

SCHAUER E LUHMANN: POR UMA SOCIOLOGIA JURÍDICA NO POSITIVISMO PRESUMIDO?

Marco Antonio Leme de Barros*

RECEBIDO EM:	16.4.2018
APROVADO EM:	18.6.2018

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp). Professor titular da Universidade Paulista (Unip). Foi pesquisador visitante da Universidade da Califórnia, em Los Angeles, nos Estados Unidos, e do Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, na Espanha. E-mail:marcoloschiavo@gmail.com

- **RESUMO:** O texto discute o modelo de decisão baseado em regras apresentado pelo teórico estadunidense Frederick Schauer. Ainda que esse teórico apresente descrições convincentes acerca dos modelos de decisão e indique alguns bons motivos para a adoção do modelo de decisão baseado em regras em detrimento dos modelos particularista e sensível às regras, há uma insuficiência explicativa no positivismo presumido acerca dos critérios de correção do modelo de decisão. É nesse sentido que se discute a importância de refletir sobre a relação entre teoria do direito e sociologia jurídica, pois importa observar como o direito opera como subsistema social autorreferencial que descreve a si mesmo e, simultaneamente, é completamente contingente. Nessa leitura, não prevalece nenhum critério de correção fora do sistema do direito. Na parte final, o texto avança sobre as relações entre direito e ciência, no plano reflexivo, com base nas considerações da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.
- **PALAVRAS-CHAVE:** positivismo presumido; sociologia do direito; teoria dos sistemas sociais.
- **ABSTRACT:** The paper discusses the rule-based decision model presented by the American legal theorist Frederick Schauer. Although the theorist presents a convincing description about the legal decision models and indicates some good reasons for the adoption of the rule-based decision model despite the particularist and rule-sensitive models, there is an explanatory deficit in his presumptive positivism about the criteria for legal correction of decisions. It is in this sense the paper highlights the importance of the relationship between legal theory and sociology of law due to the importance to observe law as a self-referential social subsystem that describes itself while it is completely contingent. There are no criteria for legal correction outside the legal system. In the final part, the paper advances on the relation between law and science, in the reflexive level, mainly from the perspective of Niklas Luhmann's theory of social systems.
- **KEYWORDS:** presumptive positivism; sociology of law; social systems theory.

1. Introdução

Frederick Schauer é um dos teóricos contemporâneos que pretendem resgatar e defender um novo tipo formalismo jurídico¹ em relação às investidas metodológicas da teoria

1 Esse propósito é explicitado no artigo “Formalismo”, em que Schauer (2011, p. 66) argumenta que há um conteúdo descritivo comum nas teorias formalistas: “[f]ormalismo é a maneira pela qual regras adquirem sua regridade, e

interpretativista do direito e das objeções céticas, por meio da formulação de um modelo identificado como positivismo presumido (*presumptive positivism*).

O formalismo é compreendido amplamente como uma tradição que descreve o direito como um meio de tomada de decisão de acordo com regras. Tal tradição se aproxima do positivismo jurídico, seja por concordar com a tese da separação entre direito e moral, mesmo que frequentemente isso não ocorra de fato, seja por admitir a indiferença do direito em relação à política, pois recorre a determinadas fontes autorizadas e preestabelecidas para a tomada de decisão². Subjacente à caracterização prevalece a seguinte tese: o direito é historicamente contingente e autônomo, não sendo relevante para a tomada de decisões considerações extrajurídicas, como as morais ou políticas.

É na obra *Playing by the rules*, ao analisar o papel das regras sociais em diferentes modelos de tomada de decisão, que Schauer (1991a) sustenta essa tese a partir do modelo de decisão baseado em regras (*rule-based decision making*). Duas ideias são importantes no seu modelo: o entrincheiramento de regras sociais e a limitação semântica das escolhas do tomador de decisão pelas regras. No caso do direito, sobretudo em razão do isolamento sistêmico, da alocação do poder decisório como competência jurisdicional e da prioridade local das regras, Schauer (1991a) sustenta que o modelo baseado em regras goza de uma força presumida como razões para decisão.

Muito embora o autor apresente descrições convincentes acerca dos modelos de decisão e indique alguns bons motivos para a adoção do modelo de regras em detrimento dos modelos particularista e sensível às regras, há uma insuficiência explicativa no positivo presumido sobre os critérios de correção desse modelo de decisão. A insuficiência explicativa decorre da dissociação que Schauer (1991a) faz entre a identificação da regra como razão para decisão e o dever para seguir o modelo de decisão baseado em regras tradicionalmente vinculado à autoridade do tomador de decisão.

É diante dessa desvinculação que Schauer (1991a) reforça a importância do avanço em pesquisas empíricas e da sociologia jurídica, ainda que no plano teórico não supere

isso se dá precisamente por meio do que se supõe ser a falha do formalismo: remover do alcance de um tomador de decisão fatores que, se não fosse por essa filtragem, um tomador de decisão mais sensível levaria em consideração". Da mesma forma, inexistente uma definição do formalismo na teoria do direito, que muitas vezes é entendido como sinônimo de interpretações literais dos textos legais ou como equivalente de considerações positivistas. Uma mesma dificuldade de definição acontece com o termo positivismo. Tal discussão também é apresentada por Schauer (1991b, p. 840) em outro artigo, "The rules of jurisprudence: a reply": "[w]e can usefully think about positivism in much the same way. As a term abstent from ordinary language and having a variety of different meanings within different technical discourses, perhaps it is best to consider the meaning of positivism in light of the claims it has to challenge".

2 Segundo o positivismo jurídico, o conteúdo legal de uma decisão é estabelecido por referência às fontes autorizadas (por exemplo, lei, contrato, precedente, entre outros textos legais). São essas fontes que restringem o que pode ser considerado por uma decisão jurídica. Dessa forma, os raciocínios jurídicos são estritamente relacionados às operações do sistema jurídico, pois existem meios institucionais e preestabelecidos para tratar dos problemas sociais questionados em juízo. Para um debate nesse sentido, ver Shecaira e Struchiner (2016).

a contento o debate Hart-Dworkin³. Portanto, a partir da originalidade da posição do teórico estadunidense, defende-se uma relação entre a teoria do direito e a sociologia jurídica - o que permite reforçar o seu modelo de positivismo na medida em que o direito deve buscar seus fundamentos nas operações jurídicas, algo determinável empiricamente e não apenas resultante de inferências lógicas.

Por possuir algumas semelhanças com a descrição sociológica sistêmica, sobretudo relacionada à autonomia do sistema jurídico, é possível aproximar a teoria dos sistemas do positivismo jurídico schaueriano. Essa teoria observa o direito como um subsistema social autorreferencial que descreve a si mesmo e, simultaneamente, é completamente contingente. Nessa perspectiva, não prevalece nenhum critério de correção fora do sistema do direito, sendo relevante para a aplicação das regras a constatação sobre como ele se observa.

Alguns cuidados metodológicos devem ser adotados para realizar essa aproximação, pois uma sociologia do direito apresenta-se como uma descrição externa ao direito, uma observação proveniente do campo científico (e não do direito). A mobilização do referencial sociológico se estabelece, aqui, como forma de ampliar os horizontes cognitivos da teoria do direito, conferindo maior plausibilidade à tese de Schauer (1991a) sobre a força presumida das regras. Este texto não defende a substituição e nem a confusão entre perspectivas internas e externas do direito, mas ressalta a importância da articulação entre teoria do direito e sociologia do direito.

Vale destacar que Niklas Luhmann (2016), principal sociólogo sistêmico, no início do livro *O direito da sociedade*, esforça-se para diferenciar e indicar que a teoria do direito foi se desvinculando de uma teoria das observações da prática e das decisões dos sistemas para se tornar ela mesma uma teoria de observações de segunda ordem. Vale dizer, uma teoria que observa o modo como o direito se vê, inclusive com maior abertura cognitiva⁴.

O tema e a metodologia deste texto se encontram, em verdade, alinhados às ideias defendidas por Richard Nobles e David Schiff (2006) quando sustentam a importância

3 O debate Hart-Dworkin marcou a história da teoria do direito no final do século XX, em especial com a discussão sobre a possível relação entre moralidade e legalidade. A crítica dworkiniana foi estabelecida no artigo "O modelo de regras I" - publicado no livro *Levando os direitos a sério* (DWORKIN, 2010) -, que recebeu resposta de Hart (1998) no pós-escrito ao livro *O conceito de direito*, na ocasião da publicação da segunda edição - posteriormente Dworkin (2007) avançou na tréplica com a publicação do livro *O império do direito*. A discussão pode ser resumida pelo desafio lançado em saber se, em última análise, o conteúdo do direito positivo é determinado pelo conteúdo da lei moral - enfraquecendo a tese positivista de que a legalidade nunca é determinada pela moralidade, mas pela prática social.

