
**DECISIONE GIUDIZIARIA E PRODUZIONE SCIENTIFICA: RELAZIONI
FRA LA LEGGE E LA SCIENZA GIURIDICA*****JUDICIAL DECISION AND SCIENTIFIC PRODUCTION: RELATIONS
BETWEEN LAW AND LEGALSCIENCE******DECISÃO JUDICIAL E PRODUÇÃO CIENTÍFICA: RELAÇÕES ENTRE
DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA*****GISELLE MARIE KREPSKY**

Dottore in Diritto Pubblico (UNISINOS). Master in Educazione. Avvocata. Ricercatrice del Gruppo di Ricerca CNPq: Diritti Fondamentali, Cittadinanza e Giustizia, attuando nelle linee: Sistema Giuridico e Produzione della Conoscenza; Bioetica; Cittadinanza e Diritti Umani; Differenziazione, Complessità e Rischio. Insegnante titolare del Corso di Diritto (FURB). Ha recentemente pubblicato il libro: Il Diritto e la Scienza: decisione giudiziaria e produzione scientifica sotto un'osservazione sistêmica, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017. Ricerca con l'assistenza CAPES - 02/2013-Dinter.

RIASSUNTO

Obbiettivo: Questo articolo presenta un'osservazione dei Sistemi del Diritto e della Scienza a partire dalla relazione fra quanto è comunicato scientificamente sul Diritto e quanto è giudicato dal Tribunale di Giustizia di Santa Catarina. L'obbiettivo è stato quello di identificare se vi sia correlazione fra quanto comunicano i Programmi di Dottorato in Diritto in Brasile e quanto si giudica nel Tribunale.



Metodologia: Come supporto metodologico, è stato scelto il metodo di procedura funzionalista. Per la teoria luhmanniana, il metodo funzionalista consente il confronto di equivalenti funzionali e ha un doppio significato: mostrare distinzioni che non sono visibili ai sistemi osservati e portare ciò che è noto e familiare nei sistemi in un contesto di altre possibilità. Oltre alla ricerca bibliografica, documentaria e giurisprudenziale, sono state utilizzate analisi testuali discorsive (DTA) e analisi dei contenuti.

Risultati: Si è osservato come l'esigenza di fondamento argomentativo delle decisioni richieste Costituzionalmente e rinforzate dal Nuovo Codice di Procedura Civile, possono fomentare nelle decisioni l'apertura del Diritto ad un uso più sofisticato della Dottrina e della produzione accademica nelle decisioni. Si è riscontrato che l'alta variazione tematica della produzione accademica-scientifica e l'elevata ripetizione dei giudizi consente la semplice riproduzione del sistema scientifico.

Contributi: Il principale contributo della ricerca è l'osservazione senza precedenti della relazione tra ciò che viene prodotto accademicamente e ciò che viene giudicato in tribunale attraverso la teoria sistemica di Niklas Luhmann. Dall'analisi rigorosa dei dati, è stato possibile creare un contributo metodologico alla ricerca empirica nel diritto. Inoltre, lo studio contribuisce alla riflessione sulla capacità di impatto della produzione scientifica a livello di dottorato in Brasile nel Sistema Giuridico.

Parole-chiave: Diritto e Scienza; Decisione giudiziaria; Post-laurea; Dogmatica giuridica; Ricerca legale; Complessità.

ABSTRACT

Objectives: This article presents an observation of the Systems of Law and Science from the relationship between what is scientifically communicated about Law and what is judged by the Santa Catarina Court of Justice. The objective is to identify whether there is a correlation between what the Doctoral Programs in Law in Brazil communicate and what is judged in the Court.

Methodology: As a methodological support, the functionalist procedure method is chosen. For Luhmann's theory, the functionalist method allows the comparison of functional equivalents and has a double meaning: to show distinctions that are not visible to the observed systems and to bring what is known and familiar to the systems in a context of other possibilities. In addition to bibliographic, documentary and jurisprudential research, textual discourse analysis (DTA) and content analysis were used.



