelos mais sofisticados da indiferença entre sociedade e direito aparecem nos princípios dos anos 80, com os conceitos de direito reflexivo e, mais tarde, de direito autopoiético⁷, ambos assentes na seguinte ideia: o direito é um sistema social com lógica própria, que não pode interagir directamente com os outros sistemas sociais (economia, educação, etc.) porque estes, por seu turno, obedecem a outras lógicas.

Passados alguns anos de confronto académico entre os modelos evidenciando as indiferenças e os que questionam as correspondências⁸, e tendo o contexto geopolítico favorecido uma marcada revalorização do "Estado de Direito" como tema de reflexão não apenas política, mas também social e económica, a sociologia do direito procura hoje modelos medianos, que permitam a compreensão do jogo simultâneo de correspondência e indiferença nas relações entre direito e sociedade⁹.

O objectivo final das teorias sociológicas sobre as relações entre sociedade e direito sempre foi a construção de modelos que captassem estas relações à escala de sociedades globais, colocando-se ao nível do que se poderia chamar uma macro-sociologia do direito. Contudo, convém apoiar tais modelos em observações recolhidas à escala das situações concretas de relacionamento entre direito e sociedade. Quanto mais complexo é o modelo macro-sociológico, mais necessário se torna dispor de material empírico que possa amparar o raciocínio teórico. Esta necessidade é particularmente aguda no caso dos modelos que acima se chamou medianos.

As observações de situações concretas podem incidir em particular em dois tipos de relacionamento concreto entre direito e sociedade: a produção de novas normas jurídicas, por um lado, e, por outro, a interferência nas práticas sociais de normas jurídicas existentes. A construção rigorosa dos instrumentos necessários à análise de tais situações, bem como o aproveitamento das observações recolhidas na elaboração de modelos macro-sociológicos exige um trabalho específico. Trata-se de elaborar uma teoria que, por um lado, opere à escala das observações

que se podem fazer - isto é: que forneça conceitos susceptíveis de captar *in concreto* as práticas de produção e os casos de interferência do direito em situações concretas -, mas que, por outro lado, permita a formulação tanto de hipóteses de trabalho como de sínteses de observações susceptíveis de serem relacionadas com os modelos macro-sociológicos - isto é: que determine os seus conceitos a partir das teorias subjacentes aos modelos macro-sociológicos. Trata-se, no fundo, de elaborar uma micro-sociologia teórica da relação entre direito e sociedade. O propósito do presente texto é de ilustrar este programa, pondo-o em prática num domínio limitado.

2. Na raiz da efectividade e dos efeitos do direito: a aplicação da lei

Primeira delimitação: apenas trataremos a vertente da interferência do direito em situações sociais concretas, deixando de lado a vertente da produção do direito. Os fenómenos ligados à produção do direito apenas serão abordados quando têm incidências no momento em que a lei se torna relevante para a prática.

No campo assim delimitado, restringir-nos-emos ao que se vai designar por aplicação do direito. Esta segunda delimitação justifica-se pelo estado da discussão jurissociológica. Esta encontra-se dominada por dois conceitos, o conceito binómico de (in)efectividade das leis, e o conceito de efeito das leis¹⁰. Quanto ao conceito de efectividade, no seu sentido mais estreito, pode exprimir-se numa taxa numérica: trata-se da relação entre o número de casos em que a lei é efectivamente cumprida (taxa de efectividade), respectivamente não cumprida (taxa de inefectividade), e o número total de casos concretos em que uma lei deveria ser aplicada. O conceito de efeito, por seu turno, pretende identificar na sua globalidade as consequências sociais da existência e da aplicação de uma lei. O conceito de aplicação do direito constitui, por assim dizer, o denominador comum entre a efectividade e os efeitos da lei. Com efeito, a abordagem das questões tanto da efectividade como dos efeitos exige o aprofundamento prévio de uma outra questão: o que é que acontece nas situações concretas às quais uma determinada lei "se aplica"? Por um lado, é esta a questão à qual se deve estar em condição de responder para interpretar estatísticas de efectividade, pois inclui a questão fulcral de saber qual foi a incidência do direito no momento em que optou por uma determinada conduta; reconstruir o que aconteceu significa verificar se existe ou não uma relação de causalidade entre a lei e o comportamento. Por outro lado, é a partir da reconstituição da situação à qual a lei directamente se aplica que se poderá formular hipóteses sobre os efeitos da lei, no sentido lato deste conceito.

No próprio campo da aplicação do direito, adoptamos uma terceira limitação. Para a ilustrar, tomemos um exemplo: a regra jurídica que institui, a cargo dos pais, o dever de alimentar os filhos até uma certa idade. Reconstituindo sumariamente de que maneira esta norma incide na prática, verificamos que se podem identificar três tempos distintos. Primeiro tempo: a norma dirige-se a pais e filhos concretos, definindo as obrigações de uns em relação a outros, obrigações que poderão ser tidas em conta (ou não) pelos destinatários da norma. É este o tempo do (não)cumprimento da norma. Segundo tempo: em certas circunstâncias, assiste-se à inter-

venção de um juiz que poderá confirmar se a norma se aplica numa determinada situação e, eventualmente, pronunciar-se sobre o montante de uma pensão mensal devida em cumprimento da obrigação de prestar alimentos. Este tempo pode ser designado como tempo da aplicação *stricto sensu*¹¹. Finalmente - terceiro tempo - a decisão do juiz poderá dar lugar à intervenção de um serviço administrativo, encarregado da cobrança efectiva da pensão devida. Este último tempo é o da execução. No presente ensaio, centrar-nos-emos no primeiro tempo, o cumprimento da lei, limitando a abordagem dos outros dois tempos a referências mais sumárias¹².

II. A construção do modelo: primeira etapa

Antes de apresentar o modelo, convém explicitar a técnica teórica que subjaz à sua elaboração. O raciocínio apoia-se na diagnose - já referida - da positividade do direito moderno. Assume-se, assim, à partida, que existem normas jurídicas cuja vocação é a regulação de determinadas situações ou condutas sociais. Num tal contexto, é admissível tentar construir o modelo da aplicação do direito, não só a partir de uma determinada situação social, mas também a partir da norma jurídica; mais precisamente: a partir de uma crítica do processo de aplicação do direito tal como este se apresenta no que se poderia chamar o "imaginário jurídico".

Escolhemos o segundo ponto de partida, a norma jurídica. Uma tal orientação inicial pode parecer suspeita ao sociólogo. Este deverá, no entanto, admitir que se resolve assim um problema epistemológico que ameaçava paralisar a reflexão logo no início: se partíssemos do aspecto não-jurídico, levantar-se-ia de imediato a questão (que não se trata de evitar, mas de reservar para uma etapa ulterior) de saber o que é, precisamente, uma "situação" ou uma "conduta". Ao aceitar a facilidade inicial de nos basearmos na realidade, sólida embora meramente discursiva, do direito positivo, não devemos, no entanto, esquecer os nossos escrúpulos sociológicos. Uma vez explicitado o ponto de partida escolhido, identificam-se as duas limitações às quais submetemos o nosso raciocínio. Falar da aplicação de normas jurídicas positivas a partir destas próprias normas significa, em primeiro lugar, que se deverá, logo que reconstituído o imaginário jurídico, inverter a perspectiva, e tentar reformular o modelo a partir das situações concretas. Em segundo lugar, significa que, mesmo completado por esta segunda etapa de construção, o modelo apenas tem pertinência face à aplicação de normas positivas. A sua transposição a outras formas de normatividade social não é admissível, salvo identificação e neutralização de todos os elementos no modelo que derivam da especificidade das normas para as quais se construiu o modelo, a saber normas positivas¹³.