4 Nesse sentido, a própria teoria do direito também filtra e traduz considerações científicas ao considerar os limites da auto-observação da teoria, sendo indispensável em alguma medida pressupor uma iritação recíproca entre direito e sociologia do direito.

de localizar e estudar sociologicamente as teorias do direito como correntes autônomas e produzidas por meio da reflexão acerca da prática jurídica – consolidando certas operações e justificativas em detrimento de outras. O texto também segue as ideias de De Giorgi (2017, p. 271), quando afirma a necessidade da redescrição sistêmica das teorias do direito:

Independente das preferências de natureza epistemológica, pode-se produzir uma pluralidade de teorias que permanecem incomunicáveis entre si, mesmo que uma se organize com base na crítica da outra, ou seja, mesmo que a história da teoria seja constituída por um acúmulo de fragmentos. A teoria dos sistemas pode absorver essa tarefa de redescrição.

O estudo sociológico da teoria do direito se preocupa, então, em saber como teorias do direito se constituem como objeto do direito e, ao mesmo tempo, como se distinguem de outras ao sustentar especificidades da unidade/identidade e da operação do sistema⁵. Trata-se de uma observação sobre distinções, que são feitas por um outro observador.

A teoria dos sistemas desperta como relevante complemento de fundo para a teoria schaueriana, permitindo refletir sobre as relações de acoplamento das instâncias reflexivas do direito e da ciência. Tal complemento não deve ser reputado como uma continuidade teórica, visto que ambas as teorias possuem pretensões bem distintas. Trata-se apenas de uma articulação, permitindo outra observação sobre a teoria do direito. Vale esclarecer que não se está defendendo uma nova forma de positivismo jurídico via teoria dos sistemas, ainda que a leitura sociológica de uma corrente teórica do direito seja capaz de apontar limites e tensões⁶.

Pelo exposto, o texto explica primeiro o positivismo presumido de Schauer para, então, indicar os limites explicativos do modelo baseado em regras. Tal situação permite especular como uma visão sistêmica pode aprofundar e irritar a teoria schaueriana

5 Nobles e Schiff (2006) indicam que a abordagem sociológica das teorias do direito não é útil para a solução dos casos jurídicos, por justamente se tratar de uma observação científica do direito, mas se preocupa com a produção de explicações sobre o desenvolvimento das teorias pelo direito. Sustentam os autores: “A sociologia da teoria do direito, possivelmente ao contrário de algumas outras abordagens, não é voltada para ser útil para ou no sistema legal. Ela é voltada para referências empíricas, em vez de referências baseadas em valor ou propósito. Uma determinada teoria – uma corrente particular dentro da teoria – constitui seu objeto – direito – a partir de seus próprios elementos? Captura as operações do direito por meio da auto-observação e autodescrição? Captura o sistema de informação do direito, seu sistema de comunicação, sua complexidade e sua evolução? Como isso explica a unidade do direito e sua diferença? Essas questões precisam ser respondidas em relação às diferentes teorias do direito por meio de referências empíricas, elucidando fatos e formação de conceitos” (NOBLES; SCHIFF, 2006, p. 13, tradução nossa).

6 As pretensões sociológicas são exclusivamente científicas, o que nos remete a compreensão da obra *A ciência da sociedade* (LUHMANN, 1996).

ao oferecer observações que indicam ajustes de rota nesse modelo - o principal é compreender que o critério de correção é a observação e o respeito ao código e à função do direito. Finalmente, este texto sugere a importância do estudo da irritação recíproca entre teoria do direito e sociologia do direito, que é desdobrado de forma exploratória.

2. Entrincheiramento, modelo de decisão baseado em regras e positivismo presumido

No prefácio do livro *Playing by the rules*, Frederick Schauer (1991a) antecipa que sua investigação é um exercício filosófico-analítico que isola o fenômeno da regra e, explicitamente, afirma que outras perspectivas sobre as regras sociais não são consideradas no exame.

É inegável reconhecer os pontos de partida do autor, que segue a tradição da teoria analítica do direito e pressupõe a “virada hermenêutica” hartiana⁷. Schauer (1991a) se compromete a analisar o papel desempenhado por certas regras na tomada de decisão em geral e não exclusivamente no direito.

No início da obra, Schauer (1991a) faz um importante recorte: concentra-se nas regras prescritivas, aquele conjunto de regras sociais que exercem algum tipo de pressão normativa por meio de generalizações, notadamente regras como razões para decisão. Em que pese o fato de o autor não se posicionar acerca do domínio dessas regras em relação às demais razões práticas, há uma dupla distinção operada.

A primeira se dá em relação à distinção entre regra e comando. Schauer (1991a) em tese segue as críticas já estabelecidas por H. L. A. Hart ao modelo de John Austin ao diferenciar as situações em que foi obrigado a fazer algo daquelas em que tem a obrigação de fazê-lo. Vale dizer, regras não são compreendidas como comandos particulares emitidos por superiores aos subalternos que habitualmente obedecem em razão da ameaça de uma sanção. Ao contrário, regras são para Schauer (1991a) generalizações probabilísticas que se reportam indistintamente aos particulares como razões para determinadas ações e são dependentes extensionalmente dos seus conteúdos semânticos.

Considerando que regras são estruturalmente divididas em predicado factual e consequente, Schauer (1991a) sustenta que o suporte fático de qualquer regra é uma

7 Sobre essa compreensão da virada hermenêutica por Hart, Macedo Junior (2014, p. 127) esclarece: “A abordagem hartiana do direito pode ser caracterizada como hermenêutica porque descreve a prática jurídica levando em consideração a forma como esta é percebida e intencionalmente guiada pelos agentes. A intencionalidade, diferentemente de uma causalidade mecânica verificável no mundo físico, envolve pensamento e deliberação e, portanto, propósito”.

generalização – trata-se daqueles conjuntos de fatos selecionados (e também daqueles suprimidos) probabilisticamente, que permitem a inclusão de elementos relevantes e independentes das possíveis justificativas subjacentes à regra. É nesse sentido que regras são potencialmente sobreinclusivas (*over-inclusiveness*) ou subinclusivas (*under-inclusiveness*), pois sempre haverá casos particulares que podem escapar da generalização instanciada – as chamadas situações de recalitrância⁸.

A segunda distinção se dá entre regras descritivas e prescritivas. Schauer (1991a) não se preocupa com regras que descrevem regularidades, mas apenas com o conjunto de regras que, em alguma medida, exercem pressão normativa. Diz o autor que existem dois tipos de regra prescritiva: regras da experiência⁹ (*rules of thumb*), que orientam as situações do dia a dia, mas não exercem pressão normativa plena, e as regras mandatórias (*mandatory rules*), que *de fato* exercem essa pressão, já que são obrigatórias de maneira contrafática (não há um caráter opcional). Essa distinção aparece no exemplo das placas na rodovia: “Limite de velocidade 55 milhas por hora” e “É inseguro dirigir acima de 55 milhas por hora”. Ambas prescrevem, mas somente no primeiro caso é proibido dirigir acima de 55 milhas por hora, inclusive quando é seguro dirigir acima de tal limite de velocidade. É este último subconjunto de regras prescritivas que Schauer (1991a) vai se preocupar em analisar.

Com base nessa dupla distinção em relação ao conceito de regra, Schauer (1991a) constrói uma gramática para analisar diferentes modelos de decisão, considerando os diferentes papéis desempenhados pelas regras. Um dos principais pontos é saber *como* e *por que* o modelo de decisão baseado em regras (*rule-based decision making*) deve prevalecer, mesmo diante de situações de recalitrância, quando as regras apontam para um resultado diferente daquele indicado pelas justificativas subjacentes a elas.

A primeira pergunta sobre *como* se refere à possibilidade conceitual de Schauer (1991a) sustentar o modelo de decisão baseado em regras, que pressupõe a ideia de entrincheiramento. Por sua vez, a segunda pergunta sobre *por que* implica a discussão dos

8 As experiências de recalitrância são apresentadas como casos particulares que escapam da generalização da regra. Como nas situações de sobreinclusividade da regra, quando determinados elementos incluídos na regra podem não provocar a consequência que corresponde à justificativa de fundo, ou de subinclusividade, quando não abrange determinados elementos que poderiam corresponder à justificativa e às situações de textura aberta em razão de uma potencialidade de imprecisão da regra pela imperfeição do conhecimento e das mudanças que ocorrerão no futuro – o que inviabiliza identificar toda e qualquer generalização como universal.

