

**A INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICA DO
DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS**
// A SOCIOLOGICAL INVESTIGATION OF
LAW IN SYSTEM THEORY

Raffaele De Giorgi

>> RESUMO // ABSTRACT

Entre os desafios da pesquisa jurídica, a problemática da verdade no direito e a observação do sistema jurídico como objeto constituem um desafio constante tanto para teóricos do direito, quanto sociólogos da mesma disciplina. Esse desafio tem sido abordado historicamente sob diferentes perspectivas, porém a aproximação kantiana à verdade jurídica como uma experiência de origem controlada é até nossos dias a mais relevante. Não obstante, sob o escopo da sociologia do direito, e principalmente com o arcabouço teórico da teoria dos sistemas, a problemática antes mencionada pode ser desdobrada e radicalizada na relação construtiva do observador com sua realidade. Neste sentido, o observador-pesquisador não só construiria seu próprio objeto - o direito -, mas também é parte do mundo que ele mesmo constrói. Por outro lado, e supondo a universalização desta experiência, tem-se, como consequência, que todos os observadores são também construtores do próprio mundo. Isto é, a contribuição científica da pesquisa se aplica a si mesma, e traz como corolário uma nova forma de conceituar a verdade, levantando uma sorte de acusação sobre nós: **discorre sobre nosso presente e nos diz que somos mentirosos quando falamos a verdade.** // Among the many challenges of legal research, the problem of truth in law and the observation that the legal system as object constitute a constant challenge both for legal theorists and sociologists of the same subject. This challenge has been historically examined through different perspectives, although the Kantian approach to the legal truth as an experience of controlled origin is, until our days, the most relevant. Despite that, under the scope of legal sociology and, above all, with the theoretical viewpoint of system theory, the aforementioned problem can be unfolded and radicalized pursuant to the observer's constructive relationship with her reality. For this matter, the researcher-observer is part of the world that she herself builds up. On the other hand - and supposing the universalization of this experience -, as a consequence, all observers are also builders of their own world. That is, the scientific contribution of the research applies to itself and brings, as a consequence, a new way of conceptualizing the truth, raising thereby a sort of accusation above us: it discusses our present and tell us that we are liars when we tell the truth.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Verdade; Direito; Construtivismo; Observação; Legitimidade. // Truth; Law; Constructivism; Observation; Legitimacy.

>> SOBRE OS AUTORES // ABOUT THE AUTHORS

Professor da Universidade de Lecce/Salento (Itália). Diretor-fundador, com Niklas Luhmann, do Centro de Estudos do Risco da Universidade de Lecce/Salento. Doutor em Filosofia Universidade de Roma “La Sapienza” (Italia). // Professor of the University of Lecce/Salento (Italy). Co-Founder, with Niklas Luhmann, of the Centre for Risk Studies of the University of Lecce/Salento. PhD in Philosophy (University of Rome “La Sapienza” - Italy).

Fiquei muito contente com a oportunidade de abrir este Congresso por meio da reflexão a respeito de um tema que, ainda que se apresente de maneira específica e delimitada, possui caráter universal. Interessa, na verdade, a uma perspectiva teórica de observação do mundo ou de pesquisa sobre ele. Em nosso caso, trata-se do mundo do direito. O tema refere-se, portanto, aos pressupostos teóricos e epistemológicos da construção do objeto de observação. Aqui, todavia, o objeto é a pesquisa, não o objeto da pesquisa. Mas a pesquisa sempre observa seu objeto, na presente discussão, o direito. Ela é entendida como o observador. À pergunta *Quem é o observador?* Luhmann respondeu uma vez: *é aquele que é observado como observador*¹. Heinz von Foerster teria acrescentado: *observador é aquele que constrói uma realidade*². Se combinamos as duas respostas, o resultado é que o observador se constitui com a construção de seu objeto. Dessa forma, a pesquisa que observamos é ela mesma parte do objeto que observa.

Assim formulada, a perspectiva a ser utilizada nos permite afirmar que a nossa contribuição não contém nada mais do que uma reflexão sobre a construção de objetos. Como entendemos que esta perspectiva tem alcance universal, porque, enquanto observadores, todos somos construtores de objetos, *hacedores*, como dizia Borges³, também somos parte do mundo que observamos⁴, isto é, que construímos. Isso significa que nossa contribuição se aplica a si mesma, discorre de nosso presente e nos diz que somos mentirosos quando falamos a verdade.

I. PERSPECTIVA KANTIANA

Na construção comunicativa daquilo que usamos como realidade, somos inundados de redundância, de significados que incluem sempre mais do que o que se diz, conteúdos de sentido nos quais são estratificados velhos costumes de acesso ao mundo. Na realidade, trata-se de simplificações, de reduções de sentido que nos apresenta o mundo em um formato acessível e que, dessa forma, o torna familiar para nós. Assim, podemos dizer que, se é verdade que somos continuamente expostos à experiência de um mundo imprevisível, à sua contínua variação, não é menos certo que experimentamos esta experiência sem surpresa: as reduções de sentido por meio das quais temos acesso ao mundo têm à função de democratizar a experiência, de modo que ela possa ser vivenciada por todos sem agitação, incerteza ou desilusão. Temos acesso ao mundo em formato reduzido e somos habituados a chamar isto de realidade⁵.

A experiência que fazemos da realidade é, na verdade, uma *experiência de denominação de origem controlada*. É garantida e assegurada, pois, mesmo que se defronte com a variação, a imprevisibilidade do acontecer e a multiplicidade daquilo que é diverso, tal exposição à complexidade se dá por meio de um acesso domesticado, de canalizações de observações orientadas, de reduções consolidadas de sentido, isto é, se dá por meio daquelas redundâncias de significado das quais somos inundados. Fornecidas pela tradição e estabilizadas por auto-evidências, estas

reduções nos dão certeza para a experiência e asseguram orientações estáveis para o agir.

