

SOCIEDADE E DIREITO — PARA UM REEXAME DO PROBLEMA

NELSON SALDANHA

Tomemos como ponto de partida a consabida idéia de que o Direito é um fato social. Bastará esta evidência para admitir-se que o fenômeno jurídico faz parte da sociedade. Talvez não fôssemos tão incisivos se falássemos na “experiência jurídica”, em vez de aludir ao fenômeno jurídico, pois naquela expressão se incluem certos componentes comportamentais e axiológicos específicos; mas ao usar a noção de “fenômeno jurídico” estamos fazendo aparecer no Direito sua mais perceptível objetividade.

Mas, dizíamos, se temos o Direito como fato social temo-lo como uma parte da sociedade. Uma parte do mundo das instituições, cabe acrescentar; pois sempre podemos mencionar como instituições todo o conjunto de organizações sociais onde se distribuem os afazeres ou as estruturas que, como dimensões específicas mas interligadas, dão à vida social dos homens um sentido objetivo: religião, economia, direito, linguagem, educação, parentesco. E já que falamos em *vida social*, abramos um parêntese para uma breve anotação: o biologismo dos pensadores do século dezenove, se por um lado atrelou seus métodos ao modelo das ciências naturais, por outro manteve seus olhos abertos para a imagem da vida, e portanto para a imagem do ser social como vida. Algo que os formalismos do século vinte não fizeram.

Admitir o Direito como componente da sociedade, ou em outros termos o fenômeno jurídico como parte da vida social, levaria de pronto a aceitar que o direito pode ser estudado pela sociologia. Ponto que parece tranqüilo, mas que por todo o corrente (e findante) século propiciou alguns extremismos: certos autores tentando absorver dentro do enfoque sociológico toda a realidade do Direito, ou ao menos sua fundamental significação, outros tentando reduzir o estudo do direito ao seu lado formal, especialmente o normativo. Todos sabem que a tais extremismos visaram responder as teorias que acentuaram a

complexidade do fenômeno jurídico. Cabe, contudo, enfatizar isto: que a sociologia em sentido amplo é realmente o estudo da sociedade como um todo, mas isto no tocante a certos problemas genéricos, como o da estratificação, o da mudança social ou o dos papéis sociais. As ciências sociais específicas assumem o estudo das diversas áreas institucionais, como ocorre com a economia ou com a ciência da educação. E a relação dessas ciências com a sociologia geral é variável, pois na maioria dos casos se delineou uma “sociologia especial” como a sociologia jurídica ou a sociologia da religião, mas sem simetria com as *ciências* sociais particulares e com seus diferentes campos.

Enquanto isto, os juristas continuaram seu trabalho específico, comentando o direito positivo, interpretando-o, aplicando-o. Referimo-nos ao jurista *stricto sensu*, o que lida direta ou indiretamente com a prática. Por suas mãos consolidou-se nos últimos séculos aquilo que se chama, para bem ou para mal, *ciência jurídica*. Registremos que neste consolidar-se, a ciência dos juristas confirmou tendências escolásticas vindas de muito atrás, e resistiu (para mal segundo pensamos) no mais das vezes ao contacto com as ciências sociais vizinhas. O jurista *stricto sensu* veio evitando, por algum pudor ou algum temor, o diálogo com sociólogos e historiadores; sem embargo de certos pensadores do direito cultivarem (mas isto é outra coisa) o método histórico ou o enfoque sociológico no estudo dos sistemas jurídicos e da realidade do direito em sentido genérico.

A estas alturas poderíamos talvez propor, ao menos provisoriamente, a alusão às problemáticas do Direito, em lugar da habitual referência acadêmica às ciências do Direito. As problemáticas ficam por trás das ciências, ou por baixo delas; e ao aludir a isto recordamos as reflexões de Foucault sobre a “arqueologia do saber” — embora estas tenham um sentido diferente, respeitante ao tecido de conceitos que subjaz à organização do saber. Aqui também aludimos a conceitos subjacentes, mas insistimos sobre o fato de que eles se encontram em diferentes contextos históricos. O que chamamos sociedade é algo que se desenvolve em correlação com condições históricas; e os temas e problemas que integram as ciências sociais refletem, obviamente, contextos históricos. Atribuímos a este dado em relevância fundamental.