Para analisar o que se passa quando uma lei é cumprida examinaremos, primeiro, segundo a lógica acima apresentada, a norma jurídica, recordando em que é que consiste, e qual o mecanismo do seu cumprimento segundo a própria teoria do direito (1). Em seguida abordaremos a questão da relação entre a norma

e as práticas sociais, do ponto de vista destas práticas, organizando a nossa reflexão em função da análise jurídica da norma (2).

1. A norma no imaginário jurídico

Como é sabido, uma norma jurídica (algo que na maior parte dos casos não corresponde a um singular artigo numa lei, mas deve ser reconstituído, quer por articulação entre vários artigos, que por subdivisão de um artigo) consiste em duas descrições, mais ou menos explícitas, relacionadas entre si pelo que se poderia chamar uma conexão imperativa. No exemplo acima introduzido, temos, por um lado, a descrição de uma situação (S): um nexó de filiação; por outro, a descrição de uma conduta (C): os pais prestam alimentos aos filhos menores. A norma jurídica consiste em estabelecer um vínculo imperativo entre S e C: quando se estabeleceu um nexó de filiação entre duas pessoas, o descendente menor tem direito a alimentos por parte do ascendente.

Se esta estrutura da norma é universal, cada um dos seus três elementos pode revestir formas diversas. Não aprofundaremos aqui, em abstracto, a diversidade das situações, que só muito dificilmente poderia ser reduzida a uma tipologia consensual entre os teóricos do direito. Limitar-nos-emos à discussão dos dois outros termos, a saber, por um lado, a conexão imperativa (a) e, por outro lado, a descrição da conduta à qual se aplica o imperativo (b). Recordar-se-á depois como a teoria do direito representa o processo de aplicação do direito (c).

a) No plano do direito positivo, as variações que se podem observar na natureza da conexão entre situação e conduta podem reduzir-se a duas: o imperativo puro, e o que se poderia chamar o imperativo atenuado, ou em termos gramaticais mais rigorosos: o optativo. São exemplos de tais normas optativas as *Recomendações* de certas organizações internacionais como a Organização Internacional do Trabalho, ou, na actualidade recente, a *Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores*, assinada pelos governos dos Estados Membros da CE em 9 de Dezembro de 1989. Cingir-nos-emos aqui à discussão do imperativo puro.

O imperativo pode revestir diversas formas. As duas formas originárias são a obrigação e a interdição. Uma forma mais evoluída é o enunciado de um direito subjectivo¹⁴. Sempre que uma obrigação ou uma interdição, dirigida a uma pessoa, beneficia a uma outra pessoa em particular, esta outra pessoa pode ser considerada como titular de um direito subjectivo, consistindo o direito subjectivo na expectativa em beneficiar da obrigação, ou em não sofrer a conduta proibida.

b) Embora existam nas regras jurídicas modelos de conduta de natureza muito diversa, existem alguns critérios que permitem reconstituir uma certa ordem, e logo caracterizar melhor, em abstracto, o que podem ser modelos jurídicos de conduta. Podem em particular distinguir-se em função das pessoas que envolvem (aa), e em função do que acontece entre estas pessoas (bb).

aa) Os modelos jurídicos de conduta fazem, em princípio, referência a duas pessoas: a pessoa que é encarregada de uma obrigação (ou que sofre uma interdição; no exemplo já referido os pais) e o beneficiário da obrigação, respectivamente da interdição (no exemplo, os filhos menores).

Estas duas personagens costumam aparecer no texto em termos muito vagos. Podem merecer uma designação que implique alguma descrição (os pais, o menor, o proprietário, etc.). Muitas vezes, porém, aparece apenas uma designação genérica (a pessoa, o cidadão, o indivíduo), ou um pronome com carga semântica mais reduzida ainda (quem, aquele que, -se, etc.). Apesar de estas referências serem pouco elucidativas, o jurista - bem como qualquer pessoa que tenha a paciência de folhear um código civil - sabe de quem se está a falar: são os "sujeitos de direito"; "pessoas singulares" (indivíduos) ou "pessoas colectivas"¹⁵.

Além dos sujeitos de direito, na acepção restrita do conceito, podem intervir nas normas jurídicas duas entidades *sui generis*. Por um lado, o Estado e as entidades que o constituem. Estes podem intervir quer como assumindo uma obrigação, quer como titular de uma pretensão. Tais dispositivos costumam ser formulados na perspectiva da pessoa particular e não na perspectiva do Estado, explicitando-se, seja os direitos subjectivos desta (por exemplo o direito a determinadas prestações sociais), seja as suas obrigações (por exemplo obrigações contributivas).

Por outro lado, a colectividade em geral. É usualmente desta que se trata quando a identidade de um dos intervenientes permanece indeterminada. É o caso por exemplo do direito da propriedade (artigo 1305.º do Código Civil):

"O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem (...)".

Esta disposição implica uma interdição dirigida a todos os outros membros da comunidade, que não podem interferir no uso das coisas pelo seu proprietário, interdição que não aparece explicitada no texto legal. Inversamente, as normas de direito penal podem ser reconstituídas como relacionando o indivíduo - a quem determinada conduta é vedada - com a colectividade - que tem o direito, por assim dizer, à integridade dos seus componentes essenciais (frequentemente, aparece no texto uma terceira pessoa: a vítima).

Em certos casos, a norma jurídica aparentemente não se dirige a pessoa nenhuma. Normalmente, também estas normas podem ser reconstituídas como regras respeitando à relação entre diferentes pessoas. É o caso, em particular, das regras de remissão (ex.: artigo 1404.º CC: "As regras da copropriedade são aplicáveis ... à comunhão de quaisquer outros direitos"). Estes implicam uma referência à relação entre os aplicadores do direito, por um lado, e os destinatários da lei, por outro, havendo por parte do aplicador uma obrigação em aplicar determinada lei em determinada circunstância. Pode pensar-se também nas regras de qualificação (ex.: artigo 1205 CC: "Diz-se irregular o depósito que tem por objecto coisas fungíveis"). Estas constituem normas semânticas (é-se obrigado a utilizar determinada designação), válidas em todas as relações entre os membros da colectividade.

bb) Em segundo lugar, os modelos jurídicos podem ser caracterizados em função do que acontece entre as duas pessoas em causa. Para simplificar, falamos aqui em conduta, embora esta designação possa ser considerada como pouco apropriada para muitas regras jurídicas modernas. Na base de um inventário dos

modelos contidos em qualquer *corpus* legislativo de uma certa amplitude (podemos basear-nos na análise do Código Civil ou do Código Penal), podem distinguir-se principalmente quatro tipos de condutas, que poderão, cada um, revestir três formas, em função do tipo de vínculo imperativo (obrigação, proibição, direito subjectivo):

-As condutas comportamentais. Trata-se de condutas (obrigatórias, proibidas, autorizadas) cuja relevância advém da sua mera materialidade. Exemplos clássicos encontram-se no Código Penal (artigo 142.^o: "ofensa no corpo ou na saúde"; artigo 143.^o: "mutilar gravemente"; artigo 308.^o: "destruir, danificar").

-As condutas semânticas. Tendo necessariamente também uma dimensão material, estas condutas adquirem a sua relevância jurídica por terem um determinado *significado*, linguístico ou susceptível de ser traduzido em palavras. Um belo exemplo - de proibição - são naturalmente as injúrias (artigo 165.^o do Código Penal). Entre as condutas semânticas obrigatórias pode referir-se a obrigação de declarar os seus rendimentos. Como conduta permitida, pode mencionar-se o direito ao nome (artigo.^o 72 CC), ou ainda o direito em utilizar determinada marca.

