ANTÓNIO CASIMIRO FERREIRA

SOCIOLOGIA DO DIREITO

UMA ABORDAGEM SOCIOPOLÍTICA

VidaEconómica

ÍNDICE

Introdução 15

1ª PARTE – ELEMENTOS DE SOCIOLOGIA DO DIREITO

1. Perspetivas da sociologia do direito..... 35
   1.1 A sociologia do direito..... 35
   1.2 Construindo pontes entre a sociologia e o direito 42
   1.3 Tantas sociedades quantos os direitos 51
2. Direito e desigualdades: a dupla legalidade e o efeito Mateus..... 58
   2.1 Quatro níveis de análise da relação entre direito e desigualdades sociais 69
3. Da juridificação e da judicialização 80
   3.1 Juridificação: o contributo de Jürgen Habermas... 84
   3.2 Judicialização: o contributo de Boaventura de Sousa Santos 89
   3.3 Judicialização: novo ponto de situação de acordo com Jacques Commaille e Laurence Dumoulin.... 95
4. As funções do direito e a sua problematização..... 100
   4.1 Identificação tipológica das funções do direito 104
   4.2 As funções do direito segundo Mauricio Garcia-Villegas 113
   4.3 As novas funções do direito no quadro da globalização 118

5. Legalidade e legitimidade: o questionamento das teses liberais da convergência..... 120
5.1 Questionamento de partida..... 120
5.2 O contributo de Max Weber..... 124
5.3 A abordagem de Elias Diaz: legitimidade e poder. 126
5.4 David Held e o continuum de legitimidade 127
5.5 O "novo espírito do capitalismo" como fonte de legitimidade 129
5.6 A complementaridade entre Niklas Luhmann e Jürgen Habermas..... 132
5.7 A abordagem de Hakan Hydén 133
5.8 Legalidade e legitimidade: a abordagem da sociologia das emoções 135
5.8.1 Uma justificativa da relação entre direito e emoções segundo Martha Nussbaum 139
5.8.2 Legitimidade, ressentimento e medo 141

2ª PARTE - TEORIAS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO

1. A construção de uma perspetiva: o contributo dos clássicos..... 149
1.1 Henry Maine: do status ao contrato 155
1.2 Karl Marx: o direito e a luta de classes 157
1.3 Herbert Spencer: a sociedade contratual..... 161
1.4 Émile Durkheim: o direito como indicador social 162
1.5 Max Weber: o direito e o processo de racionalização 166
2. Perspetivas teóricas recentes da sociologia do direito .. 171
2.1 Os continua macro-micro e ação-estrutura 174
2.2 A sociologia do direito e a viragem normativa 176
2.3 A análise metateórica de David Nelken: autonomia versus inseparabilidade da relação entre direito e sociedade..... 179
3. A sociologia do direito normativa de Phillipe Nonet e Philip Selznick..... 189

3.1 Direito e justiça social 189
3.2 Modelo do desenvolvimento do direito 191
3.3 Características de cada tipo de direito 194
3.4 Especificidades do direito responsivo 196
3.5 A questão da participação política e jurídica 200
3.6 A justiça substantiva 202
4. O campo do direito segundo Pierre Bourdieu 204
4.1 Aspetos da reflexão sobre o direito 204
4.2 A "força do direito" 205
5. Da crítica da razão jurídica à governação: o contributo de André-Jean Arnaud 211
5.1 Um entendimento multidimensional do direito 211
5.2 A "sociologia do direito renovada" e a noção de governação 215
5.3 O direito e os desafios colocados pela globalização 218
5.4 As diferentes racionalidades do direito 219
5.5 O descentramento das formas de produção do direito 220
5.6 Densificando a noção de governação 221
5.7 A governação enquanto participação 223
6. A sociologia política do direito de Jacques Commaille 226
6.1 A sociologia política do direito 226
6.2 O direito, o político e o social 228
6.3 Uma definição de direito: as configurações como unidade de análise 229
6.4 Sociologia política do direito: orientações analíticas 231
7. Poder, direito e emancipação: a sociologia crítica do direito de Boaventura de Sousa Santos 234
7.1 A sociologia crítica do direito 234
7.2 A experiência portuguesa lida pela sociologia do direito 235
7.3 A proposta do mapa estrutural 236

7.4 Definindo direito: as constelações de juridicidade 241
7.5 Cartografia simbólica do direito: escalas de juridicidade 243
7.6 Direito e projeções da realidade social..... 244
7.7 Interlegalidade..... 246
7.8 "Pode o direito ser emancipatório?" 247
8. O paradigma sociojurídico do reconhecimento de Axel Honneth..... 253
8.1 O paradigma da sociologia do reconhecimento: o contributo de Axel Honneth para a sociologia do direito..... 253
8.2 O falso reconhecimento e o "não-direito"?..... 260
8.3 Os direitos subjetivos e o reconhecimento 262
8.4 O modelo de justiça não formal..... 264
8.5 A liberdade social, jurídica e moral..... 265
9. A vulnerabilidade como categoria político-jurídica: Bryan Turner e Martha Fineman..... 267
9.1 Os contributos de Bryan Turner e Martha Fineman 271
9.2 Vulnerabilidade, precariedade institucional e direitos humanos 272
9.3 Vulnerabilidade, sujeitos complexos, políticas sociais e direito..... 276
9.4 Análise comparativa entre Turner e Fineman..... 280
10. O "direito líquido" de Zygmunt Bauman..... 285
10.1 Tese geral da modernidade líquida..... 286
10.2 Que consequências para o direito?..... 288
10.3 A expressão "danos colaterais": a subversão dos sujeitos de direito..... 290
10.4 A sociedade líquida enquanto fonte de direito..... 291
10.5 Liquidez e inefetividade dos direitos..... 295
10.6 Medo, crise e direito..... 297

