

Direito = fato social

o que define direito de Leharman.  
direito é necessário, dele não se  
pode prescindir

## INTRODUÇÃO

Toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Como no caso do saber, o direito é um fato social que em tudo se insinua, e do qual é impossível se abstrair. Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro; nem a família ou a comunidade religiosa, nem a pesquisa científica ou a organização partidária de orientações políticas. A convivência social sempre está pré-sujeitada a regras normativas que excluem outros possíveis ordenamentos, e que pretendem ser impositivos, de forma suficientemente efetiva. Sempre é imprescindível um mínimo de orientação através do direito, se bem que possam variar o grau de explicitação das normas de direito, e a sua efetividade em termos de determinação comportamental.

Isso torna ainda mais surpreendente que esse fato do direito pouco ocupe os sociólogos. Nas universidades, a "Sociologia do direito" pouco aparece como disciplina, e quando isso ocorre, a tarefa de lecioná-la é assumida mais por juristas que por sociólogos. Falta completamente uma relação entre essa disciplina e o desenvolvimento recente de teorias sociológicas. Tais ligações existem mais com a discussão básica das ciências jurídicas. As pesquisas empíricas no campo da sociologia do direito podem ser contadas nos dedos, se bem que nos últimos anos o interesse tenha aumentado. A sociologia do direito encontra-se em desvantagem na comparação com outras áreas da pesquisa sociológica, como a sociologia da família, a sociologia da organização, a sociologia política, a da estratificação e mobilidade sociais, e a da teoria dos papéis. Seria possível até mesmo questionar se existe uma sociologia sociológica do direito. A sociologia do direito só poderia ser fecundamente desenvolvida como ativi-

dade secundária de juristas, como Hermann Kantorowicz contrapôs aos sociólogos reunidos em seu primeiro congresso alemão.<sup>1</sup> Essa fecundidade, porém, não se expressou, e ainda hoje parece tratar-se aqui essencialmente de uma aspiração dos juristas, desejosos por um auxílio na aplicação de sentenças e na facilitação de fundamentações, mas talvez também por um aconselhamento político-jurídico.

Por que a sociologia do direito é tão difícil para os sociólogos?

Os sociólogos podem simplesmente remeter-se à própria ciência jurídica, sob cujo controle conceitual o direito desenvolveu-se a um nível de complicação extraordinário. Sem estudos especiais penosos não seria possível penetrar nessa matéria. Quem não soubesse, por exemplo, o que significa provocar a validade jurídica, ação negatoria, ato administrativo de duplo efeito etc., continuaria sendo um mero dilettante e não poderia avaliar questões jurídicas. Sem uma compreensão para os conceitos, os símbolos e os instrumentos de argumentação do jurista não seria possível progredir também em termos sociológicos. Como seria possível, por exemplo, analisar se a proveniência social de um juiz influencie suas sentenças, se não se puder avaliar se seus argumentos são corretos ou errados, ou utilizados de forma significativamente distorcida, mas ainda sustentável em termos jurídicos.

Uma outra dúvida fundamenta-se em que o direito reflète-se direta ou indiretamente em todas as esferas da vida, sendo, portanto, dificilmente isolável, em termos empíricos, como um fenômeno específico. Uma sociologia do direito que pretendesse perscrutar estas ramificações não só precisaria absorver o conhecimento jurídico-científico, mas teria que constituir-se como sociologia em sua totalidade e, além disso, servir aos juristas como guichê geral de informações sociológicas. Na prática, porém, essa tarefa é irrealizável. Não é por mera casualidade que as sociologias especiais bem sucedidas, como a sociologia da família, a sociologia da organização, a sociologia política e atualmente cada vez mais também a sociologia da ciência, têm por tema sistemas sociais demarcados na própria realidade social. Em outros casos, como no da sociologia da juventude ou no campo de pesquisas sobre estratificações e mobilidade, estão dadas delimitações do objeto bem operacionalizáveis. Sempre que o

campo de pesquisas não apresenta critérios claros de demarcação, as sociologias especiais são levadas à situação crítica de se constituírem como teoria sociológica geral, ou então definhar. Isso ocorreu com a sociologia do conhecimento em sua tentativa de tematizar a orientação cognitiva em uma sociologia especial. O mesmo sucede com a sociologia do direito — em um paralelismo cujas razões iremos desvendar — na medida em que ela deseje fazer da orientação normativa como um todo o tema de uma sociologia especial.<sup>2</sup>

Atualmente observa-se a tendência a esquivar-se dessas dificuldades de forma singular. Por um lado exige-se da sociologia do direito uma referência toda especial ao próprio direito. Nem todo ingresso em uma loja comercial é interessante em termos jurídico-sociológicos, tão-somente porque um escorregão em uma escada demasiadamente encurtada poderia atingir o dever do proprietário em garantir a segurança do trânsito público em suas dependências, gerando assim uma obrigação de responsabilidade. Pelo contrário, teria que tratar-se de comportamentos no bojo de papéis em particular centrados e relacionados tematicamente com o direito, como relações a mudanças legais, solicitações de opiniões sobre determinadas questões legais, ou situações semelhantes. Com isso porém, e esse é o outro aspecto, elimina-se o direito em sua totalidade, em sua complexidade, em sua função social, em seu caráter basilar onipresente, ao qual pode-se recorrer enquanto possibilidade. O direito desapaixoa-se da sociologia do direito.<sup>3</sup> Nesse sentido apresentam-se diversas possibilidades, algumas das quais começam a desenvolver-se como pontos centrais de uma nova sociologia do direito voltada para a pesquisa empírica.<sup>4</sup>

Uma saída consiste em desviar a atenção do direito para o jurista. Com isso o sociólogo volta a trilhar um terreno que lhe é familiar. Partindo de um conceito central da sociologia mais recente, ele pode pesquisar o papel do jurista. Nesse contexto ele se depara com diversas configurações, como o papel do juiz, do advogado, do jurista administrativo, do jurista econômico, do procurador. Aqui poderia interessar a combinação desses papéis, sua consistência profissional e, em termos mais detalhados, por exemplo, a verificando se esses papéis possuem traços em comum que possibilitem uma interação funcional, uma amenização de conflitos, uma objetivação dos controles recíprocos. A teoria dos

papéis leva ainda à indagação se as expectativas de papéis são consistentes umas com as outras, e ainda sobre quais medidas de precaução e quais estratégias comportamentais se prestam para superar contradições entre expectativas de papéis, possibilitando, assim, que por exemplo um advogado concilie a representação dos interesses do seu cliente com o exercício digno do direito.

Tais reflexões fazem parte de pesquisas que vêem o jurista como uma profissão. Com isso é ressaltada a questão da carreira, isto é, a verificação de como determinadas características (proveniência social, rendimento na formação profissional, idade, comprovação em determinados papéis, religião, relações políticas, etc.) se distribuem ao longo do tempo entre as diversas posições hierárquicas, ou seja: quem, com quais características, chega onde? Ou então indaga-se sobre o grau de profissionalização dessa atividade, por um lado no sentido da propriedade de um conhecimento inacessível em termos genéricos, e por outro lado na medida em que as chances daí decorrentes estejam vinculadas a uma ética profissional específica.

Pesquisas deste tipo<sup>8</sup> não dependem, em sua abordagem, sua explicação conceitual e seu método, de um esclarecimento prévio do próprio direito e sua função social. Elas podem ser realizadas nesta mesma forma para o caso de médicos, empresários, teólogos, soldados, arquitetos, etc. A referência à temática do papel ou da profissão serve apenas para o recorte de um campo de pesquisa melhor pormenorizado, e para a determinação de algumas condições paramétricas — como o problema da morte para o médico e, em outra forma, para o soldado, ou o do conflito para o jurista. Os entrelaçamentos teóricos ligam estas pesquisas não com a sociologia do direito, mas com a teoria dos papéis e com a sociologia das profissões: é de lá que elas recebem seus impulsos, e para lá se destinam seus resultados generalizáveis.

Algo semelhante ocorre com um segundo tipo de esforços, que tentam esclarecer o comportamento de pequenos grupos que exercem decisões jurídicas, principalmente nos casos de colegiados de juizes. As questões a serem pesquisadas e as técnicas são tomadas da pesquisa de pequenos grupos, e já se comprovaram em contextos completamente diferentes (como na sociologia industrial e em grupos experimentais). Os colegiados apresentam-se como um "experi-

mento natural", como um microstema bastante nítido e que opera de forma relativamente isolada, no qual é possível observar-se, diretamente ou através de questionários e entrevistas, o efeito de diversos fatores, tais quais status social, simpatias, frequência de interações, competência na superação de diferenças internas de opinião. O interesse central até agora está voltado para uma colocação bastante limitada do problema: até que ponto diferenças na estratificação social e preconceitos ideológicos influenciam ou são neutralizados no processo de decisões judiciais.<sup>9</sup> No lugar da questão justiça x injustiça, que interessa aos participantes, procura-se verificar qual opinião, sustentada por quais fatores, se impõe na decisão. Com isso perde-se de vista não apenas o próprio direito, mas o processo decisório em si, a interação judiciária, o diálogo jurídico.<sup>1</sup>