-As condutas normativas. Trata-se em rigor de um género específico de condutas semânticas. O que caracteriza a conduta normativa é o facto de o conteúdo da mensagem ser de natureza imperativa. Mais usuais são as disposições que autorizam condutas normativas. Os exemplos clássicos são as regras que instituem a capacidade testamentária (artigo 2188.^o CC, que determina quem pode redigir um testamento, tendo este documento mais tarde, nos limites da lei, força obrigatória para quem administrar e liquidar a herança) e a liberdade contratual (artigo 405.^o CC, que permite às partes envolvidas numa acção comum determinar elas próprias, em complemento à lei geral, as regras às quais esta acção comum deverá obedecer). Regras obrigando a uma conduta normativa encontram-se em particular nos textos que instituem organizações complexas, distribuindo em particular competências decisórias. Tais competências implicam simultaneamente o direito e a obrigação de emitir normas. Para uma norma em que apenas a obrigação está em causa, veja-se o artigo 8.^o CC: "Obrigação de julgar e dever de obediência à lei". As regras de competência dos órgãos do Estado, além de implicar direitos e obrigações em decidir em certas matérias, inversamente implicam uma proibição: não se pode decidir nas outras matérias. A interdição de condutas normativas também se encontra no direito privado. Assim é proibido formar um contrato "contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes" (se vier a ser formulado, um tal contrato é considerado como nulo: artigo 280.^o CC).

-As prestações pecuniárias. As obrigações e direitos determinadas por regras jurídicas são, em muitos casos, expressas em termos financeiros. Exige-se de A o pagamento de uma determinada quantia de dinheiro a B. O pagamento, fenómeno aparentemente simples e tão usual, revela-se, quando se tenta analisá-lo, de uma alta complexidade. Na realidade, constitui uma categoria que apresenta características das três categorias anteriores. Observa-se uma conduta material (entrega de numerário, por exemplo), conduta esta que tem uma incidência semântica (um certo valor transita de um património para um outro), e que faz sentido num

determinado contexto normativo (obrigação generalizada de reconhecer o dinheiro como representativo de valor, obrigação generalizada em considerar extinta a obrigação pecuniária depois de pago pelo devedor ao credor uma importância em dinheiro igual à importância devida)¹⁶. Também este tipo de conduta aparece nas três modalidades. A mais usual é a obrigação de pagar. Mas também se encontram proibições (vejam-se as legislações que proíbem ou limitam o financiamento dos partidos políticos por empresas privadas), ou direitos de pagar, respectivamente obrigações de aceitar pagamentos (vejam-se as regras que permitem ao devedor de uma coisa, se o credor não vier tomar posse desta, vender a coisa a terceiros e cumprir a sua obrigação pelo pagamento do valor da coisa).

c) A teoria do direito oferece-nos uma descrição bastante pormenorizada do processo de aplicação do direito. Trata-se da figura do *silogismo jurídico*. Segundo esta representação, o sujeito de direito (ou a autoridade encarregada da aplicação *stricto sensu* da lei) toma conhecimento das consequências que uma norma jurídica associa imperativamente a uma determinada situação, e dispõe assim do modelo para a sua conduta (tratando-se do aplicador, dispõe da norma geral, da qual deverá derivar uma versão individualizada, à medida das circunstâncias concretas - premissa maior), e examina se a situação em que se encontra corresponde à situação representada numa norma jurídica (operação tecnicamente designada por subsunção, constitutiva da premissa menor). Se corresponde, subordina o seu comportamento (a sua decisão) ao que prevê a lei¹⁷. Na efectivação deste silogismo, a operação característica é a interpretação da lei. Trata-se de uma especificação do conteúdo da lei, que deve ter lugar em dois momentos : primeiro para estabelecer se a descrição da situação inicial contida na lei pode aplicar-se à situação concreta; segundo para estabelecer precisamente o que o modelo legal de conduta permite - ou proíbe - nesta situação concreta.

2. A norma jurídica nas práticas sociais

A teoria do direito - em particular a teoria do silogismo jurídico, como representação jurídica da aplicação do direito - sugere que a norma jurídica incide nas práticas pelo efeito de três operações: a qualificação da situação concreta (pela interpretação da situação descrita na lei), a formulação do modelo da conduta a seguir nesta situação (pela interpretação da conduta descrita na lei), e, finalmente, a atribuição de um valor imperativo a este modelo de conduta (momento não explicitado na teoria do silogismo jurídico, mas que deriva da teoria da validade da lei). Formuladas em termos abstractos, as duas primeiras operações são semelhantes: trata-se nos dois casos de relacionar conteúdos legais com dados reais, actuais ou futuros. A terceira operação consiste em transpor o vínculo imperativo, que existe na norma jurídica, para o plano das representações dos intervenientes, onde este vínculo deveria induzir o que convém chamar uma norma social. Aqui, basear-nos-emos directamente na grelha que se pode derivar da teoria do direito. Mantendo a limitação assumida na secção anterior, apenas examinaremos o relacionamento entre o modelo jurídico de conduta e a conduta a adoptar na

situação concreta¹⁸(a), em seguida, o mecanismo da transposição do vínculo imperativo do plano jurídico para o plano das práticas (b).

a) A reflexão sobre o relacionamento entre o modelo jurídico de conduta e a conduta concreta pode apoiar-se na análise que acima se fez dos elementos constitutivos dos modelos jurídicos de conduta. Estes elementos são, por um lado, os sujeitos, e, por outro lado, uma conduta, enunciada, segundo as normas, como obrigatória, proibida ou permitida na relação entre os sujeitos. Seguindo a lógica jurídica, relacionar a prática com o direito significa confirmar quem são, em concreto, os sujeitos (aa), e qual é, em concreto, a conduta em causa (bb).

aa) Interrogar-se sobre a relação entre o sujeito de direito e o sujeito real significa, antes de mais, clarificar o que é, por um lado, um sujeito de direito, e, por outro lado, um sujeito real. Não aprofundaremos aqui a questão do sujeito de direito, que remete para uma sólida tradição de teoria do direito¹⁹. Em contrapartida, convém debruçarmo-nos sobre a questão do sujeito real. Esta questão pode ser subdividida em função dos diferentes tipos de pessoas identificadas no plano do direito, a saber as pessoas singulares, as pessoas colectivas, o Estado e a colectividade. Vejamos os três primeiros, reservando a discussão do caso da colectividade para outra oportunidade.

Quanto às pessoas colectivas e ao Estado, cingir-nos-emos aqui a uma resposta breve. Digamos que a própria existência destas duas figuras deve-se, no essencial, ao direito. Com efeito, o núcleo duro das nossas representações sociais sobre estas entidades é constituído pelas disposições jurídicas que as designam e organizam : as constituições políticas, por um lado, o direito comercial e os estatutos das sociedades, por outro. Sem prejuízo das condições sociológicas de emergência destas entidades, e das representações não jurídicas que delas se podem desenvolver, quando se trata de aplicar uma norma que as envolve, a operação de relacionamento entre o sujeito referido na norma e o sujeito real consiste, antes de mais, em relacionar uma norma jurídica com um conjunto de outras normas jurídicas, normas essas que permitirão confirmar se se encontram na realidade os elementos constitutivos do sujeito real.

Quanto às pessoas individuais, podemos aproveitar uma ampla bibliografia de teoria da sociedade, a saber toda a bibliografia subordinada ao tema do indivíduo nas sociedades modernas. Para nos limitar a duas referências, podemos aqui evocar Foucault²⁰, bem como, mais uma vez, Luhmann²¹, dois autores que dedicaram uma extensa obra à questão da emergência da figura do sujeito em relação com a modernidade, fundamentando assim uma crítica radical da noção de indivíduo. Diversas teses formuladas em volta desta temática prendem-se imediatamente com o problema que está aqui em discussão, a saber o relacionamento entre o sujeito de direito e o indivíduo real. Mas obrigam-nos a rever o modelo deste relacionamento, tal como imaginado pelo direito. O direito considera a pessoa como um dado que lhe é exterior, algo de determinado que apenas resta confrontar com a figura legal. A crítica sociológica da noção de indivíduo leva à seguinte formulação: antes de existir uma definição jurídica do indivíduo (que emerge através do

processo histórico das codificações), não se pode falar em indivíduos. O indivíduo surge no próprio processo de aplicação da lei²².