3ª PARTE – UMA SOCIOLOGIA DO DIREITO SITUADA PERANTE A AUSTERIDADE E A EXCEÇÃO

1. Sociologia do direito em tempos de crise 301
1.1 Quadro teórico e conceptual de referência 304
1.2 A crise financeira de 2008 como problema para as ciências sociais 307
1.2.1 Crise, revelação e negação 309
1.2.2 A crise como problema político-jurídico..... 311
2. Relação entre direito-sociedade: padrões de sociabilidade da austeridade e formas de normatividade da exceção.. 317
2.1 O excecionalismo da austeridade: complexidade *versus* justiça social 320
2.2 A teoria democrática reavaliada: vulnerabilidade e questionamento da teoria da separação de poderes 322
3. O Estado na exceção e na austeridade..... 328
3.1 A crise da regulação política e jurídica atual 328
3.2 Estado de direito e Estado de não direito..... 332
3.3 O Estado social como problema 336
3.4 A antropomorfização dos mercados financeiros... 340
4. Austeridade e (in)justiça social 343
5. Uma tipologia dos direitos..... 350
5.1 Direito de cidadania 355
5.2 Do direito liberal e do neoliberal..... 364
5.2.1 O direito, o libertarismo e o neoliberalismo 370
5.3 Direito da exceção e da austeridade..... 376
6. A publicização do direito privado da culpa..... 387
7. A Judicialização da austeridade, a questão democrática e a constituição..... 394

Bibliografia 399

INTRODUÇÃO

Foi meu propósito, neste livro, contribuir para o desenvolvimento da análise sociológica do direito, considerado no âmbito dos fenómenos sociais decorrentes da relação direito-sociedade. Ele destina-se a todas as pessoas interessadas na análise sociológica do direito, tendo por base a ideia fundamental de que o direito e a sociedade correspondem a uma dualidade incindível, a qual deve ser estudada e analisada de um ponto de vista interdisciplinar. Por outro lado, o livro também pode ser encarado como um ensaio de sociologia do direito, na medida em que nele faço uma leitura pessoal e, naturalmente, seletiva, orientada para as minhas preocupações enquanto sociólogo interessado na análise dos fenómenos sociojurídicos e enquanto cidadão que acredita que através deste exercício pode contribuir para o aprofundamento do conhecimento das ciências sociais e para uma sociedade mais digna e inclusiva. O leitor encontrará, no texto, muitas referências a autores, quadros teóricos, problemáticas e frequentes remissões para notas de pé de página que resultam da finalidade pedagógica e formativa, relativa a uma área que carece de maior projeção na comunidade científica e na sociedade em geral. O livro ilustra, também, um certo momento da minha reflexão acerca dos fenómenos sociojurídicos que, de uma forma ou de outra, tenho vindo a aprofundar há mais de três décadas,

tendo presente a sensata observação weberiana quanto ao carácter provisório do que conhecemos e ciente de que esse conhecimento, desejavelmente, deve envelhecer e ser substituído por outras linhas e caminhos de reflexão. Interpelo o conhecimento sociojurídico, à luz das atuais condições do exercício real e inclusivo da liberdade, da igualdade e da justiça social. Revejo-me no pressuposto de um académico orientado por um humanismo laico, assente em três princípios: o da dignidade da pessoa e da sociedade digna, defendido, entre outros, nos trabalhos de Karl Marx (*Manuscritos económico-filosóficos*), Jürgen Habermas, Avishai Margalit e Martha Nussbaum; o da fraternidade ética e dos círculos de amizade, defendidos, entre outros, por Emmanuel Levinas e Georgio Agamben; e no princípio de ciência humanista, sustentado pelos sociólogos do direito Philip Selznick, François Ost e André-Jean Arnaud, que realçam a interdependência entre factos e valores, analisando como estes emergem da atividade económica e social, da busca de justiça e dos desafios de uma vida em comum.

Sociologia do direito – uma abordagem sociopolítica é não só o título deste livro mas, também, como procurarei demonstrar, a expressão de um certo entendimento dos estudos sociológicos do direito, marcados por diferentes abordagens e por uma diversidade de paradigmas teóricos. Qual é esse entendimento?

Como se pode estudar sociologicamente o direito? Que relevância têm os resultados dessa indagação para o conhecimento do próprio direito na sua combinação com a sociedade? E como pode o conhecimento sociojurídico contribuir para o aprofundamento da nossa vida e sociedade democráticas? São as três indagações que procurarei desenvolver e densificar ao longo deste livro.

Estes temas, centrais ao livro, colocam-no no centro da persistente questão das "relações difíceis entre a sociologia e o direito"[1]. Pode, mesmo, a sua formulação provocar junto do leitor uma