Com isso, se reduz, todavia, também o espaço da variação, ou seja, se limita o âmbito das alternativas de acesso ao mundo⁶. Em relação a este, agimos em virtude de um hábito particular. Trata-se de um costume que nos leva a tratar o mundo como objetividade, exterioridade, obstáculo externo a nós, extensão objetiva sobre o qual se pratica a experiência. Deste espaço não seremos, de forma alguma, responsáveis; agimos em seu interior e não somos objeto de nosso agir. Não somos parte dele. Como se diz, somos sujeitos.

Esta noção descreve o núcleo conceitual constitutivo da cultura ocidental da sociedade moderna. Trata-se de uma ideia que, em sentido kantiano, é, ao mesmo tempo, teórica e prática ou, no dizer moderno, é, simultaneamente, *fundamento cognoscitivo* e *moral da distinção sujeito/objeto*. Praticamos um subjetivismo exasperado⁷, agimos porque o mundo está ali diante de nós, ou melhor, agimos *como se* o mundo estivesse ali diante de nós, e se tratasse apenas de compreendê-lo e de transformá-lo, para se referir a uma expressão que ainda se costuma utilizar. Enquanto sujeitos, nos auto-excluimos do mundo, pois só assim é possível justificar a construção de teorias que nos dizem como apreendê-lo, isto é, como conhecê-lo e transformá-lo.

Operamos com significados, ou seja, com descrições, interpretações, conteúdos de sentido, que consideramos auto-evidentes e os tratamos como se tivesse consistência *objetiva*. Obviamente, justamente por isso, os exoneramos de qualquer prova empírica. Levam-nos a crer que somos *observadores de um mundo externo*. *Observadores da realidade*, como se diz. Para conhecer esta empiria e por ordem em seu mundo, utilizamos categorias, esquemas. Segundo alguns, estas categorias seriam transcendentais, condições de possibilidade da experiência empírica. Não se pode, no entanto, afirmar se a diferença entre empiria e transcendência é uma distinção empírica ou transcendental⁸. Da mesma forma, não é possível dizer se a diferença entre sujeito e objeto é uma distinção subjetiva ou objetiva⁹. Em essência, usamos distinções que fazem diferença, que distinguem o mundo, mas que, depois, não se distinguem, não se aplicam a si mesmas. Assim, ao menos desse ponto de vista, elas não são críveis. Por essa razão, dizemos que são paradoxais.

Não sabemos, mas agimos. Observamos, descrevemos, confrontamos, transformamos significados que tratamos como objetos, como realidade. É uma herança kantiana da qual não conseguimos nos libertar. Ela resistiu ao grande esforço hegeliano de pensar a unidade do racional e do real¹⁰, à crítica de Hegel ao dever ser¹¹, à autoconsumação das filosofias da história, à grande tentativa de Marx de resgatar à reflexão a unidade da diferença entre sujeito e objeto a partir da fundação da ideia de gênero (*Gattung*, em sua linguagem)¹². Esta herança ainda resiste, porque, em torno a ela, se consolidou uma semântica inexaurível: mesmo que vazia, como teria dito Hegel, é altamente produtiva, pois, até a primeira metade do século passado, dela foram extraídas diversas formas de autocompreensão do saber moderno, e, nela, pode-se definir as raízes das diferenças

por meio das quais se justifica o disciplinamento daquele saber, como demonstrou lucidamente Foucault.

II. DISCIPLINAMENTO DO SABER E SABER DA REALIDADE

Em uma maravilhosa conferência de 1985 sobre tema afim a nossa discussão, Luhmann¹³ afirmou que, sem precisar esperar a sociologia, os homens já tinham realizado suas reflexões sobre os motivos pelos quais agem, sobre os modos de sua ação, e isolado o saber, que foi chamado de “cultura”, relativo à exterioridade na qual seu agir se produzia e se justificava. Foi especificado um saber relativo ao sentido do agir econômico e esquematizado como racionalidade econômica; um saber da educação que foi definido como pedagogia; um saber do Estado e das organizações políticas que se reúne em cascas protetivas como soberania e legitimidade; um saber moral e teórico da diferença entre bem e mal que chamaram de ética. Elaboraram um conceito de sociedade a partir das velhas ideias de “sociedade civil”¹⁴ que, incorporadas às representações econômico-políticas do contrato, pareciam poder acessar as descrições da sociedade moderna. A unidade do objeto, ou seja, a unidade da sociedade, era representada como resultado de uma integração normativa e moral ou, como ainda se costuma dizer, de uma integração entre normas e valores. Ambos conservavam conjuntamente a factualidade da sociedade moderna, a accidentalidade, a má infinidade¹⁵ que se referia Hegel, a contingência do agir e, como falava Foucault, a ameaçadora exterioridade selvagem. A este universo de divergência e às incongruentes perspectivas do agir singular, as normas e os valores forneciam horizontes de integração e, também, orientações estáveis ao agir.