O desenvolvimento das ciências, montado sobre diferentes áreas (ou ordens) de problemas, situa-se *dentro* do desenvolvimento histórico-cultural das sociedades. Isto parece evidente — parece-o hoje, dado o estado do conhecimento social, e esse estado reflete por sua vez aquele desenvolvimento.

Ao tempo de Hegel, e por expressões suas, passou-se a falar na sociedade como “sistema de necessidades”. A sociedade como um sistema: observe-se no termo a idéia de unidade sobrepondo-se à da diversidade. E um sistema de

necessidades, aludindo às estruturas mais concretas e mais reais da *sociedade civil*. As expressões de Hegel, reformuladas por Marx e por diversos pensadores posteriores, parecem ter-se estendido através de várias gerações. Em nosso século, com base em Heidegger, Werner Maihofer analisou o sentido da chamada “ordem humana”, com base em uma série de questões sobre a possibilidade da convivência.

* * *

Mencionamos o problema da aversão de certos juristas ao convívio de sua ciência com as demais ciências sociais. O fato se torna mais perceptível, e mais digno de reflexão, diante da constante conexão dessas ciências entre si, ou seja, daquilo que hoje se chama interdisciplinaridade. Vemos com efeito os historiadores tratando de regimes econômicos, vemos os sociólogos recorrendo à psicologia e à psicanálise, vemos os politólogos utilizando conceitos tirados da antropologia. Na ciência jurídica consolidou-se todavia, como tendência secular, a autosuficiência conceitual, sobre tudo no direito privado, e o direito privado foi durante muito tempo o âmbito mais específico do pensamento jurídico. Civilistas e comercialistas cultivaram seu sistema de conceitos como uma arquitetura rigorosa, cuja simetria dispensava entendimentos sociológicos ou considerações históricas. Certo que hoje vários civilistas e comercialistas vêm tratando de rever e reavaliar aqueles conceitos, em um trabalho que muito tem de histórico e de sociológico; mas o legado por assim dizer clássico correspondeu à atitude que se cingia ao “estritamente jurídico”. Com essa atitude, como se sabe, coincidiriam os formalismos contemporâneos, aos quais já aludimos: com eles reformulou-se a desconfiança do jurista em relação ao tratamento não puramente *técnico* dos problemas.

Ao falar de juristas que vêm adotando para a compreensão do direito a ajuda de ciências sociais outras, aludimos logo acima aos privatistas, porquanto (conforme ficou dito) correspondeu à privatística o modelo genérico principal na formação da imagem de um saber jurídico. O Direito internacional nasceu da filosofia e do jusnaturalismo, ao menos em parte; o constitucional foi teoria política em seus inícios, e ainda o é em certa medida; o penal sempre abrigou problemas vindos da ética e da psicologia. O direito civil forneceu a teoria do ato jurídico para o direito administrativo, e esta teoria se estendeu a outros ramos como um essencial ponto de referência.

Queremos contudo acentuar que as mutações no quadro geral do saber jurídico, inclusive as concernentes ao perfil das diferentes disciplinas que o integram, têm o que ver com as relações concretas entre o Direito e a sociedade.

Vale dizer, entre as sempre alteráveis estruturas sociais e as formas assumidas pela ordem jurídica. Na época feudal, o Direito positivo dos países europeus não possuía explícita articulação em *ramos*, e no ensino jurídico a principal divisão correspondia à distinção entre civilistas e canonistas. Não existiu naquele contexto, ao menos no entender de alguns grandes autores, a diferença entre direito público e direito privado, dado que na própria estrutura social o lado público e o lado privado se mesclavam. Foi com o Estado moderno, e sobretudo com a Revolução Francesa, que se retomou com plenitude a cisão do Direito positivo em público e privado, dentro da tendência ao direito escrito, vale dizer, ao direito legal: no Direito privado o modelo veio com as codificações civis, no público com as constituições. E daí se iniciou o processo de desdobramentos, algo como um esgalhar-se, correspondendo ao surgimento de “ramos”. Assim, durante o século dezanove se constituiu a grande base conceitual do direito civil contemporâneo com os chamados pandectistas, mas também se formaram o direito processual, o internacional e o administrativo.

