

NOVOS HORIZONTES EPISTEMOLÓGICOS PARA A PESQUISA

EMPÍRICA EM DIREITO: “Descentrar” o Sujeito, “Entrevistar” o Sistema e Dessubstancializar as Categorias Jurídicas¹²³ // *Margarida Garcia*⁴

Palavras-chave

Epistemologia do Direito / Pesquisa Empírica em Direito / Ciências Sociais e Direito / Interdisciplinaridade

////////////////////////////////////

Resumo

Tendo por pano de fundo o tema da relação entre o Direito e as Ciências Sociais, este artigo identifica três propostas epistemológicas aptas a abrir novos horizontes para a pesquisa empírica em Direito: “descentrar” o sujeito, “entrevistar” os sistemas por meio de entrevistas qualitativas voltadas à observação da *comunicação*, e dessubstancializar as categorias jurídicas. Estas propostas epistemológicas são apresentadas como condições necessárias à possibilidade de um olhar *externo* sobre o Direito. Elas são consideradas como favoráveis ao desenvolvimento da pesquisa multidisciplinar em Direito, pois, em certa medida, tanto o Direito como as Ciências Sociais podem se beneficiar dessas três estratégias. As Ciências Sociais devem “levar o direito a sério”, suas pesquisas sobre o Direito devem ser realizadas “com o Direito”. Por seu turno, o Direito pode aprimorar suas observações e seus modelos normativos internos por meio da integração em suas premissas de decisão do conhecimento produzido pelas Ciências Sociais. A autora suscita a hipótese de que essa integração – uma realidade bastante concreta no universo judiciário, mas ainda pouco problematizada – tenderá a

1. Uma primeira versão deste artigo foi publicada anteriormente pela autora, em francês, sob o título *De Nouveaux Horizons Épistémologiques pour la Recherche Empirique en Droit: Décentrer le Sujet, Interviewer le Système et « Désubstantialiser » les Catégories Juridiques*, no periódico *Les Cahiers de Droit*, v. 52, n. 3-4, p. 417-59, 2011. A autora e os editores da presente Revista agradecem a autorização para a presente tradução do texto.

2. Texto traduzido por Arthur Roberto Capella Giannattasio, Pesquisador da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV).

3. Gostaria de agradecer a duas pessoas incrivelmente generosas, com as quais tive o imenso privilégio e prazer de, há muito, dialogar sobre as ideias propostas neste texto: Richard Dubé e Álvaro Pires. Agradeço a Georges Azzaria por me ter oferecido a oportunidade de dar forma a essas reflexões e de as desenvolver ainda mais. Expresso ainda minha gratidão aos avaliadores externos deste artigo, pela leitura crítica atenta e estimulante, bem como pelos comentários pertinentes.

4. Professora da Faculty of Law (Civil Law) e da Faculty of Social Sciences da University of Ottawa.

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Levar o Direito “a sério”: a Sociologia do Direito “com o Direito” e a Sociologia do Direito “sem o Direito” (Niklas Luhmann)**
- 3 Praticar a Sociologia do Direito “com o Direito”: o exemplo de uma pesquisa empírica sobre os direitos humanos do sistema penal**
 - 3.1 A problemática e as perguntas iniciais
 - 3.2 A hipótese diretora e a abordagem teórica adotada
 - 3.3 Algumas notas metodológicas
- 4 Abrir novos horizontes para a pesquisa empírica sobre o Direito: três estratégias promissoras**
 - 4.1 O “descentramento” do sujeito como estratégia criadora de novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica sobre o Direito
 - 4.1.1 Ilustração empírica do interesse de uma observação que obedece ao postulado epistemológico do “descentramento” do sujeito: a determinação da pena, “human process” e/ou “systemic process”?
 - 4.2 A “comunicação” do sistema como ponto de ancoragem para a observação empírica por meio de entrevistas qualitativas: “podemos interrogar os sistemas sociais?” (Pires)
 - 4.3 A “dessubstancialização” das categorias jurídicas como condição de possibilidade do olhar externo e da pesquisa multidisciplinar sobre o Direito
 - 4.3.1 Aplicação do método de “dessubstancialização” das categorias jurídicas ao conceito de “direitos humanos”: ilustração empírica
- 5 Observar o Direito a partir de um ponto de vista multidisciplinar: retorno sobre a distinção olhar interno/olhar externo**
- 6 Conclusão**
- 7 Referências**
 - 7.1 Fontes Primárias
 - 7.2 Fontes Secundárias

se desenvolver futuramente cada vez mais no mundo jurídico. As questões contemporâneas da sociedade (direitos religiosos, direitos de minorias, direitos das mulheres, direitos de povos autóctones, direito ao suicídio assistido, direito ao casamento entre casais do mesmo sexo, direitos reprodutivos, direitos dos imigrantes ilegais, etc.) são reguladas cada vez mais por figuras jurídicas caracterizadas por uma *textura normativa aberta* (valores fundamentais, direitos humanos, etc.) e as Ciências Sociais serão assim mais e mais consideradas como recursos cognitivos importantes para a determinação e a especificação jurídicas – serão essenciais portanto para aqueles que *pensam* e que *dizem* o Direito. Com efeito, visto que essas questões exigem dos atores judiciais criatividade e imaginação jurídicas, bem como abertura cognitiva e normativa diante das diferentes possibilidades de regulação e de concepção de diferentes “possíveis”, as Ciências Sociais serão, neste contexto, elementos importantes de “determinação” dos *possíveis ainda não atualizados*.

NEW HORIZONS FOR EMPIRICAL RESEARCH IN LAW: “decentering” the subject, “interviewing” systems and “desubstantializing” legal categories // *Margarida Garcia*

Keywords

Epistemology of Law / Empirical research in Law / Law and Social Sciences / Multi-disciplinary research

////////////////////////////////////

Abstract

In this article, we argue that when interaction between law and social sciences is viewed as a backdrop, three epistemological propositions stand out as opening new horizons for empirical research in law, namely: “decentering the subject”, “interviewing” systems by means of qualitative interviews oriented toward the observation of communication, and the “desubstantialization of legal categories”. These epistemological premises are described as the requisite conditions for grounding an external perspective on the law. They are also considered to be favorable for the development of multi-disciplinary research in law as both law and social sciences can (under certain conditions) benefit from these three analytical strategies. Social sciences must “take the law seriously”, research in law having to be carried out “with the law”. As for law, it may improve its observations and internal normative models by more fully integrating the knowledge generated by social sciences into its decisional premises. The author advances the hypothesis that this integration – already a reality on the judicial arena, yet still lightly problematized – will tend to continuously evolve ever more in the legal universe yet to come. Contemporary social issues (religious rights, minority rights, women’s rights, native peoples’ rights, the right to assisted suicide, same-sex marriage rights, reproductive rights, the rights of undocumented persons, etc.) are increasingly regulated by legal figures characterized by their “open normative composition” (fundamental values, human rights, etc.). Social sciences will increasingly tend to be seen as valuable cognitive resources for determining and specifying legality, thereby essential for those who conceive and shape the law. Indeed, since these issues demand creativity, juristic imagination and cognitive and normative openness from juridical actors when confronted with varying regulatory options, social sciences will in this context provide vital elements for determining potential, yet still not actualized, possibilities within this context.

1 Introdução

Neste estudo, perseguiremos dois objetivos distintos e complementares: pretendemos repensar a maneira pela qual temos o hábito de conceber a relação entre o Direito e as Ciências Sociais, e também sugerir três propostas epistemológicas aptas a favorecer a articulação entre esses dois domínios do saber e a abrir novos horizontes para a pesquisa empírica em Direito. Essa reflexão é traçada a partir de uma pesquisa empírica sobre os direitos humanos do sistema penal⁵, pesquisa elaborada numa perspectiva multidisciplinar inspirada por métodos construtivistas das Ciências Sociais, tendo sido utilizada a entrevista semiestruturada como o principal método de coleta de dados.

O trabalho empírico e teórico então realizado nos levou a uma progressiva reflexão sobre nossa reflexão, a um questionamento sobre o questionamento epistemológico – uma tarefa obrigatória para aquela ou para aquele que se propõe a questionar o Direito a partir das ferramentas das Ciências Sociais. Como respeitar o sistema de referência dentro do qual o trabalho pretendia se inscrever – a Ciência – e descrever de forma adequada e rigorosa o sistema observado – o sistema jurídico? Como falar, seja aos juristas, seja aos cientistas sociais, de uma maneira que se respeitem os valores, as normas e as convenções dos dois sistemas? Nossa vontade de lidar com esse questionamento – contrariando a tendência natural de evitá-lo – levou-nos a pensar sobre as estratégias que poderiam auxiliar a atingir nosso objetivo. Identificamos três estratégias interconectadas e teoricamente suscetíveis de serem úteis para aqueles e para

5. No quadro de nossa reflexão, a expressão “direitos humanos do sistema penal” remete à maneira pela qual o sistema penal constrói, dentro de suas fronteiras comunicacionais, seus próprios “direitos humanos”. Luhmann construiu a distinção “medium/form” (que traduziremos por *medium/forma*) com base nas pesquisas do filósofo e psicólogo austríaco Fritz Heider (1926). Na sua teoria sobre a percepção humana de objetos físicos, Heider tinha usado essa distinção para chamar a atenção para a diferença entre o objeto da percepção (a coisa) e o pano de fundo que serve como um veículo para a sua percepção (o meio). Por exemplo, a luz ou o ar são *media* que permitem o surgimento de formas, tais como um objeto físico ou o som. Explicaremos na seção 4.3.1. deste texto a maneira como aplicamos e adaptamos esta distinção para observar o conceito de direitos humanos. Em outras palavras, os direitos humanos do sistema penal são aqui considerados como formas por meio das quais o *medium* “direitos humanos” se desdobra nas comunicações do sistema de Direito criminal.

aquelas que se propõem a questionar o Direito de um ponto de vista externo sem perder de vista a pertinência do trabalho para aqueles e para aquelas que trabalham em instituições jurídicas.

As três propostas epistemológicas que exploraremos no interior deste artigo – e que têm o potencial de favorecer o diálogo entre o Direito e as Ciências Sociais – podem ser formuladas provisoriamente do seguinte modo: (i) o “descentramento”⁶ do sujeito (retirando-lhe o lugar de destaque na análise) é uma estratégia que permite melhor descrever e captar a distância que pode existir entre as representações dos atores e a comunicação do sistema (ao qual eles se filiam) – a qual mais produz o ator, do que o inverso; (ii) a entrevista qualitativa concebida como “entrevista reflexiva” com o sistema⁷ é uma metodologia promissora para *observar* a comunicação do sistema - a *comunicação* do sistema jurídico se torna o elemento a partir do qual podemos captar *empiricamente* o Direito como sistema social; (iii) finalmente, a dessubstancialização das categorias jurídicas nos parece uma condição necessária para poder desenvolver um olhar *externo* sobre o Direito e tornar possível a pesquisa multidisciplinar neste domínio. Essa estratégia é essencial para permitir ao pesquisador – que pretende observar o Direito de um ponto de vista externo – controlar suas observações e as distinguir das observações produzidas pelo ponto de vista interno.

Pretendemos inserir essa reflexão dentro de um debate mais amplo, qual seja, o da relação entre o Direito e as Ciências Sociais (Sociologia, Antropologia, Geografia, História, Criminologia, Economia, etc.). Na maior parte das vezes, esse debate é formulado recorrendo à distinção entre duas maneiras de observar o Direito – olhar interno/olhar externo – frequentemente percebidas como incompatíveis⁸. Van de Kerchove

6. A escolha dos termos “descentrar” e “descentramento” (do sujeito), embora pareça pouco usual na língua portuguesa, pareceu-nos a mais indicada para expressar o sentido desta proposição epistemológica. Eles indicam a escolha de tirar o foco da análise do sujeito, para o colocar no sistema. O termo “descentralização” foi preterido por estar demasiado ligado à ideia de devolução de poderes no sistema político.

7. Esta técnica foi proposta por Pires (2004a, p. 173).

8. Alguns juristas (pre)ocupados com o projeto de construir uma efetiva Ciência do Direito propuseram a adoção de um “olhar ex-

& Ost (1988) explicitam os termos dessa distinção:

Enquanto o ponto de vista interno constitui de certo modo um ponto de vista “em espelho” que consiste em aderir a um discurso que as instituições jurídicas detêm sobre elas mesmas e em compartilhar a “pré-compreensão” que está a elas subjacente, o ponto de vista externo supõe, pelo contrário, uma “ruptura epistemológica” ou um afastamento teórico que consistirá, ou em um levar em consideração os termos descritivos e explicativos do ponto de vista interno adotado pelos atores do sistema jurídico (ponto de vista externo “moderado”), ou em realizar uma reconstrução teórica que faça inteiramente abstração da existência deste ponto de vista interno (ponto de vista externo “radical”). (p. 26).

Pretendemos revisitar – e não retomar – este debate a partir de uma distinção proposta por Niklas Luhmann (1985) entre dois tipos de Sociologia do Direito: uma Sociologia do Direito “com o Direito” e uma Sociologia do Direito “sem o Direito”. Essa distinção – centrada exclusivamente em um olhar externo – tem a vantagem de abrir novas possibilidades de diálogo entre o conhecimento produzido pelo Direito e o produzido pelas Ciências Sociais, o que nos permite em um único movimento trazer uma resposta alternativa à questão “quem pode dizer o que sobre o Direito?”.

Para desenvolver as ideias que exporemos nesta contribuição, trabalhamos sobretudo em torno da teoria dos sistemas de comunicação e dos instrumentos propostos pelos alemães Niklas Luhmann e Gunther Teubner, juristas e sociólogos do Direito. Adicionamos à contribuição as reflexões teóricas e epistemológicas de Álvaro Pires, elas mesmas elaboradas em diálogo com a teoria dos sistemas de comunicação.

terno moderado”, um olhar que, permanecendo externo – uma condição essencial para inscrever o enfoque no campo da Ciência – leva a sério o ponto de vista interno do sistema que pretendemos observar (o Direito ou o sistema jurídico). Essa abordagem foi proposta pelos juristas belgas François Ost & Michel van de Kerchove (1988) que, nos últimos anos, apoiando-se sobre os trabalhos de H. L. Hart, fizeram avançar consideravelmente essa orientação epistemológica.