Assim, não obstante as divergências de perspectivas, os diferentes critérios de orientação da ação e a possibilidade de utilização de diversas formas da racionalidade do agir, tornava-se possível isolar um conceito unitário de sociedade. A integração normativa e a conexão dos valores delimitavam um espaço único que continha e justificava as divergências. Era o espaço da ação, o universo no qual se podia alargar o agir e no qual ele podia se orientar conforme uma economia lógica de fins e de meios. Este espaço era o domínio da moderna razão iluminista. Um mundo ordenado por uma razão ordenada ou, nos dizeres kantianos, o universo de uma razão ordenadora¹⁶. Razão teórica e razão prática, normas e máximas, interno e externo, verdades e valores, empiria e transcendência. A observação deste mundo, sua descrição, devia utilizar e pressupor aquela ideia universal de ordem que foi a grande aquisição do iluminismo. A sociologia, uma vez disse Parsons a Luhmann, nasce como sociologia do direito¹⁷. Uma afirmação absolutamente compreensível.

Esta sociologia, que encontra na herança do velho iluminismo o universo semântico de sua autoconstituição, torna-se possível, pois a representação da ordem, que a justifica, estava estreitamente conectada com a representação do agir, que, por sua vez, nascia de uma semântica precisa do movimento, *Semantik des Bewegungsbegriffes*, como a chamou Koselleck¹⁸

em seu belíssimo trabalho. Desde Hobbes, o agir já era interpretado como movimento em direção ao mundo, como atividade produtiva de eventos, como o evento em si mesmo, isto é, como aquele que podia ser observado do ponto de vista da economia lógica de sua produção e que, portanto, podia ser coordenado com outros eventos de mesma natureza. A ordem do mundo podia ser entendida como ordem das ações dos indivíduos¹⁹.

Deste modo, consegue-se finalmente laicizar ou, como se diz, secularizar a velha noção de sociedade que, por séculos, foi determinada pela ideia de criação. Agora, a própria sociedade é interpretada como universo que foi realizado conjuntamente pelo agir dos indivíduos. Como se vê, tanto a elaboração kantiana de causa quanto sua crítica hegeliana por meio da representação do objeto da vontade têm uma longa história.

A sociologia podia definir a sociedade como seu objeto unitário, entendê-la como universo do agir dos indivíduos, observar a regularidade das ações, elaborar generalizações e, com isso, segundo alguns, podia até chegar à formulação de leis. Em todo caso, se tal formulação pudesse parecer uma pretensão excessiva ou ideologicamente comprometida, a sociologia seria, ainda, capaz de oferecer prognoses sobre o agir, determinar conexões causais ou, ao menos, apresentar probabilidades objetivas, como ainda se dizia no início do século passado²⁰. Podia, em outras palavras, descrever o agir, observando as conexões de sentido que o orientavam.

Como sociologia do direito, o saber sociológico interessava-se pelo agir em relação ao direito, pela orientação normativa da ação e pela determinação do sentido jurídico do agir. Vejamos como.

III. PESQUISA SOCIOLÓGICA DO DIREITO E SOCIOLOGIAS DO DIREITO

Se, de um lado, podemos concordar com Parsons que a sociologia nasce como sociologia do direito, de outro, devemos recordar que a sociologia do direito organiza sua autocompreensão como saber científico somente como reação à Jurisprudência dos Conceitos, à *Begriffsjurisprudenz*²¹ da segunda metade do século XIX. Originariamente, ambas (sociologia e sociologia do direito) são ideias divergentes em torno das quais se realizam diferentes respostas à diferenciação do sistema jurídico e à afirmação de sua artificialidade. Se Marx oferece ao direito uma posição na semântica do poder e na estrutura das relações econômico-sociais de produção, desde Jhering difunde-se e se afirma a ideia de separação entre direito e sociedade, que consistirá no pressuposto inevitável de toda pesquisa sociológica do direito²². Da consideração genérica das condições sociais à investigação dos interesses como orientação metodológica na aplicação do direito ou à aquisição de referências voluntaristas, como as da Escola do Direito Livre, até as numerosas manifestações anticonceptualistas, a pesquisa sociológica do direito buscará obter reconhecimento por meio da justificação da autonomia e do caráter originário de seu saber sobre o fenômeno jurídico.

A primeira metade do século passado, foi particularmente rica de esforços teóricos. Pense-se, por exemplo, nas construções de Ehrlich e em seu debate com Kelsen²³, no institucionalismo²⁴, na jurisprudência sociológica de matriz norte-americana²⁵, no realismo jurídico, no socialismo jurídico²⁶ (em particular no âmbito do direito penal), nas escolas escandinavas²⁷, na obra de Schelski²⁸ e daqueles que lhe foram próximos ou, ainda, nas tentativas de origem analítico-linguística do meu velho amigo Ota Weinberger²⁹.

Estas pesquisas contribuíram para estabilizar um saber não dogmático sobre o direito, não sistemático-conceitual, não-jurídico. Elas ocupam um largo espectro de reflexão e de análise, e se estendem desde o estudo dos fundamentos do direito compreendidos como fatos sociais até considerações sobre as determinações econômicas e políticas do fenômeno jurídico. Desdobram-se, ainda, no exame da natureza das pretensões dos indivíduos em relação ao direito e nas análises das linguagens por meio das quais as expectativas imanentes a tais pretensões consolidam-se em discursos de movimentos sociais, como demonstrou oportunamente Celso Campilongo em tempos recentes com seu belo trabalho³⁰. Mas, além da breve temporada dos estudos sobre *Knowledge and Opinion about the Law*³¹, o aspecto que tem caracterizado a recente pesquisa sociológica do direito é, de um lado, como se costuma dizer, a investigação sobre o impacto do direito na sociedade e, de outro, a crítica do direito.