Estes desdobramentos sempre tiveram relação com alterações ocorridas na prática judicial, ou nas necessidades da administração moderna, ou no convívio entre os Estados. Tiveram relação, também, com a evolução da cultura contemporânea, relacionada com a dessacralização, com a burguesia e com o espírito crítico que se espalhou pelos diversos países. O direito era na Idade Média, expressão dos costumes seculares, senão milenares, e era como conhecimento uma continuação dos conceitos romanos; fundava-se sobre preceitos divinos. Relacionava-se como a religião, com o latim universalizante e com o tradicionalismo da sociedade. No mundo moderno o Direito se entende como organização de regras legais, emitidas ou chanceladas pelo Estado e tanto quanto possível passadas pela discussão legislativa.

Insistamos sobre este relacionamento. Temos como um dado a variabilidade dos contextos histórico-sociais, aos quais se vincula o padrão cultural onde radica a cultura jurídica; como outro a posição dos diversos ramos do direito, que se reconhecem na ordem positiva e nas disciplinas acadêmicas. Recordaríamos, a propósito do primeiro, a observação de Reinhard Bendix (em seu livro “A razão fortificada”) segundo a qual as *ciências sociais* tal como hoje as vemos surgem do pluralismo doutrinário reinante no mundo contemporâneo: não surgem ciências sociais onde domina como única uma determinada cosmovisão. Ao citar esta observação, sublinhamos nela a alusão implícita ao relativismo, que efetivamente surgiu como fruto da dessacralização e que influenciou sobre o saber social. Mas no pensamento jurídico o relativismo demora a penetrar: ele chega através da política e do direito público, através da valorização da convivência entre partidos e ideologias, através do parlamentarismo.

E de certo modo, concedamos *en passant*, o mundo do direito não comporta senão um relativismo parcial: o jurista não pode ser tão “aberto” quanto o sociólogo; pois a ordem jurídica inclui uma dimensão de certeza e de previsibilidade, que é necessária à sociedade e que cabe ao direito assegurar. O relativismo que o direito comporta é o que reside na variabilidade doutrinária, e que se expressa nas alternativas *hermenêuticas*, sempre válidas mas não ilimitadas.

Vale recordar que esta proximidade entre as necessidades sociais e a existência dos institutos foi assinalada, mas sem determinismos unilaterais, por alguns dos grandes pensadores do início de nosso século, como Eugen Ehrlich e Max Weber, ambos aliás aludindo a aspectos do direito romano dentro de uma visão sociológica. E o movimento do direito comparado, que surgiu nos fins do século passado e que ainda era um produto dos grandes estudos históricos do século, situou o conceito de “sistema jurídico” sobre uma dupla base: a caracterização interna ligada aos institutos jurídicos, e a imagem externa ligada ao contexto cultural.

* * *

Passemos entretanto a alguns temas mais atuais. Faremos com a referência a eles os itens finais deste texto.

Parece difícil, quando se fala destes problemas, evitar a referência à idéia de crise. Com essa referência poderemos destacar a relação da idéia com o aguçamento da consciência histórica no ocidente: com o termo crise tanto aludiram os conservadores à agitação criada pelas transformações revolucionárias, como aludem os críticos do formalismo jurídico ao esvaziamento dos fundamentos axiológicos da ordem vigente. Na verdade a crise existe, como exacerbação de contradições e como saturação dos efeitos históricos da dessacralização cultural: o próprio racionalismo entrou em crise, e com ele os esquemas que presidiram ao desenvolvimento metodológico das ciências sociais. Com ele, também, a montagem dos conceitos básicos do saber jurídico.

Dentro do mundo contemporâneo, e em paralelo às crises, é que se desenvolveu a teoria dos direitos humanos, vinda do liberalismo clássico. Desenvolveu-se também, vinda do socialismo, a teoria das igualdades, que chegariam ao amplo e confuso igualitarismo de hoje. A teoria dos direitos, inicialmente liberal e atinente às prerrogativas do indivíduo, ampliou-se e abrangeu os direitos sociais, em função do socialismo e tornando um tanto ambígua a noção mesma de direitos. O mesmo aliás ocorreria com a noção de Estado de Direito.