Results: It was observed that the need for an argumentative basis for the decisions constitutionally required and reinforced by the New Code of Civil Procedure can encourage decisions to open up the Law to a more sophisticated use of the doctrine and academic production in decisions. It was found that the high thematic variation of academic-scientific production and high repetition of the judgments allows the mere reproduction of the Science System.

Contributions: The main contribution of the research is the unprecedented observation of the relationship between what is produced academically and what is judged in the courts through Niklas Luhmann's systemic theory. Based on rigorous data analysis, it was possible to create a methodological contribution to empirical research in law. In addition, the study contributes to the reflection on the impact of scientific production at the Doctorate level in Brazil in the Law system.

Keywords: Law and Science; judicial decision; postgraduate studies; legal dogmatics; legal research; complexity.

RESUMO

Objetivos: Este artigo apresenta uma observação dos Sistemas de Direito e Ciência a partir da relação entre o que é comunicado cientificamente sobre o Direito e o que é julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O objetivo foi identificar se existe correlação entre o que os Programas de Doutorado em Direito no Brasil comunicam e o que é julgado no Tribunal.

Metodologia: Como suporte metodológico foi escolhido o método de procedimento funcionalista. Para a teoria de Luhmann, o método funcionalista permite a comparação de equivalentes funcionais e tem um duplo significado: mostrar distinções que não são visíveis aos sistemas observados e trazer o que é conhecido e familiar aos sistemas em um contexto de outras possibilidades. Além da pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, foram utilizadas a análise textual discursiva (ATD) e a análise de conteúdo.

Resultados: Observou-se que a necessidade da fundamentação argumentativa das decisões requeridas constitucionalmente e reforçadas pelo Novo Código de Processo Civil pode fomentar nas decisões a abertura do Direito a um uso mais sofisticado da Doutrina e da produção acadêmica nas decisões. Verificou-se que a alta variação temática da produção acadêmico-científica e alta repetição dos julgados possibilita a mera reprodução do Sistema da Ciência.



Contribuições: A principal contribuição da pesquisa é a observação inédita da relação entre o que se produz academicamente e o que se julga nos tribunais por meio da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. A partir de rigorosa análise de dados foi possível criar um aporte metodológico para pesquisas empíricas em direito. Além disso, o estudo contribui para a reflexão acerca da capacidade de impacto da produção científica em nível de Doutorado no Brasil no sistema do Direito.

Palavras-chave: Direito e Ciência; Decisão judicial; Pós-graduação; Dogmática jurídica; Pesquisa jurídica; Complexidade.

1 INTRODUZIONE

Nel contesto della complessità sociale, le relazioni fra Diritto e Scienza si sono ristrette portando con sé connessioni importanti per le operazioni di ognuno di questi sistemi. Tuttavia, le forme di osservazione della Scienza Giuridica (osservazione scientifica della auto-osservazione del Diritto) così come il suo legame con la Dogmatica Giuridica (auto-osservazione del Sistema del Diritto) mostrano ostacoli strutturali rispetto al sorgere di nuove risposte ai problemi giuridici contemporanei.

Secondo la teoria sistemica di Niklas Luhmann, i Sistemi del Diritto e della Scienza sono aperti cognitivamente e hanno una capacità di apprendimento, ma sono chiusi operativamente e ristretti ai loro codici operativi (autopoietici). Visto che per Luhmann la società è soprattutto comunicazione, è urgente osservare come eventuali connessioni fra i Sistemi possono interferire nelle comunicazioni del Diritto e della Scienza. Al rispetto, la produzione accademico-scientifica sul Diritto è comunicazione del Sistema della Scienza derivante dai centri di produzione scientifica, in modo speciale dalle Università. Le comunicazioni del Sistema del Diritto, a loro volta, possono essere giuridiche in carattere generale e darsi nella periferia del sistema o possono originarsi dalle decisioni giudiziarie emesse dai Tribunali (nocciolo duro del Sistema del Diritto).