Uma terceira possibilidade consiste em deslocar o tema de pesquisa do direito em si para as opiniões sobre o direito, as quais são levantadas através das técnicas da moderna pesquisa de opiniões. Espera-se que essas pesquisas averiguem e apurem alguma coisa sobre a disseminação do conhecimento jurídico na população, sobre quais são as atitudes predomnantes com relação ao próprio direito e à organização que cuida do direito: principalmente a justiça.<sup>8</sup> Nesse sentido seria importante, entre outras coisas, saber se o conhecimento jurídico varia conforme a posição na estratificação social, se a idade, a educação, o sexo ou a inclusão em determinado grupo resultam em diferenças nas atitudes com relação a certas questões jurídicas. Tais pesquisas adquirem uma relevância prática ao indagar-se como alterações legais seriam absorvidas ou teriam efeito sobre a população — se elas gerariam o comportamento intencionado, ou se esvaziariam devido ao desconhecimento, ao tradicionalismo ou a interesses contrários.<sup>9</sup> De fato, porém, apura-se apenas respostas, e não opiniões, e muito menos disposições comportamentais.<sup>10</sup>

Vê-se aqui tipicamente que o valor de tais pesquisas como instrumentos do conhecimento depende fortemente da temática jurídica captada. A disseminação do conhecimento sobre o direito do inquilinato não permite qualquer conclusão sobre a disseminação do conhecimento o direito de sucessão. Uma pesquisa sobre as consequências sociais de uma lei sobre empregados domésticos dificilmente permitiria prever os efeitos de uma lei contra a venda de bebidas alcoólicas a jovens; ainda mais, teria que permanecer em aber-

to se as mesmas leis não poderiam ter outras consequências, uma vez vinculadas a determinações ou mecanismos de controle diferentes. Nisso fica demonstrado como a própria complexidade do direito estabelece estreitos limites à pesquisa empírica sociológica. A diversidade objetiva da temática jurídica dificulta o esforço generalizante, no mais típico para a pesquisa sociológica: a formação de correlações e hipóteses genéricas sobre complexões comportamentais.

Com isso retornamos ao nosso ponto de partida. O contorno do direito, tido como demasiadamente difícil não permanece de todo estéril na mais recente pesquisa jurídica-sociológica. Ela pode, perfeitamente, dar seus frutos. As pesquisas que atualmente se desenvolvem sob tais perspectivas heterogêneas não devem ser desencorajadas ou até interrompidas, como se fossem descaminhos. Por outro lado é evidente que elas não satisfazem enquanto sociologia do direito. Falta-lhes o próprio direito, e com isso falta também a conexão interna entre essas diversas abordagens de pesquisa.<sup>11</sup> A análise dos papéis profissionais em nada contribui para a pesquisa de opiniões, e a pesquisa de opiniões não fornece qualquer hipótese para a análise do processo da decisão judicial. Apenas seria possível traçar algumas grossas linhas de ligação — como no sentido da hipótese de que juizes eruditos, provenientes de camadas sociais mais elevadas, não produziriam uma jurisprudência que tivesse ressonância junto à população. Uma integração convincente daquelas pesquisas empíricas só seria realizável através da reintrodução do direito na sociologia jurídica, por meio de uma sociologia do direito levada a sério.

Um tal programa, porém, não ultrapassa as dificuldades já mencionadas, mas leva diretamente a elas. O que importa, portanto, é ter clareza sobre o cerne destas dificuldades e encaminhá-las em termos conceituais claros, já que não é possível uma solução simples.

O ordenamento jurídico, tal como nós o conhecemos atualmente, é uma construção de alta complexidade estruturada. Complexidade deve ser entendida aqui e no restante desse texto como a totalidade das possibilidades de expertíncias ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido — no caso do direito isso significa considerar não apenas o legalmente permitido, mas também as ações legalmente proibidas, sempre que relacionadas ao direito de forma sensível, como, por exemplo, ao se oculta-

rem.<sup>12</sup> A complexidade de um campo de possibilidades pode ser grande ou pequena, em termos quantitativos, de diversidade ou de interdependência. Além disso ela pode ser desestruturada ou estruturada.<sup>13</sup> A complexidade totalmente desestruturada seria o caso limite da névoa original, do arbitrio e da igualdade de todas as possibilidades. A complexidade estruturada constitui-se na medida em que as possibilidades se excluem ou limitam reciprocamente. Na complexidade estruturada, portanto, surgem problemas de compatibilidade e impossibilidade. A ativação de uma determinada possibilidade bloqueia a da outra, mas permite, por outro lado, a construção de novas possibilidades que a pressupõem. Desta forma uma "constituição de Estado de direito" exclui mais ou menos efetivamente numerosos modos comportamentais, abrindo porém, e exatamente por isso, o caminho para outros modos comportamentais, como por exemplo ações constitucionais que de outra forma não seriam possíveis, por dependerem da estruturação (sendo contingentes). Com isso a estrutura pode aumentar a complexidade de um sistema social no sentido de que, apesar da limitação recíproca das possibilidades, no total dispõe-se de mais possibilidades para uma escolha sensata. É exatamente a exclusão estratégica de possibilidades que, vista em termos evolutivos, constitui o meio para a construção de ordenamentos mais elevados, que não podem consentir com toda e qualquer possibilidade mas, exatamente por isso, garantindo sua heterogeneidade.

Evidentemente o direito exerce uma função essencial, se não decisiva, no alcance de uma complexidade mais alta e estruturada em sistemas sociais. Ao buscar-se, porém, um instrumental de pesquisa apropriado para tais sistemas, chocamo-nos como uma clara deficiência. Não é exagerado registrar que o desenvolvimento científico encontra-se como que estrangulado por um desfiliado, perante sistemas com elevada complexidade estruturada, e que o alargamento seguro desse desfiliado só poderá ser realizado vagorosamente. Isso é válido para qualquer ciência, mas mais nitidamente para as ciências sociais.<sup>14</sup> O repertório de métodos e teorias de que dispomos atualmente pressupõe microsistemas, de baixa complexidade, por exemplo pequenos grupos experimentais, nos quais apenas poucas variáveis estão correlacionadas, tornando defensável a cláusula "ceteris-paribus", ou então se refere a um grande número de fatores homogêneos, aleatoria-

mente dispersos, que podem ser tratados com métodos estatísticos — ou seja, sistemas de baixa complexidade estruturada, ou de alta complexidade desestruturada. Em contraposição, faltam instrumentos para aquele que talvez seja o mais importante campo da pesquisa: os macrosistemas altamente complexos e estruturados — se bem que esse problema pelo menos tornou-se explícito no funcionalismo e na cibernetica, onde também podemos encontrar algumas abordagens apropriadas nesse contexto.

Essa situação se reflete claramente nos esforços, antes descritos, de constituir uma sociologia empírica do direito, e também explica sua deficiência. Com os conceitos de papel, profissão, carreira, processo decisório, opinião ou atitude, a pesquisa empírica fixa-se em microsistemas estruturados ou em grandes quantidades homogêneas pouco estruturadas, e excluem o direito como estrutura de um macrosistema completo. Agora podemos visualizar o motivo que parece forçar essa opção: ele está localizado no nível dificilmente alterável do desenvolvimento da ciência, na falta de um instrumental adequado a macrosistemas complexos e estruturados.

O problema é aguçado na medida em que os recursos metodológicos foram concebidos, elaborados e bastante aprofundados no contexto dos campos de pesquisa até então aceitos, ou seja em pequenos sistemas ou grandes quantidades pouco estruturadas. Esses progressos nos recursos metodológicos passam, então, a definir um nível de exigências inatingível no caso que nos interessa; o dos macrosistemas. Em termos de comparação com o referencial do século XIX, quando as teorias jurídico-sociológicas clássicas foram formuladas, foi considerável o crescimento atual das exigências em termos de referência metodológica, precisão conceitual e de comparabilidade empírica. Isso fica expresso, por exemplo, na exigência de que afirmações teóricas sejam "operacionais" — uma exigência que não pode ser satisfeita por nenhuma das teorias até agora colocadas em discussão no contexto dos macrosistemas. Nessas circunstâncias, quais possibilidades ainda restam à sociologia do direito?

É possível, e nós iremos tentar, sustentar e tematizar o problema, aparentemente insolúvel ao nível atual da ciência, da alta complexidade estruturada. Para a sociologia do direito isso significa partir da questão do direito como estrutura de um sistema social. Seguindo as considerações pré-

vias acima esboçadas, a estrutura de um sistema social tem por função regular a complexidade do sistema. Em última análise a complexidade de um sistema é sempre a complexidade estruturalmente possibilitada (contingente), mas por outro lado também a estrutura do sistema depende de sua complexidade, pois improváveis estruturas arriscadas, como a mutabilidade legal do direito, já pressupõem uma alta complexidade do sistema. Sistemas simples têm necessidades estruturais diferentes de sistemas mais complexos, mas também possuem menos possibilidades de erigir e manter estruturas relevantes enquanto pressupostos de outras possibilidades estruturais. Sociedades simples, por exemplo, possuem um direito tradicionalmente determinado, concebido em termos relativamente concretos. No decorrer do desenvolvimento social em direção à complexidade mais elevada, o direito tem que abstrair-se crescentemente, tem que adquirir uma elasticidade conceitual-interpretativa para abranger situações heterogêneas, tem que ser modificável através de decisões, ou seja: tem que tornar-se direito positivo. Nesse sentido formas estruturais e graus de complexidade da sociedade condicionam-se reciprocamente.

Desta forma é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca. Essa relação possui também um aspecto temporal, além do material, levando, portanto, a uma teoria evolucionista da sociedade e do direito. A referência a esse teorema qualifica conceitos, teorias e pesquisas empíricas como jurídico-sociológicos. Nesse contexto as considerações a seguir encontram sua coerência e sua unidade.