9 As regras da experiência são como situações condicionais (*if clauses*), possuem um caráter opcional em que os resultados estão de acordo com suas justificativas e dependem de uma avaliação do agente para serem observadas ou não. Schauer (1991a, p. 109) também retoma a discussão afirmando que essas regras possuem algum grau de força normativa: “most rules of thumb are not devoid of normative force. They exert, as generalizations, normative force qua generalization by elevating the level of confidence necessary for taking action inconsistent with them, even when there is reason to believe, short of the elevated level of confidence, that the generalization is inapplicable on this occasion”.

motivos de restrição do tomador de decisão no modelo de regras e importa no caso de o direito esclarecer a ideia de força presumida das regras.

Um dos principais conceitos da gramática schaueriana é a ideia de entrincheiramento. Diz o autor que a regra tratada como entrincheirada é uma razão necessária e suficiente para a decisão (ou razão para agir), que independe da justificativa de fundo. No exemplo de uma placa no restaurante que diz “Não são permitidos cães”, há uma razão suficiente e necessária para não permitir a entrada de qualquer animal que se enquadre na categoria de “cão” – tanto o inofensivo Angus como os cães-guias estão proibidos, mesmo considerando que eles não provoquem nenhum problema aos clientes.

Embora Schauer (1991a) não esclareça o que é o fenômeno entrincheiramento, este permite que a regra resista ao ímpeto de modificá-la diante de uma experiência recalitrante. O autor apenas afirma ser o entrincheiramento um fenômeno psicológico que se relaciona sobremaneira com a formulação verbal da regra, pois para entendê-lo é preciso saber se o significado da formulação de uma regra é tratado como entrincheirado.

Em *Playing by the rules* (SCHAUER, 1991a), é sustentado que a identificação de significados depende previamente de certos entendimentos compartilhados pela comunidade – e isso não depende do contexto discursivo. O autor parte da distinção entre o significado literal das expressões (*utterance meaning*) e o significado do falante (*speakers meaning*) para afirmar que, quando uma regra é tratada como entrincheirada, o seu significado apreendido literalmente é compartilhado por todos.

No caso da regra “Não são permitidos cães”, há um significado literal¹⁰ como núcleo que é compartilhado pela comunidade de falantes e que determina a limitação semântica das escolhas pelo tomador de decisão com todos os demais – não haveria dúvidas de que Angus ou cães-guias também incidem na categoria prevista. Em outras palavras, o significado literal de uma regra possibilita uma aplicação imediata, que independe de qualquer compreensão particular ou das justificativas subjacentes às regras.

Regras, portanto, podem fornecer razões para decisão e independem de qualquer justificativa, até mesmo diante das situações de penumbra.

Deve-se destacar que, no modelo baseado em regras entrincheiradas, estas são apresentadas como soluções subótimas (*suboptimal*), já que logicamente nenhuma das suas soluções é superior a uma em que a justificativa aplicada diretamente acarretaria

10 Schauer (1991a, p. 55) não desconsidera que o significado literal pode variar conforme as conjunturas, embora a possibilidade de um falante se comunicar com alguém desconhecido da mesma comunidade evidencie que algum significado mínimo sempre existe. O autor atribui a essa situação um significado *acontextual*.

no caso particular, ao considerar todos os fatores (*all things considered*) – como no modelo de decisão particularista. Como já visto, generalizações inevitavelmente acabam suprimindo possíveis elementos relevantes, e é por isso que, em alguns casos, a aplicação da regra pode não produzir necessariamente a melhor solução lógica, mas se produz uma desejável segunda melhor solução (*second best solution*). É nesse sentido que Schauer (1991a) afirma existir um inevitável conservadorismo na tomada de decisão com base em regras, pois pressupõe uma tolerância em aceitar soluções limitadas semanticamente.

Diante dessas circunstâncias, *por que* o modelo de decisão baseado em regras deve prevalecer? Após indicar possíveis motivos para seguir o modelo de regras – argumentos sobre equidade, confiança, eficiência e estabilidade –, o autor apresenta sua compreensão de regras como forma para alocação de poder, alegando que, em algumas circunstâncias, é desejável restringir o tomador de decisão a considerar certas razões para decidir. De acordo com Schauer (1991a), a alocação de poder é uma maneira de suprimir as diferenças entre os indivíduos e fortalecer as semelhanças como membros de uma dada comunidade¹¹. É por isso que o autor poderá argumentar que regras contribuem para auxiliar problemas de ação coletiva (questões de coordenação e cooperação) e também como uma maneira de simplificar e facilitar as decisões (*agenda-simplifying*).

No caso do direito, as regras são compreendidas por Schauer (1991a) como restrições (*constraints*) que devem ser enfrentadas na tomada de decisão e são extremamente exigentes para serem afastadas (*overriden*), pois gozam de uma força presumida – é o que fundamenta o seu positivismo presumido. Segundo a definição de Schauer (1991a, p. 203, tradução nossa):

[...] o positivismo presumido é uma afirmação descritiva [*descriptive claim*] sobre o *status* de um conjunto de normas de *pedigree* dentro do universo de razões para decisão empregado pelos tomadores de decisão dentro de algum sistema legal.

Tal visão sustenta ser o direito um sistema isolado de um conjunto de regras jurídicas (segue o modelo de *pedigree*) que possui uma força presumida (e não absoluta) que se refere à aplicação da regra jurídica para decisão, desde que prevaleça uma razão particularista muito forte para a sua não aplicação. O que prevalece no modelo de decisão em regras é uma discussão em relação ao grau de restrição operado pela regra.

11 Isso acontece de duas maneiras: entrincheirando temporalmente categorias e determinando quais agentes são os responsáveis pela tomada de decisão. Assim, por exemplo, em uma dada família, determina-se quem é o responsável por decidir o horário de dormir e quem é responsável por decidir o que cozinhar para o jantar.

O autor esclarece que o termo presumido não é uma posição epistêmica, mas se refere à relação de força estabelecida entre regras ao diferenciar o conjunto de regras com *pedigree* daquelas sem *pedigree*. Desse modo, o autor admite que sua posição consegue descrever sistemas modernos com precisão (*the most accurate picture*) – como o caso da experiência jurídica dos Estados Unidos –, já que permite ao mesmo tempo descrever situações em que juízes aplicam prioritariamente as regras locais e também afastá-las para decidir com base em outras razões.

Schauer (1991a), inclusive, defende um modelo prático cujo objetivo central é explicar como as autoridades do direito tipicamente tomam decisões – o que reforça a aproximação de seu modelo com uma perspectiva sociológica. As regras e as operações do direito são apresentadas tal como elas são.

Mesmo admitindo que o significado literal serve como uma limitação semântica da escolha, o positivismo presumido admite que o tomador de decisão possa decidir com base no modelo particularista. Assim persiste a questão: “Que razão permite ao tomador de decisão superar a força presumida das regras?”. Em outras palavras: “Como a gramática em tela permite excepcionar o modelo de decisão baseado em regras?”.

3. Comprometimentos teóricos e limites explicativos do modelo baseado em regras

Uma das principais críticas em relação ao modelo de Schauer é que não apresenta uma explicação acerca da obrigação da tomada de decisão com base em regras, sobretudo quando o direito se mostra indeterminado. As regras podem não exercer uma restrição no processo decisório – sendo preferível adotar em determinados casos um modelo de decisão sensível às regras ou particularista, que recorrem às justificativas em geral (substantivas ou geradoras de regras).

Em várias passagens de *Playing by the rules*, Schauer (1991a) apresenta essa situação como um “desafio psicológico” (cf. SCHAUER, 2011), já que o processo de descoberta que leva a autoridade a decidir não corresponde necessariamente ao processo de justificação sobre a decisão¹².

Uma situação é discutir o processo mental que revela o comportamento decisório de determinada autoridade a partir de intuições e emoções. Outro caso é discutir as

12 Afirma Schauer (1991a, p. 196) sobre esse ponto: “the status of a rule in the decisional process of any decision-maker, or a population of decision-makers, is not something that can be determined solely by analysing the concept of a rule. That analysis can explain what happens when decision-makers take rules, seriously. It cannot explain if and when they do so”.

razões que justificam *a posteriori* tal decisão; trata-se aqui da objeção realista: materiais jurídicos não influenciam a tomada de decisão jurídica (cf. SHECAIRA; STRUCHINER, 2016).