A primeira orientação é mais difundida, praticada e, segundo alguns, mereceria mais do que qualquer outra ser considerada sociologia do direito. Com o recurso a metodologias de análises empíricas de dados, ela descreve as modalidades de expressão do agir juridicamente conforme, a intensidade de sua ocorrência, interpreta-o na perspectiva do direito e se ocupa de maneira considerável do agir juridicamente desconforme, que se convencionou chamar desviante. Esta descrição do desvio utiliza, frequentemente, teorias que possuem a pretensão de explicar o agir desviante, isto é, de torná-lo objeto de conhecimento teoricamente fundado³². Nesse ponto, com interlúdios significativos, o espectro de recursos teóricos aos quais se recorre vai desde o positivismo de ignóbil memória até o requinte da psicoanálise e as interessantes construções da economia política do punir.

A segunda orientação organiza perspectivas diferentes de crítica do direito e se ocupa da modalidade de produção de decisões jurídicas, da análise de suas consequências, da forma da distribuição de recursos através do direito e da construção das hierarquias entre os bens jurídicos. A expressão *pesquisa sociológica do direito* reúne, assim, significados e orientações múltiplas que não podem ser reduzidas a uma unidade, porque utilizam recursos cognitivos diferentes, nascem de diversas motivações intelectuais e seguem percursos distintos. Incluem pressupostos epistemológicos que seriam incongruentes entre si e que poderiam adquirir congruência somente da perspectiva de uma *análise não-jurídica* do direito³³. Todavia, uma semelhante perspectiva não anularia, por certo, as diferenças. Ao contrário, as justificaria na medida em que as deixa aparecer como reações legítimas à observação jurídica do direito.

Nesse sentido, podemos afirmar que todas as diferentes sociologias do direito compartilham uma outra perspectiva, se justificam sobre a base de um outro pressuposto, assumem como auto-evidente a *distinção entre direito e sociedade*.

Trata-se de uma distinção constitutiva tanto do *objeto*, o direito, quanto do *observador*, a sociologia do direito. Unidas a partir desta perspectiva, as diferentes pesquisas sociológicas do direito diferenciam-se pelo fato de que algumas partem da sociedade; outras, do direito. Todas, entretanto, partem da distinção entre direito e sociedade, possuem a pretensão de poder provar que a sociedade determina o direito ou que o direito determina a sociedade. Neste pretensão, incorrem no paradoxo que anula o pressuposto de sua própria existência. E mais: elas evidenciam um complexo de outras distinções que as reconduzem ao velho leito de uma inaceitável herança kantiana. Vejamos brevemente quais são as distinções que a primeira distinção traz consigo.

IV. A UNIDADE DAS DISTINÇÕES

O paradoxo das análises não-jurídicas do direito, isto é, das pesquisas sociológicas do direito, consiste no fato de que elas utilizam a distinção entre direito e sociedade como distinção constitutiva do objeto. Reconhecem, portanto, a perspectiva interna do direito para observá-lo, de um ponto de vista externo³⁴, como um objeto. Trata-se, sem dúvida, de abordagem paradoxal, que conduz a conclusões, igualmente, paradoxais. De fato, a distinção entre o que é e o que deve ser³⁵, uma diferença interna que o direito cria para tornar possível seu operar, torna-se constitutiva da existência deste tipo de pesquisa. É, desse modo, que a sociologia do direito também torna possível seu operar, pois, do contrário, não haveria um âmbito ao qual ela dirigisse sua atividade. As pesquisas sociológicas do direito se direcionam ao lado factual do dever ser, observam sua realidade fática³⁶. O paradoxo, no entanto, reside em que, para além da reflexão jurídica sobre o direito, não existe nenhuma teoria sociológica que seja capaz de dizer qual o lugar que o dever ser ocupa na sociedade.

Se as pesquisas sociológicas do direito se tornassem objeto de si mesmas, poderiam observar que seu “ser externo ao direito” é semanticamente dentro do direito. Ranulph Glanville escreveu um artigo cujo título é *the same is different*³⁷. Aqui, ao contrário, deve-se dizer: *the different is same*.

Na sociedade, há apenas espaço para factualidade empírica: somente aquilo que pode ser observado empiricamente possui existência social, e tem existência social somente porque pode ser empiricamente observado, isto é, porque pode operar como realidade e ser observado em contraste com qualquer outra coisa.

Assim, a respeito do direito pode-se dizer aquilo que é, não o que deve ser. Ou melhor: pode-se dizer como opera, como constrói o que será utilizado como realidade e, desse modo, como se diferencia de outros âmbitos do agir social. Tudo isso, no entanto, consegue ser visto apenas pelo

observador externo. Para este, o dever ser aparece como um paradoxo, como algo que oculta a si mesmo o fato de que é como é. O dever ser é uma casca protetiva de natureza semântica da qual o direito se cobre para ocultar a si mesmo o fato, a pura factualidade, de que ele *não tem nenhum direito de ser direito*. Isso, naturalmente, vale para o direito positivo moderno. Outros tipos de direito utilizavam semânticas diferentes e construíam, de maneira diversa, aquilo que usavam como realidade.