Em um primeiro capítulo veremos que esse posicionamento já vinha sendo elaborado nas abordagens clássicas à sociologia do direito, e mais claramente até do que podemos observar atualmente. Para adquirirmos e especificarmos a base teórica teremos, então, que nos voltar, em um segundo capítulo, aos mecanismos elementares da formação do direito, ou seja esclarecer o que se compreende por norma, e que função o preceito normativo preenche na vida social. Nesse contexto recentes pesquisas psicológicas, sócio-psicológicas e sociológicas avançam bastante além do normalmente apresentado na doutrina das fontes de direito e na distinção entre os diferentes tipos de normas jurídicas e pré-jurídicas. Com base nas colocações do problema assim adquiridas, po-

demos travar, em um terceiro capítulo, uma visão panorâmica sobre as linhas básicas da evolução social e do desenvolvimento do direito. A linha mestra dessa análise será a hipótese de que a elevação da complexidade social erige e possibilita modificações no arcabouço jurídico. Isso leva à concepção de que a sociedade industrial moderna tem que insaturar seu direito como direito positivo, e modificável por intermédio de decisões. O caráter positivo do direito, estritamente negligenciado pela sociologia do direito mais antiga, será o objeto do quarto capítulo, o qual também tratará de problemas e mecanismos específicos aos modernos ordenamentos jurídicos, assim como de questões que se colocam para pesquisas jurídico-sociológicas atuais. O quinto capítulo trata das possibilidades, condições e dificuldades que a positividade do direito apresenta às alterações estruturais na sociedade. Na medida em que desta forma possamos visualizar as bases e o campo de pesquisa da sociologia de direito, poderemos, finalizando, extrair conclusões sobre a muito discutida relação entre a ciência do direito, a sociologia e a sociologia do direito.

### NOTAS DA INTRODUÇÃO

<sup>1</sup> Rechtswissenschaft und Soziologie. *Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages 1910*. Tübingen 1911, p. 275-309.

<sup>2</sup> Com essa fundamentação a possibilidade de uma sociologia autônoma do direito é refutada, por exemplo, em STONE, Julius. *Social dimensions of law and justice*. Londres, 1966, p. 28 ss.

<sup>3</sup> Expressamente, por exemplo, na introdução de TRAPPE, Paul a GEIGER, Theodor. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied/Berlin, 1964. Cf. também, do mesmo autor: *Zur Situation der Rechtssoziologie*. Tübingen, 1968, especialmente p. 19 ss.

<sup>4</sup> Para uma visão geral da pesquisa internacional ver: TREVES, Renato. *La sociologia del diritto*. Milão, 1966. TREVES, Renato e VAN LOON, Jan F. G. *Norms and actions*. Haia, 1968. TREVES, Renato. *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*. Milão, 1968. EISERMANN, Gottfried. *Die Probleme der Rechtssoziologie*. Archiv für Verwaltungssoziologie — Beilage zum gemeinsamen Amtsblatt des Landes Baden-Württemberg 2, n.º 2, 1965, p. 5-8.

<sup>5</sup> Alguns exemplos: RICHTER, Walter. Die Richter der Oberlandesgerichte in der Bundesrepublik. *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, n.º 5, 1960, p. 241-259. DAHRENDORF, Ralf. *Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung Richter an Oberlandesgerichten*, ibidem p. 260-275. RICHTER, Walter. *Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft*. Stuttgart, 1968. ZWINGMANN, Klaus. *Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin, 1966. FEEST, Johannes. Die Bundesrichter — Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite. Em ZAPF, Wolfgang. *Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*. Munique, 1965, p. 95-113. KAUPEN, Wolfgang. *Die Richter von Recht und Ordnung*. Neuwied/Berlin, 1969. WEYRAUCH, Walter O. *Zum Gesellschaftsbild des Juristen*. Neuwied/Berlin, 1970. KAUPEN, Wolfgang e RASEHORN, Theo. *Die Justiz zwischen Obrighkeitsstaat und Demokratie*. Neuwied/Berlin, 1971. Para os advogados, ver principalmente as pesquisas americanas, por exemplo: CARLIN, Jerome E. *Lawyers on their own*. Brunswick/N J., 1962. SMIGEL, Erwin O. *The Wall Street Lawyer*. Nova Iorque/Londres, 1964.

<sup>6</sup> Cf.: SCHUBERT, Glendon. Behavioral research in public law. *The american political science review*, n.º 57, 1963, p. 433-445. STRODTBECK, Fred; JAMES, Rita M. e HAWKINS, Charles. *Social*

status in jury deliberations. *American sociological review* n.º 22, 1957, p. 713-719. STRODTBECK, Fred. *Social process, the law and jury functioning*. Glencoe/Ill., 1962. SCHUBERT, Glendon. *Qualitative analysis of judicial behavior*. Glencoe/Ill., 1959. Idem. *Judicial decision-making*. Nova Iorque/Londres, 1963. Idem. *Judicial behavior*. Chicago, 1964. Idem. *The judicial mind*. Evanston, 1965. KALVEN, Harry e ZEISEL, Hans. *The American jury*. Boston, 1966. GROSSMAN, Joel B. e TANENHAUS, Joseph. *Frontiers of judicial research*. Nova Iorque, 1969. Ver ainda os simposios: Jurimetrics. *Law and contemporary problems*, n.º 28, 1963, p. 1-270. Social science approaches to the judicial process. *Harvard law review*, n.º 79, 1966, p. 1551-1628. Para uma visão geral mais recente ver: ROTILEUTHNER, Hubert. Zur Soziologie richterlichen Handelns. *Kritische Justiz*, 1970, p. 282-306. Idem, ibidem, 1971, p. 60-88.

<sup>7</sup> O último aspecto foi brilhantemente criticado em: HOWARD, J. Woodford. On the fluidity of judicial choice. *The American political science review*, n.º 62, 1968, p. 45-56. A consideração insuficiente do direito em si e em toda a sua complexidade é criticada, por exemplo em: MENDELSON, Wallace. The neo-behavioral approach to the judicial process. *The American political science review*, n.º 57, 1963, p. 593-603. BECKER, Theodore L. *Political behaviorism and modern jurisprudence*. Chicago, 1964. FULLER, Lon L. An afterword: science and the judicial process. *Harvard law review*, n.º 79, 1966, p. 1.604-1.628.

<sup>8</sup> Cf. por exemplo: SEGERSTEDT, Torgrny, et al. A research into the general sense of justice. *Theoria*, n.º 15, 1949, p. 323-338. ROSE, Arnold M. e PRELL, Arthur. Does the punishment fit the crime? *The American journal of sociology*, n.º 61, 1955, p. 247-259. MURPHY, Walter F. e TANENHAUS, Joseph. Public opinion and the United States Supreme Court. *Law and society review*, n.º 2, 1967, p. 357-384. GIBBONS, Don C. Crime and punishment. *Social forces*, n.º 47, 1969, p. 391-397. Ver ainda os relatórios de pesquisa em *Acta sociologica*, n.º 10, 1966. Para as pesquisas polonesas, ver PODGÓRECKI, Adam. Dreistufen-Hypothese über die Wirksamkeit des Rechts. Em HIRSCH, Ernst E. e REHBINDER, Manfred. Studien und Materialien zur Rechtssoziologie. *Kölnner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, caderno especial n.º 11, 1967, p. 271-283.

<sup>9</sup> P. ex.: AUBERT, Vilhelm. Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung. Em HIRSCH/REHBINDER, op. cit., p. 284-309.

<sup>10</sup> Cf. DEUTSCHER, Irwin. Words and deeds. *Social problems*, n.º 13, 1966, p. 235-254.

<sup>11</sup> Cf.: GIBBS, Jack P. The sociology of law and normative phenomena. *American sociological review*, n.º 31, 1966, p. 315-325. SAUERMANN, Heinz. Die soziale Rechtsrealität. *Archiv für angewandte Soziologie*, n.º 4, 1932, p. 211-237.

<sup>12</sup> Para esse importante esclarecimento ver abaixo, item III.8.

<sup>13</sup> Na literatura da teoria de sistemas encontramos frequentemente a diferenciação entre complexidade *desorganizada* e *organizada*, sendo que a última serve de protótipo para o organismo. Cf. VON BERTALANFFY, Ludwig. General system theory. *General*

*systems*, n.º 7, 1962, p. 1-20. Para um esclarecimento mais detalhado do conceito de complexidade ver minha contribuição em HABERMAS, Jürgen e LUHMANN, Niklas. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*. Frankfurt, 1971, p. 292 ss.

<sup>14</sup> Cf.: WEAVER, Warren. Science and complexity. *American scientist*, n.º 36, 1948, p. 536-544. LÉVY-STRAUSS, Claude. *Anthropologie structurale*. Paris, 1958, p. 350. EMERY, F. E. The next thirty years. *Human relations*, n.º 20, 1967, p. 199-237.

duvida ao afirmar-se que a sociedade seria uma relação de direito, ou até mesmo um contrato<sup>3</sup> — uma formulação que nenhum sociólogo teria coragem de repetir, apesar de toda valorização da função e da imprescindibilidade de um ordenamento jurídico.

É aqui que a distância fica evidente. Ainda assim o direito natural já havia preparado a interpretação sociológica do direito, em sua última fase, como direito racional, e isso exatamente com o auxílio da categoria do contrato. O homem é abstraído como sujeito, e o contrato torna-se a categoria através da qual a dimensão social da vida humana pode ser pensada como disponível e como contingente em qualquer de suas configurações. A contingência das relações humanas ainda é imaginada em uma forma do direito, mas ao mesmo tempo isso envolve uma tal radicalidade abstrata, a partir da qual qualquer direito torna-se possível.<sup>4</sup> Uma vez atingido esse ponto, não é mais possível retornar às crenças do passado em formas concretamente vinculadas ao direito: resta apenas a possibilidade de ampliar a tese do contrato como o único mecanismo de redução, no sentido da sociedade como sistema social — e esse é o caminho da sociologia.