1. Na análise da constituição do campo da sociologia do direito em Portugal tive a oportunidade de apresentar com o meu colega João Pedroso um artigo intitulado "Entre o passado e o futuro: contributos para o debate sobre a Sociologia do Direito em Portugal" (1999). Outras reflexões úteis podem ser encontradas nos trabalhos de Manuel Braga da Cruz (1982), Manuel Braga da Cruz e Manuel Lucena (1985), Teresa Pizarro Beleza (1989), Pedro Hespanha (1996), Fernando Luís Machado (2009), Frederico Cantante (2012), Pierre Guibentif (2014), Patrícia Branco, Paula Casaleiro e João Pedroso (2018). Do ponto de vista da afirmação institucional e da investigação desenvolvida no âmbito da sociologia do direito em Portugal, deve, ainda, mencionar-se um conjunto de ocorrências positivas. Em primeiro lugar, a maior preocupação de abertura de algumas faculdades de direito relativamente aos estudos sociojurídicos, como sucede com a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e a Faculdade de Direito do Porto. Em segundo lugar, a criação do Centro de Estudos Judiciários que, enquanto escola de formação de magistrados, evidencia a preocupação em incluir e financiar estudos sociojurídicos. Em terceiro lugar, a publicação da obra *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*, coordenada por Boaventura de Sousa Santos, em 1996. Em quarto lugar, a criação do Observatório Permanente da Justiça, no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Em quinto lugar, a oferta formativa do Instituto Nacional de Administração (INA) que promoveu formação destinada a melhorar a qualidade da legislação produzida em Portugal. Em sexto lugar, o contributo dado por Pierre Guibentif com os seus trabalhos de investigação sociojurídica e o papel que desempenhou enquanto diretor científico do IISJ entre 1998 e 2000. Em sétimo lugar, a formação de diferentes gerações de sociólogos do direito e a execução de projetos de investigação nesta área, orientados por Boaventura de Sousa Santos. Em oitavo lugar, a criação da Secção Temática "Sociologia do Direito e da Justiça" na Associação Portuguesa de Sociologia, em 2015, coordenada por António Casimiro Ferreira (FEUC/CES), Pierre Guibentif (Dinâmia'CET, ISCTE-IUL) e Sílvia Gomes (CICS.NOVA, Universidade do Minho). Em nono lugar, a realização, em janeiro de 2016, na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, do Primeiro Encontro da Secção Temática da APS "Sociologia do Direito e da Justiça". Esta iniciativa reuniu mais de 120 investigadores e foi dedicada à memória de André-Jean Arnaud, pelo seu contributo inestimável na área da sociologia do direito. Finalmente, não posso deixar de mencionar a criação, em 2006 do doutoramento Direito, Justiça e Cidadania no séc. XXI, ao qual este livro se vincula, que, mercê da abertura da Faculdade de Direito e da combinação de sinergias entre esta instituição, a Faculdade de Economia e o CES da Universidade de Coimbra, constitui um momento raro na afirmação da sociologia do direito. Boaventura de Sousa Santos, José Gomes Canotilho, Alexandra Aragão e o autor deste livro foram os primeiros coordenadores do doutoramento, o qual tem como coordenadores, atualmente, António Casimiro Ferreira e João Pedroso, por parte da FEUC e do CES, e José Aroso Linhares e Alexandra Aragão, por parte da FDUC.

reação ao que aparentemente possa ser percebido como a tentação (hegelianamente formulada) de assumir que a crítica, refutação ou desconstrução de um sistema, neste caso o direito, corresponde à presunção de que o ponto de vista do sistema crítico seja superior, neste caso, a sociologia[2]. O obstáculo epistemológico que aqui se pressente é o de que a crítica de um sistema com base nos pressupostos de outro sistema gera um resultado de "soma não nula", com ganhadores e perdedores, facilitando a existência de relacionamentos desconfortáveis e suspeitosos entre a sociologia e o direito. Está-se perante uma tensão fundacional entre conceções fortes de sociedade e conceções fortes de direito, e a contraposição entre o direito e as ciências sociais (*gap problem*) que não tem sido, no entanto, inibitória, muito pelo contrário, da afirmação da sociologia do direito como área do conhecimento. Temática conhecida e associada à afirmação dos campos disciplinares e ao papel central que o direito neles foi assumindo, como demonstram os trabalhos de Michel Foucault, na sua *L'archéologie du savoir* (1969), e de Immanuel Wallerstein no âmbito do relatório Gulbenkian *Para Abrir as Ciências Sociais* (1996). Acresce, ainda, a reflexão de Pierre Bourdieu (1989) a propósito da constituição do campo do direito com a consagração da sua linguagem hermética e com as suas lógicas e poderes de inclusão e de exclusão entre os iniciados juristas e os profanos não juristas.

É com este enquadramento que se deve interpretar a história e a institucionalização da sociologia do direito como área do saber, reconhecida e confirmada internacionalmente[3] no âmbito da ISA

2. A este propósito, conferir *História e Criação,* de Castoriadis (2013: 57-58).

3. No plano internacional, a sociologia do direito tem consolidado uma longa tradição de estudos e investigações onde o direito constitui uma referência básica, desde os clássicos até aos autores contemporâneos. No entanto, do ponto de vista da institucionalização da disciplina, assume-se, de um modo geral, apenas no período pós-guerra e especialmente nas três últimas décadas. É nesta dinâmica fundacional, que resultou do desenvolvimento de investigações empíricas e do aprofundamento do quadro teórico, que, no âmbito da

(*International Sociological Association*) e da *Law and Society Association*, em conjunto com diferentes associações, com menção, entre nós, para a Secção Temática "Sociologia do Direito e da Justiça" da Associação Portuguesa de Sociologia, criada em 2014, e, ainda, a difusão de diferentes disciplinas sociojurídicas pela generalidade das universidades e academias.

Do meu ponto de vista, a relação direito-sociedade, direito-ciências sociais, deve ser concebida como reciprocidade de geometria variável (e nem sempre conseguida), confrontando-se visões internas com externas do direito, sociologia jurídica dos juristas com sociologia jurídica dos sociólogos. Quer o direito quer a sociologia fazem parte da sociedade, são produzidos pela sociedade, intervêm nela e são, por isso, factos sociais. É, por este motivo que, para além do

Associação Internacional de Sociologia (ISA), se organizou uma sessão no âmbito do V Congresso Mundial de Sociologia (Washington D.C., 1962), da qual veio a resultar a criação do *Research Committee on Sociology of Law*, tendo W.M. Evan (EUA) e Adam Podgorecki (Polónia) desempenhado um papel determinante. Os anos 1980 foram também de grande relevância para o desenvolvimento da sociologia do direito. Como refere Pierre Guibentif, três ocorrências verificaram-se então: um importante encontro internacional de sociólogos do direito realizado em Aix-en-Provence, em 1985; a elaboração do *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit,* organizado por André-Jean Arnaud; e o balanço mundial da disciplina feito por Vincenzo Ferrari, em *Developing Sociology of Law. A World-Wide Documentary Enquiry* de 1990. Muito significativa foi também a criação do Instituto Internacional de Sociologia Jurídica (IISJ), em 1989. Esta importante instituição internacional, vocacionada para a investigação, ensino e densificação do conhecimento sociojurídico, resultou do entendimento entre a Associação Internacional de Sociologia através do *Research Committe on the Sociology of Law* e o Governo do País Basco, em Espanha. As atividades do instituto visam o estabelecimento de laços e de relações de colaboração entre universidades europeias e não europeias, de que resulta uma importante rede global entre investigadores e instituições que trabalham temas relacionados com o direito e as ciências sociais. O primeiro diretor científico do instituto foi André-Jean Arnaud, que exerceu essa função entre 1989 e 1991, a ele tendo sucedido treze diretores científicos de diferentes nacionalidades. Uma nota final para sublinhar a ideia de que, após este período de afirmação institucional da sociologia do direito, a mesma tem tendido a organizar-se em função de temas e problemáticas que expressam a diversidade e heterogeneidade de perspetivas de análise, vivendo-se na atualidade um período de menor preocupação com a identidade disciplinar da sociologia do direito.