A outra distinção que decorre da primeira distinção constitutiva e, com ela, compartilha aventuras e o paradoxo é a diferença entre *validade e eficácia*. Trata-se de referência fundamental para a pesquisa sociológica tradicional do direito, que se ocupa justamente da eficácia do direito, isto é, de seu impacto sobre a sociedade, de sua função integrativa, do controle social que por ele seria desempenhado ou, como se diz, de seu potencial de alocação de recursos. O motivo da inutilidade desta distinção não reside apenas naquilo que, há um século, Max Weber já fora capaz de notar, vale dizer, a impossibilidade de estabelecer causalidades objetivas ao agir, mas sim no fato de que o que os juristas chamam de validade não é nada mais do que um símbolo³⁸ que se move no sistema jurídico e que tem a função de fixar na temporalidade do sistema aquilo que pode ser diverso de como é. Em outras palavras: validade é uma simbolização factual do dever ser, isto é, da normatividade do direito. É o resultado da inclusão da temporalidade do dever ser no direito. Como tal temporalização opera sempre, e sempre no presente, o sistema jurídico constrói por meio da validade uma memória, ou seja, torna-se presente para si mesmo. O direito possui uma memória³⁹ e é destinatário dela⁴⁰. Nesse sentido, a representação da eficácia esconde o paradoxo da validade, pois subtrai do observador o *poder ser diverso* daquilo que é utilizado como dever ser, lhe confere o valor de um valor e justifica a imagem segundo a qual o direito se aplica à realidade produzindo consequências observáveis. Empiricamente observáveis e detectáveis estatisticamente. Um grande problema teórico e prático de cada observação sociológica do direito é a ideia de aplicação, que também está presente na argumentação, na lógica e na interpretação jurídicas. Na verdade, a realidade sobre a qual o direito se subsumiria é a do direito que, por sua vez, é construída por meio de aplicações. É, realmente, muito difícil entender como poderia existir uma realidade do direito que esteja fora dele ou um conteúdo de normas externo à sua aplicação.

Conformidade e desvio é a outra distinção que a pesquisa sociológica do direito utiliza e leva às últimas consequências – até à elaboração de uma teoria do agir desviante e à pretensão de determinação das causas e dos fatores do desvio. Tem-se, aqui, uma evidência de que as modernas teorias do desvio reprimiram sua ascendência positivista. A diferença entre conformidade e desvio é uma distinção jurídica do agir, e não sociológica. Trata-se do paradoxo do terceiro excluído que é incluído. O objeto da criminologia não é, como geralmente se pensa, o agir desviante, mas a própria observação criminológica.

Por fim, há o mito da observação sociológica da função de integração social que o direito possuiria. A pesquisa sociológica teria o potencial de

descrever tal função. Não é simples, no entanto, entender o que significa desagregação social e como se poderia realizar aquilo que se denomina integração.

Para manter este mito vivo, a pesquisa sociológica considera como desagregadas aquelas regiões da sociedade, como, por exemplo, os *múltiplos espaços do Sul da sociedade moderna*, nas quais o direito possui apenas uma função expressiva: tornar visível o poder que tem o poder de recorrer ao direito ou burlá-lo. Na realidade, tais espaços não são desagregados, mas, ao contrário, hiper-integrados, pois, neles, um depende do outro e as possibilidades de agir dependem desta dependência recíproca. De modo diverso, nas sociedades em que o direito alcançou um alto grau de diferenciação, a dependência está vinculada à autonomia. Por outro lado, para além dessa discussão, não se pode explicar como o direito pode ter função de integração se, em seu normal operar, utiliza diferenças e as estabiliza como âmbitos subjetivos do agir, reconhecidos, justamente, pelo próprio direito. Não há dúvidas que a distinção integração/desagregação tem a ver com os *conceitos* que Bateson chamava de *explicativos*⁴¹, isto é, conceitos pelos quais pode-se explicar tudo, porque eles mesmos não são explicáveis, não descrevem nenhum objeto.

É, nesse sentido, que a pesquisa sociológica do direito utiliza, na realidade, conceitos, distinções próprias e internas ao direito, distinções jurídicas, como se fossem diferenças externas, construções de um observador externo, distinções por meio das quais a sociologia observa o direito.

Pergunta-se: por que a sociologia continua a ter esta dificuldade com o direito? Por que ainda utiliza observações que ocultam a construção paradoxal do direito e se resigna a manter viva a velha semântica do iluminismo? Luhmann afirmava que se trata de uma abstinência teórica da sociologia que a leva a recusar ser teoria da sociedade e a impede de entender até que ponto a sociedade moderna é, por si só, a realização de uma semântica que tem grandes pretensões. Como a pesquisa sociológica pode acessar tal semântica?

V. A PESQUISA SOCIOLÓGICA DO DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS

A pesquisa sociológica consegue apreender a observação do direito, desde que se afaste das distinções por meio das quais o sistema jurídico oculta seu paradoxo constitutivo e desde que construa seu conhecimento consciente dos limites estruturais do direito, que é uma estrutura autorreferente, localizada na produção simultânea entre lícito e ilícito. Este déficit estrutural oferece à pesquisa sociológica espaço para confrontos e análises comparativas dos possíveis modos de construção da realidade pelos quais o direito desenvolve seu paradoxo constitutivo. Tal pesquisa pode observar como o sistema jurídico assimetria sua circularidade e identificar como ele recorre a diferentes estratégias de deslocalização temporal de seu operar. Pode, por exemplo, ver como o direito utiliza estratégias de orientação aos fins para incluir o futuro em

seus espaços cognitivos. A pesquisa sociológica pode, assim, formular avaliações e observar a função real das técnicas de invenção das causalidades no futuro às quais o direito recorre. Desse modo, ela se abstém de considerar o futuro como âmbito próprio das operações jurídicas e de apreciar as diferenças a partir das consequências. Com isso, não se bloqueia diante do universo de distinções consolidadas pela semântica da causalidade, não incorre na falácia empírica das análises sociológicas tradicionais e se dá ao luxo das técnicas cognitivas da teoria. A pesquisa sociológica avalia as alternativas e observa a estratégia de assimetriação do direito de uma perspectiva realista, o que, por sua vez, a permite observar e descrever outros possíveis mecanismos de construção da realidade pelo direito. Dito de outro modo: ela vê o que a pesquisa tradicional não pode ver.