Será que esse “desafio psicológico” não oculta inconsistências no modelo teórico de Schauer? O que é relevado é uma cisão no modelo de regras, já que não estabelece uma relação entre a identificação da regra como razão para decisão e o dever de segui-la para a decisão. Diz o autor que se trata de uma questão empírica, não articulada por sua gramática, e, nesse sentido, Schauer (1991a) aponta para uma posição pré-hartiana, já que desconsidera o ponto de vista interno na sua teoria do direito.

Segundo Hart (1998) em *O conceito de direito*, para entender a normatividade das regras sociais – incluídas regras jurídicas –, é indispensável a reflexão sobre as atitudes humanas¹³. O ponto de vista interno consiste na atitude de aceitação das regras como razões suficientes para agir; no caso, a internalização é essa atitude crítica e reflexiva do tomador de decisão que possui uma razão para obedecer. Aliás, o clássico debate Hart-Dworkin já abordava a questão não como um “desafio psicológico”, mas em relação à aceitação e à obrigação jurídica constituída com a regra jurídica. Eis um dos principais pontos: “A regra de reconhecimento de Hart era apenas aceita ou também válida?”. Nessa pergunta já se pressupõe que a regra de reconhecimento institui um dever de observar a regra; na verdade, o que se discute é saber como a tese da convencionalidade¹⁴ servia de base para fundamentá-la.

A conhecida resposta de Dworkin (2007) em *O império do direito* contra a tese da convencionalidade enfatiza a natureza das controvérsias teóricas sobre o que é direito – ignorada pela teoria positivista em razão do agulhão semântico (*semantic sting*). Um tipo de resposta formulada por Hart (1998) e outros positivistas seria distinguir os desacordos entre o que é direito em relação às divergências práticas sobre como aplicar o direito¹⁵. Essa distinção também não é tematizada por Schauer (1991a), uma vez que não esclarece se o direito é o que se encontra (isto é, como uma convenção social,

13 A visão hartiana defende que a definição do que é o direito depende da incorporação dos distintos entendimentos sobre as regras tanto dos destinatários como dos tomadores de decisão. Portanto, é inegável reconhecer a importância da análise sociológica para a teoria do direito. Como investigação empírica do sistema jurídico, essa análise oferece uma descrição científica acerca de entendimentos individuais ou de grupos (isto é, circulação da comunicação jurídica) que são fundamentais para as operações jurídicas. Sobre isso, ver Nobles e Schiff (2006).

14 Sobre a tese da convencionalidade, afirma Macedo Junior (2014, p. 160): “o critério de validade das normas jurídicas repousa, em última análise, numa regra de reconhecimento que é aceita convencionalmente”.

15 Tal resposta revela o papel da teoria do direito de desvelar os desacordos e não apontar uma solução, matéria contingente e reservada para o nível da programação. Admitir que existe uma resposta correta no direito para um caso concreto, pelo simples fato de acreditar que existe uma, não deveria justificar a pretensão de generalizar para todo e qualquer caso. Para uma defesa nesse sentido, ver Schapiro (2007).

seguindo ideias relativas ao reconhecimento) ou como se relaciona no domínio das razões práticas, apesar de admitir, em algumas passagens, como um sistema derivado de uma fonte social.

Gerald Postema (1991) também destaca a insuficiência explicativa do modelo schaueriano alegando que não existe nenhuma diferença extensional entre o modelo de decisão baseado em regras e o modelo sensível às regras, já que não há nenhuma diferença lógica e psicológica entre ambos. É possível, aqui, lembrar a caracterização do positivismo inclusivo ou moderado (*soft positivism*): se não existem critérios de correção que são internos ao direito, tribunais podem decidir com base em valores morais ou políticos diante de certos méritos substanciais. Postema (1991) argumenta, inclusive, que o modelo baseado em regras se dissolve num modelo particularista sensível às regras, pois se trata de uma mesma questão em relação ao grau de restrição operado pelas regras. Assim sendo, é a mesma avaliação em relação ao tratamento opaco de outras razões subjacentes à regra.

Uma tentativa de salvaguardar o positivismo presumido, fazendo uma leitura mais benevolente, é seguir os apontamentos de Noel Struchiner (2011) quando indica que Schauer pretende apenas sustentar uma forma de tomada de decisão. O modelo de regras auxilia a decisão quando o direito é determinado, portanto a regra deve ter um suposto peso considerável na tomada de decisão nestes casos – as demais situações de indeterminação não estariam no horizonte teórico do autor¹⁶.

Seguindo o modelo hartiano, a indeterminação do direito acontece nos casos de penumbra da regra, e, por isso, como diz autor, o que é central para Dworkin é periférico para ele. Schauer (1991a, p. 211, tradução nossa) se dirige criticamente ao projeto dworkiniano alegando:

Se definirmos como casos difíceis mesmo aqueles em que uma regra clara produz um resultado desconfortável, então os casos fáceis são apenas aqueles em que o resultado indicado pela regra é melhor em todas as circunstâncias consideradas [*all things considered*].

Embora Schauer (1991a) não negue que o direito – em alguns casos – nem sempre é determinado, admitir que seja apenas um conjunto de casos difíceis é um equívoco.

16 Trata-se aqui de admitir uma perspectiva institucionalista em face de uma substantiva. A primeira seria aquela que no processo tomada de decisão se baseia em regras previamente estabelecidas. A segunda apela livremente às considerações extrajurídicas. Shecaira e Struchiner (2016, p. 177) defendem a perspectiva institucionalista: “É verdade que o emprego da argumentação institucional leva a resultados substantivamente ruins em muitos casos. Mas há razões para crer que o emprego sistemático da argumentação institucional gera, no cômputo global e a longo prazo, menor número de erros do que seria gerado pela alternativa de permitir que as autoridades jurídicas apelem mais livremente a considerações substantivas”.

A leitura schaueriana sobre Dworkin de que o direito se explica apenas por casos difíceis é também distorcida, já que, para os interpretativistas, em todo o caso jurídico há uma questão relevante de fundo moral. Tanto que *Riggs v. Palmer*, *Henningsen v. Bloomfield Motors* e *Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hills* são casos focais (*pivotal cases*) dos desacordos empíricos nos dois primeiros e teórico no último – e não propriamente casos difíceis¹⁷.

Schauer (1991a) também não consegue resolver o problema apontado por Postema (1991). O positivismo presumido é incompleto, pois falta um esclarecimento acerca do relacionamento entre o domínio das regras – tese do domínio limitado – e o restante do domínio das razões práticas, de tal forma que compromete o seu próprio conceito de regra, já que não permite diferenciar os modelos de decisão. Em outras palavras, Schauer (1991a) não esclarece quais são os critérios de correção do direito, além é claro de elucidar se tais critérios são apenas jurídicos.

A leitura benevolente de Schauer (1991a) não resolve o “desafio psicológico”. A gramática schaueriana se compromete com a defesa de um modelo de regras, sem admitir qualquer critério de correção para aplicação desse modelo. O positivismo presumido acaba retomando problemas do positivismo metodológico¹⁸, pois só apresenta uma descrição do fato que os tomadores de decisão devem necessariamente decidir de acordo com regras e não contribui para o caráter normativo da teoria.

Novamente, no debate Hart-Dworkin já havia um consenso em relação às regras como razões substantivas que impõem ao tomador de decisão a obrigação de decidir. Nesse sentido, é possível concordar com Marianne Constable (2008) ao afirmar que a perspectiva psicológica do tomador de decisão em Schauer é mais frágil e limitada do que em relação à ideia de aceitação presente nas regras secundárias em Hart¹⁹.

Mesmo que Schauer (1991a, p. 12, tradução nossa) faça a concessão no começo do livro afirmando que “direito é mais do que regras, e porque muito sobre regras não é sobre direito”, fato é que o modelo de decisão baseada em regras é extremamente limitado, inclusive em termos descritivos, afinal o autor apenas descreve regularidades sem

17 Não é surpreendente que a distinção em relação aos desacordos e sequer o caso *TVA* sejam abordados em *Playing by the rules* (SCHAUER, 1991a).

18 Diz Dimoulis (2006, p. 102) sobre o ponto: “a tese metodológica responde à pergunta: Como deve ser estudado o direito? A esse respeito, o positivismo jurídico *stricto sensu* afirma que o estudioso deve descrever o direito sem envolvimento e posicionamento pessoal, isto é, sem justificá-lo ou corrigi-lo de acordo com suas preferências”.