autoconhecimento que desenvolvem, o direito e a sociologia esbarram com a lógica de Tarsky e com o teorema de Gödel, segundo os quais "nenhum sistema semântico possui os meios para sua própria explicação, justificação, ou elucidação" (Morin sd: 23). Neste âmbito, a conceção de uma metalinguagem é possível e desejável, como assinala Edgar Morin[4], requerendo-se um metaponto de vista que, no quadro da reciprocidade e da relação sociologia/direito, direito/sociedade, não seja mais do que uma sociologia do direito ciente das suas possibilidades e limites, da necessidade da reflexão sobre si, mas também, das relações que estabelece com a sociedade e com o direito. Empreendimento exigente por consistir num exercício de análise que fica para além das zonas de conforto dos conhecimentos fortes acerca da sociedade e do direito, utilizados como forma de confirmação da segurança do que se sabe ou julga saber! Enquanto experiência do pensamento e atividade humana, a sociologia do direito assim concebida assenta num duplo posicionamento: a prática da suspensão fenomenológica do que se sabe (colocar entre parêntesis), afastando-se dos dogmatismos; e a análise construtivista com recurso aos paradoxos e contradições reveladores da dualidade direito/sociedade.

Com este enquadramento para a sociologia do direito, as três indagações de partida que coloquei encontram-se com cinco interrogações a partir das quais se pode proceder à construção, em meu entender, do conhecimento sociojurídico. A primeira, formulada em 1986, é o título do número temático da Revista *Actes de la recherche en sciences sociales* – "De que direito? [acerca de que direito se fala]" – e expressa as preocupações de Pierre Bourdieu e dos seus colaboradores com as questões do poder, da dominação e da ritualização associadas ao direito. A segunda é formulada por António

4. A este propósito, consultar *Sociologia* de Edgar Morin (sd: 23-24).

Hespanha – "O que é para nós o direito?" –, que pode ser lida como uma tentativa de dar voz ao senso comum e aos preocupados com os fenómenos sociojurídicos, na busca de uma definição subjetiva do direito, eventualmente essencialista, mas situada socialmente. A terceira e quarta, respetivamente, de François Ost – "Para que serve o direito? – e de Jacques Commaille – "Para que nos serve o direito?"– remetem para a constelação dos protagonistas, actores sociais, povo, sujeito de direito, movimentos sociais, *lobbies*, pessoas e, simultaneamente, para a organização social do direito que cumpre finalidades em situações concretas, reais e simbólicas, e que desempenha também diferentes tipos de funções sociais. A quinta, da autoria de Boaventura de Sousa Santos, – "Pode o direito ser emancipatório?" –, coloca-nos perante dois caminhos básicos que são o da afirmação da promessa da democracia e do direito democrático ou, em alternativa, dos cenários cada vez mais reais da pós-democracia, da democracia iliberal e das diferentes manifestações de autoritarismo mesmo no quadro das sociedades ditas democráticas.

A intertextualidade e interdependência das propostas acima enunciadas são por de mais evidentes e, sobejamente conhecidas, pelos estudiosos destes nomes de referência para sociologia do direito na atualidade. Ao procurar o ponto comum entre elas, sou conduzido a formular uma sexta pergunta – "A quem serve o direito?" –, pretendendo salientar o modo como o direito se combina com as diferentes formas de poder, com as desigualdades sociais, a maneira como as instituições e organizações são servidas e se servem do direito, e, no limite, os processos sociojurídicos onde a exceção se normaliza, criando um novo normal onde se descortinam dimensões performativas dos fenómenos da anomia e das patologias sociais e individuais. Numa palavra, o que está em causa é entender de que modo a regressão do direito democrático corresponde ao enfraquecimento da democracia e ao retrocesso temporal dos valores civilizacionais que tornam dececionante e perigoso o tempo que corre.

Em abono da clarificação conceptual quanto ao título deste livro, esclareço que, na análise dos fenómenos sociojurídicos, utilizo indiferenciadamente as noções de Sociologia do Direito e de Sociologia Política do Direito. Na minha perspetiva, a sociologia do direito ou a sociologia política do direito são constituídas por um reportório de que destaco quatro eixos.

O primeiro, o da importância do campo disciplinar da Sociologia Política do Direito. É matéria conhecida que, quer no domínio da sociologia quer no do direito se foram desenvolvendo perspetivas críticas a propósito dos fenómenos sociojurídicos que partilham a recusa dos entendimentos formalistas e positivistas dos mesmos. Sustenta-se, assim, a ideia central de que as noções de autonomia, autorreferencialidade, neutralidade, universalidade, e de um direito despolitizado como expressão de uma técnica instrumental, são questionadas e desconstruídas pela análise sociológica do direito. De uma forma sintética, o livro contrapõe duas grandes visões, ou narrativas, a propósito do fenómeno jurídico. Por um lado, aquela que é criticada e que repousa nos pressupostos de um direito formal, que anteriormente enunciei, e que epigramaticamente se pode designar como a do direito indiferente aos valores democráticos e de justiça social que fixa e define, com suposto rigor científico, ou mesmo algorítmico, a razão jurídica produtora da ordem social. Nesta narrativa do direito, todo o direito é performativo ao combinar as suas funções simbólicas de orientação da ação para indivíduos, organizações e instituições, e as funções instrumentais de regulação do social, impondo uma ordem, mais ou menos, coerciva, enquanto decorrência do monopólio da violência legítima do Estado.