2 **Levar o Direito “a sério”: a Sociologia do Direito “com o Direito” e a Sociologia do Direito “sem o Direito” (Niklas Luhmann)**

Quem pode dizer o que sobre o Direito? De um lado, podem os juristas produzir conhecimentos *científicos* sobre o Direito? De outro lado, podem os cientistas sociais produzir conhecimento *informado pelo Direito* e “instrutivo” para o Direito⁹? Podemos dizer que, de maneira implícita ou explícita, essas três questões ocuparam e ocupam sempre um lugar importante nos trabalhos que (re)pensaram, de uma forma ou de outra, as relações entre o Direito e as Ciências Sociais, perspectivas internas e externas confundidas¹⁰. De modo tradicional, as relações entre o Direito e as Ciências Sociais foram percebidas nos dois campos com desconfiança, indiferença, ceticismo ou incompreensão.¹¹

9. Criar nas Ciências Sociais conhecimento instrutivo para o Direito não implica que as Ciências Sociais devam se colocar “a serviço” do Direito. Nessa perspectiva, as advertências de Foucault sobre as relações (frequentemente problemáticas) entre saber e poder continuam a orientar nossa postura epistemológica. Trata-se antes de criar as condições que permitam ao Direito integrar e considerar seriamente os *inputs* das Ciências Sociais em seus próprios debates e reflexões jurídicas. Em termos mais próximos da teoria dos sistemas de Luhmann, o objetivo é pensar as condições que favoreceriam, nas Ciências Sociais, a criação de saberes ou a formulação de pontos de vista suscetíveis de serem *juridicamente* considerados como “informação” e não como simples “ruído” no interior das redes de comunicação do Direito.

10. Foge ao nosso propósito também descrever a gênese e a evolução das inúmeras tentativas de superar o formalismo jurídico pelas diferentes teorias de *Direito e Sociedade*: o movimento do Direito livre defendido pelos juristas de esquerda, o movimento Direito e Sociedade, o movimento Direito e Economia, os *Critical Legal Studies* nos Estados Unidos, o movimento Crítica do Direito na França, as teorias críticas, tais quais as teorias pluralistas do Direito, as teorias marxistas ou feministas, o realismo jurídico, a *sociological jurisprudence*, a jurisprudência dos interesses – mencionando aqui apenas as principais. No Canadá, as abordagens mais inovadoras que se propõem a analisar o Direito a partir de perspectivas múltiplas – e que propõem uma reflexão epistemológica sobre o tema – foram elaboradas, entre outros, por Guy Rocher, Jean-Guy Belley, Peirre Noreau, Roderick A Macdonald, Andrée Lajoie e Katherine Lippel. Especificamente no interior do Direito Criminal, os trabalhos de Álvaro Pires constituem nossa principal fonte de inspiração.

11. Parsons (1977) falava de “espécie de mistério da negligência proporcionada pelas ciências sociais, e particularmente pela sociologia, com relação ao lugar do direito e dos sistemas jurídicos, após as brilhantes análises iniciais de Durkheim e de Weber” (p. 11). A acreditar nas palavras de Baudoin Dupret (2006) – que observa a “desconfiança sociológica com relação ao direito e aos

Em um diálogo, na maior parte das vezes *sem troca*, os juristas tendem a considerar que apenas os juristas podem dizer qualquer coisa verdadeira sobre o Direito e acusam os cientistas sociais de “sociologismo”¹², isto é, de serem incapazes de captar as convenções do Direito. Os cientistas sociais pretendem o contrário e acusam os juristas de “juridismo”¹³, isto é, de serem incapazes de analisar o Direito de um ponto de vista que lhe seja externo. Notamos que essas duas críticas aceitam um *a priori* fortemente discutível (ao qual retornaremos): que a qualidade da observação seja ligada diretamente ao campo disciplinar do observador e não ao *tipo* de observações realizadas por este, as quais são independentes das qualidades do observador (jurista ou cientista social).

De modo complementar à distinção entre o olhar externo e o olhar interno, daremos atenção a outra distinção de Luhmann, a qual aparece em seu livro *Sociological Theory of Law* (1985)¹⁴. Nesta obra, Luhmann remete diretamente às dificuldades da Socio-

juristas, distância e, por vezes, desprezo das faculdades de direito com relação à intrusão sociológica”, trinta anos mais tarde, não teríamos avançado muito em nossa forma de conceber as relações entre o Direito e as Ciências Sociais (p. 67).

12. Dialogando com os trabalhos de Pierre Bourdieu, podemos descrever o sociologismo como a atitude daquele que observa o Direito adotando um ponto de vista completamente externo e que apreende o Direito como um simples reflexo direto das relações sociais, das relações de força existentes, das determinações econômicas e dos interesses dominantes (Bourdieu, 1986, p. 3). No mesmo sentido, Cotterell (1998) afirma o seguinte: “Sociology of law and socio-legal studies are sometimes declared unable to give insight into the nature of legal ideas or to clarify questions about legal doctrine. The idea that law has its own ‘truth’ – its own way of seeing the world – has been used to deny that sociological perspectives have any special claim to provide understanding of law as doctrine.” (p. 3).

13. Sempre tendo por referência os trabalhos de Pierre Bourdieu (1986), pode-se definir o juridismo como um modo de pensar “específico”, “completamente libertado do peso social”: “a ‘ciência jurídica’, tal qual a concebem os juristas [...] apreende o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento não pode ser cumprido senão segundo a ‘dinâmica interna.’” (p. 3).

14. O pensamento de Luhmann sobre as relações entre o Direito e as Ciências Sociais evoluiu desde a publicação desta obra e foi retomado em escritos posteriores, notadamente em *Law as a Social System* (1993, traduzido ao inglês em 2004). Agradecemos a um dos avaliadores externos pela menção a este texto. Se Luhmann é para nós fonte de inspiração para pensar a relação entre o Direito e as Ciências Sociais, mais do que a opinião de Luhmann sobre a multidisciplinaridade, são úteis para construir nosso argumento os instrumentos de sua teoria. Desenvolveremos essa ideia na seção 4 deste texto.

logia do Direito quando da captação e da tematização do Direito como objeto de estudo¹⁵. A distinção proposta permite diferenciar dois tipos de Sociologias do Direito: a *Sociologia do Direito “com o Direito”* e a *Sociologia do Direito “sem o Direito”*.

As pesquisas sociológicas sobre o Direito “sem o Direito” são aquelas que, interessando-se por aspectos relacionados ao funcionamento do sistema jurídico, não tematizam de qualquer forma o Direito, seus conceitos, suas convenções, suas abordagens teóricas. No que se refere à Sociologia do Direito “com o Direito”, ela exige um esforço visando a tematizar o Direito *como tal*. Interessa-se esta outra Sociologia do Direito com a maneira por meio da qual o sistema jurídico se descreve e se auto-observa, a maneira segundo a qual ele leva em consideração o ponto de vista dos atores sociais, etc. Nesta perspectiva, o observador se interessa, por exemplo, pelas teorias do Direito e pelos autorretratos disponíveis no sistema jurídico, os quais provêm da teoria do Direito, da doutrina ou da jurisprudência. Uma Sociologia do Direito “com o Direito” busca assim a captar as convenções, os conceitos, as ideias, as teorias e os sistemas de ideias *do sistema jurídico*.

Qual é o interesse de praticar uma Sociologia do Direito “com o Direito”? Acreditamos que essa abordagem poderia contribuir para transformar a pesquisa em Direito por uma importante razão. Ela teria o poder de tornar interessante aos juristas pesquisas produzidas a partir de um ponto de vista externo e, em último grau, poderia contribuir à evolução “informada” de modelos normativos construídos a partir do ponto de vista interno. Ao mesmo tempo, isso nos levaria a olhar a partir de uma outra perspectiva a relação entre o Direito e as Ciências Sociais. A hipótese que desejamos enfatizar – e que tentaremos demonstrar por meio das considerações empíricas que seguirão – é que uma Sociologia do Direito “com o Direito” traz, para a evolução do conhecimento científico ou jurídico, “alguma coisa a mais” que não pode ser alcançada por uma Sociologia do Direito “sem o Direito”. Em outras palavras, ela dirige o olhar em direção às ideias, às formas de funcionamento, às

15. Luhmann (1985) propõe a seguinte questão: “Why is the sociology of law so difficult for sociologists?” (p. 2).

construções e às possibilidades que permaneceriam pouco visíveis numa outra abordagem. Não se trata portanto de hierarquizar esses dois pontos de vista, mas sim de apreciar – dentro de uma perspectiva de complementaridade – as diferentes contribuições que podem derivar de cada uma delas e seus respectivos limites.

Além dessas considerações mais teóricas, uma questão importante deve ainda ser levantada: como se articula uma pesquisa empírica desejando se inscrever abertamente no interior de uma Sociologia do Direito “com o Direito”? Para desenvolver essa questão, tomaremos como exemplo¹⁶ uma pesquisa empírica que realizamos recentemente – conforme a perspectiva de uma Sociologia do Direito “com o Direito” – tratando sobre os direitos humanos *do* sistema penal. Ainda que de maneira não detalhada, exporemos a seguir – naquilo que for essencial – a problemática que, naquela pesquisa, deflagrou nosso questionamento, o quadro teórico que elaboramos e a estratégia metodológica que adotamos para lidar com as questões de partida selecionadas.

3 Praticar a Sociologia do Direito “com o Direito”: o exemplo de uma pesquisa empírica sobre os direitos humanos do sistema penal

3.1. A problemática e as perguntas iniciais
No contexto de uma pesquisa empírica sobre a relação paradoxal entre os direitos humanos e o Direito Criminal, comprometemo-nos a melhor compreender aquilo que nos aparecia então como um enigma, ou ainda, como um impasse da reforma penal. Os contornos deste enigma podem ser captados a partir de uma série de questões presentes na origem de nossa reflexão. Se considerarmos a semântica dos direitos humanos como um recurso cognitivo e normativo potente, suscetível de fazer evoluir as estruturas e as

16. Utilizaremos de uma maneira muito restrita e pontual alguns dos dados. O objetivo aqui não é apresentar os contornos dessa pesquisa em particular, mas simplesmente ilustrar, de maneira concreta, o impacto das proposições epistemológicas que defendemos sobre a maneira de conduzir a coleta de dados e de realizar a análise.

ideias que circundam o direito de punir, como explicar, então – *a partir, certamente, de um ponto de vista que colocará em causa o papel do próprio Direito na atualização desta realidade* – que esta semântica não tenha produzido efeitos inovadores na forma de pensar a sanção penal e os modos de intervenção? O que, *no plano das estruturas e dos mecanismos internos do Direito* permitiria compreender esse fenômeno – ao menos sociologicamente intrigante – segundo o qual os direitos humanos, tal como se apresentam no interior das fronteiras do sistema penal, aparecerem na maior parte das vezes como direitos humanos “partidários”? Em outras palavras, como compreender que se trata de direitos que defendem uns (por exemplo, as vítimas) *contra* outros (ou seja, os acusados)? Como explicar sociologicamente essa incapacidade persistente e efetiva de levar em consideração os interesses de *todos* os participantes da esfera penal? E como produzir uma explicação que não perca de vista aquilo que, nesta dinâmica, se refere diretamente ao Direito, a seus modos de funcionamento e a sua “visão de mundo”? No interior de uma Sociologia do Direito “com o Direito”, como explicar que os direitos humanos *do* sistema penal, mais particularmente no domínio das penas, não parecem cumprir sua função de mecanismo de integração social? Como explicar, pelo contrário, que toda uma série de movimentos contemporâneos de defesa de direitos humanos (proteção de crianças, das mulheres, de pessoas com deficiência, de minorias sexuais, etc.) tem demandado penas severas, punitivas e geradoras de exclusão social – em nome dos direitos humanos? E finalmente – a questão mais neutra e geral por trás de todas as outras – de que maneira os direitos humanos foram recebidos e continuam a ser recebidos pelo sistema de Direito Criminal?

Nossas tentativas preliminares de resposta a tais questões nos dirigiram, em um primeiro momento, a um paradoxo aparente. Luhmann descreve o conceito de paradoxo como querendo indicar “um fenômeno de observação ou de descrição que consiste em que a aceitação de uma descrição implica a aceitação da descrição contrária” (Luhmann, 1989: 64). Nossa pesquisa pretendeu explorar justamente aquilo que nos parecia então como um dos paradoxos mais “intrigantes” da punição contemporânea: o fato de que os direitos humanos parecerem poder às

vezes limitar o direito de punir e favorecer a moderação das penas (menos penas para proteger a vida e a liberdade dos acusados) e legitimar o direito de punir e de favorecer a severidade das penas (mais penas para proteger a vida e a dignidade *das outras* pessoas). Quando os direitos humanos se encontram dentro do universo cognitivo, comunicativo e institucional do Direito criminal, eles parecem poder orientar o sistema penal em direções opostas, funcionando, ora como “normatividade crítica” (Delmas-Marty, 1997, p. 155), ora como “razão punitiva”.

3.2. A hipótese diretora e a abordagem teórica adotada

As pesquisas que anteriormente se dedicaram a este paradoxo tenderam a explicá-lo por meio de um conservadorismo por parte dos atores judiciários, ou por meio de certas transformações observáveis no sistema político (populismo penal, guinada à direita das políticas públicas, etc.). Por seu turno, de forma complementar a tais pesquisas, pretendemos compreender esse paradoxo colocando no centro o problema a estrutura cognitiva do próprio sistema jurídico (Sociologia do Direito “com o Direito”). Em outras palavras, estamos aqui interessado em suas ideias e teorias ou, melhor dizendo, tudo aquilo que constitui aquilo que se pode chamar de sistema de pensamento do sistema do Direito Criminal, descrito por Pires como “racionalidade penal moderna”¹⁷. Sem poder entrar em toda a complexidade da teoria da racionalidade penal moderna, gostaríamos de chamar a atenção sobre seu postulado fundamental de que as teorias da pena fundadoras do Direito Criminal moderno (retribuição, dissuasão, reabilitação na prisão e denúncia) deixam de lado, entre elas, algumas de suas disputas para institucionalizar um consenso em torno de três ideias centrais que fundam no momento, cada uma a sua maneira, uma certa concepção do direito de punir. Todas se posicionam, em primeiro lugar, de uma maneira a compreender a punição ou a intervenção penal como uma *obrigação* de punir (e não como uma simples autorização); todas sugerem que a “verdadeira” pena é uma pena *severa* (ou uma sanção que se estende no tempo); todas (sobre) valorizam as penas aflictivas (Foucault,

1975, p. 136) e/ou favoráveis à exclusão social.