Em meio a esta fragmentação dos conceitos clássicos, e às crises sociais correlatas, é que emergiu como se sabe a noção de um *Direito social*. A princípio tomada por certos críticos como uma tautologia, entendida por Georges Gurvitch em um sentido histórico-sociológico, reformulou-se depois como Direito do Trabalho — sempre denominações questionáveis. O problema vinha do século dezenove, desde Menger e Gierke, e no começo do vinte Maxime Leroy, falava em “direito proletário”, examinando suas implicações teóricas e sua evolução concreta. O aparecimento de um direito do trabalho (adotemos o termo) coincidiu com uma série de conflitos político-sociais, e também com uma época de intensa discussão sobre a chamada “publicização do Direito”. Ocorria no caso o surgimento de mais um ramo do Direito, mas, mais do que isso, um redimensionamento na visão das relações (tema a que vimos aludindo) entre a ordem jurídica e a sociedade. A sociedade com suas contradições e com seus padrões culturais, a ordem jurídica com suas conotações doutrinárias e suas exigências técnicas. Pensou-se no Direito do Trabalho como nova forma do próprio direito como tal, uma forma nova correspondente a uma nova sociedade. Pensou-se nele como um corretivo ou um complemento ao Direito dito “burguês”. A constitucionalização dos princípios gerais da Justiça do Trabalho veio, contudo, dar um estatuto mais viável aos conteúdos daquele direito, embora evidentemente os problemas sociais maiores permaneçam, sobretudo no terceiro mundo, isto é, nos contextos subdesenvolvidos.

Em certa época pensou-se no *direito do trabalho* como um direito não-estatal e sobretudo extra-legal. A este entendimento correspondeu o livro de Maxime Leroy, que citamos mais acima; correspondeu também a comunicação de Hugo Sinzheimer à reunião do Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica, em 1934, onde tratou do problema das fontes do Direito no Direito obreiro (*droit ouvrier*), um texto tornado clássico. As transformações constitucionais do Estado, daquele tempo para cá, alteraram como se sabe as relações entre o Direito do Trabalho e o ordenamento legislativo, sendo outras as questões que hoje se colocam no tocante à viabilidade de um direito positivo não identificado (ou não totalmente) com a legalidade estatal.

Retomando as referências ao século vinte e às crises que o vêm agitando, haveria certamente muitas coisas a mencionar. Entendemos pessoalmente este panorama como uma espécie de saturação do longo processo de secularização — falamos disso mais atrás —, a secularização que no ocidente substituiu a visão teológica das coisas pelo racionalismo e pela crítica: liberação do saber e da ciência, mas crise dos fundamentos e questionamento das legitimidades. Temos um mundo aberto à discussão, o que é ótimo, mas temos em troca a instabilidade geral. Dentro deste quadro os conflitos persistem, persistem a

guerra a miséria, e em torno delas a demagogia e o cinismo. Os homens, porém, terão de se reorganizar neste fim de milênio, rever problemas milenares, reestruturar nacionalidades, repensar valores, redistribuir o desenvolvimento.

Hoje passou-se a falar em “pós-modernidade” para aludir a algo que deve vir depois da época chamada moderna. Consideramos o termo infeliz, mas de fato uma série de coisas indica que aquilo que se designava orgulhosamente como “moderno” (e este termo já era também questionável) vem sofrendo umas tantas dificuldades: a racionalidade, o cientificismo, a idéia de progresso. Irrompem insatisfações por toda a parte. Mas estes sintomas, além de serem denotadores da crise da “modernidade”, são também outros tantos problemas; em alguns casos são ampliação ou ressurgimento de males antigos, que reaparecem e que se agravam com a massificação e a violência.

Talvez o destino da experiência jurídica seja precisamente este, de processar-se no tempo entre tensões opostas: entre a violência e a paz, entre a opressão e a justiça, entre o conservadorismo e as renovações. A consciência jurídica, que unifica os diversos campos do direito através da referência ao justo e ao exequível, terá sempre de reconstruir-se no meio dessas tensões, e este é um desafio que cresce a cada dia, como um peso e como um fascínio.