Pode perguntar-se qual é a pertinência desta tese, formulada em termos tão radicais, face a casos concretos e actuais de aplicação do direito. A pertinência é negável quando se trata de observar a relação de um indivíduo para com a lei durante um longo período. Com efeito, a socialização jurídica de um indivíduo não pode ser concebida como uma simples sequência de atitudes de cumprimento ou não cumprimento da lei; deve ser vista como um processo através do qual se assiste à progressiva delimitação e tomada de consciência do indivíduo enquanto actor autónomo, constituindo cada situação de cumprimento uma oportunidade de experimentar uma identidade individual²³. Mas até em situações singulares de cumprimento, esta tese conserva alguma relevância: a referência à lei numa determinada situação, numa discussão entre diferentes pessoas, poderá contribuir para cristalizar as posições específicas e as identidades dos elementos que se poderá considerar como os destinatários da norma²⁴.

Em síntese, considerando o relacionamento entre os sujeitos de direito referidos no discurso jurídico e as pessoas envolvidas nas situações concretas, agora de um ponto de vista sociológico, verificamos que este relacionamento não pode ser visto *a priori* como uma simples operação de subsunção, nem apenas como uma operação de interpretação da lei com vista à sua adequação ao real. Consiste também, por uma parte mais ou menos significativa, num processo de definição do real. Falou-se, de maneira muito sugestiva, em *interpretação dos factos* (Ivainier, 1988). Pela sua parte, o sociólogo já está habituado a falar em construção do real. Trata-se agora, para ele, de avaliar o papel que poderão desempenhar neste processo as categorias jurídicas.

bb) O modelo dos processos cruzados de interpretação da lei e de definição do real que se acaba de esboçar - poderia falar-se em interpretação recíproca -, também pode ser utilizado para analisar o relacionamento entre a conduta representada na lei e a conduta adoptada numa situação concreta. A análise das condutas oferecemos, porém, uma possibilidade de enriquecer este modelo.

No caso das condutas comportamentais, a utilidade do modelo da interpretação recíproca é patente. Com efeito, perguntar como alguém relaciona a conduta referida numa lei com uma conduta na realidade, remete para a desconfortável questão (a qual se aludiu no início do presente ensaio) de saber o que é uma conduta. Um comportamento não pode constituir uma unidade pela sua mera materialidade; adquire esta unidade através de um processo específico que lhe confere um significado e que, logo, o delimita. Um exemplo: faço um passeio numa região acidentada e deficientemente sinalizada; posteriormente, é-me notificado que se apresentou uma queixa contra mim por "introdução em lugar vedado ao público" (artigo 177.^o do Código Penal). Só a partir deste momento se revela que, em certa altura do meu passeio, atravessei um lugar não livremente acessível ao público, um facto que no próprio momento, dada a deficiente sinalização, não tinha notado. E logo um troço do meu passeio se autonomiza, por assim dizer, para se tornar numa conduta distinta²⁵.

Se é pertinente questionar a realidade da conduta enquanto unidade delimitada, não podemos ignorar as inúmeras situações em que as condutas reais merecem uma delimitação dificilmente discutível. Dois casos diferentes podem aqui ser referidos. O primeiro é o caso dos comportamentos que beneficiam, nas representações sociais, de uma sólida definição. É assim pouco questionável, quaisquer que possam ser as discussões médico-legais ulteriores e qualquer que seja a linguagem utilizada, que, quando alguém feriu outrem com uma facada, houve ofensa corporal²⁶. Acontece que neste caso, a definição social corresponde à definição jurídica. Poderá então interrogar-se sobre a relação entre as duas normas. Uma hipótese quanto a esta relação pode derivar-se do conceito de direito-instituição (Habermas 1981/1986, p. 195): os nossos sistemas jurídicos consagram as normas essenciais à vida em sociedade, o que simultaneamente é uma condição de legitimidade das ordens jurídicas na sua globalidade e uma condição de efectividade destas normas em particular.

Um segundo caso de comportamentos que beneficiam de uma definição antes de serem confrontados com a sua definição legal são os comportamentos que consistem na utilização de uma determinada tecnologia. Um exemplo trivial é o apertar do cinto de segurança. A própria técnica delimita aqui a conduta necessária ao seu funcionamento, conduta essa que poderá ser, caso vertente, confrontada com a sua representação numa norma legal (por hipótese a disposição que obriga a apertar o cinto quando se circula fora das localidades).

Este exemplo trivial sugere o raciocínio a aplicar na abordagem dos três outros tipos de conduta, semânticas, normativas e pecuniárias. Com efeito, também nestes três casos, o modelo legal de conduta vai relacionar-se com algo que tem um significado delimitado já antes de qualquer relacionamento com a lei. No caso da conduta semântica, esta unidade é dada pelas regras linguísticas. Uma injúria é uma injúria precisamente porque um conjunto de palavras é autonomizado pelo seu próprio significado do resto do discurso. No caso dos pagamentos, também encontramos condutas delimitadas, desta vez, pela lógica do sistema financeiro (*lato sensu*). Finalmente, no caso das condutas normativas, estamos perante uma dupla delimitação, pela língua por um lado, pelo próprio direito por outro, que, de maneira semelhante ao que acontece no caso das pessoas colectivas, fornece ele próprio os elementos nucleares das categorias que utilizamos na prática²⁷.

A partir destas considerações, podemos completar o modelo da interpretação recíproca. A primeira tese era: não se pode presumir que algo de determinado na lei (conduta ou pessoa) tem necessariamente *a priori* um equivalente no concreto. A segunda tese formula-se assim: poderão no entanto encontrar-se unidades correspondentes no plano concreto, quando um determinado sub-sistema social (tecnologia, língua, economia, direito, etc.) se diferenciou, existindo precisamente por estas unidades, e dando-lhes a sua definição social²⁸.

O interesse deste modelo do relacionamento entre enunciado legal e facto real delimitado sistemicamente é que nos permite reaproveitar, à escala de uma situação concreta de cumprimento, os conceitos de direito autopoiético e de sistemas autopoiéticos em geral. Na base destes conceitos, poderemos voltar a questionar o

relacionamento entre a conduta enunciada na norma e a conduta real. Assim, mesmo que o direito e um outro sistema social partilhem uma noção (por exemplo a noção de pagamento), resta considerar que esta noção pode revestir um significado diferente em cada um dos dois planos, e que o aproveitamento da correspondência na definição elementar pode induzir efeitos imprevistos, na medida em que houver, além da correspondência na definição elementar, incongruências entre a semântica jurídica e a semântica de um outro sistema social. Um exemplo (pertencendo ao domínio não dos modelos legais de conduta, mas ao das situações iniciais): existe a figura legal do divórcio por "ruptura da vida em comum"; também existem noções sociais de ruptura da relação entre homem e mulher (e foi precisamente na base de observações sociológicas sobre estas noções que se introduziu ou valorizou este tipo de divórcio em muitas legislações). Todavia, não é pacífico fazer corresponder, como será o caso no processo de divórcio, a noção jurídica de ruptura (destinada a funcionar no contexto jurídico) com a experiência interpessoal de ruptura (momento no micro-sistema da interacção ou no sistema familiar).