Essas três ideias unificadoras de todas as teorias da pena da primeira modernidade impediriam o sistema de Direito Criminal tanto de se conceber fora da lógica da hostilidade como de modificar o modo de pensar suas formas de intervenção. Essas três ideias e as teorias às quais elas se vinculam exerceriam um papel chave, não apenas em relação à determinação da pena, mas igualmente em relação à possibilidade de instituir reformas significativas no plano dos princípios e dos objetos fundamentais do direito criminal moderno. Elas limitariam o espaço das possibilidades no plano da evolução e ao mesmo tempo restringiriam o pensamento e a tomada de decisões dos atores judiciários no que refere às normas de sanção. No que diz respeito a estas, essas teorias oferecem atualmente – cada uma segundo seus próprios motivos – o suporte cognitivo necessário à generalização da pena da prisão – considerada ainda hoje como a *pena de referência*, ao menos no plano simbólico, ou como “a forma essencial de castigo”, para retomar a formulação de Michel Foucault (1975, p. 136). A hipótese diretora de nossa reflexão sobre a questão da recepção dos direitos humanos no direito criminal é, com efeito, que essas mesmas ideias que compõem as teorias do Direito Criminal moderno (a teoria da retribuição, a dissuasão, a reabilitação no ambiente do cárcere e a denúncia) intervêm de maneira particular neste processo de recepção “paradoxal” da semântica dos direitos humanos no seio do sistema penal e influenciam negativamente a evolução deste sistema social em direção a configurações mais *garantistas no que se refere a normas de sanção*. Em outras palavras, a hipótese é que as teorias modernas da pena se tornaram verdadeiros “obstáculos epistemológicos” (Bachelard, 1938, p. 13) à inovação (cognitiva) no que se refere à maneira de conceber os modos de intervenção e as penas, impedindo assim o desenvolvimento dos direitos humanos *garantistas* no âmbito da determinação da pena.

3.3. Algumas notas metodológicas

De um ponto de vista empírico e metodológico, esta pesquisa se sustenta sobre entrevistas qualitativas realizadas com atores judiciários que atuam no interior de organizações centrais do sistema jurídico,

17. Para maiores informações sobre a teoria da racionalidade penal moderna, ver Pires (1998, 2001, 2004) e Pires & Garcia (2007).

a saber, os tribunais (Luhmann, 2004, p. 293). Foram entrevistados promotores e juízes (Cortes de Primeira Instância e Cortes de Apelação, incluindo a Corte Suprema do Canadá). O recurso aos pontos de vista desses profissionais do Direito como campo de observação para a constituição de um corpo empírico nos parecia pertinente porque se pode hipoteticamente considerar que os juízes (no exercício de seu poder discricionário) e os promotores (a quem cabe a tarefa de propor ou de recomendar ao juiz a sanção justa e boa) são os atores mais bem localizados para reconhecer e fazer intervir (ou não) os direitos humanos como um critério decisório válido no processo de determinação da pena. Isto se tornou ainda mais relevante com o aumento do poder desses atores judiciários na determinação do Direito depois da constitucionalização e da judicialização dos direitos humanos (Luhmann, 2004, p. 279). A escolha de recorrer ao ponto de vista dos atores judiciários foi também uma forma de respeitar o compromisso de praticar uma Sociologia do Direito “com o Direito”. Utilizamos assim um método “clássico” em Ciências Sociais (análise qualitativa centrada em entrevistas semiestruturadas), mas privilegiamos uma abordagem epistemológica inovadora ao explorar, segundo as recomendações de Pires (2004b), a possibilidade de realizar “entrevistas com os sistemas” (e não com os atores). Essa maneira de proceder nos levou à formulação de três proposições epistemológicas, a serem aqui enfatizadas.

4 Abrir novos horizontes para a pesquisa empírica sobre o Direito: três estratégias promissoras

4.1 O “descentramento” do sujeito como estratégia criadora de novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica sobre o Direito

A abordagem epistemológica escolhida para ancorar nossa pesquisa nos obriga a efetuar um deslocamento, designado como “descentramento” do sujeito. Como explica Teubner, essa escolha teórica e epistemológica é exigente, ela nos obriga a

romper a fixação da sociologia empírica do di-

reito na psicologia dos atores, na “perspectiva exclusivamente interna dos atores”; a fim de a tornar mais permeável às características estruturais dos sistemas sociais, dos discursos, dos processos comunicativos, ou seja, às características das configurações sociais autônomas, qualquer que seja sua denominação (Teubner, 1996, p. 127).

O “descentramento” do sujeito nos convida a buscar as respostas a nossas perguntas fundamentais na historicidade do sistema, ou seja, mais em suas estruturas cognitivas do que na psicologia dos atores. Não se trata aqui de personificar os sistemas, mas de reconhecer que estes têm um ponto de vista e uma perspectiva tanto sobre eles próprios quanto sobre o seu ambiente – independentemente dos pontos de vista que podem se manifestar na consciência dos atores. Para Teubner (1989), o Direito não escapa das implicações deste posicionamento:

Institutions such as law “do think” independently from their members’ minds. The law autonomously processes information, creates worlds of meaning, sets goals and purposes, produces reality constructions, and defines normative expectations—and all this quite apart from the world constructions in lawyers’ minds (p. 739)

Quais são as implicações disso? Essa abordagem nos convida a mudar o ponto de observação da análise, a fim de fazer emergir um “algo a mais” a que nos referimos mais acima. A abordagem deve assim poder contribuir a lançar um pouco de luz sobre os pontos cegos que uma análise centrada sobre o indivíduo não permite levar em consideração. Estamos diante de duas possibilidades de observação que repousa sobre dois níveis de observação *distintos*: o nível do sistema social e o nível dos sistemas psíquicos (consciência dos atores, dos indivíduos). Eles podem ser representados na *Figura 1*.

A adoção da abordagem por nós privilegiada – descentrar o sujeito para se recentrar sobre o sistema - exige uma estratégia de observação diferente de uma abordagem centrada sobre o ponto de vista dos atores. Ela conduz a resultados diferentes daqueles que nos se-

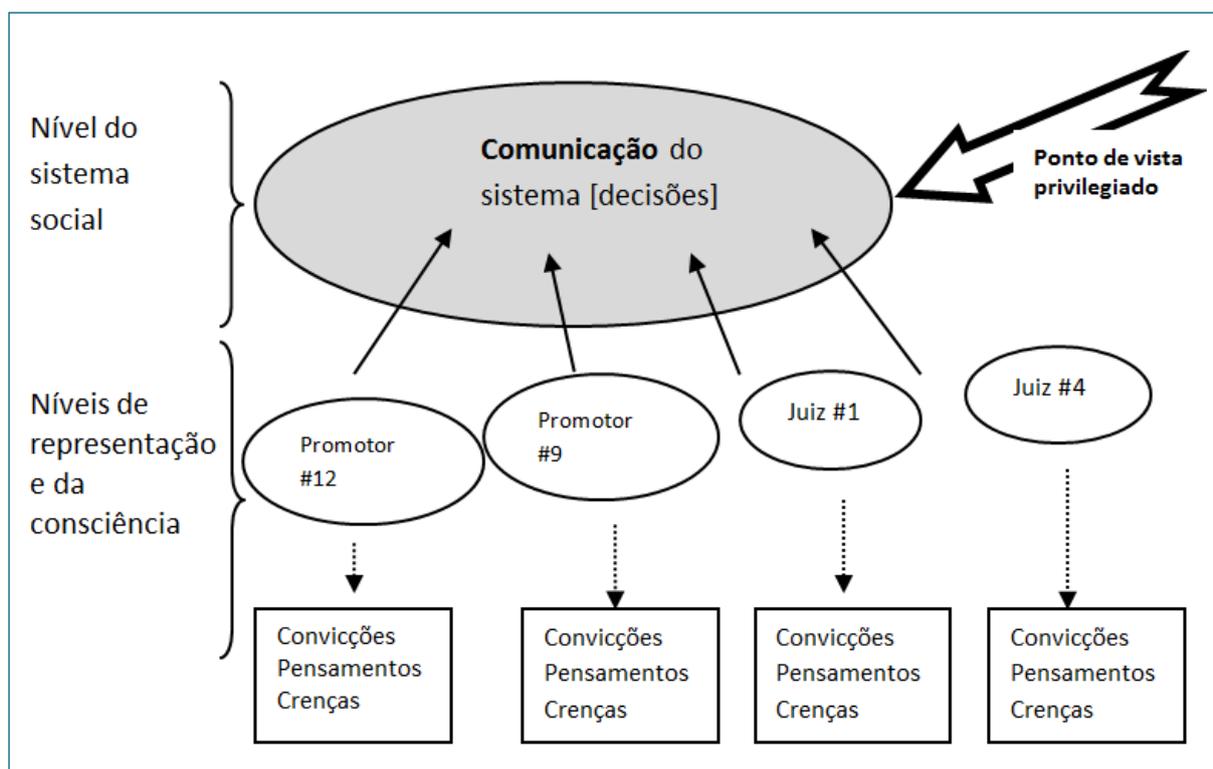


Figura 1. A comunicação como nível de observação privilegiado da pesquisa

riam dados dentro de uma abordagem mais clássica. A parte a seguir precisa as implicações desta abordagem.

4.1.1 Ilustração empírica do interesse de uma observação que obedece ao postulado epistemológico do “descentramento” do sujeito: a determinação da pena, “human process” e/ou “systemic process”?

Para frisar o contraste entre a abordagem que privilegamos e a clássica, mencionamos a pesquisa realizada por Hogarth (1971) sobre a determinação da pena, *Sentencing as a Human Process*. Pode-se considerar esse trabalho como um estudo que privilegiou como unidade de análise mais o “discurso” dos atores do que a “comunicação” do sistema. A pesquisa de Hogarth é um bom exemplo comparativo com relação à nossa, ao menos por três razões: (i) trata-se de um estudo clássico e pioneiro no nicho de pesquisas que *levam em consideração as teorias da pena no processo de determinação da pena*, (ii) a realização do estudo se fez em *colaboração com juizes canadenses, numa abordagem abertamente empírica*, e finalmente (iii) essa pesquisa, como a nossa, *privilegiou a interdisciplinaridade*.

O objetivo principal da pesquisa de Hogarth consistia em examinar “empirically the sentencing process in the normal course of the court’s work, including all

the factors that precede the actual disposition by the court of individual cases” (Edwards, 1971, p. vi). Inúmeros fatores foram analisados, de forma a estabelecer relações estatísticas: a idade dos magistrados, o estado civil, o grupo religioso a que pertencem, a posição social, as crenças, as atitudes judiciais, a “cognitive-complexity” do pensamento no processo de determinação da pena, etc. (Hogarth, 1971, p. 399). Um dos elementos que foi considerado central na pesquisa – e que nos interessa mais particularmente aqui – foi supor hipoteticamente uma relação entre a pena escolhida e filosofia penal *do magistrado*. A influência das teorias da pena foi efetivamente considerada, mas no plano individual: essas teorias foram percebidas como teorias *dos atores*. Perceba-se como o próprio Hogarth (1971) indica ser esse o objetivo primeiro de sua pesquisa:

This is a study of the sentencing behaviour of magistrates. [...] The research described did not begin with a theory of judicial behaviour, but rather with a set of questions and several explicit assumptions about where their answers might be found. Guided by these questions and assumptions the study was initiated with an attempt to gain familiarity with magistrates, their world, and their way of making decisions. The

first objective was to penetrate beneath the formal justification for sentencing, as expressed in reported cases, in order to understand the “inside story” or “meaning” of sentencing as magistrates themselves experience it in their everyday world. (p. 15)

Esse tipo de proposta é relativamente comum nas pesquisas qualitativas que buscam em diferentes graus ultrapassar as razões expressas ou explícitas, e que assumem como missão fazer emergir as razões implícitas, latentes, escondidas, as únicas capazes de explicar “realmente” – acredita-se – o comportamento dos atores. Aquilo que Hogarth denomina justificações formais – que, *de um ponto de vista construtivista*, se aproximariam das motivações institucionais – são desqualificadas como objetos de pesquisa legítima. A observação de instituições formais perdera sua pertinência – para não dizer, sua legitimidade (Haan, 1990) – e, poderíamos dizer, de maneira provocativa, que a Sociologia do Direito e mesmo a Sociologia Construtivista do Desvio operaram um descentramento *do sistema*.

Mas o que aconteceria se se descentrasse, não o sistema, mas o sujeito? Que podemos extrair de uma análise empírica quando ela descentra o ator para considerar a comunicação como fenômeno propriamente social e autônomo? Podemos então melhor captar, por exemplo, a que ponto é importante distinguir as crenças subjetivas dos atores e “aquelas” *do sistema*. Essa distinção tem implicações teóricas e epistemológicas importantes sobre a maneira de observar o Direito, tanto de um ponto de vista empírico, como de um ponto de vista teórico. A distinção na qual insistimos aqui é de outra maneira retomada e aceita como tal pelos próprios atores: o efeito sistema, para eles, é inegável – vale dizer, determinante. Isso implica que eles distinguem as crenças do sistema das suas próprias. Isso é testemunhado pelos dois excertos a seguir, retirados de nossas entrevistas:

[Juiz # 21¹⁸, Canadá] Mas o juiz não pode senão

18. Nosso posicionamento epistemológico – descentrar o ator – é uma das razões que justificou a escolha de não utilizar pseudônimos na análise. O caráter “não personalizado” dos excertos reproduzidos na análise deveria constantemente poder nos servir de lembrança com relação às implicações epistemológicas de nosso

aplicar os fatores que a lei prevê para determinar uma pena. O juiz não pode agregar a tais fatores sua própria concepção da sociedade. Não é isso que se espera de um juiz. [...] O juiz não está lá em nome de suas opiniões pessoais. Não nos preocupamos com as opiniões pessoais. Ele está lá para resolver os debates à luz do Direito.

[Juiz # 8, Canadá] [Se] se conversa entre amigos, pode ser que seja outra coisa. Eu posso dizer “Ah, não estou de acordo com tal espécie de pena, ela é muito severa, eu não estou de acordo com o Governo atual porque, deste modo, apertamos demais o parafuso, etc.”, como qualquer outro cidadão. Mas quando eu recolo minha toga judicial, não é a mesma coisa. Neste momento, eu devo remover tais considerações de meu espírito.