Le produzioni accademico-scientifiche sul Diritto costituiscono delle osservazioni privilegiate delle operazioni realizzate dal sistema giuridico, in quanto possono osservare ciò che il Diritto stesso e la sua Dogmatica nascondono della loro auto-osservazione. Questo potrebbe portare alla possibilità di una prestazione del Sistema della Scienza per la Dogmatica e altresì una osservazione del Sistema del Diritto sul quale si produce accademicamente, sofisticando in questo modo le sue operazioni decisorie. Ma la difficoltà consiste nel fatto che questa interferenza intersistemica è possibile solo quando le comunicazioni scientifiche sul Diritto possono servire come fonte per le decisioni giudiziarie e quando incontrano nel Sistema del Diritto una corrispondenza interna con i loro elementi. Un limite che si estende a qualsiasi pretesa di irritazione del Sistema del Diritto.

Il tema centrale comprende, quindi, l'osservazione della relazione fra i sistemi del Diritto e della Scienza, con un'attenzione sulla capacità di interferenza (irritazione) della produzione della conoscenza accademico-scientifica sul Diritto nella Dogmatica giuridica. Se la Dogmatica deve essere in consonanza con l'ambiente del Diritto e della Scienza, e costruisce altresì costanti comunicazioni a partire dall'osservazione sofisticata del Sistema del Diritto, la problematica che s'impone è se l'osservazione scientifica sul Diritto prodotta nell'ambito delle Università è in grado di produrre irritazioni nella Dogmatica Giuridica. Vale a dire, se vi è una vasta produzione accademico-scientifica sul Diritto in Brasile, è possibile trovare una consonanza fra quanto si produce accademicamente e ciò che il Sistema del Diritto auto-osserva e, pertanto, comunica a partire dalle decisioni giudiziarie? Quali sono le relazioni intersistemiche fra il Sistema della Scienza e il Sistema del Diritto? E, infine, in che modo le organizzazioni che orientano l'indagine giuridica in Brasile e i Programmi di Post-Laurea *Stricto Sensu* interferiscono in questa produzione scientifica?

Pertanto, sarà a partire dalla matrice sistemica di Niklas Luhmann e dalle sue riletture contemporanee che verrà realizzata l'analisi tematica tanto dell'osservazione della auto-osservazione del Diritto (produzione accademico-scientifica) quanto delle



decisioni giudiziarie (auto-osservazione del Diritto), al fine di comprendere la relazione fra quanto si produce scientificamente e quanto produce il Diritto, in vista di un aggiornamento delle decisioni per le richieste sociali.

2 DIRITTO E SCIENZA A PARTIRE DA UN'OSSERVAZIONE SISTEMICA

Ciò che ci si attende dal sistema della Scienza e persino dalla conoscenza quotidiana resa disponibile nel sistema sociale o delle comunicazioni emanate da altri sottosistemi, è che possano ottimizzare i problemi che la stessa vita in società crea e potenzia. Vengono perciò lanciate delle aspettative sulla produzione scientifica – in modo speciale quelle prodotte nei centri universitari – e sulla comunicazione giuridica alla ricerca di risposte per le richieste sociali. In questo modo, diventa rilevante osservare come la conoscenza viene osservata, prodotta, assimilata o rigettata dai sottosistemi del Diritto e della Scienza, a partire dalle loro stesse dinamiche. Questo fa sì che la categoria di *apprendimento sistemico* venga in risalto in diversi passaggi di questo testo, dal momento che riguarda le aspettative di tipo cognitivo o normativo, dipendendo dal sistema di cui si tratti: Scienza o Diritto.

La Scienza è un sistema di differenziazione del sistema globale della società “[...] che opera in base al mezzo di comunicazione verità. In relazione alla società globale, la scienza sviluppa la funzione di costruire e di ottenere conoscenza” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 38). Ciò ha senso solamente a partire dall’idea di un osservatore che osservi altri osservatori. Vale a dire, un’osservazione di second’ordine (LUHMANN, 1996, p. 125). In questo modo, le comunicazioni che si rivelano come vere o false, e di conseguenza la capacità di applicazione posteriore, sono operazioni del sistema della Scienza.