Comparando com o direito natural, a sociologia vê a relação entre sociedade e direito também como o indissolúvel, só que mais abstrata, ou seja, com um maior espectro de variações. Também a sociologia pode aceitar a tese de que toda sociedade tem que possuir uma ordem jurídica,<sup>4</sup> mas não a tese seguinte de que, por isso mesmo, certas normas jurídicas seriam igualmente válidas para todas as sociedades. No âmbito da comparação histórica e etnográfica, possibilitada pelas pesquisas do século XIX, praticamente não é possível constatar-se invariâncias normativas, quando muito apenas em abstrações quase desprovidas de qualquer sentido. O direito surge, então, como uma construção social em princípio indispensável, mas sempre contingente em cada efetuação. Essa contingência, esse condicionamento da ordem por outras possibilidades, torna-se o tema da sociologia do direito.

A primeira vista isso pode parecer uma mera debilitação, uma versão mais abstrata da visão europeia tradicional. Com essa abstração, porém, conquista-se a redenção do direito natural, a liberação com relação à predominância de certas normas de direito de validade genérica, e com isso uma perspectiva mais distanciada para com o próprio direito.

## I — ABORDAGENS CLÁSSICAS A SOCIOLOGIA DO DIREITO

Só se pode falar de sociologia do direito a partir do momento em que exista a própria sociologia, ou seja apenas desde a segunda metade do século XIX. Essa não é apenas uma constatação evidente, tal qual um óbvio terminológico. Isso porque a sociologia dá um cunho todo especial ao interesse científico no direito, claramente distinto de tudo que a anterior tradição europeia já tinha pensado sobre a relação entre sociedade e direito.

Aquela tradição doutrinária, de cujo desmoronamento, na virada do século XVIII ao século XIX, surgiu a sociologia, concebia a relação entre sociedade e direito de forma mais concreta.<sup>1</sup>

Para ela o direito sempre já se apresentava como dado, na essência das associações humanas; ele era imanente à sua natureza e indissolúvelmente enredado com outros traços característicos da sociedade, com a proximidade social (amizade) e com relações de hierarquia (dominação). Somente a predeterminação natural-verdadeira do que seja direito possibilitava a liberdade concreta em instituições políticas — e não ao contrário, como no sentido de que o problema com relação ao direito tão só teria que ser criado através de uma liberdade abstrata e indeterminada. Para o pensamento em termos de direito natural o convívio na sociedade humana não delineava apenas uma normatividade abstrata como forma do dever-ser de conteúdos indiscriminadamente engendráveis, ou seja não apenas a pura e simples imprescindibilidade funcional das normas, mas traçava, além disso, normas determináveis em sua substância, que podiam reivindicar para si um surgimento e uma verdade por assim dizer naturais. Desta forma não se tinha qualquer

to. A pura existência da sociedade não mais permite a dedução direta da vigência de determinadas normas, pelo contrário, direito e sociedade têm que ser abarcados integralmente, como variáveis empiricamente pesquisáveis, que se interpermeiam de forma determinada. Para poder avaliar, sem preconceitos, quais sociedades podem possuir que tipo de ordenamentos jurídicos, torna-se necessário abdicar da premissa de que todas sociedades tenham que reconhecer um determinado direito. Por isso a sociologia não se sente obrigada, e sequer autorizada, a compartilhar com a orientação normativa da vida em sociedade, e a procurar a base de sua vigência em normas superiores e princípios indubitáveis, pois desta forma, como *Emile Durkheim* observou quase ironicamente, ela identificaria não a realidade da moral de determinadas sociedades, mas apenas o modo como o moralista concebe a moral.<sup>5</sup>

O distanciamento com relação à visão introspectiva do direito e sua fundamentação moral caracteriza os esforços que podemos designar como as *abordagens clássicas à sociologia do direito*. Elas se compreendem como sociológicas devido a esse distanciamento e à avaliação da moral a partir de perspectivas incongruentes. Além disso elas se deixam levar pela hipótese de que seria possível adquirir um conhecimento causal, empiricamente fundamentado, sobre a sociedade e sua relação com o direito. Esse conhecimento é articulado através de um quadro referencial histórico-evolucionista. A noção de evolução oferece a possibilidade da relativização, secularização, temporalização do direito natural. Enquanto processo, a evolução é concedida em termos causais, mas com respeito ao seu sentido, ela é pensada através de categorias morais, como progresso. Concede-se ao direito uma posição central no desenvolvimento social — não como uma causa impulsionadora ou planejada no sentido político do desenvolvimento, mas como forma e expressão da situação social correspondente. Assim, apesar das diferenças entre as versões individuais, é possível reconhecer três premissas comuns à sociologia clássica do direito, através das quais ela se diferencia da doutrina do direito natural: 1) O direito é diferenciado como estrutura normativa da sociedade, como um conjunto fático de vida e de ação. (O direito não mais é a sociedade.) 2) Direito e sociedade são concebidos como duas variáveis dependentes entre si, e correlação em sua variação é concebida em termos evolucionistas — no século

XIX geralmente como o progresso regular da civilização. 3) Sob tais condições podem ser estabelecidas hipóteses sobre a relação entre direito e sociedade, as quais são empiricamente controláveis e verificáveis através da observação da correlação, em suas variações.

No entanto, tomando por referência as exigências atuais, não foram esclarecidas as bases teóricas para a elaboração dessa abordagem, no que diz respeito à própria sociedade e seu desenvolvimento. Isso faz com que os diversos pesquisadores visualizem diferentes aspectos parciais do desenvolvimento da sociedade e do direito, ressaltando-os, através do isolamento acentuado, como distintivos caracterizantes. Somente podemos obter uma noção dos pressupostos do raciocínio, do estilo e das limitações da sociologia clássica do direito através de um resumo comparativo de suas bem diferenciadas variações — e para tanto escolhemos *Marx*, *Mai-ne*, *Durkheim*, *Weber* e, já como autores-limite não típicos, *Parsons* e *Ehrlich*.<sup>6</sup>

A teoria da sociedade de *Karl Marx* reage a um traço fundamental do recente desenvolvimento social: a transição do primado sobre a determinação de sentido à sociedade, deslocando-o da política para a economia. Ela interpreta o primado da economia, na medida em que este relaciona o econômico com a materialidade das necessidades humanas, como uma verdade antropológica e trans-histórica, formulando nesse contexto uma teoria natural-dialética do desenvolvimento social. A propulsão do desenvolvimento se dá a partir de alterações nas forças produtivas e nas condições de produção que intermedeiam a satisfação de necessidades materiais ou, em termos mais precisos: de contradições sociais que resultam no decorrer do desenvolvimento da produção e da satisfação de necessidades. O direito representa um papel decisivo na fixação de tais contradições, através da atribuição individual de chances especiais e desiguais: ele concede e protege a propriedade. Na propriedade o direito funde as chances de satisfação de necessidades com interesses familiares no patrimônio e com competências decisórias em formas de combinação tais, que necessariamente têm que ser modificadas em vista do desenvolvimento das forças produtivas. Se a *totalidade do direito* está moldada aos interesses dos proprietários, e por eles é administrada, essa modificação do direito apenas poderá ocorrer na forma da *revolução*. Ao longo do desenvolvimento social tornar-se-ia então possí-

vel uma socialização da propriedade, que separaria a satisfação das necessidades (distribuição) das decisões na produção (planejamento), substituindo o direito objetivado, vinculado a situações de interesse (classista), pela racionalidade.

Pode-se então interpretar a doutrina marxista da sociedade e do direito sob o aspecto de uma dissolução em entrelaçamentos, subjetivos e locais, entre a satisfação de necessidades e o processo decisório (se bem que esse raciocínio não transparece nas exposições oficiais do marxismo nem na literatura secundária nelas inspiradas). Desta forma chega-se à compreensão correta, que também ressalta a unitariedade da sociologia do direito de cunho marxista. Em última análise ela está voltada para um *grau máximo de variabilidade estrutural consentido*, pelo qual o direito é responsabilizado: distribuição e planejamento da produção têm que poder variar independente de constelações concretas de interesses, tornando-se assim passíveis de racionalização. Trata-se de obter uma estrutura jurídica compatível com a maior complexidade e variabilidade da sociedade, ou seja com uma maior esfera seletiva voltada para a solução de problemas — numa imagem extrema trata-se do fato de não ser compreensível que as funções de comando no processo econômico tenham que ser hereditárias através de famílias, e vinculadas a uma coleção de carros velozes e mulheres bonitas, mansões e iates. A questão, porém, é se esse é o único sentido no qual o direito condiciona a complexidade de sistêmica da sociedade. Certamente não. Aqui se localizam as limitações da ótica da sociologia marxista do direito, apresentando ao mesmo tempo um problema que só pode ser convenientemente articulado por meio de uma abordagem mais abstrata da teoria sociológica da sociedade.