A principal consequência para as sociedades e para os indivíduos é a de que este entendimento do direito invisibiliza, dissolve e naturaliza os conflitos e as desigualdades sociais, num constante exercício técnico-ideológico de esquecimento em torno dos paradoxos e con-

tradições, contribuindo para a aceitação do real assente nos princípios da legitimidade e da legalidade. É por isso que a igualdade perante a lei e a suposta neutralidade do direito fazem esquecer a desigualdade entre cidadãos, e entre estes e as instituições, nos planos nacional e global, patentes, por exemplo, no acesso ao direito e à justiça, no acesso às funções do Estado Social, e no modo como, sob o signo do Estado de Direito, ocorre o empobrecimento da Democracia e dos seus cidadãos, bem como as mais diversas formas de discriminação social, sexual, económica e cultural. Destaco esta matéria no âmbito do que designo por "efeito Mateus do direito", isto é, um direito que contribui para a reprodução das desigualdades sociais.

Contrapondo-se à narrativa do direito indiferente aos valores democráticos e à justiça social, está a perspetiva da sociologia política do direito, que consagra a relação íntima que existe entre Estado, direito, poder e sociedade, enquanto dimensões reciprocamente implicadas, capaz de desvelar o modo como o direito é uma manifestação do poder e da política, tal como é perspetivado por vários sociólogos do direito e, em particular, por Jacques Commaille. O seu principal argumento é o de que a produção, a aplicação, a interpretação e a mobilização do direito favorecem determinados poderes, em detrimento de outros, podendo perpetuar relações de dominação, as quais têm consequências na vida das pessoas e das sociedades, tornando-se um elemento fundamental e incontornável da ação política.

O segundo eixo assenta no que julgo ser uma singularidade deste livro, ao fornecer ferramentas conceptuais, ou instrumentos de análise sociojurídicos, capazes de estudar o modo como vem ocorrendo, desde 2008, a reconfiguração da relação entre política, Estado e direito, patente nos processos da austeridade, da exceção e da financeirização da sociedade. Com efeito, nos planos global, europeu e nacional, o direito adquire, na atualidade, novas funções, por ser através dele, ou, melhor, da sua apropriação, mobilização

e interpretação por atores sociais, individuais e coletivos, que os valores fundamentais das sociedades democráticas, como sejam os da justiça social, da liberdade, da igualdade, do respeito, do reconhecimento e os padrões de sociabilidade e vínculos sociais solidários são postos em causa. A título ilustrativo, tomemos o exemplo do direito do trabalho e do constitucionalismo, que sofrem pressões tremendas. No primeiro caso, esconde-se a questão ideológica subjacente às relações laborais e ao direito do trabalho sob a capa de fórmulas reformadoras, visando o aumento da competitividade e do desenvolvimento económico, quando o que verdadeiramente está em causa é uma transferência de poder na sociedade, entre trabalho e capital, acompanhada por efeitos colaterais sobre as desigualdades, afetando os mais vulneráveis. No segundo caso, as constituições e os tribunais constitucionais são colocados perante a afirmação do "princípio do retrocesso" em matéria de direitos fundamentais, económicos e sociais, no que se pode designar por momento constitucional schmittiano. Em paralelo, os populismos colocam em causa o princípio da soberania popular, substituindo este por um ceticismo legal, ou ressentimento legal, que põe em causa os projetos constitucionais democráticos. É neste sentido que os populismos podem ser entendidos como movimentos antisistema e anticonstitucionais.

O terceiro eixo constrói-se a partir da posição teórica de François Ost, para quem o direito é sempre uma instituição social secundária, antecedida pelas primárias, como é o caso das relações afetivas, políticas, económicas e religiosas. Este entendimento da sociedade e das instituições aproxima-se da ideia de Simmel (2019: 17), para quem

> "cada coisa que fazemos ou vivemos encerra um duplo significado: por um lado, centra-se em si mesma, guardando toda a amplitude e profundidade, toda a alegria e sofrimento que a sua vivência imediata nos proporciona. Por outro, faz parte de um percurso de vida, ou seja, não é só um todo bem delimitado, ela insere-se também no todo de um organismo".

Ost (2016: 123-169), escorado nos trabalhos do antropólogo Paul Bohannan, do teórico do direito Herbert Hart e do filósofo e sociólogo Cornelius Castoriadis, insiste na ideia de que o direito é uma "instituição segunda" que traduz e reconceptualiza, com a linguagem própria do direito, as normas que emergem das relações primárias entre os indivíduos. Esta conceção desvela uma forma peculiar de estabelecer a relação entre o direito e a sociedade que, e para retomar as teses de Castoriadis, conceptualiza as funções do direito partindo das noções de que o mesmo realimenta, institui uma segunda vez, consagra, sanciona e torna tendencialmente permanente o que já está instituído no plano social. O autor estende, ainda, a tese da "dupla institucionalização", associada aos fenómenos jurídicos, às definições de direito de Jürgen Habermas, Talcott Parsons, Niklas Luhmann, Gunther Teubner e Bruno Latour, que combina com a conceção de direito de Hart e a sua categorização entre regras primárias e regras secundárias (Ost, 2016: 171-189). No caso deste último, afirma-se

> "que as normas primárias reformulam as normas sociais retiradas da economia, da política e as normas secundárias, que são metanormas instrumentais, pelas quais o direito se auto-organiza por meio de normas de sanção, de mudança, de reconhecimento de fontes, etc." (Pinto, 2018: 342).