La sfida della decisione in favore del Diritto nel pluricontesto della complessità e dell’incertezza, diventa in certo modo stimolante per la pressione di due elementi. Il



primo è il ritmo accelerato con cui la Scienza continuerà a svilupparsi e a produrre successivi scenari di incertezza. Il secondo elemento riguarda l'inerzia di un sistema giuridico di stampo positivista e che eccelle per il contrario: la sicurezza giuridica, la certezza dei riferimenti forniti dalle norme, le decisioni dei Tribunali. In questo modo, il sistema del Diritto incontra grande difficoltà per operare in tale contesto, reagendo a volte con formule nuove, che d'altra parte, tuttavia, forniscono complicazioni operative ancora maggiori (PARDO; PALACIOS, 2013, p. 58-59).

Secondo Corsi, Esposito e Baraldi (1996, p. 132) per il Diritto, i programmi di riferimento sono le leggi, le regole, i principi e tutta la loro normatività da tenere in conto, per esempio, al momento di decidere un litigio. Mentre per la Scienza, i programmi sono le teorie e i metodi che andranno a fissare le condizioni da soddisfare per poter sostenere ciò che è vero oppure no. Così, i programmi hanno la funzione di compensare la rigidità dei codici che sono composti solamente da due distinzioni, permettendo l'inclusione di criteri che estrapolano la mera applicazione del codice. Tali inclusioni o interpretazioni che orientano le decisioni, possono permettere l'insieme delle modificazioni necessarie per il Diritto. Al riguardo, Luhmann (2005, p. 253, nostra traduzione) osserva come è grazie a tale capacità di adattamento, permessa dall'enorme variazione dei programmi del Diritto, che si può affermare come esso si trova sempre già adattato. Questo mette in scacco le critiche feroci che considerano la teoria sistemica di stampo Luhmanniano come positivista e incapace di prospettare un progresso scientifico per rispondere alle esigenze sociali contemporanee.

Ora, la sicurezza giuridica pretesa dal sistema del Diritto e che può essere confusa giustamente con il positivismo, non è altro che una garanzia del fatto che la valutazione delle tematiche presentate nel sistema giuridico venga fatta in base al suo codice, cioè in conformità o no al Diritto, e non in conformità al potere, all'economia o ad altri interessi che non siano di stampo giuridico e che possono significare una corruzione sistemica, garantendo che vi sia una certa qual prevedibilità nelle decisioni giuridiche, comprese quelle dei tribunali. Dopo tutto, per quanto il sistema possa optare



per imparare e adattarsi al mezzo, e ciò include osservare quanto viene comunicato dagli altri sistemi (Scienza, Economia, Educazione, Politica, etc.), sussisterà sempre la garanzia che le decisioni, in definitiva, saranno giuridiche. Tali difficoltà mostrano come la stessa positivizzazione del Diritto mette in evidenza un livello di complessità sociale che la società moderna ha raggiunto e al quale la Dogmatica Giuridica deve adeguarsi (LUHMANN, 1985, p. 60).

Inoltre, in quanto organizzazione, il Tribunale e i suoi professionisti delle decisioni, i giudici, devono compiere i programmi che definiscono gli orientamenti per le loro decisioni. Ciò tuttavia non significa che le decisioni possano essere ottenute per mezzo di una deduzione logica, anche se si tratta di programmi condizionali. Possono sorgere dei concetti indeterminati e altre situazioni di adeguamento sociale che richiedono un'interpretazione in conformità alla situazione concreta.