Do ponto de vista da comunicação, esses dois excertos ilustram claramente que há expectativas normativas vinculadas ao sistema, as quais se associam a uma específica concepção do papel do juiz ou do promotor. Os efeitos da diferenciação funcional são, por outro lado, bem visíveis: cada um “sabe”, enquanto indivíduo, que para poder participar da comunicação *do sistema*, nem tudo o que se é e se pensa é sempre pertinente em todo lugar; ao menos não do ponto de vista dos sistemas que nos observam. Cada um “sabe” que, para poder se comunicar, deve-se falar a “linguagem” *do sistema*, produzir *para o sistema* “informação pertinente” e não “ruído” – o que não impede evidentemente que considerações mais pessoais, como as percebidas por Hogarth, não possam intervir. Contudo, o que se deve ver aqui é que, *do ponto de vista do sistema*, tais considerações não podem fundar *no Direito* uma decisão *juridicamente válida*. Outras considerações de outra ordem, uma ordem propriamente sistêmica, são portanto necessárias para o funcionamento “normal” do sistema. São justamente estas “outras considerações” que são o objeto de indagações por parte de uma Socio-

método. Enquanto socióloga do Direito formada no interior de outra tradição epistemológica, a atração pelo ponto de vista subjetivo é forte e frequente: somos por vezes tentados a atribuir o sentido de um excerto a um ator em particular. Tentamos, na medida do possível, controlar a distância, mas é possível que nem sempre o tenhamos conseguido.

logia do Direito “com o Direito”: são essas constrictões comunicativas sistêmicas que enquadram o discurso dos atores precisamente naquilo que se pretende captar com uma tal Sociologia do Direito.

Essas últimas observações não vêm não por em dúvida as análises de Hogarth sobre o processo da determinação da pena como um “human process”, mas, antes, identificar qual o nível de observação: a determinação da pena é, certamente, um “human process”, em um nível “micro”, mas, em um nível “macro”, como indica nossa análise empírica, há a influência de um sistema de pensamento que nos leva a observar a determinação da pena como um “systemic process”.

Colocando-nos em uma perspectiva que é diferente da de Hogarth, não podemos ignorar a questão das teorias da pena e, ainda que elas sejam justificativas formais, elas detêm *em si* uma significação de fundamental importância no processo decisório que nos interessa. Com efeito, é apenas por meio da utilização “em cadeia” de tais justificativas formais que as comunicações do sistema se vinculam umas às outras e podem assim continuar a ser consideradas e reforçadas – justamente em razão dessa reprodução discursiva – como justificativas legítimas – “legítimas”, aqui, certamente, *do ponto de vista do sistema*. Consideradas legítimas pelo sistema, elas entram assim dentro de um processo de *reciclagem cognitiva* potencialmente perpétua, no interior do qual elas podem ser mobilizadas como materiais propriamente jurídicos, os quais permitam orientar juridicamente as operações do sistema.

Poder-se-ia supor, como um contra-argumento, que as motivações pessoais dos atores estão em sintonia com as motivações institucionais do sistema. Poder-se-ia falar, então, de uma situação na qual “o indivíduo se sente como incarnando seu papel”, isto é, na qual “em resumo, o indivíduo é aquilo que ele faz” (Martuccelli, 2002, p. 209). A adesão é possível, mas se deve reter aqui, sobretudo, que tal adesão *não é absolutamente uma condição necessária à reprodução do sistema*. O que é uma condição necessária para a reprodução do sistema é a continuação da comunicação *do sistema*. Que os atores adiram ou não ao que é representado pela comunicação não tem importância do *ponto de vista do sistema*: o que importa é que os indivíduos

continuam a suportá-la – independentemente do que eles possam pensar individual e pessoalmente. Isso quer dizer que um ator judiciário poderia motivar uma pena com base na teoria da dissuasão, por exemplo, mesmo sem compartilhar da crença sobre ela? É isso o que sugere a teoria dos sistemas e é também o que podemos observar empiricamente:

[Promotor # 12, Canadá] Não acredito na dissuasão. Sou um pouco atormentado. Eu me sirvo dela para argumentar, para tentar aumentar uma causa. Ou direi: “Dissuasão! Precisamos dela!”. Se aquele indivíduo a merece mais, eu direi: “Dissuasão integral!”. Vocês irão ouvir as palavras sair de minha boca. Mas, normalmente, eu não acredito nela.

Deve-se lembrar aqui, à luz desta última comunicação, da importância da advertência de Teubner (1996, p. 126) quanto à necessidade, para a Sociologia do Direito, de “levar em consideração o abismo que separa as motivações psicológicas da comunicação social”? Pode haver de fato todo um mundo que separe a comunicação do sistema e as opiniões subjetivas dos indivíduos, todo um mundo entre a cognição social das teorias da pena e aquela dos indivíduos. Mas a partir do momento em que os indivíduos aceitam – apesar de tudo e *independentemente sua subjetividade* – apoiar a comunicação social – e é este ponto que pretendemos ressaltar – a diferença que separa esses mundos não põe problema algum *do ponto de vista do sistema*: ela não impede a continuação da comunicação, nem a reprodução do sistema por meio de seu sistema de pensamento dominante.

O descentramento do sujeito nos convida a tentar captar quais são – independentemente da trajetória dos indivíduos, do seu gênero, sua educação, etc. – as condições cognitivas, ou as estruturas sistêmicas “já presentes” que permitem aos atores comunicar um sentido em vez de outro, isto é, de emitirem uma comunicação, por exemplo, em favor sanções aflitivas e/ou geradoras de exclusão social, em vez de sanções alternativas menos hostis. Ao descentrar o sujeito para problematizar aquilo que é o sistema, surge, com relação ao tema mencionado, a possibilidade de problematizar de modo pertinente o que são as teorias da pena e a racionalidade penal moderna

como sistema de pensamento dominante do Direito Criminal moderno: os atores passam, as ideias permanecem e a comunicação se estabiliza. Recebe “destaque” (Chenail, 1995) no tipo de pesquisa que propomos a *comunicação* do sistema, e não as trajetórias da vida do ator. Dito de outra forma, enfatizam-se as estruturas do sistema de pensamento, e não as estruturas das consciências individuais.¹⁹

Evidentemente – é isso que nos falta tratar – esse tipo de pesquisa terá implicações no plano metodológico, mais particularmente no que se refere à coleta de dados e à análise. Por exemplo, na abordagem que privilegamos, uma vez que o ponto de vista pessoal do ator não é determinante para o sentido da comunicação, torna-se ele sociologicamente menos significativo para a análise. Luhmann (2002) precisa:

[...] when you observe a process of communication, you must know the preceding communication, perhaps also the themes, and what one can meaningfully say about it. Generally, you do not need to know the structures of the individuals “consciousness”. (p. 165).

Nesse sentido, por não ser mais necessário conhecer as estruturas das consciências individuais para captar a comunicação sistêmica, elas não serão buscadas aprioristicamente para a coleta de dados. A coleta de dados visará à comunicação do sistema – o que suscita a questão de saber como operar

19. Lembre-se de que a teoria dos sistemas não foi, de forma alguma, a primeira a fazer a escolha epistemológica de descentrar o sujeito. A esse respeito, pode ser útil retomar alguns enunciados de Émile Durkheim (1897, p. 648): “Cremos ser fecunda essa ideia de que a vida social deve se explicar, não pela concepção daqueles que dela participam, mas pelas causas profundas que escapam à consciência”. Becker indica que Claude Lévi-Strauss (1964, p. 20) teria proposto tal método: “By abandoning a subject-centered perspective, he intended ‘to show not how men think in myths, but how myths think themselves in men, and without their being aware of it!’”. Segundo Gunther Teubner (1996, p. 181), o próprio Michel Foucault construiu o conceito central de discurso, liberando-o de qualquer fundamento transcendental ou psíquico: “o ser humano não está mais na origem do discurso, mas, pelo contrário, é o discurso que produz o ser humano como artefato semântico”. Em resumo, no lugar de conceber a proposição de Luhmann como uma simples provocação, pode-se também o considerar como o resultado ou a consagração de uma reflexão que teria já sido iniciada por um bom número de precursores que, antes dele, haveriam percebido o mesmo problema.

metodologicamente tal coleta de dados²⁰. A questão é colocada diferentemente: podemos interrogar os sistemas sociais?

4.2 A “comunicação” do sistema como ponto de ancoragem para a observação empírica por meio de entrevistas qualitativas: “podemos interrogar os sistemas sociais?” (Pires)

Em 2004, no interior de uma reflexão sobre a pesquisa qualitativa e o sistema penal, Álvaro Pires (2004) apresentou a questão de saber se “a entrevista pode [...] contribuir *de um modo mais* direto ao conhecimento das organizações e dos sistemas sociais?”. Pires apresentou a hipótese que “não demos lugar suficiente, nas pesquisas por entrevistas, ao exame dos sistemas sociais em si, ou seja, sem relação direta com os atores nem tampouco apoiada neles” (p. 175). Na época em que Pires publicou seu texto, tratava-se de uma aposta que não havia sido ainda testada empiricamente. Seduzidos pela possibilidade de lidar com tal desafio e estimulados igualmente pela estranheza da proposição metodológica²¹, decidimos por aplicar as sugestões de Pires a nossa pesquisa.

Tratava-se, assim, para nós, seguindo as orientações de Pires, de abandonar um caminho emprestado de um grande número de pesquisas empíricas sobre o Direito, para nos concentrarmos sobre o sistema social e suas *comunicações*. Desse modo, a entrevista com os atores era apenas um ponto de apoio para observar o ponto de vista do sistema. A “comunicação” do sis-

20. O descentramento do sujeito é uma estratégia que pode ser utilizada em conjunto com diferentes metodologias e técnicas. No interior de nossa pesquisa, esse ponto de partida epistemológico foi elaborado no quadro de uma metodologia qualitativa que fez uso de entrevistas semiestruturadas. A questão de saber se tal postura é útil em outros tipos de pesquisa, fundadas, por exemplo, sobre a análise de documentos ou sobre a observação participante, resta ainda em aberto. Parece-nos *a priori* difícil conciliar este posicionamento epistemológico com uma pesquisa baseada sobre histórias de vida, por exemplo. Nesse sentido, o objeto de pesquisa tem sempre uma palavra a dizer em relação às teorias, epistemologias, metodologias e técnicas a serem mobilizados. Sobre esse tema, ver Pires (1995, p. 55).

21. A proposição de Pires foi ela mesma inspirada diretamente pelo ponto de partida epistemológico que acabamos de expor, a saber, o da teoria dos sistemas de comunicação e o das contribuições epistemológicas de Michel Foucault, as quais ocupavam, no plano teórico, um lugar importante em nossas pesquisas.

tema foi portanto o ponto de ancoragem selecionado para a observação sociológica. Desde então consideramos que por meio da comunicação – necessariamente apoiada pelos atores – um sistema social se autodescreve, se pensa e se reproduz independentemente das subjetividades individuais. De acordo com essa visão das coisas, é a comunicação (do sistema) que produziria as condições de formulação do discurso²² (do ator) e não o ator que, por si só, criaria tais condições. A comunicação do sistema é o terreno a partir do qual o sistema de pensamento – sendo o que nos interessava mais particularmente o da “racionalidade penal moderna” – pode ser captado empiricamente.

O material discursivo assim extraído das entrevistas foi tratado como um conjunto de “autodescrições” *do sistema* de Direito criminal, como comunicação do sistema social ao qual o ator está “discursivamente” associado. Por meio do discurso dos atores, embora independentemente de sua consciência subjetiva, é o sistema social quem se reproduz – e ele se reproduz *live*, durante a entrevista, no face à face com os atores judiciários. Concebemos assim as entrevistas de nossas pesquisas como entrevistas “reflexivas”, as quais permitiriam captar mais os sistemas de ideias do que as representações próprias dos atores. Contrariamente ao que uma tradição metodológica tinha por hábito prescrever para o método qualitativo, não nos interessamos por explorar os recursos ligados à subjetividade dos atores. Não partimos à busca dos mesmos “dados”, nem colocamos a ênfase sobre o mesmo tipo de relações causais ou explicativas. Não se mostrou pertinente, por exemplo, centrar a análise (ou as questões de guia da entrevista) sobre a trajetória de vida do magistrado, a fim de explicar suas decisões com base nesta orientação. O descentramento do sujeito nos convida, em um contexto de entrevistas de pesquisa, a nos centrar no sistema, em sua historicidade, em suas ideias, e, deste modo, a levar em consideração a comunicação social que subjaz “por trás” dos atores, por assim dizer. O elo causal é invertido: o sentido do discurso do ator é especificado no interior de um espaço de possíveis, o qual é dado por esquemas de observação do sistema, isto é, por suas estruturas cognitivas, suas ideias, suas teorias. O ator

22. Discurso entendido aqui no sentido largo de proposições ou de enunciados; não nos referimos aqui ao conceito de Michel Foucault.

é o suporte empírico da comunicação, ele está atrás do enunciado – mas o que é colocado à frente pelo ator é propriamente social. A comunicação é com efeito uma operação tipicamente social, autônoma em relação às consciências dos indivíduos.²³

O pesquisador em uma situação de entrevista se concentra sobre as condições de formulação das ideias, sobre as “rotinas”²⁴ cognitivas ou discursivas valorizadas, estabilizadas, consideradas como sendo as mais legítimas ou as mais “aceitáveis” pelo sistema. O pesquisador busca mais uma rede de comunicações do que a subjetividade de seu interlocutor, ele está atento às razões que fazem com que qualquer ator possa adentrar na mesma rede de comunicação, independentemente de sua singularidade. O pesquisador está sensível ao fato de que um magistrado pode se aposentar e ser substituído por outro magistrado que defenda relativamente as mesmas ideias ou que as conteste a partir de “argumentos-tipo”. As ideias do sistema são a condição de produção dos discursos do ator. Nessa perspectiva, a trajetória de vida do ator, ou mesmo a influência do político no ambiente do Direito, são sem dúvida realidades que influenciam certos processos no funcionamento normal do sistema jurídico. No entanto, desconsiderar o “algo a mais” propriamente sistêmico – no nosso caso, as ideias associadas às teorias da pena e a influência delas sobre as operações “redundantes” desse sistema social, pode limitar nossa compreensão sociológica do problema atual da evolução do sistema

23. Para a teoria dos sistemas, as explicações que podem nos ajudar a melhor descrever o “comportamento” dos sistemas não podem se encontrar senão no interior do próprio sistema. Como consequência, elas não podem emergir das consciências individuais que, por sua vez, se desenvolvem, de fato, se seguirmos a teoria dos sistemas, *dentro do ambiente do sistema*.

24. O termo é de Seidl, mas nós o utilizamos de maneira suficientemente livre, adaptando-o a nossa proposta. Para Seidl (2005), as rotinas cognitivas são “particular types of *decision premises*. They refer to the way in which the environment is conceptualised by the organization” (p. 405). Utilizaremos essa expressão para indicar certas tendências comunicativas ou discursivas que podem ser descritas como recursivas e redundantes. Nesse sentido, utilizamos o conceito de “rotina cognitiva” para designar os caminhos e os espaços cognitivos (ou as ideias) no interior das quais se situam espontânea e discursivamente os atores quando se lhes solicita mencionar um tema ou refletir sobre ele. Essas formas recorrentes ou caminhos emprestados para a repetição fizeram aparecer tendências comunicativas que pareciam, uma vez atualizadas, limitar “o espaço de variação” da comunicação.

de Direito Criminal moderno.