19 Diz Constable (2008, p. 127): “the psychological internalization, prudential reasoning, and socialization that Schauer describes as ‘the roots of normative force’ constitute a way of ‘being obliged’ rather than ‘having an obligation’. In Hart’s terminology then (and to a degree that surpasses Hart), Schauer’s account of a system of rules in effect turns obligation into being obliged. For Schauer, rules have no force independent of social pressures. Thus rules provide no more than in Schauer’s word ‘reasons for action’ (or reasons to believe that something is to be decided), and provide no reason to act (except through psychological internalization, rationalization or socialization). Like social science, Schauer takes an external standpoint towards rules”.

se preocupar com a atitude prática de sua aceitação. No final, o modelo baseado em regras se torna trivial e não supera o debate Hart-Dworkin, possibilitando até uma leitura pré-hartiana do direito ao confundir regularidades e regras.

4. Teoria do direito e sociologia jurídica: uma aproximação possível?

Não é o caso de fazer terra arrasada em relação ao modelo schaueriano de regras. Uma importante contribuição do teórico estadunidense é apontar para a importância da articulação entre teoria do direito e sociologia jurídica, ainda que não enverede por tal caminho. Diante do “desafio psicológico”, Schauer (1991a) reforça a importância de avançar em pesquisas empíricas e estudos sobre ambientes decisórios.

Afinal, existe uma defesa da sociologia jurídica em Schauer? A princípio, não. Seria um grande equívoco reputar *Playing by the rules* como um trabalho sociológico, já que o autor afirma no início da obra que não trabalha com perspectivas sociológicas no seu modelo. Contudo, o autor faz diversas concessões à pesquisa empírica como um campo complementar em relação à sua teoria. No texto “Formalismo”, Schauer (2011, p. 93) já destacava a necessidade de uma complementação:

[...] é óbvio que a questão psicológica é uma questão empírica. Sendo assim, não pode ser respondida por meio de um simples argumento. No entanto, apesar do triste fracasso do meio acadêmico em levar a sério o desafio psicológico, a possibilidade de que os juízes geralmente obedecem a seus próprios juízos independentes do disposto pela regra é, de cara, bastante plausível.

A proposta de articular e complementar a teoria por meio da sociologia jurídica historicamente se apresentou de diferentes maneiras. Primeiro, desde Eugen Ehrlich até Niklas Luhmann, verificou-se o desenvolvimento de diferentes tipos de descrição e avaliação. Dependendo da visão sociológica adotada, as descrições da tomada de decisão e do ambiente decisório são variáveis.

Basta retomar e comparar com os escritos de Ehrlich (2009) - considerado o precursor da sociologia jurídica, no início do século XX, como Roscoe Pound afirma na introdução de *Fundamentos da sociologia do direito*. Ehrlich (2009) apresenta uma descrição empírico-antropocêntrica²⁰ do direito que dificilmente seria aceita pelo positi-

20 A visão sociológica empírico-antropocêntrica pode ser apresentada esquematicamente como uma descrição sobre os fatos sociais a partir de uma concepção ontológica e gnosiológica da ciência. O conhecimento científico é estabelecido a partir de uma relação entre sujeito e objeto, e a construção deste pressupõe uma necessária seleção pelo

vismo jurídico, pois o direito na visão ehrlichiana é uma norma social de conduta - não restrita às prescrições legais²¹ - diferenciada das demais normas sociais por derivarem dos fatos de direito²².

No debate Kelsen-Ehrlich, por exemplo, revelou-se uma fraqueza metodológica nos escritos do sociólogo, pois sua visão “incremental” significava uma confusão entre normas jurídicas e fatos de tal maneira que comprometia sua própria visão sociológica (cf. FEBBRAJO, 2010). Kelsen afirmou que prevalecia em Ehrlich uma confusão entre validade e eficácia das normas²³. O resultado foi uma “psicologização” da sociologia jurídica, afinal, para o jurista da Escola de Viena, o motivo pelo qual indivíduos seguem normas jurídicas não é objeto da teoria do direito e sequer decorre de fatos sociais, pois toda e qualquer norma jurídica é válida se imposta e aplicada pela autoridade estatal competente. O direito não é fato, mas um conjunto de proposições jurídicas válidas e possui um caráter *exclusivamente* normativo-lógico²⁴.

Segundo, importa aproximar teorias que possuam pontos de contato. Diferentes autores (DE GIORGI, 2017; NOBLES; SCHIFF, 2006; EWALD, 1988) já defenderam a aproximação entre a visão de Luhmann e o positivismo jurídico. Inclusive, alguns

sujeito, e, por assim dizer, sempre haverá a produção de um conhecimento aproximado - como uma deformação da realidade -, o que não significa uma deformação da verdade. Isso repercutiu, grosso modo, em duas posições na sociologia. Primeira, uma sociologia como tábula rasa dos fatos observados - mesmo que parcial - à luz das ciências da natureza (posição valorizada por Comte e Durkheim). A segunda - em contraposição à primeira - sustenta que o sujeito seleciona fatos que são pertinentes ao propósito de sua pesquisa, e, por assim dizer, há uma questão de interesses e comprometimentos que se confunde com a pesquisa *per se* (posição atribuída aos trabalhos de Marx e Weber).

- 21 Ponto importante na compreensão sociológica de Ehrlich (2009, p. 38, tradução nossa) sobre o direito é a diferenciação que faz entre norma jurídica e prescrição legal: “[a] prescrição legal é a formulação precisa, universalmente vinculada ao preceito legal expresso em lei. A norma jurídica é um comando legal, reduzido pela prática, obtido de uma associação ao caso concreto, talvez de tamanho muito pequeno, inclusive podendo ser sem qualquer formulação em palavras. Prescrições legais aplicadas aos casos concretos dão origem a normas legais. Mas é conhecido que em todas as sociedades há um número muito maior de normas jurídicas do que de prescrições legais; sempre há muito mais direito que é aplicável a casos individuais que é aplicável a todas as relações de tipo semelhante [...]”.
- 22 O conceito de direito é compreendido aqui como um fenômeno social não autônomo (relaciona-se diretamente aos fatos sociais) e, nessa visão, se interessa sobremaneira em descrever as causas que determinam de que forma a sociedade e os seus comportamentos em geral são disciplinados pelas normas sociais. Uma descrição nesses moldes passa pelas diferentes relações sociais que são estabelecidas nas associações.
- 23 Lição recorrente na teoria geral do direito é a distinção entre validade e eficácia. Na abordagem do positivismo jurídico, uma norma é válida em relação a outra norma, que a antecede e é superior. Trata-se, portanto, de um conceito relacional e normativo. A eficácia é uma qualidade da norma que se refere à produção de efeitos, dependente da observância de condições fáticas e técnicas para sua aplicação. Sobre o ponto, ver Ferraz Jr. (2001).
- 24 Essa posição kelseniana é modificada na obra *Teoria geral das normas*. Diferentemente de outros trabalhos, nessa obra Kelsen (1991) abandona a descrição normativo-lógica para discutir a validade a partir do ato de vontade concreto e individual subjacente à aplicação da norma. Diz o filósofo: “uma norma hipotética geral só pode valer imediatamente por intermédio da validade da norma categórica individual correspondente, na qual o comportamento abstratamente decretado como obrigatório na norma hipotética geral é concretamente decretado como obrigatório” (KELSEN, 1991, p. 50, tradução nossa). Portanto, as operações jurídicas ocorrem por meio da autorização de sanções por órgãos jurídicos ao aplicarem uma norma categórica individual. No lugar da descrição normativo-lógica, baseada em normas gerais preexistentes, a validade se relaciona às normas que são reconhecidas por órgãos jurídicos autorizados a aplicar sanções específicas.

sustentaram que a teoria dos sistemas supera o projeto positivista, já que enfatiza – de forma científica – o papel da teoria em controlar a complexidade produzida pelo sistema e também planejar as operações jurídicas. Trata-se de uma descrição contingente sobre as transformações da teoria do direito *pari passu* as mudanças do sistema.

De Giorgi (2017, p. 256), nesse sentido, já afirmava que “a racionalidade da teoria é sua capacidade de estabilizar o sistema pela regulação da contingência e da redução da complexidade”. Tal como uma torre de controle, a teoria do direito deve planejar e controlar os problemas produzidos pelo direito. Para tanto, a teoria precisa ser atualizada e atentar aos limites e às operações jurídicas.