In altre parole, il problema che s'impone a partire dalla possibilità dell'evoluzione del Diritto è se l'osservazione dell'auto-osservazione del Diritto (produzione accademico-scientifica sul Diritto) potrebbe servire quale variazione esogena per il Diritto rendendo possibili delle innovazioni, dal momento che risponde alle funzioni cognitive primordiali. D'altro lato, tali innovazioni non possono distanziarsi dagli elementi propri utilizzati ricorrentemente dal Diritto per la sua innovazione, sotto pena di essere rigettate per non trovare connessione con gli elementi già disposti internamente. Si stabilisce in questo modo un "tira e molla" intellettuale nella misura in cui la produzione scientifica potrebbe offrire una maggiore variazione quanto più si avvicina alla dogmatica, ma allo stesso tempo tale approssimazione non rende fattibile una maggiore innovazione o offerta di variazione che possa essere assimilata dal Diritto e, di conseguenza, utilizzata dalla Dogmatica. Il dilemma, quindi, si centra su come rendere possibile tale possibilità di stimolo.



3 COMUNICAZIONE SCIENTIFICA, ORGANIZZAZIONE DELL'INDAGINE E PROGRAMMI DI DOTTORATO IN DIRITTO IN BRASILE

Superata la prima tappa del supporto teorico dell'indagine, è rilevante chiarire la pertinenza della produzione accademico-scientifica sul Diritto nei confronti del Sistema della Scienza, e con quali criteri è possibile attribuire alle tesi dei Programmi di Post-Laurea in Diritto lo *status* di comunicazione scientifica secondo le osservazioni di Luhmann relative al Sistema della Scienza. Si sa che la comunicazione scientifica deriva dal Sistema della Scienza e che la sua funzione è quella di mettere a disposizione la conoscenza sul mondo a partire dal codice vero/falso per mezzo dell'operazione di elementi auto-riprodotti e in base ai programmi che strutturano tale sistema. Anche perchè il semplice codice non è in grado di indicare le tematiche o le strutture che regolano e permettono la comunicazione scientifica (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 38-39, nostra traduzione).

Inoltre, per osservare le relazioni fra la produzione accademica e la Dogmatica giuridica è necessario comprendere la dinamica della produzione della conoscenza giuridica nel contesto Politico-Educativo della Post-Laurea. Ciò è dovuto al fatto che le politiche pubbliche e specificamente le organizzazioni che cercano di compierle, implicano anche la direzione di quanto si osserva scientificamente circa il Diritto, la sua forma di comunicazione e i limiti di tale pretesa educativa.

Al riguardo, le *pubblicazioni* (e per questa indagine, le tesi di Dottorato) permettono soprattutto che il Sistema della Scienza abbia la capacità di unione. Possono essere paragonate ai mezzi di pagamento per il sistema dell'economia e costituiscono uno dei limiti più rilevanti e decisivi rispetto a quanto si può comunicare con successo e solo così acquisisce un'esistenza scientifica. Ciò implica la possibilità che i risultati scientifici vengano citati posteriormente, il che indica un processo differenziato di operazione che non ha a che vedere solo con le regolazioni metodologiche.



In questo senso, l'*argomentazione* guadagna un'accentuata rilevanza tanto nella produzione scientifica per la sua qualificazione come nelle decisioni giudiziarie, come si vedrà più avanti. Per Luhmann (1996, p. 315, nostra traduzione), l'argomentazione è "tutto il processo operativo che tenta di equilibrare la varietà e la ridondanza". Sorge quindi la questione per cui quanto maggiore è la variazione tematica prodotta e comunicata dalla Scienza in ciò che si riferisce al Diritto stesso, tanto maggiore è la possibilità di irritazione del sistema del Diritto, collocandolo in apertura e riformulazione strutturale riflettendo sulle sue decisioni. Avviene altresì il contrario. In questo senso, un eccesso di ridondanza nella comunicazione scientifica sul Diritto o, nella pratica, una ripetizione e riproduzione esacerbata di comunicazione/pubblicazione scientifico-giuridica, si riflette in una minore possibilità di risonanza e di conseguenza destina alla produzione e alla pubblicazione scientifica sul Diritto solamente la riproduzione del Sistema della Scienza. Perciò, secondo Corsi, Esposito e Baraldi (1996, p. 137), la variazione è salutare, in quanto corrisponde ad una molteplicità di elementi di un sistema, ma rappresenta anche l'improbabilità di prevedere ogni conoscenza o elemento a partire da altri, aumentando il fattore sorpresa e diminuendo la capacità di unione delle comunicazioni.