A análise do material empírico retirado das entrevistas de pesquisa – a título de comunicação do sistema – apresenta, através da emergência desse “algo a mais”, vantagens para o avanço do conhecimento sociológico, mas também vantagens para os próprios atores que participaram da pesquisa. Retorna aqui a distinção que utilizamos acima entre o conhecimento sociológico que, para o Direito, se apresenta como “ruído”, e aquele que, pelo contrário, pode ser entendido como “informação”. As vantagens em questão derivam do tipo de análise que será realizada sobre os dados coletados: no quadro dessas entrevistas reflexivas inspiradas pela epistemologia da teoria dos sistemas, a análise consiste em evidenciar, em relação a um sistema social dado, as distinções colocadas à disposição dos atores para os levar a observar a “realidade” de uma maneira, em vez de outra. A ênfase nessas distinções implica evidenciar as faces que as constituem e, assim, evidenciar a contingência que caracteriza sempre o fato de privilegiar mais uma face do que a outra: por exemplo, a contingência que caracteriza a escolha entre uma pena de prisão e uma pena que não seja de prisão. Luhmann, citado por Graf (2010), explica o alcance da contribuição:

Analysing interviews in the light of systems theory means relating the interview statements to the observer by making the distinctions guiding their descriptions. This method is not aimed at analysing causal relations, but at illuminating latent structures and functions of the observation strategies, and it clarifies the preferred relational observation patterns when communicating an issue. Thus, the method does not simply copy or duplicate the viewpoint of the informants; but it does undergo a process of both reduction and an increase of complexity, which is not observable for the informants themselves in the communication process (Luhmann, 1984, p. 88).

Nossos resultados de pesquisa mostram, com efeito, que as entrevistas assim concebidas podem ser particularmente “úteis” ou informativas, não somente para o avanço do conhecimento sociológico, mas também para o próprio Direito, para o seu desenvolvimento. De fato, as entrevistas reflexivas levam os

atores a observar o que permanece frequentemente na sombra das distinções que eles utilizam para poder observar. Em outras palavras, tais entrevistas expõem as “rotinas cognitivas”, as ideias fixas, os obstáculos cognitivos a ideias alternativas, as teorias práticas com as quais os atores trabalham – frequentemente sem distanciamento crítico, ou mesmo sem poder perceber as constrações trazidas por esses elementos no que se refere à maneira de os atores interpretar ou inventarem o Direito. Eles podem então ver toda a contingência que se encontra no fundamento das categorias jurídicas e se inserir em um movimento de desontologização das “realidades” jurídicas ontologizadas – o que, como veremos na seção seguinte, pode favorecer o surgimento de inovações.

4.3 A “dessubstancialização” das categorias jurídicas como condição de possibilidade do olhar externo e da pesquisa multidisciplinar sobre o Direito

A terceira estratégia que nos parece importante e heurística para abrir novos horizontes epistemológicos e empíricos para a pesquisa em Direito consiste naquilo que denominamos aqui de um esforço de “desontologização” ou de “dessubstancialização” das categorias e das noções jurídicas. Como teremos a oportunidade explicar melhor nas seções seguintes, essa estratégia surge aos nossos olhos, tanto como uma condição de adoção de um olhar externo, como uma condição de pesquisa multidisciplinar em Direito. Antes de chegar a tal conclusão, é importante explicitar em que consiste a “dessubstancialização” das categorias jurídicas. Tratar-se-á, aqui também, de considerar as possibilidades que se abrem concretamente para a pesquisa empírica em Direito quando se adota tal postura epistemológica.

4.3.1 Aplicação do método de “dessubstancialização” das categorias jurídicas ao conceito de “direitos humanos”: ilustração empírica

A demonstração deste procedimento se apoia sobre o trabalho que realizamos quando, em nossa pesquisa, precisamos construir *sociologicamente* o conceito de “direitos humanos”.

Podemos dizer que, tanto para o jurista, como para o não-jurista, os direitos humanos sempre pareceram

problemáticos em virtude de sua fluidez, de sua indeterminação, de seu caráter aberto e de sua difícil institucionalização. Os direitos humanos são tomados com uma profunda ambiguidade conceitual: eles são mais políticos ou mais jurídicos? Eles são mais morais do que jurídicos? Em resumo, um dos problemas maiores encontrados durante nossa pesquisa foi o de investir teoricamente o conceito de “direitos humanos” como categoria jurídica e de mobilizar instrumentos que permitissem sua observação *sociológica*.

Esse método nos pareceu um ponto de passagem obrigatório, uma condição *sine qua non* da possibilidade de observação. Essa necessidade de construir um conceito sociológico de “direitos humanos” surge efetivamente do problema que encontra o observador, a cada vez que ele deve dizer o que são esses direitos. Assim, dependendo do ângulo de observação, podemos nos unir a Hart e conceber os direitos humanos como uma semântica da moral (Sen, 2004, p. 20). Podemos também alterar o ângulo e reconhecê-los como demandas propriamente jurídicas, como “leis em espera” ou como fundamentos para a adoção de uma lei (Sen, 2004, p. 20). Podemos ainda, sob outro ângulo, seguir Peces-Barbes Martinez, unir as perspectivas precedentes e afirmar que “os direitos do homem exprimem tanto uma moralidade fundamental, como uma legalidade fundamental” (Peces-Barbes Martinez, 2004, p. 35). Se modificarmos mais uma vez o ângulo, reuniríamos outros pontos de vista segundo os quais os direitos humanos são concebidos “as primarily ethical demands” e, nesse sentido, “they are not principally ‘legal’, ‘proto-legal’ or ‘ideal-legal’ commands” (Sen, 2004, p. 7). Finalmente, aproveitando-se de toda essa confusão, poderíamos dizer que os direitos humanos são discursos que não têm um ponto de ancoragem específico e que se apresentam mais como “loose talk” (Sem, 2004, p.1-2).

Aqui está a complexidade que caracteriza o objeto e, igualmente, a dificuldade que ele coloca no plano da observação sociológica: tanto para o jurista, como para o cientista social, os direitos humanos aparecem como direitos *confusos*.

Para sair desse impasse, mobilizamos um instrumental teórico e epistemológico da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, isto é, a distinção “*medium*/forma”.

Luhmann nos convida a analisar os conceitos, como *media*, sendo que estes podem se conceber como envelopes no interior dos quais colocamos as palavras, as ideias. Esses envelopes não têm destinatários, eles são generalizados e inúmeros sistemas podem se referir ao conteúdo deles. Em seu conteúdo, o envelope não oferece uma construção pré-fabricada de sentido: cabe antes ao sistema que seleciona o conceito a tarefa última de selecionar as possibilidades de sentido, as formas que a ele serão atribuídas.

Assim, as formas – como determinação de sentido – “are always stronger and more assertive than the medium [o qual é mais flexível, mais aberto]” (Luhmann, 2000, p. 105). As formas representam somente uma possibilidade entre outras, elas são sempre o fruto de seleções contingentes e, dessa forma, “all forms appear accidental” (Luhmann, 2000, p. 105). Nenhuma determinação de sentido conforme uma forma elimina as “remaining possibilities contained in the medium” (Luhmann, 2000, p. 105). De fato, se, em relação ao *medium*, a possibilidade de sentido selecionada atualiza uma *forma* determinada, um retorno ao mesmo *medium*, operado pela mesma entidade ou ainda por outra entidade, não exclui a possibilidade de construção de outras formas²⁵. O que não significa, por outro lado, que o *medium* seja inesgotável, ou que se possa estender sua elasticidade ao infinito: os *media*, “since they consist of elements, [...] are nonarbitrary [and] impose limits on what one can do with them” (Luhmann, 2000, p. 105). Isso dito, considerar-se-á entretanto que “their arsenal of possibilities is generally large enough to prevent fixation on a few forms” (Luhmann, 2000, p. 105).

Esse instrumento da teoria dos sistemas nos permitiu observar como o sistema de Direito criminal atualizou de diferentes maneiras (formas) os direitos humanos. A perspectiva da teoria dos sistemas nos convida a considerar a semântica dos direitos humanos como uma semântica generalizada, a qual pode inspirar diferentes maneiras de “por em forma” (diferentes “*mises en forme*”) nos diferentes sistemas

25. De outro modo, a formalização operada por uma entidade dada não impede também que essa mesma formalização possa ser reflexivamente realizada como meio, seja pela entidade ela própria, seja por outra entidade.

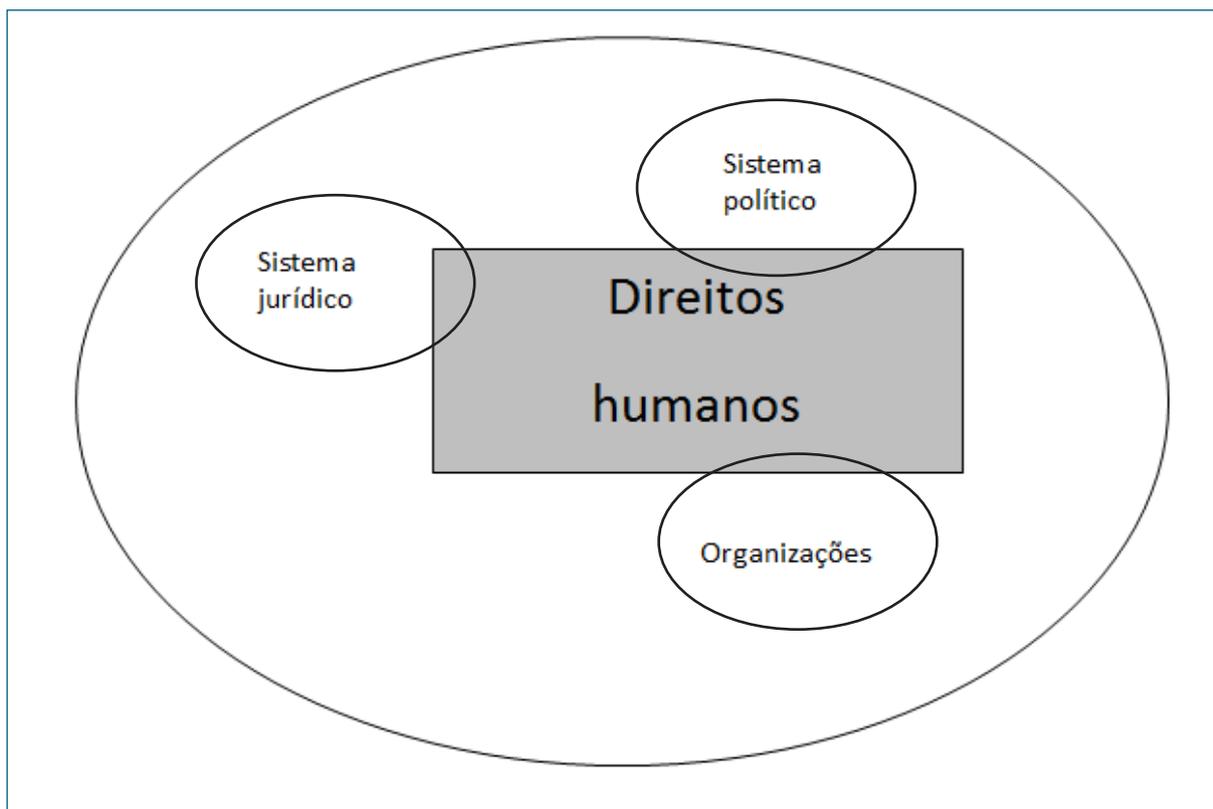


Figura 2. A transversalidade dos direitos humanos

sociais. Ela está também presente no ambiente de todos os sistemas sociais funcionalmente diferenciados. Surge, nesse quadro, o caráter “policontextual” dos direitos humanos, ideia que podemos representar com a ajuda da *Figura 2*.

Assim representados enquanto uma semântica generalizada, os direitos humanos podem a qualquer momento ser selecionados por diferentes sistemas sociais que poderão deles se (re)apropriar levando em consideração a função enquanto sistemas sociais e também a sua identidade. Assim, dentro desta policontextualidade, poder-se-á observar o fato de que os direitos humanos são políticos para o sistema político, do mesmo modo que são jurídicos para o sistema jurídico. O sistema que seleciona (isto é, o sistema que integra) é também aquele que “põe em forma” e que confere às ideias selecionadas um sentido particular²⁶. Em outros termos, o sistema que

recebe determina o sentido dessa recepção. Não há lugar para debater sobre o sentido “verdadeiro” do objeto “policontextual”, nem para se perguntar em definitivo quem tem razão, quem se aproxima mais da verdade ou da essência dos direitos humanos: o político, o jurídico, ou ainda outro sistema social integrador? A questão não é mais a de saber *o que são*, em última instância, os direitos humanos, mas antes de saber – dentro de uma perspectiva de dessubstancialização radicalmente construtivista e emancipada de toda ontologia – o que “são” os direitos humanos *do ponto de vista do sistema que os observa e que os “põe em forma”*.

Como sublinha Amado, os sentidos do objeto “policontextual” “serão tão numerosos quanto os sistemas que integram esse objeto em suas operações, sem que qualquer desses sentidos possa se hipostasiar, como único ou originário” (Amado, 1993, p. 124). Nesse sentido, podemos dizer que, na sociedade moderna, enquanto objeto “policontextual”, os direitos humanos são transversais: eles perpassam diferentes universos de sentido, e o seu sentido varia no contato com esses universos.

26. Sobre essa discussão, Neves (2007) percebe que “What needs to be done is precisely to reconstruct the predominant field of meaning in which human rights are used in political discourse and legal discourse today and from that foundation to tackle the question of their symbolic force with greater clarity” (p. 412).

Certamente, é importante revestir teoricamente o conceito, mas é fundamental efetuar isso sem o “ontologizar”. Em outras palavras, é importante manter aberta a possibilidade que a significação dos “direitos humanos” possa variar não apenas no tempo e no espaço, mas também em função do observador que a observa e que a comunica (sistema político, sistema jurídico, sistema científico, etc.). Assim, o *medium* “direitos humanos” pode conter diferentes possibilidades de formas, as quais serão “diferentemente” exploradas, dependendo do observador e do quadro de referência mobilizado para lhe atribuir um sentido. Deve-se assim revestir o conceito de direitos humanos, não como se fosse uma realidade ontológica, mas *a partir de um ponto de observação específico, a partir de um sistema de referência.*

Essa maneira de observar sociologicamente os direitos humanos permite sair dos impasses nos quais as análises clássicas nos mergulharam. Quando se aceita a “policontextualidade” dos direitos humanos, chega ao fim o debate interminável mencionado acima, no qual estávamos forçados a tomar uma posição sobre se os direitos humanos são morais, jurídicos, ou às vezes morais ou jurídicos, ou filosóficos ou éticos. O problema é resolvido: eles são o que eles são em função do sistema que os considera como tais (políticos para o sistema político, jurídicos para o sistema jurídico, etc.).