Afastando a ideia de Hayek de um direito espontâneo ligado à ordem espontânea do mercado, resultante da contraposição canónica entre *Kosmos* e *Taxis*, e ultrapassando a dicotomia das definições e estratégias de teorização sociojurídica que contrapõem o essencialismo ao funcionalismo (Ost, 2016: 7, 49 e ss.), a proposta de Ost desenvolve-se em torno da explicitação do que identifica como usos, funções e finalidades do direito, que relaciona de uma forma profícua

com o conceito de "passagem ao direito" (Ost, 2016: 44-47)[5]. É através deste processo que os laços sociais que não são "naturalmente", ou originariamente, jurídicos se tornam, num "segundo tempo", em laços sociais enquadrados juridicamente. A virtualidade sociológica desta proposta decorre, ainda, da demonstração que faz do processo de institucionalização dos indivíduos, como sujeitos de direito e cidadãos da sociedade política, mantendo um intenso diálogo com os trabalhos de Paul Ricoeur, Alain Supiot, Herbert Hart e Hannah Arendt. Colocando a questão de outro modo, evidencia a problemática da ligação, ou vínculo indispensável, existente entre determinadas conceções de indivíduo e de determinadas finalidades do direito (Ost, 2016: 266). É no quadro desta perspetiva que o direito pode ser concebido como um novo paradigma de análise das sociedades contemporâneas, como propõe Jacques Commaille (2015: 25, 384, 397, 399), revelador das transformações e mutações sociais, na medida em que ele próprio traduz as dinâmicas sociais "primárias", que lhe estão subjacentes enquanto instituição secundária.

O quarto eixo decorre da relação que se estabelece entre ambivalência e paradoxos do direito. Na sequência de Robert Merton (1979: 15), considero que se está perante um espaço de "ambivalên-

5. Uma abordagem passível de dialogar com a de Ost é a de Nick Crossley (1996). A questão do poder na relação de intersubjetividade é estudada pelo autor, o qual, através dos direitos de cidadania, demonstra como o direito e o poder são fatores indissociáveis na manifestação da subjetividade. A sua análise evidencia, a título de exemplo, que o "poder liberal" faz uso da relação de intersubjetividade e do desejo de reconhecimento, acabando por subordinar o outro à vontade do que detém mais poder (cf. Crossley, 1996: 147). Ao invés de negar a subjetividade do outro, a aceitação da mesma pretende tornar-se num mecanismo de utilização dos direitos, como forma de atingir outros objetivos. O reconhecimento de direitos pode, nesta medida, funcionar como objeto de submissão à vontade do mais forte. O poder opera através da lógica das relações humanas, de partilhas e interdependências, sendo produto de propriedades específicas da intersubjetividade (Crossley, 1996: 148). O autor, ao classificar a cidadania como uma forma de intersubjetividade, afirma a propósito da mesma, que os direitos formais a ela associados podem ser interpretados como um *embodiment* institucional de uma relação intersubjetiva de reconhecimento (cf. *idem*: 155).

cia" jurídica, quando estão em causa tendências normativas opostas, tradutoras do confronto entre expectativas, atitudes, crenças e comportamentos dos indivíduos face aos atributos dominantes das estruturas sociais, políticas e jurídicas. Partindo desta ideia, coloca-se a questão de saber como podemos perspetivar o conjunto de avanços em matérias de direitos fundamentais, das políticas sociais, económicas, culturais, ambientais, etc. que os suportam no quadro da solidariedade mundial e europeia, do Estado de direito e do Estado social e, simultaneamente, do seu retrocesso e questionamento em favor do princípio fático e absoluto do mercado. Por exemplo, como assinala Alain Supiot (2010, 2010a), as respostas à crise acentuaram a regressão da importância dos direitos laborais, cujas especificidades estão claramente enunciadas nos seus princípios legais, determinantes para a proteção da liberdade, da igualdade e da segurança dos trabalhadores face ao capitalismo como forma de dominação económica e perante a legalmente reconhecida assimetria de poder entre trabalhadores e empregadores (contrato individual de trabalho, negociação coletiva, segurança, saúde e higiene no trabalho, etc.). O autor leva mais longe esta argumentação dos custos dos direitos laborais, ao identificar os custos de oportunidade ligados ao efeito de fungibilidade do próprio direito, fenómeno que designa como *law shopping* (Supiot, 2010; 2010a). No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), através dos acórdãos Viking, Laval e Ruffert, considerou que

> "os objetivos em proteger o poder de compra dos trabalhadores e boas relações laborais" não se constituem em políticas públicas suficientes para que justifiquem o comprometimento "da liberdade da prestação de serviços"[6].

6. Caso C-319/06, 19 junho de 2008, Comissão das Comunidades Europeias v. Grand Duchy of Luxembourg, p. 53.

Como pensar o trabalho digno, segundo a proposta da Organização Internacional do Trabalho, quando são conhecidos os catálogos produzidos pelo Banco Mundial, desde 2004, onde se avalia a eficiência económica dos sistemas jurídicos nacionais, no âmbito do programa *Doing Business*, por relação à rigidez e custos dos direitos laborais? A questão ambiental também é expressão de ambivalências jurídicas. O caso "Chevron-Texaco *versus* Equador" é ilustrativo da força das corporações transnacionais no plano mundial. Após a sentença por parte dos tribunais equatorianos que exigiu da petrolífera Chevron-Texaco a reparação do desastre ambiental que causou, a empresa processou o Estado equatoriano perante o Tribunal Permanente de Arbitragem de Haia (ativando o mecanismo de resolução de disputas entre investidores e Estados), o qual veio a condenar o Equador a indemnizar a petrolífera, ordenando, ainda, que o Governo do Equador impedisse os tribunais nacionais de executarem as decisões contra a Chevron-Texaco.

As ambivalências jurídicas, anteriormente mencionadas, às quais muitas outras se podem associar, combinam-se com os diagnósticos que apontam, insistentemente, desde os anos 70 do século passado, para o reconhecimento de que as sociedades têm mudado profundamente desde então. As "palavras e os conceitos" com que se tem procurado captar as relações entre estrutura e ação, atores sociais e dinâmicas e instituições da modernidade têm amplificado tradições e quadros teóricos onde se assinala a crescente diferenciação das sociedades, a lógica dos sistemas de interdependência, os processos de produção, reprodução e transformação social, e as múltiplas combinações entre as dimensões coletivas e individuais das sociedades, entre outros. O lugar do Estado, do poder, do direito e da legitimidade também é reequacionado, no quadro do contraste existente entre as "velhas" formas de regulação e governabilidade que foram sendo desafiadas pelos processos de globalização e de governação. Estas constatações genericamente aceites pelas comunidades epistémicas

das ciências sociais, no caso que aqui se especifica do direito, têm colocado em causa os conceitos e categorias com os quais as disciplinas jurídicas, políticas e sociojurídicas têm pensado a realidade: estatalidade, positivização do direito, legalidade, legitimidade, expectativas jurídicas, expectativas normativas, constitucionalismo, funções do direito, tribunais, resoluções de conflitos, acesso ao direito, direitos sociais, direitos fundamentais, democracia, justiça social, etc.