Sir Henry Sumner Maine<sup>8</sup> visava um outro aspecto do mesmo problema ao caracterizar o desenvolvimento do direito das sociedades antigas às modernas como um "*movement from status to contract*".<sup>9</sup> Os conceitos de *status* e *contrato* não significam aqui institutos rigorosamente exclusivos em termos lógicos, mas sim diferentes princípios básicos da construção de um ordenamento jurídico e da distribuição de direitos e deveres que devem ser vistos à luz da estrutura social correspondente, que as determinam. Em sociedades que se baseiam no princípio do parentesco e são divididas segundo famílias e linhagens, a participação no direito depende da inclusão nessas sociedades e do grau da inserção em termos

de *status*. O *status* concede a capacidade jurídica, e não a qualquer um, mas sim de forma diferenciada e sempre concreta para cada esfera de direitos e deveres e para liberdades delimitadas, que são distribuídas através da diferenciação de *status* na sociedade. Assim a estrutura familiar da sociedade, e mais tarde a estamental, ordena bastante concretamente, e ao mesmo tempo, a distribuição de direitos e obrigações — por exemplo quem pode casar, quem pode caçar, quem pode estabelecer um negócio, quem deve servir a pé ou enclihado — e por isso mesmo ela configura sua realidade nessa distribuição.

Pouco a pouco, porém, o desenvolvimento social de sistemas de complexidade mais elevada, e principalmente o aumento do volume quantitativo e das interdependências da economia, forçam no sentido de uma maior mobilização das relações jurídicas, de uma dissolução de convenções demasiadamente compactas, transmitidas por tradição, de validades apenas local, e ainda no sentido de dispensar condições sócio-estruturais não mais necessárias para a distribuição corrente de direitos e deveres. A dominação política desprende-se da antiga ordem das famílias e linhagens capacitando-se, assim, a conceder ao indivíduo uma liberdade e uma mobilidade mais amplas. O *ius connubii ac commercii* é ampliado e, finalmente, estatuído universalmente com capacidade jurídica própria. Ao final do século XVIII, com a dissolução da ordem estamental, o homem, em sua personalidade abstrata, torna-se detentor do direito, "por que ele é um ser humano, e não por ser judeu, católico, protestante, alemão, italiano, etc."<sup>10</sup> Desta forma desaparece a vinculação da repartição do direito a uma estrutura social prescrita de forma demasiadamente concreta. O novo instrumento distributivo denomina-se contrato. Na concepção liberal ele ainda pressupõe apenas tipos claros para a facilitação do rápido entendimento entre desconhecidos, disposições contra danos mútuos e a previsibilidade do funcionamento no âmbito da jurisdição. Dentro destes parâmetros a sociedade tudo poderia tolerar.

Nossa fórmula do crescimento da variabilidade estruturalmente permissível é apropriada também ao "movimento do *status* ao contrato". A relação entre estrutura social e configuração concreta do direito também é enfraquecida pela intervenção da disposição contratual livre e variável conforme as situações. O direito não mais está tão imediata-

mente entrelaçado aos traços centrais da diferenciação social,<sup>11</sup> o que acarreta maiores riscos para a estabilização da diferenciação social e para a força persuasiva do direito. Nesse contexto a teoria do contrato social ressalta unilateralmente, e nesse sentido insuficientemente, a elasticidade devido à disposição descentralizada — novamente apenas uma parte do problema da adaptação do direito às exigências estruturais de sociedades que se tornam mais complexas.

Uma geração mais tarde esse tema central do contrato, que aparentemente converge, sem qualquer ancoramento na estrutura social, a vontade individual e o cálculo utilitário em direito, provocou um novo e aprofundado impulso, pela primeira vez propriamente sociológico, à sociologia do direito. *Emile Durkheim* aponta, polemizando intencionalmente, para as bases não-contratuais (e portanto: sociais!) do contrato.<sup>12</sup> A disseminação de ordenamentos contratuais em sociedades diferenciadas pela divisão do trabalho não altera o fato de que o direito, como regra moral, é expressão da "solidariedade" de uma sociedade. O tipo de solidariedade necessária, e com isso também o direito, seria condicionado pela forma da diferenciação social e modificar-se-ia com o desenvolvimento da própria sociedade. Esse desenvolvimento é visto por *Durkheim* como uma reorganização da sociedade da diferenciação *segmentária* à diferenciação *funcional*. A diferenciação *funcional* subdivide a sociedade em unidades iguais ou semelhantes, de muito baixa complexidade: em famílias ou linhagens. A diferenciação funcional ordena a sociedade em termos de divisão do trabalho, em diferentes sistemas parciais que preenchem funções específicas, aumentando assim a complexidade da sociedade. No caso de predominância da diferenciação segmentária, a sociedade integrar-se-ia através de uma consciência coletiva de conteúdo comum, na forma de regras morais cuja transgressão provocaria repressões. Através da diferenciação funcional dissolver-se-ia a comunhão das concepções coletivas, e em seu lugar surgiria uma solidariedade "orgânica" que, tal qual um organismo, possibilitaria a conjunção das diferentes partes. O direito seria então reestruturado, substituindo sanções *repressivas* por sanções *restitutivas*, que ainda exigem apenas a reparação de danos e assim a reconstituição da capacidade de funcionamento das partes, e não mais a busca de vingança contra as ofensas à consciência coletiva, nem a *colère publique*, exigindo porém a diferenciação social e a

especificação suficiente dos sistemas parciais, como condições prévias para a delimitação e o cálculo de danos. *Durkheim* acredita poder verificar empiricamente uma tal reestruturação e a relação entre a estrutura social e o direito, através da comprovação de sua covariação — reivindicando assim uma sociologia empírica do direito ao nível do macrosistema da sociedade.<sup>13</sup>

Uma vez acolhido o problema da complexidade estruturalmente permissível, esta também pode ser vista como a indagação central da sociologia do direito de *Durkheim*. Decisivo para *Durkheim* é o tipo de diferenciação sistemática: a forma do direito localiza-se num plano secundário, apesar de fortemente vinculada à forma de diferenciação. Partindo da questão da liquidação de transgressões ao direito, o problema do direito é captado em um de seus aspectos centrais, mas novamente tratado unilateral e, portanto, deficientemente. Realmente as sanções restitutivas são mais variáveis mais especificamente dosáveis, e com isso mais adaptáveis que sanções repressivas, na medida em que permitem o julgamento de cada transgressão conforme suas consequências, mas esse ganho em elasticidade e em permissividade de alternativas é apenas um dos muitos aspectos que o direito tem que apresentar nas sociedades modernas.

A conjunção das formas que o interesse sócio-jurídico assume em *Marr*, *Maine* e *Durkheim* se baseia na unidade de uma colocação evolucionista ainda insuficientemente articulada. Ao mesmo tempo ela mostra que cada interesse teórico (e nem sempre apenas teórico) clareia apenas aspectos parciais, cuja necessidade de complementação fica evidente através da comparação. Esse quadro não se altera ao continuarmos nessa exploração, chegando a *Marx Weber*.

Atendo-se inicialmente aos fragmentos da obra de *Weber* publicados sob o título de "sociologia do direito",<sup>15</sup> apesar de toda riqueza de seu detalhamento histórico, ressalta um interesse básico de conhecimento: a indagação quanto à racionalização como traço fundamental do desenvolvimento da sociedade europeia, principalmente nos tempos modernos. O "desencantamento do mundo", a constituição de uma relação mais racional com o mundo e notadamente o surgir de uma economia "capitalista" têm no direito suas condições e suas consequências. O direito tem que ser reconstituído, abandonando qualidades em princípio materiais (estabe-

lecidias em termos de conteúdo ético, eudemonista ou utilitário) e adquirindo qualidades em princípio formais (abstratamente especificadas em termos conceituais, de praticabilidade processual ótima).

O que isso significa não é suficientemente caracterizado pelos rótulos de "formal" e "material". Eles também permitem a afirmação de uma tendência oposta que consistiria na crescente dissolução de formalismos rituais em favor de um direito materialmente elástico, melhor adequável a situações imprevisíveis. Weber, por seu lado, visa um desenvolvimento que crescentemente diferencia e autonomiza o complexo das normas de direito, ou seja, os libera do entrelaçamento com outras estruturas sociais, precisando-as no interesse de funções específicas. Desta forma são superados elementos do arbitrio pessoal na aplicação do direito (justiça de Cádi) e vinculações a costumes e concepções de moral próprias a pequenos grupos, transmitidas por tradição e incompreensíveis para estranhos. Apenas assim se torna possível basear investimentos amplos e a longo prazo em possibilidades calculáveis, juridicamente asseguradas de forma confiável; apenas assim podem ser organizadas longas cadeias, complexamente ramificadas, de relações entre meios e fins, assegurando-as contra falhas e seus elos individuais. Em resumo: é necessário assegurar ao indivíduo possibilidades abstratamente calculáveis, cuja previsibilidade se mantenha também em um ambiente social de crescente complexificação, substituindo formas anteriores de confiança concreta e de conhecimento mais íntimo das situações ou das pessoas. Apenas no caso de um direito reestruturado desta forma torna-se possível introduzir-lhe finalidades secundárias de bem-estar, cujo preenchimento, como se pode observar nitidamente na atualidade, é pressuposto da previsibilidade da máquina administrativa legalmente programada.

É fácil estabelecer aqui ligações com as análises jurídico-sociológicas já mencionadas — por exemplo com relação ao tema do poder decisório confiavelmente assegurado pela propriedade; com o tema do contrato, possibilitando a variabilidade sem perda de precisão e o intercâmbio entre parriedades relativamente desconhecidas; ou com o tema da diferenciação social que exige uma crescente especificação e despersonalização dos mecanismos jurídicos, assim como a limi-

tação dos mecanismos de sanção à reparação de danos. Também as análises de Weber, cuja riqueza em material concreto não pode ser aqui reproduzida, possuem uma acentuação unilateral, correspondente ao interesse que as orientam, sendo que, além disso, seu fundamento teórico é insuficientemente desenvolvido. Falta-lhe, principalmente, uma concepção de racionalidade social destacável da ação individual.