Assim, se a teoria dos sistemas, como toda teoria, convida-nos a fazer distinções, é importante observar que esse convite implica que levemos sempre e fundamentalmente em consideração o sistema receptor e seu papel na construção de formas ou na construção do objeto que ele observa. No plano de análise, a teoria dos sistemas permite ainda evitar, baseado nos “efeitos paradoxais” dos direitos humanos, a obrigação de decidir entre os “verdadeiros” e os “falsos” direitos humanos, entre as “boas” ou as “más” formas. Essas distinções, muito difundidas nas análises clássicas, tendem a “ontologizar” o conceito e perdem de vista aquilo que há de mais importante a se considerar em matéria de conceptualização: o reconhecimento dos direitos humanos como *medium*, e não como conteúdo (forma).

Nesse sentido, e a título de exemplo, no quadro da

complexidade interna que caracteriza a sociedade moderna, o *medium* “justiça” permite explorar inúmeras possibilidades de sentido: a possibilidade de sentido selecionada e estabilizada dentro do sistema religioso não é a mesma selecionada e estabilizada no sistema jurídico, filosófico, político, etc. Ademais, em um mesmo sistema social, por exemplo, o sistema jurídico, as possibilidades de sentido podem variar em função de subsistemas internos: no que se refere ao conceito de justiça, a possibilidade de sentido selecionada pelo Direito Civil não é a mesma do Direito Criminal. Observação fundamental no construtivismo radical de Luhmann: cada possibilidade de sentido corresponde a uma forma particular do *medium*, mas “*no form ever expresses the ‘essence’ of the medium*” (Luhmann, 2000, p. 105).

Como essas reflexões nos permitem renovar os horizontes epistemológicos da pesquisa? Diante dessas análises, pudemos formular a hipótese de que inúmeras formas dos direitos humanos podem coexistir, mesmo no interior do sistema de Direito Criminal. A partir do material discursivo retirado das entrevistas com os juízes e com os promotores, tipificamos os *espaços de variação interna* de atualização dos direitos humanos. Um dos resultados deste exercício foi o de distinguir, no interior do sistema penal, os diferentes circuitos de comunicação que utilizam os direitos humanos, sendo que cada circuito de comunicação pode construir as formas que lhe são próprias. Pudemos assim identificar os direitos humanos *do* sistema penal.

Os frutos desse método se tornam rapidamente evidentes no plano de análise. Pudemos identificar um número de “rotinas cognitivas” na comunicação sobre os direitos humanos, espaços no interior dos quais se situam espontânea e recursivamente os atores, quando se pedia para que se referissem ao tema dos direitos humanos, ou que sobre eles refletissem.

Constatamos que esses direitos eram quase sempre pensados em associação com as normas processuais. Com efeito, de maneira recorrente, estável e organizada, os direitos humanos faziam os interlocutores evocar os direitos processuais típicos do garantismo penal clássico: direito a um advogado, direito ao silêncio, direito a uma defesa plena e integral, direito a um processo justo e a um juiz imparcial, todos es-

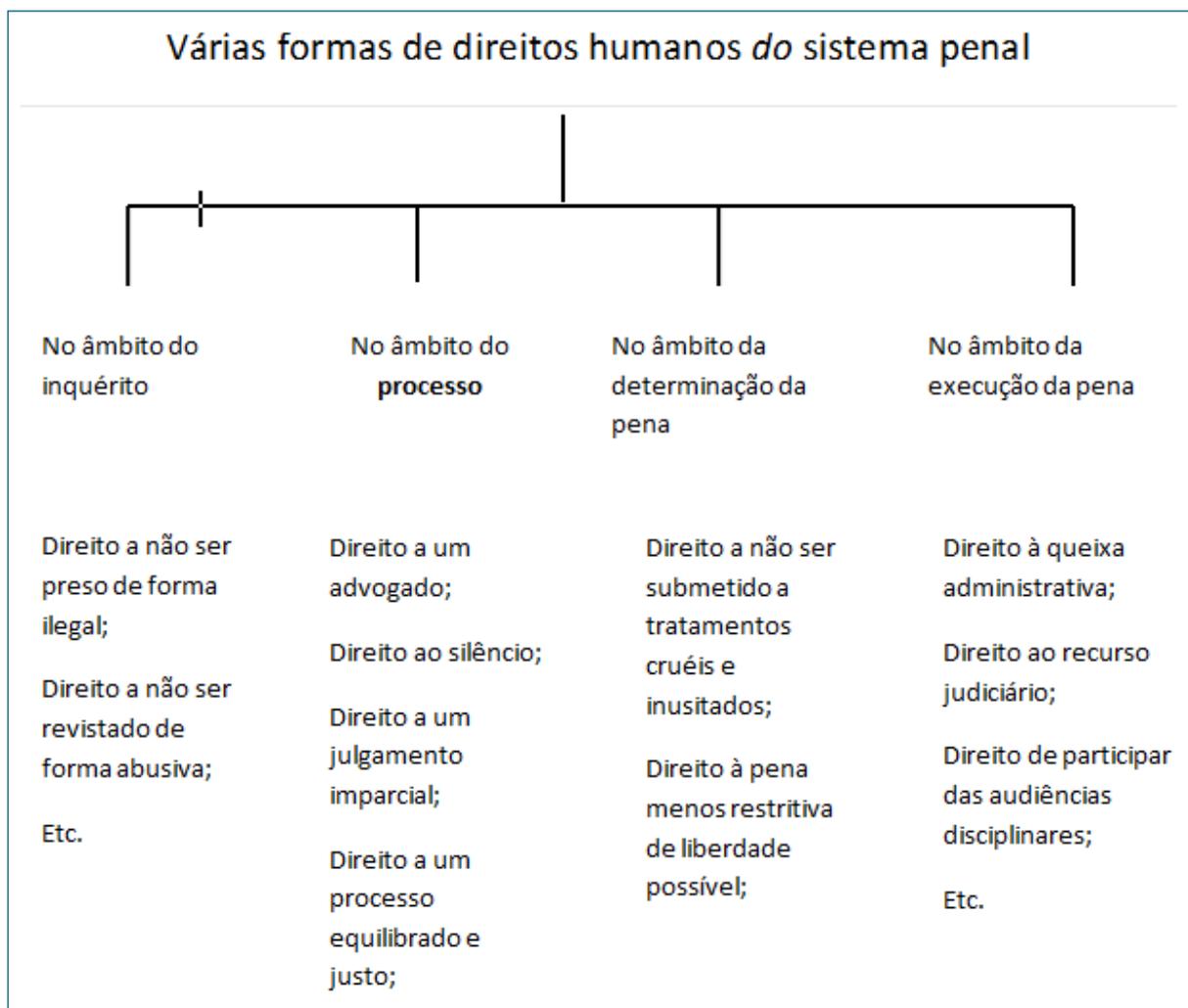


Figura 3. Diferentes formalizações dos direitos humanos do sistema penal

ses direitos cuja missão primeira é a de proteger um acusado e de garantir que as condições de “participação” sejam *equitativas e justas*.

[Juiz # 5, Canadá] Depende do que se compreende por “direitos humanos”, mas eu faço uma adequação... Para mim, para fins da discussão, trata-se dos direitos garantidos pelas Cartas e, notadamente quando são os processos de nossa prática, são os direitos processuais: assim, o direito a um advogado, o direito ao silêncio, o direito a uma defesa plena e integral, bom, o direito a um processo justo por um tribunal independente que não seja tendencioso. Esses são os direitos processuais fundamentais.

dona desta vez a ordem dada pelo desdobramento cronológico do procedimento e usa uma ordem hierárquica dada pela importância que ele atribui a cada um dos direitos mencionados. Lá também, não aparece uma referência às normas sancionadoras.

[Juiz # 5, Canadá] Eu diria que na cultura [dos direitos humanos], em primeiro lugar, está a presunção de inocência. Em segundo lugar, está o direito a uma defesa plena e integral. Em terceiro lugar, está o ônus... Talvez eu devesse dizer que o ônus da prova repousa sobre a presunção de inocência. O direito a um advogado, e portanto, a um advogado que possa trabalhar de maneira eficaz, dispendo do acesso a tudo aquilo que deve ter acesso, etc.

Fato ao mesmo tempo interessante e surpreendente: o juiz 5 retoma sua própria enumeração, mas aban-

A seu modo, cada um desses extratos do juiz 5 apoia a hipótese suscitada até o presente momento, segun-

do a qual se pode observar uma “hipervalorização” dos direitos humanos no processo, mais do que em outro âmbito. Outro exemplo, dessa vez, por parte dos promotores.

[Promotor # 24, Canadá] E, de modo mais concreto, o direito criminal deve funcionar tentando alcançar seus objetivos respeitando os direitos inalienáveis da Carta dos direitos da pessoa, de não ser detido²⁷ de maneira distinta da prevista pelas regras e pela lei aceitável, de não ser investigado, de não ser investigado pela polícia sem saber seus direitos, etc. Deter o direito à assistência de um advogado, de deter o direito ao silêncio. Esses são os direitos constitucionalmente reconhecidos.

Os exemplos que acabamos de apresentar constituíam verdadeiras “rotinas cognitivas” e comunicacionais do material discursivo extraído das entrevistas. De maneira recorrente, quase nenhuma referência foi feita às normas sancionadoras ou à proteção do litigante contra as forças afluídas e geradoras de exclusão social do sistema.

Porém, tais proteções existem, elas aparecem na lista dos direitos fundamentais protegidos: pode-se aqui fazer referência às proteções contra as penas cruéis e excepcionais, o direito à liberdade ou à segurança da pessoa, o princípio da pena de prisão como último recurso, etc. De maneira repetida, notamos que a possibilidade de valorizar esses direitos no plano da determinação da pena resta escondida no ponto cego do observador: No contexto da entrevista, confrontados com este ponto cego, os atores não puderam senão admitir o problema. Os extratos a seguir testemunham isso:

[Juiz # 4, Canadá] Não se levam em consideração [os direitos humanos constitucionalizados] no nível da pena.

[Promotor # 13, Canadá] Isso não quer dizer que não se pensa [nos direitos humanos], mas é certo que eles detêm menor prioridade, pois

27. Faz-se aqui referência à prisão preventiva, e não à pena privativa de liberdade.

a importância da pena justifica que eles sejam violados, que os direitos humanos sejam colocados de lado: o direito à liberdade, o direito à... Esses direitos são considerados, mas não pesam muito na balança.

Nas comunicações sobre as normas de procedimento, os direitos humanos pareciam ser reduzidos a formas muito estabilizadas, enquanto que tudo se mostrava de modo muito mais precário e confuso do lado das normas sancionatórias. Com base na empiria, pudemos observar uma “hipervalorização” dos direitos humanos no âmbito das normas de procedimento e elos mais frágeis, às vezes inexistentes – e mesmo desvalorizados – no âmbito das normas sancionatórias. No interior de nossa pesquisa, a “desontologização” do conceito de “direitos humanos” permitiu elaborar uma descrição mais fina do modo segundo o qual esses direitos foram recepcionados pelo sistema penal e permitiu ainda chegar a um dos resultados mais importantes da análise: os direitos humanos detêm uma dimensão contestadora e subversiva com relação ao poder do Príncipe *no âmbito do processo*, mas eles as perdem assim que adentram no âmbito das penas.

Explicar esse resultado de pesquisa não é um objetivo da presente reflexão. O objetivo era aqui apenas apoiar-nos sobre uma ilustração empírica para poder chamar a atenção de nosso leitor sobre o alcance heurístico da estratégia de dessubstancialização, da maneira que acabamos de aplicar sobre o conceito jurídico de direitos humanos. Apenas após ter dessubstancializado o conceito é que pudemos sair da confusão que o cerca, podendo o observar *de um ponto de vista empírico*. Foi necessário separar o conceito de sua “substância”, destacá-lo das formas e dos conteúdos com os quais estamos habituados a justapô-lo. Apenas depois pudemos observar, de fato, as diferentes formas que o *medium* “direitos humanos” recebeu no interior do sistema penal.

A dessubstancialização das categorias jurídicas aparece assim como uma condição de possibilidade para a observação do direito *de um ponto de vista externo*. Ela nos obriga a criar uma distância com relação às categorias jurídicas produzidas pelo ponto de vista interno, pois trata-se do único modo de “controlar”

a qualidade da observação e sua “independência”. A observação pode então determinar e construir o objeto e evitar ser ela mesma determinada ou construída por este objeto. Esse modo de proceder permitiu produzir descrições e distinções mostrando que os efeitos dos direitos humanos são diferenciados e variam de acordo com o circuito de comunicação dentro do qual eles operam, de acordo com as estruturas do sistema dentro do qual eles são aplicados, de acordo com as questões a serem tratadas. Munidos de tais distinções, fomos capazes de captar e precisar mais o paradoxo localizado na origem de nossa pesquisa: que os direitos humanos, podendo penetrar em diferentes universos de sentido, apegam-se a diferentes valores, ideias, conceitos, teorias. Dito de outra forma, os direitos humanos podem produzir, por meio de “afinidades eletivas” entre os elementos reunidos, efeitos subversivos, progressistas, conservadores, moderados, repressivos. Ou seja, tudo e seu oposto. Com relação à questão de saber se os direitos humanos exercem um papel de *contenção* e de *correção* das tendências repressivas contemporâneas, ou se *a contrario* se pode reconhecer neles um papel de *impulsão* e de *legitimação*, podemos agora afirmar, com base na empiria e graças ao trabalho de dessubstancialização, que eles exercem de fato os dois papéis, conforme o situemos no âmbito do processo ou no das penas.²⁸

Na seção seguinte, sistematizaremos as ideias que podem contribuir para uma transformação de nosso modo de fazer a pesquisa em Direito, e que têm mais particularmente o potencial de favorecer a pesquisa multidisciplinar e o diálogo entre o Direito e as Ciências Sociais.