A partir dessas referências, a pesquisa sociológica pode observar a estratégia de controle de maneira realista. Não é possível continuar a descrevê-la como intervenção do direito no ambiente e a falar de funções que o sistema jurídico não pode desempenhar. A pesquisa precisa considerar o controle como técnica de imunização do direito em relação à simultaneidade de seu ambiente. A questão torna-se muito mais complexa. Há controle, porque o direito estabelece todos os eventos do presente pelo filtro de seu passado. Por passado entendemos o tempo no qual se fixa sentido adensado pela recordação do direito. Por meio desta atividade de controle, o sistema jurídico reativa seletivamente recordações, deixa aberta a possibilidade do esquecer e constrói sua memória. Em outras palavras: o direito representa seu ser presente a si mesmo e temporaliza a existência do ambiente. Desse modo, a pesquisa sociológica pode formular uma autêntica *sociologia da jurisprudência* por meio da observação da contínua reconstrução da atividade de memória do direito. Trata-se, assim, de uma sociologia da memória do direito, ou seja, da observação sociológica da contínua reprodução da memória. Aquilo que observamos como jurisprudência é, na realidade, um condensado de sentido jurídico que, aparentemente, sai do direito para agir sobre ele⁴². É, na verdade, o que Hofstadter chama de *tangled hierarchies*⁴³. Esta orientação da observação abre à pesquisa o caminho para descrever os modos pelos quais o sistema jurídico torna possível sua própria evolução. Os pressupostos da evolução estão na memória do sistema. Nasce do fato de que, em cada atividade, o direito age como memória, mas, ao mesmo tempo, é seu destinatário. Operações e resultados de operações são, na realidade, a mesma coisa. A autorreferência localizada emerge sempre, mas, neste caso, se predispõe à evolução.

A partir dessas primeiras indicações, já é possível notar o quão diverso seria o campo da pesquisa sociológica do direito se ele conseguisse se libertar do vínculo que o obriga a empregar as semânticas utilizadas pelo sistema jurídico para possibilitar seu agir e, ao contrário, adotasse a perspectiva de observação de uma complexa teoria da sociedade. Não apenas o campo de pesquisa seria diferente, mas muito mais amplo a ponto de alcançar o conhecimento necessário para compreender o direito da sociedade moderna.

Tal observação sociológica, que encontra suas raízes em uma teoria da sociedade, possibilita à pesquisa avaliar a capacidade cognitiva de aprendizagem da qual o sistema jurídico dispõe, isto é, avaliar em que medida o direito consegue controlar os conflitos que ele próprio produz. Estes são canalizados pelo sistema na medida em que os procedimentaliza e os transforma em problemas jurídicos. Isto é realizado pelos procedimentos. Uma observação sociológica do procedimento consegue ver que o percurso, por meio do qual o conflito que representa um problema social é transformado em problema jurídico, é possível graças a uma ulterior forma de assimetria da circularidade do direito, qual seja, a distinção entre regra e decisão. A decisão permite a regra que, por sua vez, possibilita a decisão. Apartada do olhar sociológico, a questão da construção da realidade pelo direito transforma-se em uma discussão estritamente jurídica da argumentação, ou seja, em uma pesquisa de motivos. Ainda assim, no entanto, o direito abre-se para a evolução.

Este tipo de conhecimento se ocupa de uma outra questão circular, que se refere à relação entre direito e política. Assim como o sistema jurídico, o político também tem por objeto o conflito. Sua manutenção é, no entanto, totalmente diversa. A política busca reativar o conflito e aprender com esta reativação. O direito, por outro lado, ocupa-se da estabilização de expectativas, as generaliza e tende a resistir à aprendizagem. Em outras palavras, o sistema jurídico preocupa-se em não questionar os pressupostos de sua operação toda vez que opera. A política, ao contrário, pode auto-instabilizar-se e reconstruir, a cada momento, a unidade da distinção entre seus interesses e suas avaliações. A observação sociológica da produção de conflitos, das diferentes funções que o conflito adquire no direito e na política, proporciona esta outra forma de investigação da evolução do direito.

A pesquisa sociológica pode se ocupar, ainda, de uma outra estratégia de deslocalização da autorreferência do direito, qual seja, o uso da ideia de interesse e de avaliação dos interesses. Ao contrário do que acontece no interior do sistema jurídico e da semântica do interesse que se afirmou na teoria do direito, a orientação sociológica dirige-se à descrição da construção de diferenças e de hierarquias que o sistema jurídico utiliza em relação a interesses e valores. O direito recorre à operacionalização da unidade da diferença entre interesses e valores, pois, desse modo, o interesse adquire um valor, porque tem um valor. Na realidade, o valor de um interesse nasce do interesse por um valor. A função dos interesses e dos valores é manter aberta a variação de ambas as partes, da parte do interesse e da parte do valor. A memória do direito reativa-se, referindo-se continuamente ao seletivo recordar e esquecer da unidade da respectiva diferença. Como o direito se reproduz sempre e simultaneamente quanto ao seu ambiente, a permanente auto-aplicação da unidade da distinção entre interesse e valor explicita a capacidade do sistema de se imunizar em relação a um ambiente ameaçador e de mantê-lo sob controle. A pesquisa sociológica a respeito do direito deve poder observar tal estratégia e evitar considerar interesses e valores como objetos, dados, objetividade que o direito recebe do ambiente onde eles existiriam,

supostamente, de maneira livre. Mais uma vez no deparamos com pressupostos da evolução que usam pressupostos da evolução.