Para sintetizar o que precede, pode dizer-se que, no cumprimento da lei, o momento de relacionamento entre o modelo de conduta enunciado na lei e a representação da conduta a adoptar na situação concreta, raramente corresponderá à imagem da subsunção. Em muitos casos, tratar-se-á de articular a noção legal com uma noção determinada por um outro sistema social que não o direito, o que poderá levantar problemas, na medida em que houver incongruências entre o sistema jurídico e o outro sistema social. Finalmente, teremos casos em que não existe definição prévia da conduta e em que é a própria lei, ao ser tematizada na situação, que induz a delimitação.

b) Discutir a relação entre a conexão imperativa inerente a qualquer norma de direito positivo e as práticas remete para duas questões: o que é que corresponde ao imperativo jurídico no plano das práticas? Quais podem ser as relações entre o imperativo jurídico e esta outra realidade? A resposta à primeira questão é aparentemente trivial: ao imperativo jurídico corresponde a figura da norma social. Para poder dar conta do relacionamento entre o imperativo jurídico e a norma social, necessitamos, no entanto, de um conceito preciso de norma social. Um tal conceito é-nos fornecido por Luhmann (1972/83-85: pp 42/56 ss.). Trata-se do conceito de expectativa normativa, oposta a expectativa cognitiva. As expectativas cognitivas são as que o actor está disposto a rever se a realidade não lhes corresponder. As expectativas normativas são as que o actor entende manter *contrafactualmente*, isto é, mesmo que venham a ser postas em causa pela realidade. A partir desta distinção, as normas sociais podem ser conceptualizadas com expectativas normativas recíprocas: eu não renunciarei à minha expectativa (dizendo respeito ao meu ou ao teu comportamento), sabendo que tu tens a mesma expectativa, e que não a abandonarás.

A partir deste conceito de norma, torna-se possível problematizar a relação entre norma social e imperativo jurídico. A questão é agora: de que maneira poderá a lei suscitar expectativas normativas recíprocas? Podem sugerir-se várias respostas, a partir das diferentes características do direito moderno. Duas hipóteses

assentam na noção de positividade do direito. Na medida em que a lei beneficiar de uma difusão efectiva e seja acessível a todos, aumenta não só a probabilidade de as pessoas conhecerem a lei, mas também a probabilidade de presumirem que os conteúdos da lei são também conhecidos dos outros. Uma tal presunção favorecerá provavelmente a estabilização de expectativas recíprocas.

A questão que se coloca a seguir é saber se, além de favorecer a estabilização de expectativas recíprocas, a positividade do direito é susceptível de contribuir para tornar contrafactuais determinadas expectativas. O direito positivo fixa os conteúdos normativos. Isto, por si só, poderia favorecer a normatividade ("mesmo que na minha situação, determinado esquema legal não seja adequado, sei que estes esquemas subsistirão, ao menos enquanto esquemas legais"), pelo apoio que fornece à memória colectiva, ou pela experiência de perenidade que o texto proporciona. Este segundo aspecto sugere imediatamente hipóteses complementares. Quanto mais frequentes e menos previsíveis são as alterações legislativas, menos incidência terá a lei na constituição de expectativas normativas.

Os dois mecanismos que se acabam de referir não poderão revestir mais do que uma importância supletiva: em princípio poderão apenas facilitar a estabilização contrafactual de expectativas. Que factores poderiam induzir directamente uma tal estabilização?

Hipóteses plausíveis podem aqui construir-se na base da relação que poderá existir, no espírito de quem conhece a lei, entre a situação de (in)cumprimento e outras situações sociais, a saber, por um lado, os outros tempos da aplicação da lei (aplicação *stricto sensu* e execução), e - dimensão até aqui deixada fora do âmbito desta reflexão, mas que neste ponto já não se pode ignorar - as situações de produção da lei. Desde que exista uma tal relação, previsões quanto a episódios futuros da aplicação podem entrar no cálculo de quem se encontra em situação de dever cumprir a lei, e o conhecimento dos modos e motivos da elaboração da lei podem influir na atitude actual face ao disposto nesta. A condição de eficácia reside no nexa cognitivo entre as diferentes situações. É lícito admitir que a própria forma legal pode estabelecer este nexa, na medida em que houver na população uma representação suficientemente clara dos procedimentos de elaboração da lei, bem como do papel desta no funcionamento dos tribunais e das autoridades de execução.

Como é que a representação que se tem do processo de elaboração da lei pode tornar contrafactuais os modelos nela formulados? Pode derivar-se das teorias jurissociológicas existentes duas hipóteses. Refira-se, em primeiro lugar, a conhecida tese da legitimação pelo procedimento, defendida por Niklas Luhmann. A ideia central consiste em admitir que regras e decisões podem tornar-se aceitáveis para os interessados desde que a sua elaboração se faça através de um processo devidamente formalizado. Existe uma necessidade sentida por todos em reduzir a complexidade dos diversos aspectos da vida em sociedade; esta redução apenas pode resultar da especificação de uma instância simplificadora, o procedimento, procedimento este que, por seu turno, tomará possível um progressivo desmantelamento das tensões e um ajustamento das diversas posições²⁹. Reformulado na perspectiva da pessoa que se encontra confrontada com uma determinada lei, este

modelo significa o seguinte: se souber que a lei resulta de um procedimento formalizado de elaboração, um indivíduo não se arriscará em pôr em causa a validade da lei, pois tal atitude o condenaria a enfrentar, isolado, toda a complexidade social. O procedimento é o *medium* que permite aproveitar a necessidade antropológica em reduzir a complexidade - expectativa contrafactual recíproca originária - para dar carácter contrafactual a outras expectativas, relacionadas, estas, com necessidades sociais específicas.

Este modelo foi criticado e completado, como se sabe, por Habermas, levado pelas suas reflexões sobre a ética do discurso em precisar os critérios que tornam aceitáveis, aos olhos de um indivíduo, os resultados de um procedimento decisório. Segundo este autor, não é apenas o formalismo do procedimento que confere legitimidade a uma regra. É o facto de este procedimento ser "permeável aos discursos morais" (Habermas, 1987/88, p. 39), isto é: deve ser possível defender a regularidade do procedimento à luz dos critérios da ética do discurso (participação de todos os interessados; igualdade de posição dos locutores no debate, etc.). Esta condição apenas pode realizar-se na condição de haver debate (público) sobre o debate (político); daí o papel atribuído aos espaços informais de debate que "cercam" o aparelho institucional de produção normativa (Habermas, 1989, p. 31). Uma primeira hipótese pode assim ser derivada deste modelo: quanto mais intensivo for o debate público sobre o processo legislativo, mais forte será o poder legitimador da forma legal.

Esta hipótese não é de uma utilização muito cómoda. Levanta em particular um problema metodológico e um problema de fundo. Metodologicamente (no sentido forte da palavra), resta especificar os conceitos de intensidade e vitalidade do debate. O que não é impossível: pode pensar-se, em particular, na quantidade e na estruturação das mensagens sobre os processos legislativos veiculados pela comunicação social e sua recepção junto dos leitores e telespectadores. Mas uma tal operacionalização dos conceitos implica um trabalho de terreno pesado e difícil. Quanto ao fundo, o próprio Habermas recorda que os significados veiculados no debate público correm o risco de esbater-se, se circularem sem possibilidade de serem investidos em práticas concretas. A partir da tese central da *Teoria da acção comunicativa* - os significados (inclusivé morais) emergem da *Lebenswelt*, a esfera de experiência imediata e partilhada com outrem (Habermas, 1981/87) - pode construir-se uma hipótese complementar: o debate público sobre a legislação poderá proporcionar um efeito legitimador desde que as práticas da legislação, tais como relatadas e debatidas, apresentarem homologias com práticas de produção de consenso organizadas à escala de organizações e grupos pequenos, em particular na proximidade da situação onde o cumprimento de uma lei está em questão. Pois é no contexto destas práticas que pode ser experimentado, concretamente, a eficácia das fórmulas processuais na procura de soluções consensuais³⁰.