A construção deste universo conceptual deu-se na historicidade da modernidade e consolidou-se no que se poderá designar por tempo normal da sua aplicação e utilização interpretativa. Mas poderão os mesmos continuar a ser academicamente transmitidos e utilizados na investigação científica quando a realidade parece evoluir, de uma forma irreversível, para um mundo cada vez mais incerto e indeterminado? Não será de aceitar a intuição de Ulrich Beck quando considera que as nossas comuns formas de pensamento e instrumentos de análise da sociedade são postos em causa por um futuro que não é mais a mera projeção do presente – o que, a suceder, asseguraria a continuidade das formas epistémicas no tempo?

Como forma de interpelar a analítica da sociologia política do direito, parto de quatro pressupostos:

Primeiro: Desarmadilhar o real, questionando a raiz das perguntas e não as respostas que normalmente lhes são dadas, tendo presente a diversidade destas, é uma forma de provocar a interpelação desconstrutiva, como procedimento reflexivo complexo e teoricamente fundamentado. Assumo que desmascarar o real é um trabalho sociológico árduo que insiste em contrariar a ideia de irredutibilidade do social, tendo presente as múltiplas barreiras epistemológicas e as sempre invocadas ruturas epistemológicas, visando uma interpretação não mitificada da sociedade.

Segundo: Constatar que a forma contrapõe a dimensão teórica à dimensão prática e assenta na distinção entre perguntas e problemas.

As perguntas existem, independentemente de as formularmos ou não, sucedendo que, mesmo quando não lhes respondemos, estamos a dar-lhes uma resposta. Comparativamente às perguntas, os problemas são autocriados, porventura artificiais, e podem, em princípio, ser ou não solucionados. Se as perguntas caracterizam o mundo da prática, os problemas caracterizam o da teoria (cf. Dahrendorf, 1993: 14). Um exemplo: os cientistas sociais podem, ou não, optar por estudar o problema da crise, apurando as consequências que as medidas económicas para lhe dar resposta têm sobre o aumento das desigualdades e empobrecimento de um país, utilizando o tempo de duração de um projeto de investigação. Em contrapartida, um reformado, um desempregado, um trabalhador pobre têm uma pergunta: como conseguirão viver perante a realidade provocada pela crise e pelas medidas políticas aplicadas? A resposta tem de ser imediata e diária.

Terceiro: Pensar a vida e a realidade sociais a partir das características que as constituem torna forçoso reconhecer que o conhecimento não é apenas acumulação e desenvolvimento da racionalidade, mas também exigência de colocar o conhecimento ao serviço de uma construção cívica e democrática. A dominação, o controlo e a vontade de determinar os destinos dos outros revelam centros de poder não democráticos, cuja intencionalidade tem de esbarrar com os princípios da liberdade, da igualdade e da solidariedade e com a sua realização prática.

Quatro: Reavaliar o lugar da política e dos direitos enquanto paradoxos. Quer nos trabalhos de investigação quer na prática docente, surge como incontornável a noção de contradição e dissonância que marca o facto de vivermos num mundo atravessado por grandes realizações, mas também por uma série de episódios catastróficos. Por exemplo, o aumento da esperança de vida, que é acompanhado pela diminuição da mesma em diferentes partes do globo, a disjunção

entre a multiplicação dos discursos acerca dos direitos humanos, que é acompanhada pela violação dos mesmos, a questão da liberdade de circulação de pessoas e bens e a não aceitação dos movimentos migratórios (casos gritantes do Mediterrâneo e América do Norte) são evidências do mundo paradoxal em que vivemos. Não se trata de paradoxos metodológicos no sentido que Niklas Luhmann lhes dá, mas sim de oposições flagrantes entre a força da conquista otimista do ser humano, enquanto ser pensante e atuante, e a sua incapacidade para utilizar de modo operativo esse seu poder transformador a uma escala global. Neste sentido, o termo paradoxo adquire uma clara conotação retórico-estilística, permitindo organizar discursivamente racionalidade e ação concreta.

Na obra *A Insustentável Leveza do Ser*, o autor, Milan Kundera, enuncia o peso e a leveza, como conceitos antitéticos, relevantes na construção de narrativas que se assumem quase como exemplos, no seguimento da retórica clássica com implicações pedagógicas. De acordo com o autor, o peso é a forma como nos sujeitamos às convenções sociais, enquanto mitos e rotinas que promovem a conformidade e restringem a liberdade, enquanto a leveza é a liberdade e a fuga a essas mesmas convenções, obrigações e mitos ilusórios. A questão é que ambos, o peso e a leveza, não são forças antagónicas, num sentido conflitual, pelo contrário, são interdependentes, relacionam-se de modo paradoxal e criam um dinamismo, não se anulando mutuamente, antes potenciando-se. A narrativa de Kundera explora, então, a luta e o esforço de quatro personagens face a diferentes modalidades interrelacionadas e paradoxais nas suas vidas quotidianas, inseridas num contexto político em transformação. É de assinalar que, embora todas as personagens procurem a leveza em algum grau, são puxadas/atraídas, em diferentes medidas, pelo peso da tradição e pela aplicação das convenções sociais, pelo que, muitas vezes, encontram-se eles próprios menos livres quando mais leves. E é neste jogo de forças que reside o paradoxo enquanto dinâmica

retórica e especulativa que nos pode permitir criar interrogações, no nosso campo de saber e perspetivar possibilidades de resposta prática, partindo, precisamente, da dicotomia leveza e peso. Passo, pois, a ilustrar.