Se entendida como indicamos, a observação sociológica do direito pode descrever os complexos caminhos pelos quais, por meio da ativação de sua memória, o direito é capaz de produzir identidade e diferença, isto é, de se reconhecer por suas transformações, de evoluir a partir de si mesmo e de realizar estabilidade a partir da contingência. Nesse sentido, a pesquisa sociológica abre-se para grandes perspectivas: não copia aquilo que o direito usa como realidade, não copia a semântica jurídica e suas distinções, mas observa o que tal semântica não pode descrever, revela aquilo que não pode ser visto e nomeia o que não pode ser nomeado. Pode, em outras palavras, nomear o paradoxo constitutivo do direito e ver a realidade da realidade do direito. Pode descrever, de uma perspectiva externa, o que Schelsky chamou de *die juristische Rationalität*⁴⁴ e identificar como esta racionalidade descreve a dramaturgia do paradoxo, isto é, como ela mesma é a dramaturgia de sua realização.

A pesquisa sociológica tradicional copia o direito para lhe dar um sentido, o critica para indicar um direito melhor. Faz como o Prometeu na Dramaturgia de um Rebelde, de F. Dürrenmatt, que buscou dar sentido à sua existência divina tentando criar deuses racionais. Foi seu grande erro, disse Dürrenmatt. Não considerou o fato de que, racional ou não, um Deus não tem um sentido. A teoria dos sistemas assume como seu ponto de observação o *déficit de racionalidade do direito*. Em sua estrutura, o direito possui tautologia e paradoxo, indecidibilidade e fechamento ao externo. A lógica, uma vez escreveu Luhmann, também precisou aprender a conviver com Gödel, assim como a sociedade aprendeu a viver com o seu direito, um organismo com seu sistema imunitário.

NOTAS

- ¹ Cfr. N.Luhmann, H.R.Maturana et al., *Beobachter. Konvergenz der Erkenntnistheorien? (Materialität der Zeichen)*, Wilhelm Fink, München 2003
- ² H. v. Foerster, *Wissen und Gewissen: Versuch einer Brücke*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1993
- ³ 1960
- ⁴ Monica Böcker, H. v. Foerster, *Teil der Welt. Fraktale einer Ethik. Drama in drei Akten*, Carl Auer Verlag, Heidelberg 2002
- ⁵ P. Watzlawick, *Wie wirklich ist die Wirklichkeit? Wahn, Täuschung, Verstehen*, Piper, München, 1976; id., *Die erfundene Wirklichkeit – Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben?* Piper, München 1981
- ⁶ N.Luhmann, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2004
- ⁷ O. Marquard, *Abschied vom Prinzipiellen*, Reclam, Stuttgart 1981; id., *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1973
- ⁸ Uma questão sobre a qual frequentemente discutimos com Luhmann. Mais que considerá-la uma questão, a considerávamos como uma brincadeira.
- ⁹ Para H. v. Foerster, tratava-se, naturalmente, de uma diferença subjetiva.
- ¹⁰ G.W.F.Hegel, *Grundlinien der Philosophie de Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, in: *Hegel Werke* (hrsg. von E. Moldenhauer, K. M. Michel), Suhrkamp, Frankfurt a.M., Bd.7, p. 24
- ¹¹ Cfr. O. Marquard, *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, cit.
- ¹² *Ökonomisch-philosophischen Manuskripte aus dem Jahre 1844*, in: *Marx-Engels-Gesamtausgabe*, Abteilung 1, Bd. 3, Berlin 1932, pp. 29-172
- ¹³ Luhmann, N. *Kultur als Historischer Begriff*, in: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1997, Bd. 4, pp. 31-54
- ¹⁴ N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, F. Angeli, Milano 2015, cap. 4: *Forme della differenziazione*
- ¹⁵ *die schlechte Unendlichkeit*. Cfr. nota 10
- ¹⁶ I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, in: *Werke in 12 Bänden*, (hrsg. von W. Weischedel), Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1974, Bd. III/IV
- ¹⁷ O episódio me foi contado por Luhmann, mas este também faz alusão a ele na sua conferência em Würzburg: *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Metzner, Frankfurt a. M. 1986
- ¹⁸ R. Koselleck, “Neuzeit”: *Zur Semantik moderner Bewegungsbegriffe*, in: *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1979, pp. 260-277
- ¹⁹ Cfr. R. De Giorgi, *Azione e imputazione. Semantica e critica di un concetto nel diritto penale*, Milella, Lecce 1984, parte I.
- ²⁰ M. Weber, *Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd. 19 (1904), in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Salzwasser Verlag, Paderborn 2013 (Nachdruck des Originals von 1922), pp. 146-214
- ²¹ W. Krawietz (Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Wissenschaftlicher Buchgesellschaft, Darmstadt 1976
- ²² Cfr. R. De Giorgi, *Ciencia del derecho y legitimación*, Universidad Iberoamericana, México DF 1998
- ²³ Cfr. R. De Giorgi, op. ult. cit.; E. Ehrlich, H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992; D. P. Carlotti, *O debate entre Ehrlich e Kelsen: A convergência filosófica entre positivismo jurídico e sociologia do direito no começo do século xx*, in: *Quaestio Juris*, v.8, n.4, Número Especial. Rio de Janeiro 2015, pp. 2287-2303.