Uma perspectiva próxima é a de Nobles e Schiff (2006) que discute como o positivismo jurídico é uma teoria autológica. Tal teoria é o resultado de uma autodescrição gerada pelas operações do direito, que, por sua vez, estabiliza essas operações. É possível perceber, então, que as operações produtoras da teoria também são orientadas pelo sistema jurídico.

A teoria não apenas observa as operações autológicas do direito, mas, na verdade, é ela mesma um produto autológico: uma série de comunicações geradas dentro de um sistema que opera dentro desse sistema, em um nível reflexivo. Nesse sentido, a perspectiva sociológica possibilita a redescricao do texto autológico, indicando limites e tensões que podem irritar e ser observados como nova informação teórica.

A aproximação entre teoria do sistema e positivismo jurídico é, portanto, uma interessante e possível empreitada. Nessa aproximação, há uma superação do debate Kelsen-Ehrlich, já que não se admite o direito como uma construção ontológica e gnosiológica, advinda da postura do sujeito em relação ao objeto, ao mesmo tempo há uma nítida distinção entre direito e os demais sistemas sociais. Ainda, em alguma medida, positivistas e sistêmicos compartilham a ideia de autonomia do sistema jurídico e de contingência, o que permite especular sobre as relações entre fechamento operativo e sociedade²⁵ – ainda que as respostas de cada enfoque sejam diferentes.

Tanto Luhmann quanto Schauer não teriam problemas em admitir a ideia do fechamento operativo do direito. Não à toa, para ambos, o direito autodetermina recursivamente suas operações. Mesmo levando a sério a objeção realista de que materiais jurídicos podem não influenciar a tomada de decisão, isso não invalidaria a descrição schaueriana. Luhmann é uma base teórica útil para Schauer, pois, compreendendo o

25 É possível indicar outros pontos de contato. Em alguma medida, Luhmann e Schauer aceitam as teses da separação do direito e da moral, e há um interessante paralelo entre modelo conversacional *vis-à-vis* expectativas comunicativas e modelo entrincheirado *vis-à-vis* expectativas normativas.

modelo baseado em regras como programa jurídico, e mesmo que isso aconteça *a posteriori*, as autoridades “racionalizam” as decisões.

A racionalização significa, aqui, que, mesmo apelando de maneira mais livre aos argumentos substantivos, o código e a função do direito são preservados. Há uma série de programas preestabelecidos que restringem a atuação da autoridade, preservando a autonomia do direito, ainda que as regras sejam derrotadas por outras razões no momento da decisão.

É possível retomar o caso *Riggs v. Palmer* discutido por Dworkin (2007) para exemplificar o ponto. Adotando-se o modelo de regras, a decisão que afasta o recebimento de uma herança em razão do assassinato do testador pelo herdeiro não funciona. Isso ocorre porque, primeiro, não existe regra específica capaz de resolver o caso. Segundo, diante da omissão legislativa, a corte recorreu ao princípio não positivado que ninguém deve beneficiar-se da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Obviamente essa decisão foi explicada por diferentes teorias: o tribunal seguiu uma convenção social que impõe considerar o princípio ou a aplicação judicial dependeu de um exame moral.

Como observação da autodescrição jurídica, a visão sistêmica não acata nenhuma dessas soluções na medida em que são observações parciais que omitem uma série de operações jurídicas que filtram, traduzem e processam as razões de decisão pelo sistema jurídico.

Este texto reforça a importância da abordagem sociológica das teorias do direito, em especial a sistêmica, pois preserva a operação autológica do direito em destaque em *Riggs v. Palmer*. Seguindo as observações de Nobles e Schiff (2006, p. 108) o caso foi resolvido, pois, em primeiro lugar, recorreu ao princípio da vedação de benefício pela própria torpeza – ainda que não positivado – para resolver um problema jurídico: decidir o que é legal. Em segundo lugar, o “delito” e o “benefício” são identificados por meio de categorias legais: *Riggs* e *Palmer* são qualificados juridicamente, um é condenado por homicídio e o outro é o *de cuius* que deixou herança, há ação, e, entre as categorias, existe um nexo de causalidade que indica que o resultado danoso (por exemplo, assassinato) gera aquisição de patrimônio para o criminoso. Em terceiro lugar, a tomada de decisão é um momento estabelecido por meio de um processo civil com distintos atos e procedimentos (por exemplo, fase de conhecimento e fase de execução). Quarto, o sistema legal desenvolveu estruturas que rotineiramente substituem as razões das decisões por decisões como razões para decidir (por exemplo, precedentes).

Vale lembrar que a decisão de *Riggs v. Palmer* não foi unânime e também foi revista em sede recursal pelo tribunal estadual de Nova York. Em consequência de tudo

isso, como um resultado de autodescrição do sistema jurídico, é inegável reconhecer que o critério de correção de Riggs v. Palmer é jurídico, dependente das operações do sistema e não redutível à moral ou política.

A teoria dos sistemas é capaz de complementar a apresentação do modelo schaueriano, já que para o direito (e não para a sociedade) o que importa são o tratamento (isto é, observação do código e função) e os desdobramentos jurídicos da decisão tomada. Em outras palavras, os critérios de correção são imanentes ao sistema jurídico. Trata-se de uma constatação empiricamente consistente com a descrição do fundamento do direito baseada em convenções sociais – pressuposto pelos positivistas.

Reitera-se, mesmo que regras sejam derrotadas por outras razões, inclusive extra-jurídicas, isso não compromete a autonomia do direito, que, historicamente, transformou-se em um sistema operativamente fechado. No caso da derrotabilidade de certa regra, a derrota pressupõe outras operações fixadas e preestabelecidas pelo sistema, que asseguram sua operação sem qualquer comprometimento funcional.

Mesmo nos casos difíceis – em que se podem discutir questões econômicas e políticas pelo direito ou quando prevalece uma grande indeterminação semântica da norma jurídica à luz de um caso concreto –, não existe ameaça dos programas à *autopoiesis* do direito, pois esta é assegurada pela aplicação seletiva do código (e não pelos programas que são necessariamente variáveis). É a proibição do *non liquet* que assegura a manutenção, já que nenhuma autoridade competente pode deixar de não decidir com base no código do direito²⁶.

Contudo, todas as aproximações apontadas devem ser consideradas com cautela por dois motivos. Primeiro, Luhmann não defende nenhuma teoria do direito e sequer se preocupa sobre como devem ser as operações jurídicas. A visão da sociologia jurídica sistêmica é uma autodescrição do direito, que observa o direito como um subsistema social autorreferencial que descreve a si mesmo.

Trata-se de uma proposta sociológica pertencente ao sistema científico. Do ponto de vista metodológico, a partir do construtivismo radical, a visão sistêmica inaugura algumas importantes premissas: como o sujeito é observador de si; ele constrói realidade (variedade de observações) – direito é direito (autodescrição) –; e a possibilidade de conhecimento é a possibilidade de observação sobre si mesmo – não fazendo sentido mais a distinção entre sujeito e objeto. Nesse sentido, a teoria do direito é a própria reflexão do direito.

²⁶ Trata-se de compreender a importância da dogmática jurídica, plano mais elevado e mais abstrato das possíveis determinações de sentido do direito a partir do próprio sistema jurídico. Sobre o ponto, ver Luhmann (1983).

Segundo, a teoria dos sistemas do direito é radical a ponto de negar uma regra de reconhecimento da validade do sistema jurídico, que depende de uma remissão externa à eficácia social ou mesmo a uma norma hipotética. De Giorgi (2017, p. 220), inclusive, defende a narrativa de que a teoria sistêmica supera uma crise da epistemologia jurídica após o projeto kelseniano: “a racionalidade não é uma propriedade ontológica do sujeito, mas é antes a capacidade que o sistema tem de regular suas próprias transformações, portanto de realizar sua própria estabilização” (2017, p. 220). Nesse caso, é o direito que define sua validade e autodetermina seus conteúdos. Não há causalidade advinda de outros sistemas e nem de fatos sociais – a aproximação, aqui, é mitigada, já que para Luhmann trata-se de entender uma abertura cognitiva do sistema para o ambiente²⁷.

Há outras distinções que devem ser indicadas. Luhmann difere sobre como o direito alcança o fechamento operativo, condicionado a partir das observações da função e do código. Novamente, não há convenção social de fundo, mas apenas operações jurídicas autológicas. Além disso, na perspectiva sistêmica, direito é operativamente fechado, pois é cognitivamente aberto. Logo, o fechamento operativo não leva ao isolamento do direito do resto da sociedade, mas constitui a base da interação do direito com ela.