Em complemento aos modelos da legitimação pelo procedimento, a observação das condições de reprodução da cultura jurídica sugere um modelo que faz derivar a imperatividade da norma da imperatividade da autoridade técnica e científica. Um tal modelo pode ser fundamentado numa versão trivial do modelo

da diferenciação funcional nas sociedades modernas. Admite-se um consenso quanto à necessidade de dividir o trabalho no domínio das actividades intelectuais; e verifica-se a existência, para dar resposta a esta necessidade, de especialistas das leis (os juristas em geral), e de especialistas da formação de especialistas, em particular no domínio legal (os professores universitários). Em rigor, a legitimidade destes especialistas é limitada. No caso do jurista, limita-se à reformulação dos conteúdos legais na elaboração de parâmetros, aos quais se poderá referir uma decisão tomada por outros. No caso dos professores universitários, limita-se ao conhecimento aprofundado dos conteúdos e da sistemática da legislação actualmente em vigor, sem prejuízo de opções legislativas que poderiam ser alteradas em qualquer altura, segundo decisões políticas que escapam ao domínio académico. Na prática, os juristas em geral e os especialistas académicos em matérias jurídicas, podem, no desempenho do seu papel, apoiar-se numa representação trivial da sua autoridade de conhecedores da lei, representação que acaba por incluir uma legitimidade quanto aos conteúdos³¹. Exemplo: o jurista de uma grande empresa observa escrupulosamente determinadas normas de um novo direito das sociedades comerciais, porque sabe - por contactos pessoais, por notícias na comunicação social, por artigos científicos nas revistas da especialidade - que estas normas foram preconizadas, no decorrer dos trabalhos preparatórios, por um prestigiado professor universitário considerado como "uma autoridade na matéria".

O facto de uma norma estar contida numa disposição jurídica também significa, aos olhos dos seus destinatários, que poderá, caso vertente, ser aplicada por uma instância judiciária, e dar lugar a medidas de execução levadas a cabo por autoridades estatais. A probabilidade de se verificar determinada decisão judiciária³², e de serem tomadas determinadas medidas de execução poderá influir na atitude assumida na situação de cumprimento³³.

Além desta formulação genérica, resta reconstituir mais precisamente em que consiste este mecanismo de reforço do cumprimento pelas sanções prováveis. A solução mais pacífica consiste em aplicar uma lógica utilitarista: o indivíduo cumpre a lei na condição deste cumprimento acarretar menos custos do que o não cumprimento. Poderá ser esta uma explicação adaptada a um vastíssimo número de situações, em particular no domínio dos negócios; uma ponderação mais precisa deste factor compete ao trabalho empírico. O que interessa realçar aqui é a especificidade deste mecanismo, na sua forma pura, face aos mecanismos legitimadores anteriormente referidos. Com efeito, não aparece aqui nenhuma norma social sobre o comportamento em causa. Não se opera nenhum vínculo directo entre a situação e a conduta a adoptar (como deveria acontecer segundo a lógica jurídica). Não intervém, por parte de quem age, algo de equivalente a expectativas contrafactuais recíprocas, mas sim expectativas cognitivas: no que diz respeito à sua própria actuação, o agente está disposto a rever o seu comportamento no futuro, em função das novas experiências que poderá ter de eventuais sanções; quanto às expectativas dos outros, são consideradas pelo agente como igualmente susceptíveis de alteração, devendo uma atitude inesperada do agente levar a uma reavalia-

ção, por exemplo, dos recursos deste, ou dos meios de intervenção das instâncias sancionadoras.

Em rigor, um efeito da probabilidade das sanções sobre a vinculação normativa entre determinada situação e determinada conduta apenas é concebível se se admitir a existência de mecanismos complementares. Uma hipótese para um tal mecanismo poderia inspirar-se na psicologia social, mais especificamente na teoria da redução da dissonância cognitiva³⁴. Obrigado - pelo efeito do mecanismo utilitarista - a seguir uma conduta que não corresponde às suas opções, um indivíduo - para reduzir a dissonância entre as suas disposições internas e as suas disposições manifestas - terá tendência em elaborar uma justificação positiva da sua conduta. Na procura desta justificação, poderá, em particular, utilizar o tópico da legalidade.

Verifica-se assim que, pelo facto de revestir a forma legal, uma norma poderá induzir expectativas contrafactuais através de motivos assaz diversos: redução da complexidade, carácter moralmente aceitável do processo da sua elaboração, respeito por competências técnicas ou académicas, redução da dissonância cognitiva. Seria difícil aprofundar em abstracto a reflexão sobre as possíveis articulações entre estes motivos, ou sobre o peso relativo de cada um em situações concretas. A única observação que se pode aqui formular é a seguinte: como cada um destes motivos remete, em dada altura, para a mesma realidade, a lei positiva, é plausível que essa acabe por possibilitar, tanto nas consciências como nos discursos, um esbatimento dos diferentes motivos, e, por assim dizer, a fusão das forças - mesmo que ténues - de cada um deles num motivo único, concretizado na referência ao texto legal, um motivo que se poderia chamar o motivo legalista.

Mas a forma legal - o facto de um grande número de normas serem apresentadas em moldes idênticos, como emanando das mesmas instâncias - tem também um outro efeito. Torna possível um debate sobre a legitimidade da ordem jurídica no seu conjunto (da totalidade das normas), e uma percepção específica desta legitimidade de conjunto. Daí os dois seguintes mecanismos: por um lado, em certas circunstâncias, pode optar-se por negligenciar a questão da imperatividade, fazendo derivar da legitimidade do direito em geral uma presunção de legitimidade da norma em particular (o que acontece frequentemente com normas de carácter técnico); por outro lado, a integração na ordem jurídica de normas em larga medida consensuais (pode pensar-se nos direitos do homem, por exemplo) pode ter um certo efeito legitimador sobre o conjunto das outras normas. Centrando-se na aplicação de uma norma em particular, as questões - que deixamos aqui em aberto - seriam: em que condições poderemos satisfazer-nos com uma simples presunção de legitimidade? E: qual deve ser a relação entre uma norma concreta e as normas de alto valor legitimador, para que a legitimidade destas possa beneficiar a primeira?

III. O passo seguinte

Raciocinando dentro de uma grelha que se derivou da teoria que o próprio direito tem da sua aplicação, chegou-se a um modelo sociológico da aplicação que se desdobra em dois processos distintos: um processo de interpretação recíproca entre a lei e o real, por um lado, e um processo de verificação da legitimidade (utilizando esta palavra aqui num sentido lato), por outro. Este modelo apenas constitui uma base de trabalho. Desde já, considerando os pressupostos da primeira etapa de elaboração aqui apresentada, podem esboçar-se as linhas que deverá seguir o trabalho teórico a partir deste resultado intermediário. Tratar-se-á, em primeiro lugar, de questionar as distinções às quais nos submetemos: convirá interrogar-se sobre a autonomia de cada um dos dois processos agora reconstituídos em relação ao outro, bem como a autonomia dos dois processos, no seu conjunto, em relação aos outros momentos da prática. Em segundo lugar, deverá pôr-se em causa a afirmação central subjacente aos elementos de teoria do direito aqui utilizados, afirmação que pode ser explicitada nos seguintes termos: é o direito que orienta os comportamentos. Daí as duas exigências seguintes: dotar o modelo de conceitos que possam, caso vertente, dar conta de situações em que o direito tem pouca ou nenhuma relevância; e ter em conta os dispositivos não-jurídicos e sua articulação com as regras jurídicas.