28. Se não é duvidoso que os direitos humanos poderiam e continuam a exercer um papel *garantista* no âmbito do processo penal, não é impossível imaginar retrocessos possíveis a este respeito. Por exemplo, em um contexto que se tornou recentemente familiar para nós, onde a ameaça do terrorismo é construída como real e iminente, parece haver uma fragilização dos direitos humanos no plano do processo. Inúmeras razões desse tipo podem “irritar” o sistema de garantias processuais – sendo a observação delas uma questão empírica. Dito isso, é verdade que o sistema de referência com relação ao qual avaliamos esses desvios ou manifestações problemáticas é o do *garantismo* processual protetor dos direitos dos acusados, herdado do direito penal da primeira modernidade.

5 Observar o Direito a partir de um ponto de vista multidisciplinar: retorno sobre a distinção olhar interno/olhar externo

A possibilidade de diálogo entre diferentes formas de produção do saber, entre diferentes teorias ou disciplinas, não é óbvia. Do mesmo modo, a observação do Direito de um ponto de vista multidisciplinar não é óbvia, e isso apesar da ebulição de ideias suscitadas nos últimos anos pelos estudos que reclamaram tal orientação. Em *Law as a Social System* (1993 [2004]), Luhmann problematiza a possibilidade de um diálogo entre diferentes disciplinas, mais especificamente entre o Direito e a Sociologia:

Defining the object in the pluralist context of science involves the possibility, in fact the very real probability, that different theories and to an even greater extent different disciplines will define their objects differently and so fail to communicate with each other. They talk about different things even if they use the same terms, as in our case the term “law”. This makes it easy to fill page upon with “debates”, but these debates have no resolution, or at best only serve to sharpen the weaponry of each side. In fact, each side misses the others’ point. This problem is particularly acute in the case of the relationship between legal knowledge and sociology (Luhmann, 2004, p. 57).

O autor indica claramente que as preocupações dos juristas e do Direito (a dimensão normativa, a do dever-ser) são diferentes da preocupação da Sociologia (descrever o que é, explicar o que é). “Sociologists”, explica Luhmann, “explain the law from outside and lawyers observe the law from inside” (Luhmann, 2004, p.59).

Nesta última sessão, apoiando-nos na teoria da observação desenvolvida por Luhmann em sua teoria dos sistemas sociais, propusemos retomar a distinção olhar interno/olhar externo, com o objetivo de compreender melhor as diferentes contribuições complementares que essas duas abordagens nos oferecem, bem como com o objetivo de sugerir que uma e outra podem ser “praticadas” tanto por juristas, quanto por cientistas sociais. Com efeito, a qualidade do olhar não é ditada pelo campo disciplinar do

observador, mas mais pelo lugar de observação que este privilegia. Uma das ideias da qual se deve se desfazer se se pretende renovar o horizonte epistemológico da pesquisa em Direito é aquela que sugere que os juristas estão “condenados” a manter um olhar interno e, portanto, dogmático, sobre o Direito. Pretendemos sugerir que não se deve continuar a alimentar o “combate” entre o ponto de vista externo e o ponto de vista interno, nem mesmo pressupor que o ponto de vista externo é necessariamente melhor que o ponto de vista interno. Utilizamos aqui uma ideia forte da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a saber, a de que “cada análise sociológica não é senão uma observação que corresponde a certo ponto de vista, a certa teoria ou a certo método”, o que faz com que o sociólogo seja ele também percebido a partir de outros pontos de vista: “não há, assim, senão observações de observações que se entrecruzam, não se podendo postular que um ponto de vista seja privilegiado em relação a outro” (Alois, 1994, p. 19).

Certamente se deve ter em mente as diferenças entre o olhar interno e o olhar externo, mas o que se deve reter finalmente é mais o aspecto complementar do que o aspecto antagonista das duas abordagens, bem como as possibilidades de observações *diferenciadas* que elas criam – cada uma a sua maneira. Neste quadro, torna-se possível reconhecer, sem dogmatismo e sem ideologia, que o olhar interno permite observar coisas que escapam ao olhar externo, e vice-versa.

“Quem pode então dizer o que sobre o Direito?”. Para responder enfim a essa questão, deve-se colocar primeiramente a questão de se saber qual é o sistema que observa o Direito. Em outros termos, a observação do Direito é feita a partir do sistema jurídico, ou a partir do sistema científico (da Sociologia do Direito, ou de outra Ciência Social)? Se a observação do Direito é realizada a partir do sistema jurídico, o conhecimento produzido é um conhecimento *sobre* o Direito, produzido *pelo* Direito e *para* o Direito. Se, por outro lado, a observação do Direito é realizada a partir do sistema científico, o conhecimento assim produzido é um conhecimento *sobre* o Direito, produzido *pelo* sistema científico e *para* o sistema científico. O que vai determinar o *conteúdo* e a *caracterização* da observação depende, ainda uma vez, do sistema de referência privilegiado pela observação. A questão que surge

é saber se o observador (seja o jurista, seja o cientista social) observa a partir de distinções próprias do sistema jurídico, ou se ele observa a partir de distinções próprias do sistema científico. Evidentemente, para que o observador possa fazer isso, ele deverá conhecer as convenções, os paradigmas, os principais debates teóricos e os instrumentos metodológicos dos dois sistemas, isto é, ele deve conhecer as distinções do jurista e as do sociólogo; ele deve, por assim dizer, “frequentar” as duas disciplinas. Assim, se ele observa a partir do sistema jurídico e se ele mobiliza as distinções do Direito, seu ponto de vista é necessariamente interno, mas, se ele observa a partir do sistema científico e as distinções estabelecidas por esse sistema social, seu ponto de vista é necessariamente externo. O jurista pode produzir então conhecimento científico sobre o Direito, isto é, ele não é restringido pelos cabrestos dogmáticos do Direito ou por suas teorias normativas internas. Por outro lado, nada impede que um sociólogo do Direito adote um ponto de vista interno e proponha, para os atores judiciais, soluções normativas ou modelos normativos que possam fornecer uma alternativa frente aos que são produzidos pela teoria do Direito ou pela doutrina, de modo a contribuir à complexificação das estruturas internas do Direito. Ele pode se atribuir a tarefa de produzir conhecimento “audível” ou inteligível para o ponto de vista interno, sensível às convenções do sistema jurídico – a decisão última de selecionar ou não o conhecimento assim produzido pertence certamente ao próprio sistema. A ideia que se deve reter aqui é que a observação não é uma operação ontológica cristalizada de uma vez por todas, mas um ponto de vista particular que se pode adotar para perceber “X” em determinado tempo “t”, e que pode ser deixada de lado em favor de outro ponto de vista que opta por observar “Y” no momento “t+1”. Nesse sentido, não podendo adotar simultaneamente o ponto de vista do Direito e o das Ciências Sociais, tanto o jurista como o cientista social podem observar o Direito de um ponto de vista externo ou de um ponto de vista interno. Essa postura permite melhor compreender porque um mesmo indivíduo ou pesquisador pode ser simultaneamente jurista, cientista, ou mesmo, um ativista²⁹. A partir do momento em que ele distingue,

29. A título exemplificativo, um mesmo indivíduo pode ser professor de Direito, pleitear perante a Corte Suprema do Canadá em

a cada vez, as contingências típicas de cada ponto de vista, ele pode adotar os três, simultaneamente.

Dentro dessa perspectiva, seja nas descrições jurídicas produzidas pelo jurista, seja nas descrições (igualmente jurídicas) do cientista social que observou o Direito tendo em vista as distinções do Direito, nos dois casos estaríamos diante de descrições que podem se conceber como materiais jurídicos *suscetíveis* de participar de operações e de mecanismos de autorreprodução do sistema jurídico, se o sistema assim “decidir”.

Como explicar então os problemas persistentes entre Direito e Ciências Sociais? Como disse Jacques Commaille (1991, p. 13), “entre construir a ordem e construir o sentido, pode haver aproximações insuportáveis, riscos de confusão ou incompatibilidades”. No que se refere às aproximações insuportáveis, pensamos que uma grande parte dos mal-entendidos entre o Direito e as Ciências Sociais derivam do fato de que os pesquisadores parecem ter uma grande dificuldade para tomar uma distância com relação às categorias e às convenções do Direito. É disso que derivam os riscos de confusão, pois, por falta de um distanciamento crítico, o pesquisador tende a reproduzir aquilo que Bourdieu denomina “discurso semierudito”, misturando o “semiconstruído” e o “semiconcreto” (Bourdieu, 1991, p. 72), um discurso no qual o pesquisador não consegue fazer a ruptura epistemológica com seu objeto.

Finalmente, no que se refere às incompatibilidades, associamo-las em boa parte ao fato de que frequentemente as pesquisas sobre o Direito que adotam o ponto de vista das Ciências Sociais – realizadas, na maior parte das vezes, por observadores de Ciências Sociais – não levam o Direito suficientemente “a sério”. Para criar as condições de “escuta” entre o Direito e as Ciências Sociais e a possibilidade que o diálogo seja verdadeiramente um, devemos aprender a complexificar e a olhar de maneira mais crítica, não exclusivamente as insuficiências do olhar interno, mas também os pontos cegos que caracterizam

uma causa e publicar artigos em revistas científicas que se encontram dentro do campo disciplinar da Sociologia do Direito. Esses três contextos exigem desse indivíduo o domínio de três tipos distintos de vocabulário, de convenções, de normas, de modos de agir, de modos de falar, diferentes formas de pensar e de perceber.

frequentemente o olhar externo. Como afirma Luhmann (2004),

A sociological theory of law would, therefore, lead to an external description of the legal system. However, such a theory of law would only be an adequate theory if it described the system as a system that describes itself (and this has, as yet, rarely been tried in the sociology of law. (p. 59).

Como fazer para favorecer esse tipo de pesquisa? Eis a questão que devemos nos fazer. Somos da opinião de que a dessubstancialização das categorias é uma condição essencial para garantir a qualidade da observação externa e também para permitir a possibilidade de pesquisas multidisciplinares em Direito que não percam de vista a maneira pela qual o sistema de Direito se autodescreve. A noção de multidisciplinaridade abrange inúmeros sentidos, os quais não podemos infelizmente desenvolver neste texto. Basta dizer que, em um sentido geral, uma pesquisa pode ser considerada multidisciplinar a partir do momento em que ela mobiliza os paradigmas, as teorias e às vezes os métodos de ao menos duas disciplinas. Assim, um mesmo pesquisador que “frequente” duas disciplinas, que conheça os principais paradigmas teóricos e epistemológicos de duas disciplinas, pode fazer uma pesquisa multidisciplinar. Outro modo de fazer, cada vez mais em voga, é por meio da mobilização de equipes multidisciplinares, em que pesquisadores pertencentes a diferentes disciplinas trabalham em conjunto em torno de um tema. Neste último caso, parece-nos essencial explicitar previamente as diferentes formas que pode receber um conceito/*medium* para cada uma das disciplinas implicadas na pesquisa. Esse raciocínio se aplica com relação a qualquer conceito central a uma pesquisa. Se os pesquisadores não estão atentos às diferentes maneiras disciplinares de construir as formas de um mesmo *medium*, encontrar-nos-emos diante de uma cacofonia disciplinar ou diante de um “diálogo sem troca”. Na realidade, há dois cenários típicos que podem ser produzidos: o que acabamos de mencionar, o qual corresponde a um trabalho “multidisciplinar” semelhante ao “diálogo de surdos” do qual falara Luhmann (2004, p. 57), ou se pode imaginar um cenário de imperialismo disciplinar, no qual uma disciplina se sobrepõe às outras, comprometendo a

própria ideia de interdisciplinaridade. Esse último cenário pode ocorrer a qualquer momento: na escolha dos pontos de partida, da construção das hipóteses, do trabalho de campo, etc. Pode ocorrer, por exemplo, que no momento da redação de um relatório de pesquisa, uma das disciplinas – frequentemente o Direito, nas pesquisas multidisciplinares “com (muito) Direito” – imponha seu vocabulário, suas categorias e assim, necessariamente, sua “visão de mundo”. Para evitar esse problema, é essencial que cada um tenha presente o modo como cada um constrói diferentemente as formas de um mesmo *medium*. Trata-se esta de uma condição necessária, suscetível de permitir que a observação se realize a partir de pontos múltiplos e conforme um “diálogo com troca”. Sem esse entendimento não é possível que todos possam participar, retirar proveitos das contribuições dadas por uns e por outros e, com isso, aprender. Essa perspectiva poderia assim se apresentar como uma solução ao problema identificado por Luhmann, relatado por Teubner:

What is missing, according to Luhmann, is a “conceptual system oriented towards social policy which would permit one to compare the consequences of different solutions to problems, to accumulate critical experience, to compare experiences from different fields, in short: to ‘learn’” (Luhmann, 1970 apud Teubner, 1983, p. 264).

Nesse sentido, podemos adicionar que, de um ponto de vista interno, as propostas que sugerimos favorecem a “aprendizagem”, isto é, elas podem revelar aos participantes do sistema jurídico as estruturas cognitivas latentes que moldam, enquadram e limitam a concepção dos possíveis, ou ainda, elas estimulam a sua criatividade e podem, desde logo, contribuir ao aprimoramento da qualidade dos modelos normativos e das premissas que emolduram a tomada de decisão. O Direito não precisa se tornar ciência (se tal fosse possível), nem ser concebido como tal para aprimorar suas próprias observações, voltadas sobre ele mesmo ou sobre seu ambiente. Em nossa opinião, a via traçada pelas três estratégias analisadas neste trabalho, ao criar pontos de contato entre o Direito e seu ambiente, criam também para o Direito novas possibilidades evolutivas e permitem levá-lo a se tornar mais reflexivo e mais crítico, ou ainda, a produzir

soluções e vias mais bem adaptadas à complexidade do mundo social que ele se propõe a regular.

Do ponto de vista externo, as propostas epistemológicas analisadas nos levam a descrições mais rigorosas, à descoberta de novos ângulos de observação, a distinções que verdadeiramente *distinguem* e que são uma condição *sine qua non* de toda observação. Como pudemos observar, as três propostas nos levam a manter uma distância prudente com relação às convenções do Direito, distância esta absolutamente necessária para poder observar, analisar e explicar o Direito de um ponto de vista externo. A partir do momento que concordamos em dizer aquilo que é completamente claro, ou seja, que a ciência não pode trabalhar com essências, a desontologização das categorias jurídicas revela ser de indiscutível utilidade para a observação que adota o ponto de vista externo.

O conhecimento produzido pelas Ciências Sociais a partir dessas premissas epistemológicas não terá, por si só, um impacto *imediato* no sistema jurídico. Apenas quando este vir no conhecimento produzido pelas Ciências Sociais uma utilidade prática para sua tomada de decisão, ele deverá converter esse material não-jurídico em material jurídico.