Paradoxo 1: O que significa reivindicar direitos? Em causa está a leveza dos direitos enquanto discurso e narrativa, que contrasta com o peso dos processos de produção e aplicação dos direitos.

Paradoxo 2: "O direito a ter direitos". O princípio geral da igualdade perante a lei contrasta com a seletividade dos grupos e indivíduos que têm acesso efetivo aos direitos, constituindo-se o direito como mecanismo de discriminação, por estabelecer critérios de inclusão e exclusão entre grupos e indivíduos.

Paradoxo 3: Para que servem estes direitos? A "abundância" de direitos orientadores das ações e práticas sociais é acompanhada pela intensidade e extensividade da sua inefetividade.

Paradoxo 4: Os direitos e a liberdade limitada. A liberdade, a autonomia e a autodeterminação individuais garantidas pelos direitos fundamentais estão diretamente ligadas aos mecanismos de responsabilização e obrigações individuais que pesam sobre os indivíduos.

Paradoxo 5: O ideal do direito como justiça social. O sentido ideal do direito, definido pela busca de justiça social, encontra-se permanentemente exposto à *real politik* das políticas dos direitos.

Paradoxo 6: A mercadorização do direito. A formação jurídica e os conhecimentos universitários acerca do direito enquanto capacitação e *empowerment* dos indivíduos são cada vez mais convertidos em estruturas pesadas, tecnocráticas, de um conhecimento técnico onde o direito se torna em mercadoria ou mero fator de produção.

Paradoxo 7: O poder dos não eleitos. Os mercados e instituições financeiras protagonizados por atores não eleitos determinam o princípio do direito democrático.

Paradoxo 8: A democracia como empobrecimento. Os direitos democráticos, contidos na teoria e filosofia do direito, sujeitam-se ao peso do hobbesianismo social, que indaga o quanto de exclusão e desigualdade social uma ordem política democrática é capaz de aguentar ou suportar.

Paradoxo 9: Custos dos direitos e *dumping* social. "Os direitos têm custos, onde não há direitos, não há custos jurídicos", daí que a lógica pesada da redução de custos e de aumento da eficiência, eficácia e competitividade tornam mais leves os direitos laborais e sociais e as instituições judiciais.

Paradoxo 10: Boa sociedade. Os movimentos sociais, organizações coletivas, sindicatos e todos os que reivindicam a importância dos direitos fundamentais visam alcançar uma ordem social justa, através da reivindicação, conflitos sociais e lutas por direitos. Contudo, as sociedades contemporâneas apontam firmemente no sentido da libertação das forças do mercado, da despolitização do económico e do social, da precarização do trabalho e degradação dos serviços públicos.

O livro encontra-se organizado em três partes. Na primeira, "Elementos de sociologia do direito", apresento e defino os conceitos e problemáticas que se me afiguram mais relevantes enquanto ferramentas de análise sociológica do direito. A segunda parte é dedicada às teorias da sociologia do direito, dividindo-se entre o estudo dos clássicos e o estudo mais aprofundado de propostas de autores contemporâneos. Quero esclarecer o leitor que fiz opções, das quais resultou que algumas importantes teorias sociológicas do direito não tenham sido aqui apreciadas de forma detalhada, como é o caso das teorias feministas do direito e das teorias pós-coloniais do direito, entre outras. Finalmente, a terceira parte do livro, "Uma sociologia do direito situada perante a austeridade e a exceção", configura-se como a aplicação da sociologia política do direito, tendo por objeto

a relação entre direito e sociedade, resultante da crise financeira, e também social e política, de 2008.

Ao finalizar esta introdução, quero agradecer aos colegas e amigos que, de uma forma ou de outra, me têm ajudado a amadurecer a reflexão do direito que aqui apresento, referir o Professor Boaventura de Sousa Santos, com quem me iniciei no estudo estruturado da sociologia do direito, o Professor Jacques Commaille e a Professora Wanda Capeller, com quem tenho tido o privilégio de partilhar estimulantes e aprofundados debates em torno dos temas sociojurídicos. O mesmo posso dizer da cordialidade e troca de ideias com os Professores António Hespanha e Pierre Guibentif e quero expressar uma profunda tristeza pelo desaparecimento do primeiro, muito próximo da publicação deste meu livro. Lamento, pois que o diálogo estimulante que fizemos tenha sido interrompido. De uma forma fraterna e pessoal, fica o reconhecimento aos que, para além do debate de ideias, são, por vezes, perturbados com os meus estados de alma: João Pedroso, Andreia Santos, Marina Henriques, Albino Matos, Elísio Estanque e Isabel Santos Lopes.

SOCIOLOGIA DO DIREITO

UMA ABORDAGEM SOCIOPOLÍTICA

A sociologia do direito é uma área do conhecimento relevante para o estudo da relação entre a política, o direito e a sociedade, para a qual este livro procura contribuir. Apesar de em Portugal existirem múltiplas investigações e publicações versando temas sociojurídicos, não existe, até agora, uma publicação onde se sistematizem os principais conceitos, correntes teóricas, temas e problemas da análise sociológica do direito. Este livro procura suprir essa lacuna, oferecendo ao leitor um panorama atualizado da sociologia do direito. A opção escolhida foi a de organizar o livro em torno de três partes: Elementos de Sociologia do Direito; Teorias da Sociologia do Direito; e Uma Sociologia do direito situada perante a austeridade e a exceção. Sem perder a vocação formativa, o livro corresponde, também, à visão pessoal do autor acerca da sociologia do direito ou sociologia política do direito. O livro dirige-se a estudantes, docentes e investigadores, e a todos os interessados no estudo da sociologia, do direito, da sociologia do direito, da sociologia política, da ciência política e da teoria social.

www.vidaeconomica.pt

ISBN: 978-989-768-604-7

9 789897 686047 >

Visite-nos em
livraria.vidaeconomica.pt