No que diz respeito aos dois últimos pontos, voltamos às questões já trabalhadas pela sociologia do direito, do conhecimento empírico da lei e do pluralismo jurídico. Os dois pontos anteriores, em contrapartida, remetem para problemáticas ainda pouco tratadas pela sociologia do direito. Urge assim recolher dados empíricos pertinentes quanto a estas duas questões; o que significa acompanhar, o mais perto possível, processos concretos de cumprimento da lei, até revelarem-se todos os espaços de informalidade que encerram mesmo os processos mais formalizados. A reflexão necessária a tais investigações, e que delas se poderá alimentar, é susceptível de abalar as pré-noções mais tenazes originadas pela positivação do direito: a generalização abusiva da figura da decisão, e a vontade de esquecer, atrás da dicotomia entre interpretação e legitimação, a totalidade concreta da produção do sentido.

Notas

- 1 Os mais amplos desenvolvimentos sobre o conceito de positividade do direito encontram-se na obra de Luhmann (1969/80: cap. III.1.; 1972/83-85: cap. III.4. e IV.; ver também Luhmann, 1976/82 e 1988). Numa definição um tanto diferente, o conceito também foi utilizado por Habermas (1963/75).
- 2 Daí - obviamente - a designação de diversas associações e revistas que se dedicam à reflexão sociológica sobre o direito, sendo as mais conhecidas a *Law & Society Association* e a *Law & Society Review* (E.U.A.).
- 3 Sobre o aparecimento da sociologia do direito, ver Santos, 1986, pp. 11 ss. Ver também a nota sobre os antecedentes da criação do Instituto Internacional de Sociologia do Direito: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, núm. 30, Junho de 1990, pp. 176 ss. Sobre as condições específicas de desenvolvimento da disciplina em Portugal, ver Beleza, 1989.

- 4 Ver Carbonnier, 1957-58.
- 5 Para alguns desenvolvimentos sobre este conceito, ver Hespanha, 1986b, pp. 76 ss.
- 6 Ver em particular Santos, 1980, pp. 288 ss.
- 7 Ver em particular Teubner, 1983, bem como a recolha de textos organizada por este autor: Teubner, 1988.
- 8 Entre outros exemplos, ver as teses de Habermas sobre a juridicização (Habermas, 1981/1986) ou o modelo de Boaventura de Sousa Santos sobre os contextos da produção do direito (Santos, 1990, pp. 32 ss.)
- 9 Para um exemplo deste tipo de modelo, ver, entre outros, Hespanha (1979, 1986a) que questiona a autonomia relativa do campo jurídico.
- 10 Para uma breve apresentação dos dois conceitos, ver Mader, 1991.
- 11 É neste sentido que Laborinho Lúcio discute a aplicação do direito (Lúcio, 1985). Wróblewski (1988) restringe explicitamente o conceito de aplicação a este segundo tempo. O uso corrente da palavra "aplicação" no discurso jurídico torna no entanto questionável esta limitação. Pensa-se em expressões como "a lei aplica-se ...", ou "o campo de aplicação de uma lei", que remetem tanto para a eventual aplicação da regra jurídica por um tribunal, como, antes desta, para o seu cumprimento pelos destinatários. A opção de Wróblewski mostra, porém, que o momento da aplicação *stricto sensu* tem uma relevância particular no contexto geral da aplicação *lato sensu*.
- 12 Sobre o segundo tempo, poderá consultar-se em particular Lúcio, 1985, Ruiivo, 1986 e Santos, 1986.
- 13 Esta explicitação permite fundamentar um critério de avaliação crítica das teorias sociológicas das normas sociais. Não raras vezes, estas teorias são fortemente influenciadas pela experiência *juridica* moderna, o que se explica pelo facto de o direito funcionar na consciência moderna como paradigma da norma social. É frequente falar-se em normas sociais em geral, aplicando um conceito que-analisado de perto - se aplica apenas a normas positivas. Perde-se assim a possibilidade de captar adequadamente os múltiplos casos de normatividade social não positivada. Para uma crítica dos modelos clássicos das normas de justiça, que se baseia em considerações semelhantes, ver Kellerhals *et al.*, nomeadamente pp. 46 ss.
- 14 Registemos aqui, sem aprofundar a questão, que o binómio direito/obrigação nem sempre traduz adequadamente os imperativos legais. Em particular, regras de competência, embora possam tecnicamente ser reformuladas nestes termos, não se enquadram satisfatoriamente neste esquema. A consideração de formas antigas do direito também obrigaria a relativizar o império do binómio direito/obrigação no domínio do imperativo. Pensa-se por exemplo no direito feudal.
- 15 Ver os artigos 66.º ss. CC, sob o subtítulo "Das pessoas".
- 16 Ver nomeadamente os artigos 550.º ss. CC.
- 17 Ver por exemplo Kelsen, 1934/84, pp. 463 ss.
- 18 Ver-se-á, no entanto, que muitas das considerações que se pode formular neste plano são aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao relacionamento entre a situação inicial descrita pela lei e a situação concreta.
- 19 Ver Kelsen, 1934/84, pp. 236 ss.; Radbruch, 1914/74, pp. 259 ss.; Machado, 1983, pp. 86 ss.
- 20 Ver nomeadamente Foucault, 1966, pp. 314 ss.; para uma análise deste aspecto na obra de Foucault, ver Mátz, 1987.
- 21 Luhmann aprofunda esta questão através de uma série de livros intitulados *Gesellschaftsstruktur und Semantik* (Estrutura social e semântica; três volumes publicados em 1980, 1981 e 1989, Frankfurt, Suhrkamp). Para uma exposição sintética, ver Luhmann, 1986.
- 22 Para uma reflexão sobre o aparecimento da justiça comercial moderna, enquanto dispositivo "individualizante", ver Scholz, 1982, nomeadamente p. 67. É no mesmo pressuposto que se apoia Boaventura de Sousa Santos, que vê no desenvolvimento de um novo senso comum jurídico um momento de transformação da noção de pessoa (Santos, 1990, pp. 37 ss.).
- 23 Assim, o clássico "Não fui eu!" da criança cujo gesto acaba de originar alguma desgraça doméstica (Diana Mason *et al.*, "Dizer a verdade", *Rua Sésamo*, Março de 1992, pp. 38 ss.) também pode ser (em certos casos) interpretado como revelando a insuficiente autodiferenciação da pessoa, enquanto presumível responsável do que resulta dos seus gestos.
- 24 Questões que se poderia aprofundar nomeadamente no âmbito de uma sociologia do bilhete de identidade.
- 25 Restar-me-á invocar a ausência de dolo (artigo.º 13 do Código Penal) e limitar no futuro os meus passeios. Para reflexões complementares sobre a -interpretação dos factos como aspecto- do cumprimento da lei, ver Carzo, 1992, pp. 79 ss.

- 26 Face a este tipo de condutas, a sociologia do direito pode apoiar-se em trabalhos de psicologia social, como, neste preciso caso: Vala, 1984.
- 27 Para elementos de reflexão sobre as relações entre representações triviais e definições técnicas de institutos jurídicos, ver Kellerhals et al., 1992, no caso do contrato.
- 28 O modelo circular do sistema que adquire consistência por operações que adquirem a sua identidade pela referência ao sistema, é defendido por Luhmann. Ver em particular Luhmann, 1992.
- 29 Ver Luhmann, 1969/80, nomeadamente pp. 29 ss., 37 ss.
- 30 O que nos remete em particular para os trabalhos que se debruçam sobre as relações entre associativismo e cultura política.
- 31 Sobre este ponto, no caso da França, ver em particular Arnaud, 1975, pp. 185 ss.
- 32 Em certos circunstâncias, o processo judicial, além do efeito inibidor ou estimulante que pode ter a possível decisão final, também pode ter um efeito legitimador análogo ao do debate parlamentar. Não aprofundaremos aqui especificamente a discussão deste efeito, que, aliás, nos seus aspectos essenciais, remete, *mutatis mutandis*, para o que ficou dito quanto ao processo legislativo.
- 33 Exemplos encontram-se em particular no campo criminológico, onde se observou uma correlação positiva significativa entre o conhecimento de uma alta probabilidade de intervenção policial e judiciária, e o cumprimento da lei; a correlação é muito mais fraca em relação ao conhecimento do mero conteúdo da lei (entre muitos outros, ver Zimring/Hawkins, 1973, em particular pp. 143 ss, e 169 ss.).
- 34 Para uma apresentação sintética desta teoria, ver Poitou, 1974.