Surpreende, portanto, que Talcott Parsons vislumbre a possibilidade de revelar tanto em Durkheim quanto em Weber pontos de referência para uma teoria sociológica geral que pode ser caracterizada como uma sociologia do direito generalizada, já que procura determinar sistemas sociais a partir da imprescindibilidade de suas estruturas normativas. Por isso vale a pena rever Durkheim e Weber a partir da ótica de Parsons.<sup>16</sup>

Parsons acentua que as posições teóricas anteriores a Durkheim e Weber, na sua totalidade, não podiam fazer justiça ao direito, sendo que as primeiras bases para uma teoria sociológica autônoma cristalizar-se-ia exatamente em torno desse problema. O utilitarismo, devido à sua posição de interesse naturalista-individualista, estaria incapacitado para solucionar o problema de "agregação" de valores sociais. A isso Durkheim teria contraposto a tese da realidade objetiva das normas sociais. Tampouco a visão materialista da sociedade, ou a interpretação gestaltico-ideográfica da história teriam sido capazes de compreender a relação geral entre normas e interesses. A isso Weber contraporia uma análise da ação social e tipos ideais formados com base nessa análise. Em ambos os casos tratava-se de reconhecer a regulamentação antecipada da ação através de normas, em reeduzir o direito a uma ordem coercitiva mínima, a uma expressão ideológica de interesses materiais (e portanto já eles mesmos não regulados normativamente, mas "assestados"), ou a um objeto da interpretação histórico-hermenêutica.

Durkheim não foi além da constatação de uma realidade social autônoma do dever-ser normativo, que integra ordens sociais diferenciados e determina não apenas o comportamento normal, mas também o comportamento divergente e até mesmo o comportamento "anômico", inclusive o suicídio. Não chegou, principalmente, a um conceito mais preciso do direito. Desta forma a influência de Durkheim

fez com que, especialmente nos autores franceses (e, de forma distinta, também no próprio *Parsons*) a sociologia do direito e a teoria sociológica fluam uma na outra.<sup>17</sup>

A situação de *Weber* parece ser diferente, sua sociologia do direito assumiu um contorno mais nítido, mas nessa versão mais delimitada não absorve a contribuição teórica de *Weber* para uma concepção sociológica do direito.<sup>18</sup> A "sociologia do direito" de *Weber* não é a sociologia do direito weberiana.<sup>19</sup> Sua contribuição especifica localiza-se no recurso radical a um conceito de ação referido ao sujeito. A ação social não mais é descrita em termos ônticos, naturais, característicos, mas definida através do "sentido intencional", ou seja compreendida como algo que primeiro tem que ser identificado pelo sujeito ator. Por ser uma escolha do sujeito, toda ação é, de início, contingente; mas viável. Desta forma é possível, e necessário, compreender a ordem social não mais como limitação de uma liberdade reificada a necessidades, mas sim como uma limitação daquela mesma contingência da ação, como redução que se motiva a si própria logo que um ator referencia o sentido intencional de sua ação e um outro ator, fixando-o assim de forma compreensível. *Weber* responde ao problema da contingência, porém, com o conceito neo-kantiano de cultura, no contexto da teoria do conhecimento, e, em termos de sociologia, com a concepção antiga da dominação; permanece inexplorada a possibilidade de se desenvolver uma teoria sociológica do dever-ser normativo exatamente a partir dessa questão.<sup>20</sup>

Para colocar em movimento um tal desenvolvimento foi necessária uma afirmação singular, estranha: que *Durkheim* e *Weber*, no fundo, representariam a mesma teoria sociológica. *Parsons* teve essa idéia, e ele soube como torná-la frutífera. Não precisamos julgar aqui a equivalência que *Parsons* estabelece entre *Durkheim* e *Weber* em termos de história da ciência. Importa que em seu esforço por compreender uma tal convergência, *Parsons* encontrou motivos e material suficientes para uma teoria sociológica própria, que transcende o realismo normativo de *Durkheim* e o subjetivismo do sentido de *Weber*, localizando-se assim, logo de início, em um nível de abstração mais elevado.

*Parsons* relaciona a objetividade do quadro normativo da sociedade à *Durkheim* à contingência da ação subjeti-

va à *Weber*. Segundo sua tese central, os diversos atores, que podem dar um sentido individualmente subjetivo à sua ação, sempre que desejem atuar entre si em uma certa situação, têm que integrar as expectativas reciprocas de comportamento, e essa integração ocorre com o recurso à estabilidade de normas duráveis, compreensíveis e assimiláveis. De outra forma seria impossível superar a "dupla contingência" da determinação do sentido da ação a partir de dois sujeitos, e tampouco constituir a "complementaridade" das respectivas expectativas.<sup>21</sup> Sendo assim toda interação duradoura pressupõe normas, e sem elas não constitui um sistema.

Até onde se sustenta essa argumentação? Quais suas consequências para a sociologia do direito?

O argumento é convincente como fundamentação funcional da imprescindibilidade de normas em sistemas sociais. Ele é, porém, forçadamente dilatado quando *Parsons* afirma atualmente — após uma insegurança inicial<sup>22</sup> — que a estrutura de sistemas sociais constitui-se de expectativas normativas,<sup>23</sup> com o que ele exclui do sistema social as estruturas de outros tipos. Essa concepção força a utilização de um conceito de sistema social reduzido à ação referida a normas, cuja unilateralidade não mais poderia ser corrigida na sociologia, mas apenas em uma tudo abrangente ciência de ação. A questão da relação entre estruturas normativas e outras estruturas (p. ex. cognitivas) é, assim, diluída na indagação sobre as relações reciprocas entre os diversos sistemas analíticos parciais (cultura, sistema social, sistema de personalidade, organismo do sistema de ação — e essa é uma técnica de deslocamento de problemas típica em *Parsons*. Desta forma as possibilidades implícitas no problema da contingência, no sentido do esclarecimento da função específica do dever-ser normativo — e analogamente do direito — são antes obscurecidas que desenvolvidas.

Ao lado da pouca desenvolvida sociologia do direito que nos é familiar, podemos então tomar conhecimento de uma supra desenvolvida sociologia do direito, que coincide com a teoria dos sistemas sociais. Também nessa concepção cresce, nos últimos anos, a importância da relação entre estrutura e desenvolvimento social, em cujo contexto é atribuída uma posição central às contribuições generalizantes do sistema cultural através da estabilidade de sua fixação de sim-

polos.<sup>24</sup> Ao lado de outras aquisições evolutivas como a linguagem, a escrita, a dominação burocrática, a moeda etc., também é mencionado o direito (por exemplo justiça politicamente independente e normas universalisticamente aplicáveis), mas é exatamente nesse contexto que o desenvolvimento dessas idéias deixam muito a desejar. A visão geral aqui intencionada não suporia nem sequer alcança, em termos de precisão e de convencimento, os conhecimentos parciais acumulados desde *Marx*.

Para completar nosso panorama geral temos que retornar a um contemporâneo de *Durkheim* e *Weber*: *Eugen Ehrlich*. *Ehrlich* divide com os juristas progressistas da sua época a convicção na insuficiência de uma jurisprudência puramente conceitual que pretensamente acreditaria poder decidir sobre qualquer questão jurídica através da dedução lógica a partir de um completo sistema conceitual regulativo. Já se dispunha das primeiras experiências com a sociedade industrializada tornando claro que se impunham ao direito necessidades de absorção de problemas complexos e de constante adequação às mudanças sociais, as quais não mais poderiam ser supridas com os recursos exegéticos da análise conceitual. Para *Ehrlich*, que vivia em Bukowina, essa experiência era menos típica que para outros representantes da jurisprudência sociológica.<sup>25</sup> Ao contrário de outros juristas como *Rudolf von Jhering*, *Philipp Heck* ou *Roscoe Pound*, que se satisfaziam com uma ciência jurídica sociologizante que destacasse os interesses na interpretação das normas,<sup>26</sup> *Ehrlich* procura, em sua "Fundamentação da sociologia do direito" (1913),<sup>27</sup> fundamentar a própria ciência jurídica na sociologia do direito. Para ele o direito é a organização fática do comportamento em corporações sociais; ele surge na vida social, e daí a acentuação localiza-se na própria sociedade, em suas mudanças fáticas. O direito formulado por juristas em conceitos e preceitos, e ainda mais o direito estatuído pelo Estado são um fenômeno secundário, derivado e definitivamente verbalizado. A aplicação do direito dos juristas ou do direito estatal, em caso de dúvidas, tem que recorrer ao direito faticamente vivenciado, ao direito elementar da sociedade.

Tal avanço alarmou juristas mas não impressionou especialmente os sociólogos. Em termos sociológicos é evidente que o direito é direito da sociedade e com ela se modifica. A partir daí não é possível erigir uma trincheira de contraposi-

ção ao direito dos juristas ou ao direito estatal que, como formações jurídicas, só são compreensíveis no contexto social — e nunca fora dele. Aquilo que *Ehrlich* trata a partir do ângulo superado de uma separação entre Estado e sociedade é, na verdade, uma diferenciação de papéis e sistemas na sociedade. A intenção sociológica de *Ehrlich*, sua pesquisa sobre os "fatos jurídicos" da vida social pré-jurídica, permanecem insuficientes em termos teóricos e relativamente infrutíferas; e seu conceito de direito permanece obscuro.<sup>28</sup> Por outro lado o exame da utilização jurídica de noções dogmáticas e da questionável autonomia da especialidade jurídica<sup>29</sup> fornece interessantes esclarecimentos sobre problemas dessa diferenciação de papéis; elas teriam que ser complementadas por estudos correlatos sobre sua função social, suas consequências e sobre as razões de sua imprescindibilidade para o comando do direito de sociedades complexas.