6 Conclusão

Neste estudo, apresentamos três propostas que nos parecem poder enriquecer o horizonte epistemológico da pesquisa empírica em Direito e contribuir para o desenvolvimento de uma nova concepção de trabalho de pesquisa dentro de uma perspectiva multidisciplinar inspirada por métodos construtivistas das Ciências Sociais. Deve-se sublinhar que toda nossa reflexão foi encaminhada tendo como base referencial a disciplina da Sociologia e, como metodologia de pesquisa, a análise qualitativa baseada em entrevistas semiestruturadas, e não visa a uma generalização que englobe outras disciplinas de referência, outras epistemologias ou outras metodologias.

Relembramos, ainda uma vez, que essa abordagem é *complementar* à das teorias sociológicas que atribuem ao indivíduo um lugar privilegiado na análise, e não busca de forma alguma a recolocar em questão os méritos dos resultados produzidos por essas pes-

quisas. A postura epistemológica que apresentamos nos convida a simplesmente considerar outro ponto de observação para a análise, com a esperança de que, fazendo isso, possamos observar *alguma coisa a mais* e, desse modo, contribuir lançando um pouco de luz sobre os pontos cegos que uma análise centrada sobre o indivíduo não permite levar em consideração. Ressaltamos, a esse respeito, que os pontos cegos são incontornáveis, eles existem em *toda* observação, não importando a perspectiva adotada. Em outras palavras, não há relação hierárquica entre os pontos de vista interno e externo, eles são necessariamente sempre – e em todo lugar – *limitados*.

Dito isso, o esforço de distanciamento do jurista com relação a certas formas fixas do pensamento jurídico pode levá-lo a ver os *possíveis não atualizados*, ou ainda a reconstruir os possíveis esquecidos, ocultados ou abandonados. Para retornar à teoria dos sistemas, cada sistema pode voltar a chamar (*recall*) “internal contexts from the past” e mudar a orientação da comunicação, a forma das ideias e os critérios de decisão na origem das práticas (Luhmann, 2004, p. 306, 327). Pode-se descrever a atividade da Corte Suprema do Canadá, quando ela se refere, por exemplo, ao artigo 7 da *Carta Canadense de Direitos e Liberdades* e formula um novo princípio de justiça fundamental, como uma forma de desenvolvimento de um *possível não atualizado*.

Dever-se-ia em pesquisas futuras levar em consideração o modo pelo qual o Poder Judiciário se apropria do conhecimento produzido pelas Ciências Sociais – uma questão que é importante em termos de reforma do Direito, mas que é ainda pouco problematizada. Por outro lado, pode-se notar – e nossos resultados de pesquisa apontam esse sentido – um possível crescimento da sensibilidade dos juizes canadenses (incluindo os da Corte Suprema do Canadá) com relação aos saberes produzidos pelas Ciências Sociais. O que não deixa de estar relacionado à evolução do papel dos tribunais nas sociedades contemporâneas após a constitucionalização dos direitos humanos realizada nas últimas décadas. Como indica a Juíza Presidente da Corte Suprema do Canadá, Beverly McLachlin (1990, p. 43), “more and more, courts are being called upon to decide questions of central importance to great number of individuals in our society;

questions which go far beyond the traditional areas of legal scrutiny into the uncharted waters of central social issues”. Solicitar-se-á a ajuda do cientista social como perito³⁰ em certas causas que poderiam se beneficiar do conhecimento de inúmeras disciplinas sociais e, mais ainda, aceitar-se-á o conhecimento produzido pelas Ciências Sociais como elementos de prova³¹, ou ainda, como saberes que fornecem ao Direito parâmetros aptos a guiar e a emoldurar a análise constitucional³², sobretudo nos casos em que se opõem diferentes direitos e diferentes valores. Daí a importância para as Ciências Sociais de produzir conhecimento que possa ser utilizado pelo Direito e que seja sensível ao ponto de visto interno e à situação dos atores judiciais, os quais são *obrigados* a decidir no interior de restrições organizacionais, materiais e cognitivas sólidas. Recentemente, em uma decisão “ousada” relativa aos artigos relacionados à prostituição, na decisão *Bedford*³³, a juíza Himel da Corte Superior de Ontário não hesitou em se apoiar sobre o conhecimento produzido pelas Ciências Sociais e, mais especificamente, pela Sociologia. Lem-

30. No caso *R. c. Labaye*, a Corte Suprema do Canadá menciona: “O juiz afirma uma moral social que não está necessariamente vinculada às crenças pessoais, mas que tem origem nos valores da população, nomeadamente naqueles refletidos na legislação em matéria sexual. Neste particular, o juiz pode, apesar de seu papel de intérprete da moral social, assegurar um grau de objetividade suficiente, bastando recorrer aos valores que afirma a legislação. O perito, frequentemente especialista em Ciências Sociais, ajudará também o juiz em sua tarefa e permitirá assegurar um grau de objetividade suficiente.” (R. c. Labaye [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80).

31. Ver, por exemplo, o caso *R. c. Bryan*: “No caso, considerando que é difícil calcular o prejuízo causado pela perda de confiança do público no sistema eleitoral, ou pela violação do princípio de igualdade de informação, a lógica e a razão conjugadas a certos elementos de prova extraídos das Ciências Sociais poderiam constituir prova suficiente do prejuízo.” (R. c. Bryan [2007] 1 R.C.S. 527, 2007 CSC 12).

32. A Corte Suprema, com relação a este ponto, no interior de um conflito entre Direitos e valores: “Trata-se de determinar se o regime legislativo estabelece um equilíbrio constitucional entre dois valores que a lei constantemente defendeu: de um lado, o direito fundamental da pessoa de tomar sozinha decisões que dizem respeito a seu corpo e, de outro lado, a proteção das crianças vulneráveis. Deve-se para tanto examinar o regime legislativo, o *common law* relativo à tomada de decisões médicas no caso dos adultos e dos menores, a jurisprudência internacional (a título comparativo), assim como as publicações jurídicas e das Ciências Sociais pertinentes. As constatações que emergem desse exame guiarão a análise constitucional.” (A.C. c. Manitoba Directeur des Services à l’Enfant et à la Famille), 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181).

33. *Bedford v. Canadá*, 2010 ONSC 4264.

bramos que a juíza Himel teve a coragem de produzir uma comunicação *desviante*, que não pretendia reproduzir o sistema de maneira redundante, mas que visava à inovação, à mudança do estado de Direito em relação às condições de vida e de trabalho dos profissionais e das profissionais do sexo. Nesse tipo de decisão, em que os juízes se encontram muito pouco apoiados do ponto de vista cognitivo e decisório pelo sistema ao qual eles pertencem (sistema jurídico), eles podem fundar sua decisão recorrendo ao conhecimento produzido pelo sistema científico, pelas Ciências Sociais em particular.

Por todas essas razões, o Direito e as Ciências Sociais têm interesse em aprimorar a qualidade das contribuições que eles trocam. A pertinência deste diálogo é cada vez mais importante no universo jurídico em nossa sociedade moderna: a maior parte das questões contemporâneas da sociedade (direitos religiosos, direitos de minorias, direitos das mulheres, direitos dos povos autóctones, direito ao suicídio assistido, direito ao casamento entre casais do mesmo sexo, direitos reprodutivos, etc.) é pensada e decidida mais e mais com a ajuda de semânticas jurídicas que se caracterizam por sua “textura aberta”, como a semântica dos direitos humanos ou a dos princípios de justiça fundamental. Essas questões exigem, daqueles que *pensam* ou *dizem* o direito, criatividade, imaginação jurídica e abertura cognitiva e normativa face as diferentes possibilidades de regulação, face a concepção de diferentes “possíveis”. Em um mundo plural multicultural e diversificado, a especificação e o enquadramento pelo Direito de tais questões fundamentais que encontramos no centro de nossa modernidade não poderão passar sem o conhecimento produzido pelas Ciências Sociais. Nesse contexto, o conhecimento social produzido “com o Direito” pode “interessar” mais o Direito e terá mais chances de ser selecionado pelo Direito e de produzir em seu seio uma variedade inovadora, tanto do ponto de vista descritivo, como do ponto de vista normativo.

////////////////////////////////////

7 Referências

7.1 Fontes Primárias

- Cour Supérieure de Justice - Ontario. *Bedford v. Canada* (2010).
- Cour Suprême du Canada. *Reine c. Labaye* (2005).
- Cour Suprême du Canada. *Reine contre Bryan* (2007)
- Cour Suprême du Canada A.C. c. *Manitoba Directeur des Services à l'Enfant et à la Famille* (2009)

7.2 Fontes Secundárias

- Alois, H. (1994). Introduction à la Sociologie de Niklas Luhmann. *Sociétés*, 43, 17-27.
- Amado, J. A. G. (1993). La société et le droit chez Luhmann. In A.-J. Arnaud, & P. Guibentif (Dir.). *Niklas Luhmann Observateur du Droit*. Paris: L.G.D.J.
- Bachelard, G. (1938). *La formation de l'esprit scientifique*. Paris: Vrin.
- Bourdieu, P. (1986) La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 3-19.
- Bourdieu, P. (1991). Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective. In F. Chazel, & J. Commaille (Dir.). *Normes juridiques et régulations sociales*. Paris: L.G.D.J.
- Chenail, R. J. (1995). Presenting qualitative data, *The qualitative report*, 2 (3). Disponível em <http://www.nova.edu/ssss/QR/QR2-3/presenting.html>.
- Commaille, J. (1991). Normes juridiques et régulation sociale. Retour à la Sociologie générale. In F. Chazel, & J. Commaille, Jacques (Dir.). *Normes juridiques et régulations sociales*. Paris: L.G.D.J.
- Cotterell, R. (1998). Why must legal ideas be interpreted sociologically?. *Journal of Law and Society*, 25 (2), 171-192.
- Delmas-Marty, M. (1997). Le droit est-il universalisable? In J.-P. Changeux (Dir.). *Une Même Éthique pour Tous?* Paris: Odile Jacob.
- Dupret, B. (2006). *Droit et Sciences Sociales*. Paris: Armand Collin.
- Durkheim, É. (1897) Essais sur la conception matérialiste de l'histoire. *Revue Philosophique*, 44, 645-651.
- Edwards, J. L. (1971). Forward. In J. Hogarth. *Sentencing as a human process*. Toronto: University of Toronto.
- Foucault, M. (1975) *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Gallimard.
- Graf, H. (2010). Interviewing Media Workers. *Mediekultur, Journal of Media and Communication Research*, 49, 94-107.
- Haan, W. (1990). *The politics of redress: Crime, punishment, and penal abolition*. London/Boston: Unwin Hyman.
- Heider, F. (1926). Ding und Medium. *Symposium*, I, 108-57.
- Hogarth, J. (1971) *Sentencing as a human process*. Toronto: University of Toronto.
- Kerchove, M. van de; & Ost, F (1988). *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris: PUF.
- Lévi-Strauss, C. (1964). *Mythologiques: Le Cru et le Cuit*. Paris: Plon.
- Luhmann, N. (1985). *A sociological theory of Law* (2 ed). London: Routledge/Kegan Paul.
- Luhmann, N. (1989). Le droit comme systeme social. *Droit et Société*, 11 (12), 45-70.
- Luhmann, N. (2000). *Art as a social system* (2 ed). Stanford: Stanford University.
- Luhmann, N. (2002). What is communication? In W. Rasch (Ed.). *Theories of distinction – Redescribing the descriptions of Modernity*. Stanford: Stanford University.
- Luhmann, N. (2004). *Law as a social system*. Oxford: Oxford University.
- Martuccelli, D. (2002). *Grammaires de l'individu*. Paris: Gallimard.
- Mclachlin, B. (1990). The role of the court in the post-Charter Era: Policy-maker or adjudication. *University of New Brunswick Law Review*, 39.
- Neves, M. (2007) The symbolic force of human rights. *Philosophy & Social Criticism*, 33 (4), 411-444.
- Parsons, T. (1977). Law as an intellectual stepchild. *Sociological Inquiry*, 47 (3-4), 11-58.
- Pires, A. (1995). Le sens du probleme et le sens de l'approche: Pour une nouvelle conception du travail methodologique. *Revue de l'Association pour la Recherche Qualitative*, 13.
- Pires, A. (1998). Aspects, traces et parcours de la rationalite penale moderne. In: C. Debuyst, F. Digneffe, & A. Pires (Orgs.). *Histoire des savoirs sur le crime & la peine* (La rationalite penale et la naissance de la criminologie, v. 2). Bruxelles: De Boeck Université/Presses de l'Université de Montréal/Presses de l'Université d'Ottawa.
- Pires, A. (2001). La rationalite penale moderne, la societe du risque et la juridicisation de l'opinion pu-

- blique. *Sociologie et Sociétés*, XXXIII (1), 179-204.
- Pires, A.. (2004a). Racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na Modernidade tardia, *Novos Estudos (CEBRAP)*, 68, 39-60.
- Pires, A. (2004b). La recherche qualitative et le système penal. Peut-on interroger les systèmes sociaux? In D. Kaminski, & M. Korkoref (Dir.). *Sociologie Pénale: Système et Expérience. Pour Claude Faugeron*. Ramonville Saint-Ange: Érès.
- Pires, A., & Garcia, M. (2007) Les relations entre les systemes d'idees: Droits de la personne et theories de la peine face à la peine de mort. In Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, & S. van Drooghenbroeck (Dir.). *Les Droits de l'Homme, Bouclier ou Épée du Droit Pénal?* Belgique: Facultés Universitaires Saint-Louis/Bruylant.
- Peces-Barba Martinez, G. (2004). *Théorie générale des droits fondamentaux* (Collection Droit et Société, v. 38). Paris: L.G.D.J./Maison des Sciences de l'Homme..
- Seidl, D. (2005) Glossary to Niklas Luhmann's terminology. In D. Seidl, & K. H. Becker (Dir.). *Niklas Luhmann and Organization Studies*. Copenhagen: Liber & Copenhagen Business School.
- Sen, Amartya. (2004) *Elements of a theory of human rights*. Oxford: Author. (Mimeografado, a partir da Conferência Why Invent Human Rights, de 14.11.2002).
- Teubner, G. (1983). Substantive and reflexive elements in Modern Law, *Law and Society Review*, 17 (2), 239-285.
- Teubner, G. (1989). How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law, *Law & Society Review*, 23 (5), 727-757.
- Teubner, G. (1996). *Droit et Réflexivité: l'Auto-référence en Droit et dans l'Organisation*. Paris/Bruxelles: L.G.D.J./Bruylant.