Bibliografia

- ARNAUD, André-Jean, *Les juristes face à la société*, Paris, P.U.F., 1975.
- BELEZA, Tereza Pizarro, "Sociologia do Direito em Portugal", *Vértice*, Fev. de 1989 (II Série, no 11), pp 49-60.
- CARBONNIER, Jean, "Effectivité et ineffectivité de la règle de droit"; in : CARBONNIER, Jean, *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1979 (4ª ed.; 1ª ed. 1969), pp. 99-110 (publ. orig. : *L'Année Sociologique*, 1957-1958).
- CARZO, Doménico, *Il diritto come retorica dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1992
- FOUCAULT, Michel, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.
- HABERMAS, Jürgen, "Naturrecht und Revolution", in *ID.*, *Theorie und Praxis*, Neuwied / Berlin, Luchterhand, 1963 (edições ulteriores : Frankfurt /M., Suhrkamp; trad. francesa: "Droit naturel et révolution", in: HABERMAS, Jürgen, *Théorie et pratique*, Paris, Payot, 1975, pp. 109 ss.).
- HABERMAS, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns* (2 vols.), Frankfurt /M., Suhrkamp, 1981 (trad. fr.: *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987; trad. do capítulo "Tendências da Juridicização": *Sociologia - Problemas e Práticas*, núm. 2, 1986, pp. 185-204).
- HABERMAS, Jürgen, "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?" *Kritische Justiz*, 1987, pp. 1-16 (trad. esp.: "Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad", *Doxa* núm. 5, 1988, pp. 21-45).
- HABERMAS, Jürgen, "Volkssouveränität als Verfahren - Ein normativer Begriff von Öffentlichkeit" (A soberania popular enquanto procedimento - Um conceito normativo de espaço público), *Mercur* 1989, pp. 465-477.
- HESPANHA, António M., "O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa em Portugal", in: REIS, Jaime, MONICA, Maria Filoména, DOS SANTOS, Maria de Lourdes Lima (org.), *O Século XIX em Portugal (Actas do colóquio de Novembro de 1979)*, Lisboa, Presença/GIS, s.d., pp. 211-236.
- HESPANHA, António Manuel, "As transformações revolucionárias e o discurso dos juristas", *Revista Crítica de Ciências Sociais* núm. 18/19/20, Fevereiro de 1986, pp. 311-341 (cit. Hespanha, 1986a).
- HESPANHA, António M., "A perspectiva histórica e sociológica", in: MIRANDA, Jorge, SOUSA, Marcelo Rebelo de (coord.), *A Feitura das Leis*, Oeiras, I.N.A., 1986, vol. II, pp. 59-80 (cit. Hespanha, 1986b).
- IVANER, Théodore, *L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des "lumières du magistrat"*, Paris, L.G.D.J., 1988.

- KELLERHALS, Jean, COENEN-HUTHER, Josette, MODAK, Marianne, *Figure de l'équité. La construction des normes de justice dans les groupes*, Paris, P.U.F., 1988.
- KELLERHALS, Jean, MODAK, Marianne, PERRIN, Jean-François, "As concepções da justiça nas relações contratuais", neste número, 1992.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig/Wien, 1934 (trad. port. : *Teoria pura do direito*, Coimbra, Arménio Amado, 1984).
- LÚCIO, Laborinho, "Sobre a aplicação do direito", *Revista Jurídica*, núm. 1 (nova série), Jan/Março 1985, pp. 81-101.
- LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt/Neuwied, Luchterhand, 1969 (trad. bras.: *A Legitimação pelo Procedimento*, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1980).
- LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1972 (Nova edição com uma nova conclusão: Opladen, Westdeutscher Verlag; trad. bras. da edição original: *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 1983-85. O estilo adoptado pelo tradutor agrava no entanto seriamente - e muitas vezes desnecessariamente - a compreensão do texto original).
- LUHMANN, Niklas, "Ausdifferenzierung des Rechtssystems", *Rechtstheorie*, 1976, pp. 121-135; trad. inglesa: "The Autonomy of the Legal System", in *The Differentiation of Society*, New York, Columbia University Press, 1982, pp. 122-137.
- LUHMANN, Niklas, "The Individuality of the Individual. Historical Meanings and Contemporary Problems", in: HELLER, Thomas et al., *Reconstructing Individualism. Autonomy, Individuality, and the Self in Western Thought*, Stanford, Stanford University Press, 1986, pp. 313-325.
- LUHMANN, Niklas, "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts" (A positividade do direito como auto-determinação da sociedade), *Rechtstheorie* 19, 1988, pp. 11-27.
- LUHMANN, Niklas, "Clôture et couplage", in: ARNAUD, André-Jean et al., *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, L.G.D.J., no prelo (cit. Luhmann, 1992).
- MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983.
- MADER, Luzius, "A avaliação legislativa: uma nova abordagem ao direito", *Legislação - Cadernos de Ciência da Legislação*, núm. 1, Junho de 1991, pp. 39-49.
- MÁIZ, Ramón, "Sujeción/subjectivación: análisis del poder y genealogía del individuo moderno en Michel Foucault", in: MAIZ, Ramón (comp.), *Discurso, poder, sujeto. lecturas sobre Michel Foucault*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 1987, pp. 137-187.
- POITOU, Jean-Pierre, *La dissonance cognitive*, Paris, Armand Colin, 1974.
- RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Berlin, 1914 (diversas reedições, revistas e aumentadas; trad. port. da 4ª ed.: *Filosofia do Direito*, Coimbra, Arménio Amado, 1974).
- RUIVO, Fernando, "A magistratura num período de crise do Estado", *Revista Crítica de Ciências Sociais* núm. 18/19/20, Fevereiro de 1986, pp. 343-376.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, "O Discurso e o Poder - Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica", in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, II - Jurídica * (Núm. especial do Boletim da Faculdade de Direito, 1979), Coimbra, 1980, pp. 227-339.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça", 1986, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, núm. 21, Novembro de 1986, pp. 11-37
- SANTOS, Boaventura de Sousa, "O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 30, Junho de 1990, pp. 13-43.
- SCHOLZ, Johannes-Michael, "La constitution de la justice commerciale capitaliste en Espagne et au Portugal", in PEREIRA, Miriam Halpern, et al. (dirs.), *O Liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX*, Lisboa, Sá da Costa Editora, 1982, Vol. 2, pp. 65-86.
- TEUBNER, Gunther, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society Review* 17, 1983, pp. 239 ss.
- TEUBNER, Gunther (org.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, De Gruyter, 1988.
- VALA, Jorge, *La production sociale de la violence: représentations et comportements*, Louvain (tese de doutoramento), 1984.
- WROBLEWSKI, Jerzy, "Application du droit", in: ARNAUD, André-Jean et al. (dirs.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris/Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence/Story-Scientia, 1988.

ZIMRING, Franklin E., HAWKINS, Gordon J., *Deterrence. The Legal Threat in Crime Control*, Chicago, University of Chicago Press, 1973