A autonomia relativa e a dinâmica própria da linguagem técnica jurídica, a questão de seu direcionamento pelo legislativo, sua especificidade funcional, sua abertura com relação a influências sociais, seu valor como poder nas mãos de determinados grupos, suas necessidades e dispêndios em termos de trabalho, tempo, dinheiro e inteligência, as possibilidades de sua racionalização e automação — todos esses seriam problemas sociologicamente interessantes. Mesmo assim quase não podemos registrar nessas áreas progressos que ultrapassem as colocações de *Ehrlich* significativamente. Um maior impacto é causado apenas pelo desenvolvimento da dogmática jurídica comparativa, evidenciando o papel dos institutos do direito, dos princípios jurídicos, das normas, das regras de argumentação etc., em sua função como formas sistêmicas de encaminhamento de problemas.<sup>30</sup> Nesse contexto a teoria do direito desemboca em um estilo funcional de abstração que mina a utilização "ingênua" da dogmática jurídica. Mas de onde extrai a dogmática jurídica seus problemas? Certa vez a "Revista de direito privado estrangeiro e internacional" passou essa tarefa para a sociologia do direito: ela seria a "linguagem original" da comparação jurídica.<sup>31</sup> Mas a "Revista de direito privado estrangeiro e internacional" não é lida por sociólogos.

Agora já podemos desenvolver conclusivamente algumas características correntes das abordagens clássicas à sociologia do direito. O direito não é determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores, mas por

sua referência à sociedade. Essa referência não é interpretada no sentido tradicional de uma hierarquia de fontes do direito — isto é, a sociedade não substitui o direito natural, se bem que o jurista *Ehrlich* aproxima-se perigosamente desse raciocínio — mas é compreendida como uma correlação sujeita a modificações evolutivas, e que pode ser verificada empiricamente como uma relação de causa e efeito. A evolução é sempre concebida como elevação da complexidade social (ou pelo menos suposta não explicitamente), podendo acentuar aqui o papel da dissolução das comunidades tribais e a passagem para a diferenciação funcional, da complexidade do moderno processo econômico, ou das condições de comportamento objetivo-racional em escala mundial. O direito surge então como elemento codeterminante e codeterminado desse processo de desenvolvimento. Ele o fomenta ao adaptar-se a suas necessidades. Essas necessidades, porém, apontam para uma maior complexidade e variabilidade social: a sociedade torna-se mais rica em possibilidades; com isso seu direito tem que ser estruturalmente compatível com um número maior de possíveis situações e eventos.

Certamente essa linha básica de raciocínio, que teria permitido uma síntese, não representava a teoria da sociologia clássica do direito, mas sim um pano-de-fundo tido como auto-evidente, frente ao qual foram explicitadas diversas teorias, as quais se aproximam mais ou menos daquelas idéias básicas. Em termos de um esclarecimento suficientemente abstrato da relação entre os desenvolvimentos da sociedade e do direito faltava, tanto na teoria social quanto na teoria do direito, o instrumental conceitual apropriado. Daí resultaram as análises parciais já expostas e que, baseadas em pontos de referência diferentes, esclareciam aspectos isolados, mas nunca a totalidade do fenômeno jurídico contemporâneo. Evidencia-se especialmente o fato de ter passado quase que despercebido aquele fenômeno que caracteriza, mais que qualquer outro, o direito da sociedade industrial moderna: a *positividade* do direito.<sup>32</sup> Pela primeira vez na história mundial a modificação do direito, pela legislação desde o século XIX, torna-se parte integrante imanente do próprio direito, e é tratada como questão de rotina corrente: o direito passa a ser visto como em princípio modificável. Essa transformação ocorreu praticamente em paralelo ao surgimento da sociologia do direito. E a sociologia do direito deixou-a de lado — seja tratando a legislação, em

*Marr*, como instrumento da dominação de classe, quase ignorando-a como em *Durkheim*,<sup>33</sup> vendo-a, como em *Weber* e *Ehrlich*, sob a perspectiva dos tribunais ou das instâncias de aplicação do direito, ou até mesmo como em *Parsons*, vendo a autonomia do sistema jurídico (ou seja o oposto da positividade politicamente conduzida) como a conquista evolutiva decisiva. A sociologia do direito tem um relacionamento indiferente, frio, quando não abertamente inamistoso para com a legislação.<sup>34</sup> Satisfazia-se com a demolição da tese jurídica, mal interpretada, da onipotência do legislador (que, no raciocínio jurídico, apenas deveria afirmar que só condições legalmente fixadas na legislação poderiam fundamentar objeções contra a vigência de leis). Até hoje não existe nenhuma abordagem digna de registro no sentido de uma teoria sociológica da positividade do direito. O debate sobre o positivismo foi relegado aos juristas, em cujas mãos ele inevitavelmente limitou-se à problemática jurídica imanente das bases legitimadoras do direito positivo.

Os motivos desse fracasso da sociologia clássica do direito frente a esse que poderia ter sido seu problema mais importante e atual estão à mão. Eles localizam-se na insuficiência de suas bases teóricas, no estágio de desenvolvimento da teoria social então disponível. Se ela tivesse formulado o problema da adaptação do direito à crescente complexidade da sociedade, então ela teria podido reconhecer a função e a inevitabilidade da positividade do direito. Para tanto, porém, faltavam as bases, e isso em dois sentidos.

Por um lado não estavam, e ainda não estão esclarecidos os processos elementares da formação do direito, o sentido do dever ser, a função do direito como componente da estrutura de sistemas sociais. Considerações em termos da teoria de sistemas, como as que desenvolveremos no próximo capítulo, levam imediatamente a questões desconhecidas para a sociologia clássica do direito, cuja construção altamente complexa só se torna visível com o recurso a um instrumental conceitual mais abstrato e a novas pesquisas sobre ação expectativa, interação e formação de sistemas.

Por outro lado exatamente ao mesmo tempo que a sociologia do direito surgia, a teoria social entrava numa fase de declínio. *Spencer* caiu em descrédito. A analogia entre sociedade e organismo até então clássica na Europa e reavivada da biologicamente no século XIX, tornou-se controversa.

Essa controversia, porém, foi conduzida a partir das trincheiras erradas e, ainda mais, de forma tão infeliz que seu ponto central até hoje permanece obscuro. Ele localiza-se não na rejeição de analogias não apropriadas — como entre a circulação da moeda e a circulação sanguínea, ou entre crime e doença do corpo social. Ele localiza-se não só no fato de que a metáfora do organismo social não faz jus à alta variabilidade de sistemas sociais — p. ex. não permitindo que se compreenda a positividade do direito. Decisivo é, isso sim, que o organismo sempre foi compreendido como um todo *vivo*, composto de partes *vivas*, ou seja que o todo e as partes possuíam sua unidade na *vida*.<sup>35</sup> Isso, porém, significa: também a sociedade era vista como um todo vivo, composto por partes vivas — ou seja de homens concretos. Nisso se baseava a plausibilidade e o humanismo das antigas filosofias sociais e jurídicas da Europa, isto é, no fato delas tentarem compreender a sociedade e seu direito referenciando-se ao homem concreto.

Essa abordagem evidenciou-se para a sociologia como insuficiente, como demasiadamente concreta. Se a sociologia pretende ser uma ciência que procede de forma analítica e abstrata, ela só pode ter um interesse seletivo com relação ao homem concreto, e isso a partir daqueles problemas que se colocam ao nível do sistema social. É exatamente por isso que ela inicialmente dificultou para si mesma a penetração nos fenômenos sociedade e direito. A nova sociologia de *Simmels* e *von Wies*, com sua intenção de proceder analiticamente e com rigor conceitual, parecia poder prescindir do conceito de sociedade, ou pelo menos poder reduzi-lo a um emaranhado de relações sociais. O interesse na abstração dirigia-se mais a métodos e conceitos aplicáveis a *todas* as relações sociais, e esse direcionamento da abstração não levava a afirmações sobre o sistema social *abrangente* — a sociedade global. Também por razões metodológicas a pesquisa frutífera trabalhava em termos microsociológicos. A única publicação nova relevante da sociologia do direito, os “Estudos preliminares para uma sociologia do direito” de *Theodor Geiger*, também deriva seu vigor da tentativa de fundamentar a sociologia do direito como pesquisa empírica de relações causais mediatizadas por normas. Mas recentes considerações no campo da teoria da evolução parecem novamente abrir as possibilidades de retornar-se ao tema clássico da sociologia do direito: a relação entre sociedade e di-

reito. Esse ponto retomaremos no terceiro capítulo. Somente a junção desses dois ângulos — considerações preliminares em termos de teoria de sistemas e de teoria social, sobre a formação do direito e a modificação do direito ao longo do desenvolvimento social — desbrava para a sociologia do direito a perspectiva de poder apreender a positividade do direito.

## NOTAS DO 1.º CAPÍTULO

<sup>1</sup> Para uma boa visão geral ver: RIEDEL, Manfred. Zur Topologie des klassisch-politischen und des modern-naturrechtlichen Gesellschaftsbegriffs. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.º 51, 1965, p. 291-318. Ver ainda: RITTER, Joachim. *Metaphysik und Politik*. Frankfurt, 1963.