O fechamento operativo do sistema jurídico é base para a construção de seu próprio ambiente, e, portanto, a sua articulação com a sociedade é construída por si mesma como uma diferença. Nesse sentido, não há problema em admitir que o direito recorra às razões extrajurídicas para decidir, desde que se observem a função e o código do sistema. Em outras palavras, o direito filtra, traduz e processa diferentes informações como resultado das pressões ambientais a partir de suas próprias estruturas. Pelo exposto, a derrota do modelo de regras não significa – sociologicamente – o fracasso da teoria schaueriana, mas apenas uma limitação decorrente da própria observação acerca da operação do sistema.

Vale registrar que tanto Luhmann quanto Schauer admitem a tese da diferenciação social. Em recente obra, o teórico estadunidense recorre à distinção sistêmica para tentar fundamentar e distinguir certo lado coercitivo do direito: “concentrar-se no lado coercivo da lei nos ajuda a entender por que e quando precisamos de lei, e por que e quando a lei pode fazer coisas que outras instituições políticas e outras formas de organização social não podem” (SCHAUER, 2015, p. 168, tradução nossa).

27 É possível aqui aproximar Luhmann da ideia kelseniana da norma hipotética fundamental, pois nega a interferência de outros fatos sociais no reconhecimento do direito. Nesse caso, não se coloca o problema da remissão externa à eficácia social, todavia tal aproximação não é precisa, já que ambas as teorias possuem propósitos bem distintos. Cf. Dimoulis (2016, p. 156-157) ou Nobles e Schiff (2006, p. 129).

Não obstante, o próprio Luhmann (2016) não exclui a possibilidade de iritação recíproca entre direito e ciência (ou outros subsistemas), tal como entre teoria do direito e sociologia jurídica²⁸. O caso é interessante, já que esse referencial permite ao direito uma descrição do seu objeto – conquistada em razão da ruptura com os esquematismos oriundos da visão empírico-antropocêntrica²⁹.

Considerando que o direito também reflete a diferença entre sistema e ambiente, não seria inconsistente que a teoria do direito refletisse também sobre a sociologia do direito a ponto de Schauer (2011) caracterizar em seu modelo o limite como um “desafio psicológico”. Na visão sistêmica, esse desafio decorre do próprio “esclarecimento” da observação, já que existem pontos cegos.

Não se trata propriamente de um desafio “psicológico”, mas de uma exigência do sistema a partir da observância do código e da função, já que o direito interpreta a si mesmo para, depois, analisar as interpretações dos outros sistemas. Em outras palavras, pontos cegos de primeira ordem (observações diretas do objeto) são controlados com observações de segunda ordem que observa observações – observa como observadores observam – e assim sucessivamente. Problemas da dogmática são observados pela teoria do direito e que, recursivamente, podem ser observados por outras teorias, inclusive fora do direito.

Sociologia do direito pode, então, observar a teoria do direito, permitindo compreender os seus limites e dificuldades. Nesse caso, por exemplo, fica evidente o progresso de pesquisas cognitivas que indicam como funciona o processo de descoberta da tomada de decisão, afinal

[...]alguns estudos empíricos indicam – sobretudo em casos difíceis, moralmente sensíveis e tecnicamente complicados – que juízes podem tomar decisões com base em intuições, emoções e atalhos, que parecem suspeitos do ponto de vista institucional (SHECAIRA; STRUCHINER, 2016, p. 174).

28 Um trabalho que avança propositivamente na observação da aproximação entre teoria do direito e teoria social é o de Carvalho Neto (2015), que sustenta que a teoria do direito se converte em um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e a ciência, sobretudo em razão da argumentação jurídica, que recorre à retórica.

29 O instrumental sistêmico possibilita uma precisão descritiva dos sistemas sociais, já que se ocupa em compreender de que maneira os objetos autorreferenciais se descrevem, sem distorções e evitando uma apreensão subjetivista ou excessivamente formalista da sociedade. Nesse sentido, é importante o destaque de Guilherme Leite Gonçalves e João Paulo Bachur (2013, p. 116): “Muitos críticos de Luhmann deixam de apreender o alcance de sua teoria porque deixam passar em branco as importantes implicações filosóficas decorrentes de suas premissas. Nesse sentido, se a noção de comunicação for entendida sem recuperar sua crítica à teoria do sujeito, parece não haver nada além de uma tautologia: uma teoria dos sistemas autorreferenciais se ocupa de objetos autorreferenciais. Mas a apresentação dos sistemas sociais como objetos autorreferenciais deve ser entendida em toda a sua extensão. Por meio desta formulação, Luhmann rompe definitivamente com a filosofia do sujeito ao alocar a autorreferência – sempre reservada à consciência individual – na comunicação, i.e., em uma esfera objetiva: na sociedade”.

· MARCO ANTONIO LEME DE BARROS

A sociologia sistêmica como observação de segunda ordem pode refletir sobre a teoria do direito, produzindo informações novas para a teoria quando se questiona sobre os seus próprios limites. Retoma-se, novamente o ponto da distinção entre processo de descoberta e de justificação, pois, diante dessa diferença e da compreensão dos processos cognitivos, por exemplo, ganha importância a discussão das deficiências cognitivas no processo de tomada de decisão – o que pode ser articulado com o modelo de decisão com base em regras de Schauer (1991a).

Retomando o caso *Riggs v. Palmer*, é possível conjecturar a seguinte situação: se fossem descobertas e avaliadas novas evidências à luz de outras técnicas cognitivas que apontassem para causas excludentes da ilicitude, ainda seria possível aplicar o princípio da vedação do benefício da própria torpeza? Certamente, destaca-se o impacto das transformações do sistema do direito nas suas operações e teorias.

Muitas provas submetidas ao processo adjudicatório são incompletas e inconclusivas, outras refletem divergências sobre dados e métodos. Como valorar um fato passado em que as particularidades não são plenamente conhecidas ou sequer reveladas³⁰? O que resta é o direito, por meio de suas operações, filtrar, traduzir e processar estimativas críveis e que são falíveis³¹ – por exemplo, a força de uma determinada prova está relacionada à sua capacidade de aumentar ou diminuir a probabilidade de uma determinada alegação (*standards*), devendo tal probabilidade não ser entendida em termos matemáticos, mas como transformações de categorias jurídicas.

Pela perspectiva da sociologia jurídica, deve-se perceber que o problema não decorre das teorias probabilísticas e sequer dos modelos baseados em regras, mas das suas aplicações pelo direito e do que ocultam, pois acabam distorcendo e produzindo outro sentido para essas teorias³².

30 Dias e Herdy (2014, p. 35) sustentam: “Parece-nos claro que é impossível estabelecer critérios que possam determinar a priori quão mais provável determinada prova torna as alegações feitas. Afinal, cada caso possui suas próprias especificidades, seu próprio conjunto probatório. Não existe um critério certo para explicar como as provas se relacionam, pois, isso dependerá do caso concreto. Por isso, qualquer tentativa de atribuir valores matemáticos a determinada alegação será, a nosso ver, arbitrária”.

31 Um dos principais desafios com o manejo da estatística em direito é a necessidade de produzir aproximações críveis, que, segundo Epstein e Martin (2010, p. 902), representam uma dificuldade adicional, sobretudo se considerarmos que a comunidade jurídica não possui formação adequada para discutir resultados estatísticos complexos. Dizem os autores: “sem o desenho adequado de um projeto de pesquisa, nenhum método de pesquisa é capaz de fornecer respostas confiáveis e adequadas; nem mesmo o melhor estatístico é capaz de fazer uma limonada sem limões” (EPSTEIN; MARTIN, 2010, p. 905, tradução nossa). O interesse passa a ser os possíveis encaminhamentos e desenhos metodológicos tanto para a tomada de decisão em direito como para a pesquisa.

32 Dias e Herdy (2014) sugerem refletir sobre alternativas a essas teorias probabilísticas, como as probabilidades epistêmicas. Outros autores preferem discutir os déficits cognitivos envolvidos na tomada de decisão e enfatizam o encaminhamento via a psicologia experimental dos juizes. Segundo Struchiner e Tavares (2014, p. 172): “Por trás de toda teoria normativa da tomada de decisão judicial se ocultam pressupostos acerca das capacidades mentais, das condições de trabalho, dos interesses pessoais e profissionais dos juizes, do papel da razão e da moral no direito etc.