- ²⁴ Classico: S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1945
- ²⁵ *Il diritto come profezia. Il realismo americano*. Antologia di scritti a cura di S. Castignone, A. M. Ripoli, C. Faralli, Giappichelli, Torino 2002
- ²⁶ <Il socialismo giuridico>. *Ipotesi e letture*, Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, III/IV (1974/1975)
- ²⁷ K. Olivecrona, *Law as Fact*, H. Milford, Oxford University Press, 1939; ma anche A. Ross, *Toward a Realistic Jurisprudence; a Criticism of the Dualism in Law*, E. Munksgaard, Copenhagen 1946
- ²⁸ *Die Soziologen und das Recht: Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institutionen und Planung*, VS (Verlag für Sozialwissenschaften), Wiesbaden 1980
- ²⁹ N. MacCormick, O. Weinberger, *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus*, Duncker&Humblot, Berlin 1985
- ³⁰ *Interpretação do direito e movimentos sociais*, Elsevier, Rio de Janeiro 2012
- ³¹ A. Podgorecki, *Knowledge and Opinion About Law*, M. Robertson, London 1968
- ³² R. De Giorgi, L. Nuzzo, *Criminology: What is it About?*, in: *What is Criminology About? Philosophical Reflections*, edited by Don Crewe and Ronnie Lippens, Routledge, Abingdon, Oxon-New York 2015, pp. 84-100
- ³³ Cfr. N. Luhmann, op. cit. (nota 17)
- ³⁴ Cfr. M. Rehbinder, *Die Rechtstatsachenforschung im Schnittpunkt von Rechtssoziologie und soziologischer Jurisprudenz*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1(1970), pp. 333-359; id., *Abhandlungen zur Rechtssoziologie*, Duncker & Humblot, Berlin 1995
- ³⁵ Clássicos os trabalhos de Kelsen no início do século passado: H. Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Mohr, Tübingen 1911; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, Mohr, Tübingen 1922
- ³⁶ *Rechtstatsachenforschung*, precisamente, na formulação alemã, a língua na qual já ao início do século passado apareceram os primeiros trabalhos, os quais depois constituíram o ponto de referência para toda a literatura sucessiva.
- ³⁷ In: M. Zeleny (ed.), *Autopoiesis. A Theory of Living Organization*, Elsevier, New York/Oxford 1981, pp. 252-262
- ³⁸ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1993, pp. 98-110, especialmente p.106
- ³⁹ R. De Giorgi, *A memória do direito*, in: *Direito, tempo e memória*, Quartier Latin, São Paulo 2006, pp. 37-61
- ⁴⁰ Cfr. H. v. Foerster, *Was ist Gedächtnis, dass es Rückschau und Vorschau ermöglicht?*, in: S. J. Schmidt (Hrsg.), *Gedächtnis. Probleme und Perspektiven der interdisziplinären Gedächtnisforschung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1996, pp. 56-95
- ⁴¹ *explanatory principle*: G. Bateson, *Metalogue: What is an Instinct?* (1969), in: *Steps to an Ecology of the Mind. Collected Essays in Anthropology, Psychiatry, Evolution, and Epistemology*, Jason Aronson Inc., Northvale, New Jersey, London, Reprint 1987, pp. 48-69, 48
- ⁴² R. De Giorgi, *Giurisprudenza. È una commedia? È una tragedia?*, in: *Temi di filosofia del diritto*, Vol. II, Pensa MultiMedia, Lecce 2015, pp. 33-43
- ⁴³ D. R. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Basic Books, New York 1979
- ⁴⁴ H. Schelsky, *Die Juridische Rationalität*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 247, Westdeutscher Verlag, Opladen 1980

>> REFERÊNCIAS

- Bateson, G.** *Metaphology: What is an Instinct?* (1969), in: *Steps to an Ecology of the Mind. Collected Essays in Anthropology, Psychiatry, Evolution, and Epistemology*, Jason Aronson Inc., Northvale, New Jersey, London, Reprint 1987, pp. 48-69, 48
- Böcker, Monica, H. v. Foerster**, *Teil der Welt. Fraktale einer Ethik. Drama in drei Akten*, Carl Auer Verlag, Heidelberg 2002
- De Giorgi, R.** *Giurisprudenza. È una commedia? È una tragedia?*, in: *Temi di filosofia del diritto*, Vol. II, Pensa MultiMedia, Lecce 2015, pp. 33-43
- _____. **L. Nuzzo**, *Criminology: What is it About?*, in: *What is Criminology About? Philosophical Reflections*, edited by Don Crewe and Ronnie Lippens, Routledge, Abingdon, Oxon-New York 2015
- Foerster, H. v.**, *Wissen und Gewissen: Versuch einer Brücke*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1993
- Hegel, G.W.F.** *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, in: *Hegel Werke* (hrsg. von E. Moldenhauer, K. M. Michel), Suhrkamp, Frankfurt a.M., Bd.7, p. 24
- Hofstadter, D. R.**, *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Basic Books, New York 1979
- Kant, I.** *Kritik der reinen Vernunft*, in: *Werke in 12 Bänden*, (hrsg. von W. Weischedel), Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1974, Bd. III/IV
- Kelsen, H.** *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Mohr, Tübingen 1911
- _____. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, Mohr, Tübingen 1922
- Luhmann, N.** *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1997
- _____. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Lucius & Lucius, Stuttgart, 2000
- _____. **Maturana, H. R. et al.**, *Beobachter. Konvergenz der Erkenntnistheorien? (Materialität der Zeichen)*, Wilhelm Fink, München 2003
- _____. **De Giorgi, R.** *Teoria della società*, F. Angeli, Milano 2015
- Marquard, O.** *Abschied vom Prinzipiellen*, Reclam, Stuttgart 1981; id., *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1973
- Schelsky, H.** *Die Juridische Rationalität*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 247, Westdeutscher Verlag, Opladen 1980
- Watzlawick, P.** *Wie wirklich ist die Wirklichkeit? Wahn, Täuschung, Verstehen*, Piper, München, 1976; id., *Die erfundene Wirklichkeit – Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben?* Piper, München 1981
- Zeleny, M (ed.)**, *Autopoiesis. A Theory of Living Organization*, Elsevier, New York/Oxford 1981