<sup>2</sup> "Por isso a sociedade não é nada mais que um contrato de algumas pessoas, para juntar forças no sentido da promoção do seu bem." Cf. WOLFF, Christian. *Grundsätze des Natur und Völkerrechts*. Halle, 1754.

<sup>3</sup> Essa radicalidade do "sujeito burguês", insuperável e inalcantável por qualquer revolução, é o tema de WILLMS, Bernard. *Revolution and Protest*. Stuttgart, 1969. Ver também, do mesmo autor, *Funktion, Rolle, Institution*. Düsseldorf, 1971.

<sup>4</sup> Uma outra questão é se ela produz um conceito mais estrito de direito, a partir do qual certas sociedades arcaicas seriam caracterizadas como pré-jurídicas, conhecendo apenas hábitos e costumes, mas não normas jurídicas propriamente ditas. Ver a discussão a seguir, no início do terceiro capítulo.

<sup>5</sup> DURKHEIM, Emile. *De la division du travail social*. Paris. 2.ª ed., 1902, p. 7.

<sup>6</sup> Uma "história da sociologia do direito" só é instrutiva nesse nível de abstração. Para exposições mais detalhadas ver: KRAFT, Julius, *Vorfragen der Rechtssoziologie. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, n.º 45, 1939, p. 1-78. TIMASHEFF, Nicholas S. *An introduction to the sociology of law*. Cambridge/Mass., 1939, p. 44 ss. Idem. *Growth and scope of sociology of law*. Em BECKER, Howard S. e BOSKOFF, Alvin. *Modern sociological theory in continuity and change*. Nova Iorque, 1957, p. 424-449.

<sup>7</sup> A premissa não verificada de que as contradições seriam instáveis, tornando-se por isso a causa de mudanças, determina ainda hoje a teoria marxista e se introduz até mesmo em formulações da teoria de sistemas. Ver por exemplo LANGE, Oskar. *Wholes and parts*. Oxford/Varsóvia, 1965, p. 1 ss. e 72 ss.

<sup>8</sup> Para a posição de MAINE no contexto da história das idéias sobre evolução e sociedade, cf. BURROW, J. W. *Evolution and society*. Cambridge, 1966, p. 137 ss.

<sup>9</sup> *Ancient law*. 1861. Citado segundo a edição The world's classics, Londres/Nova Iorque/Toronto, 1954, p. 141. Comentários mais recentes podem ser encontrados em REHBINDER, Manfred. Status, Rolle, Kontrakt. *Festschrift für Ernst E. Hirsch*. Berlin, 1967, p. 141-163.

<sup>10</sup> Não sem incluir uma advertência contra o cosmopolitismo antilestat, como acentua HEGEL, Georg W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 209.

<sup>11</sup> Naturalmente existem excessões. A excessão mais importante para a teoria liberal do Estado é a sociedade e a instituição dos direitos básicos. Sua referência imediata à diferenciação funcional da sociedade não surge porém na dogmática clássica, mas só na análise jurídico-sociológica. Cf. LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution*. Berlin, 1965.

<sup>12</sup> Cf. DURKHEIM, op. cit., especialmente p. 177 ss.

<sup>13</sup> Na pesquisa mais recente essa tese foi substancialmente criticada e modificada. Cf. SCHWARTZ, R. C. e MILLER, J. C. *Legal evolution and societal complexity. The american journal of sociology*, n.º 70, 1964, p. 159-169.

<sup>14</sup> No próximo capítulo veremos que realmente a questão do processamento de frustrações possui uma relevância fundamental para a formação do direito. Em DURKHEIM a fundamentação limita-se a um tratamento puramente psicológico da experiência da frustração (op. cit., p. 64 s.).

<sup>15</sup> *Rechtssoziologie*. Neuwied, 1960. Ver ainda os trechos correspondente em *Wirtschaft und Gesellschaft*. Colônia/Berlin, 1964.

<sup>16</sup> Cf.: PARSONS, Talcott. *The structure of social action*. Nova Iorque, 1937. Idem. The place of ultimate values in sociological theory. *The international journal of ethics*, n.º 45, 1935, p. 282-316. Para o tratamento específico da sociologia do direito ver, do mesmo autor, *Sociological theory and modern society*. Nova Iorque, 1967, p. 1166-191.

<sup>17</sup> Cf. DURKHEIM, Emile. *Leçons de sociologie physique des mœurs e du droit*. Paris, 1950. HUBEHT, René. *Science du droit, sociologie juridique et philosophie du droit. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931, p. 43-71 (especialmente p. 55 ss.). Para comentários sobre essas tendências ver TERRÉ, François. La sociologia jurídica in Francia. Em TREVES, Renato. *La sociologia del diritto*. Milão, 1966, p. 303-343.

<sup>18</sup> Ver também a crítica à sociologia do direito de Weber em GURVITCH, Georges. *Grundzüge der Soziologie des Rechts*. Neuwied, 1960, p. 37 ss. Para Gurvitch a sociologia do direito de Weber está demasiadamente vinculada à dogmática jurídica. Parsons já desenvolve uma outra interpretação para a questão dos valores e da objetividade nas ciências sociais. Para uma interpretação mais ampla da contribuição de Weber ver: *Max Weber und die Soziologie heute*. Verhandlungen des 15. Deutschen Soziologentages. Tübingen, 1965.

<sup>19</sup> Isso pode ser constatado no fato de que sua *Sociologia do direito*, op. cit., p. 53 ss., mantém a distinção entre o conceito do direito em termos empírico-sociológicos e o em termos jurídico-normativos, minando-a através de seu conceito de ação.

<sup>20</sup> Para detalhes ver o item 2 do próximo capítulo.

<sup>21</sup> Ver principalmente as formulações básicas em PARSONS, Talcott e SHILLS, Edward A. *Toward a general theory of action*. Cambridge/Mass., 1951.

<sup>22</sup> Cf. p. ex. PARSONS/SHILLS, op. cit., p. 105: "... this common culture, or symbol system (que garante a complementariedade das expectativas), inevitably possesses in certain aspects a normative significance for others".

<sup>23</sup> Ver p. ex. PARSONS, Talcott. Durkheim's contribution to the theory of integration of social systems. Em WOLFF, Kurt H. *Emile Durkheim, 1858-1917*. Columbus/Ohio, 1960, p. 121 s.: "The structure of a society, or any human social system, consists in (is not simply influenced by) patterns of normative culture which are institutionalized in the social system and internalized (though not in identical ways) in the personalities of its individual members".

<sup>24</sup> Cf.: PARSONS, Talcott. Evolutionary universals in society. *American sociological review*, n.º 29, 1964, p. 339-357. Idem. *Societies — evolutionary and comparative perspectives*. Englewood Cliffs, 1966. Idem. *The system of modern societies*. Englewood Cliffs, 1971.

<sup>25</sup> Por exemplo os juizes e juristas americanos contemporâneos como Oliver W. Holmes, Roscoe Pound, Louis D. Brandeis ou Benjamin N. Cardozo.

<sup>26</sup> Cf. EDELMANN, Johan. *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*. Bad Hamburg/Berlin/Zurique, 1967.

<sup>27</sup> Berlin, 1967 (reedição). Para uma introdução ver REHBINDER, Manfred. *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*. Berlin, 1967.

<sup>28</sup> O mais notável é a tentativa (*Grundlegung*, op. cit., p. 131 ss.) de determinar a especificidade do direito a partir da experiência da frustração, ou seja das reações psicológicas e sociais a transgressões — uma noção rejeitada e ironizada pelos juristas por sua imprecisão.

<sup>29</sup> Cf. principalmente a obra inacabada: EHRLICH, Eugen. *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, n.º 67, 1917, p. 1-80. Ver também, do mesmo autor: *Die juristische Logik*. Tübingen, 1918.

<sup>30</sup> Cf. ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen, 1956.

<sup>31</sup> Cf.: DROBNIG, Ulrich. Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n.º 18, 1953, p. 295-309. HALL, Jerome. *Comparative law and social theory*. Louisiana State UP, 1963. HEIDRICH, Andreas. *Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n.º 34, 1970, p. 427-442.

<sup>32</sup> Já em HEGEL encontramos a acentuação de que para a sociedade burguesa o direito em si torna-se lei positiva, sendo que ele acrescenta que "não pode tratar-se de fazer um sistema de leis novas em seu conteúdo, mas sim de reconhecer-se o conteúdo legal existente em sua determinada generalidade, captando-o mental-

mente". (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 211.) Essa formulação se dirige concretamente contra a dívida de Savigny na "aptidão do nosso tempo para a legislação", mas também mostra que para Hegel a positividade da lei ainda não implicava na possibilidade corrente de sua alteração.

<sup>33</sup> Léon DUGUIT (*L'état, le droit objectif et la loi positive*. Paris, 1901) tentou desenvolver uma teoria do direito positivo a partir da sociologia de Durkheim, mas é mal sucedido especialmente no caso do fenômeno da positividade. Para ele o direito positivo é apenas uma "constatação" de uma "regra de direito" vista como imediatamente resultante da solidariedade social. De forma semelhante argumenta CRUET, Jean. *La vie du droit et l'impuissance des lois*. Paris, 1908.

<sup>34</sup> EHRLICH argumenta com respeito ao avanço do direito legal às custas do direito dos juizes: "é difícil dizer a que isso está relacionado, mas de qualquer forma não é um fenômeno satisfatório." *Grundlegung*, op. cit., p. 330.

<sup>35</sup> Esse conceito de organismo, como base da analogia, é explicitamente usado, por exemplo, em WORMS, René. *Organisme et société*. Paris, 1895.

<sup>36</sup> Copenhague, 1947.