Tais desdobramentos somente serão possíveis se se admitirem intercâmbios entre teorias do direito e a sociologia jurídica a partir das construções do observador. Defende-se, aqui, que a teoria de Schauer (1991a) – ao seguir uma afirmação descritiva sobre o *status* de um conjunto de normas de *pedigree* – acabou, em alguma medida, possibilitando uma maior conexão entre teoria do direito e teoria social.

5. Considerações finais

O que o “desafio psicológico” de Schauer (1991a) nos revela? Há uma necessária distinção entre teoria do direito e sociologia jurídica. Dependendo da visão admitida, as descrições podem ser divergentes, por exemplo, aceitando ou não o modelo de decisão baseado em regras como um programa do direito.

Todavia, há também aproximações importantes, reforçando que ambos podem produzir irritações recíprocas, quando é possível diferenciar e compreender os processos de descoberta e de justificação da tomada de decisão.

No início do texto, destacou-se a dificuldade para Schauer (1991a) fixar um critério de correção em sua teoria capaz de superar a ruptura entre descoberta e justificação. Em Luhmann, por sua vez, essa dificuldade não está posta, pois há uma coincidência entre razão para decidir e as justificativas da decisão. Trata-se das próprias observações do direito, em diferentes níveis.

Do ponto de vista sociológico, a derrotabilidade de determinado modelo de regras para outros não implica comprometimento das operações do sistema. Ao contrário, o direito é cognitivamente aberto e seus programas são variáveis. Logo, o “desafio” proposto por Schauer (1991a) nada mais é que o ponto cego de sua teoria do direito, que Luhmann (2016) desvela e refuta ao descrever autologicamente o sistema.

Quando não são contrafatuais, esses pressupostos frequentemente representam teorias ingênuas acerca da natureza ou da psicologia humana. Às vezes, reconhece-se que o juiz é um ser humano falível e sujeito a variações emocionais, para em seguida exigir dele uma racionalidade ilimitada. Mas nada disso é capaz de explicar como os juízes de fato tomam certas decisões em torno dos casos difíceis, nem qual é o papel da fundamentação apresentada às partes e à sociedade. Será que toda decisão proferida num caso difícil é tomada de maneira consciente e deliberada a partir de um processo controlado de inferência? Será que a fundamentação representa o trajeto lógico percorrido pelo juiz para alcançar a decisão?”. Esses autores testam teses do realismo jurídico por meio do modelo sociointuicionista de Jonathan Haidt: “os julgamentos morais são causados por rápidas intuições morais, e seguidas, quando necessário, de detida argumentação moral racional. Essa argumentação racional surge quando as pessoas buscam teorias plausíveis do porquê de terem feito o que fizeram, recorrendo primeiro a um conjunto de explicações comportamentais culturalmente ofertadas. O modelo reconhece a importância das interações sociais na prática da moralidade, bem como o papel da razão no processo de julgamento moral, mas a ela atribui importância reduzida” (STRUCHINER; TAVARES, 2014, p. 190).

Para além do “desafio psicológico”, a teoria sistêmica destaca que há uma incerteza constitutiva no direito, que confirma a sua realidade contingente. Schauer (1991a) não nega que suas observações em *Playing by the rules* são temporal e espacialmente condicionadas ao contexto estadunidense. O que reforça o caráter contingente e dinâmico da teoria do direito.

No âmbito científico, Luhmann (1996) já sustentava que sempre há possibilidade para uma nova seleção – além da reprodução –, e é por isso que, aparentemente sem fim, a autoimplicação entre novos direitos e novas semânticas é objeto constante para a observação do sociólogo do direito, e que também é uma observação parcial da teoria do direito³³. Cada um em seu campo, direito e ciência podem produzir intercâmbios que permitem compreender os seus respectivos pontos cegos.

Abordaram-se, aqui, debates como Hart-Dworkin e Ehrlich-Kelsen, mas muitos outros poderiam ser tratados via observações sistêmicas e que revelam as aquisições evolutivas do sistema jurídico ao longo do tempo. O que se torna evidente é que tais debates foram constituídos de forma autológica e referente às operações do direito. Por serem observações parciais e internas, teóricos do direito possuem dificuldade de superar os pontos cegos. Por sua vez, por ser uma observação científica, externa e sem simplificações, a teoria dos sistemas observa de maneira privilegiada os limites e as tensões dos debates entre as teorias do direito diante das complexidades jurídicas.

É nessa teoria da complexidade que se coloca a necessidade da observação das relações entre os subsistemas sociais para uma melhor compreensão dos limites e das potencialidades entre direito e sociedade. No final, o legado que Luhmann deixa para a sociologia jurídica – além do instrumental sistêmico para a observação precisa das autodescrições do direito – é o desafio de produzir novas descrições dessas relações, a todo instante se configurando com novas semânticas. A proposta da sociologia sistêmica é, portanto, atual e atualizável, propõe redescrever as complexidades observadas do século XXI, inclusive permitindo o intercâmbio com outros níveis reflexivos, tal como a teoria do direito.

33 Vale lembrar a posição de De Giorgi (2017, p. 263): “se é verdade que a racionalidade da teoria é a racionalidade do sistema do direito, é verdadeiro que o direito positivo pode ser racional apenas na medida em que dispõe de uma teoria do direito capaz de elaborar os instrumentos e as indicações-guia para decisões racionais, ou seja, para as decisões que estabilizam o sistema”.

SCHAUER AND LUHMANN: FOR A SOCIOLOGY OF LAW IN THE PRESUMPTIVE POSITIVISM?

REFERÊNCIAS

- CARVALHO NETO, P. L. *Retórica e consistência no direito: fundamentos para uma teoria do direito de inspiração luhmanniana*. 2015. 181 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- CONSTABLE, M. *Just silences: the limits and possibilities of modern law*. Princeton: University Press, 2008.
- DE GIORGI, R. *Ciência do direito e legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2017.
- DIAS, J. M.; HERDY, R. Probabilismo jurídico: o fetiche pelos números no direito. In: VIEIRA, J. R.; LÍRIO DO VALLE, V. R.; MARQUES, G. L. (Org.). *Democracia e suas instituições*. Rio de Janeiro: Imos, 2014. p. 23-36.
- DIMOULIS, D. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, R. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- EHRlich, E. *Fundamental principles of the sociology of law*. New Jersey: New Brunswick, 2009.
- EPSTEIN, L.; MARTIN, A. Quantitative approaches to empirical legal research. In: CANE, P.; KRITZER, H. (Ed.). *The Oxford handbook on empirical legal studies*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 901-925.
- EWALD, F. The law of law. In: TEUBNER, G. *Autopoietic law: a new approach to Law and Society*. Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 36-50.
- FEBBRAJO, A. (Ed.). *Verso un concetto sociologico di diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GONÇALVES, G.; BACHUR, J. P. O direito na sociologia de Niklas Luhmann. In: SILVA, F. G.; RODRIGUEZ, J. R. (Org.). *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111-131.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- KELSEN, H. *General theory of norms*. Translation M. Hartney. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- LUHMANN, N. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traducción Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LUHMANN, N. *La ciencia de la sociedad*. Traducción Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Mexico, DF: Anthropos, 1996.

· MARCO ANTONIO LEME DE BARROS

- LUHMANN, N. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MACEDO JUNIOR, R. P. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NOBLES, R.; SCHIFF, D. *A sociology of jurisprudence*. Oxford: Hart Publishing, 2006.
- POSTEMA, G. Positivism, I presume?... Comments on Schauer's "Rules and the rules of law". *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 14, n. 3, p. 797-822, 1991.
- SCHAPIRO, S. The "Hart-Dworkin". Debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, A. (Ed.). *Ronald Dworkin*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 22-55.
- SCHAUER, F. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1991a.
- SCHAUER, F. The rules of jurisprudence: a reply. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 14, n. 3, p. 839-852, 1991b.
- SCHAUER, F. Formalismo. Tradução Diego Arguelhes, Fábio Shecaira e Noel Struchiner. In: RODRIGUEZ, J. R. (Org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65-116.
- SCHAUER, F. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- SHECAIRA, F. P.; STRUCHINER, N. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, Contraponto, 2016.
- STRUCHINER, N. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JUNIOR, R. P.; BARBIERI, C. (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119-152.
- STRUCHINER, N.; TAVARES, R. de S. (Org.). *Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: POD, Editora PUC-Rio, 2014.