Tuttavia, tale operazione è direttamente implicata nell'organizzazione dell'indagine scientifica nell'area giuridica in Brasile che è vincolata alle organizzazioni specifiche che si strutturano, decidono e comunicano. Basta osservare come le Università¹, tipiche organizzazioni, assorbono una funzione doppia in quanto inerenti ai Sistemi dell'Educazione e della Scienza. Ciò avviene in quanto le attività di insegnamento e di ricerca a volte si sovrappongono e molte volte diventano operative a partire da persone che le eseguono concomitantemente. Luhmann (1996, p. 476,

¹ "Come influenza diretta nel Sistema della Scienza sorgono unità con partecipazione nella comunicazione scientifica. Tali unità sono le organizzazioni, i ruoli e le persone. Le principali organizzazioni incluse sono principalmente università. Le università vengono descritte come istituzioni scientifiche e ciò significa che l'atto comunicativo nelle università è una forma di partecipazione nella Scienza. Quindi, il ruolo del professore universitario è altresì un ruolo scientifico" (STICHWEH, 1996, p. 328, nostra traduzione).



nostra traduzione) definisce “anomalia nelle Università” il fatto che esse debbano mostrare un eccellente rendimento tanto per quanto riguarda la ricerca come per l’educazione e ciò influenza il sistema della Scienza. Oltretutto, non le si chiedono solo queste funzioni, ma oltre a questo l’estensione, come stabilisce l’articolo 207 della Costituzione Federale brasiliana del 1988 (CF), “Le università godranno di autonomia didattico-scientifica, amministrativa e di gestione finanziaria e patrimoniale, e obbediranno al principio di inseparabilità fra insegnamento, ricerca ed estensione”.

Si sa che è a partire dai Programmi di Post-Laurea, appartenenti alla struttura delle Università, che emanano le tesi prodotte sul Diritto. D’altro lato, gli orientamenti, i regolamenti e i principali vincoli per l’approvazione e la permanenza di un Programma di Post-Laurea è dato dalla validazione e dal controllo del Coordinamento di Perfezionamento del Personale di Livello Superiore (CAPES) che, a sua volta, è vincolato al Ministero dell’Educazione (MEC), inerente al Sistema della Politica² e non a quello della Scienza e Tecnologia.

Perciò, le prime osservazioni devono essere costruite in base alle relazioni intersistemiche fra Educazione, Scienza e Politica, a partire dalle principali organizzazioni nell’ambito brasiliano, vale a dire: il CAPES, il Consiglio Nazionale di Sviluppo Scientifico e Tecnologico (CNPq) e le Università, a partire dalle quali le indagini più sofisticate nell’ambito accademico vengono comunicate sotto forma di *tesi*. Il CAPES è inserito nel MEC, il CNPq nel Ministero della Scienza, Tecnologia, Innovazioni e Comunicazioni (MCTI). Mentre le Università si inseriscono sia nel MEC come nel MCTI, a motivo della gamma di funzioni e di finalità che devono esercitare. Pertanto sono soggette a una regolamentazione specifica derivante dal MEC e dal MCTI, che, ancora una volta, mette in evidenza la connessione fra la Scienza e il sistema della Politica nell’organizzazione della ricerca accademico-scientifica.

Il CAPES è una fondazione del MEC il cui ruolo principale è il consolidamento della Post-Laurea *Stricto Sensu* nei livelli di Master e Dottorato in tutti gli Stati della

² Anche se tale organizzazione può considerarsi connessa al sistema dell’Educazione.



Federazione. Esso utilizza i suoi diagnostici e risultati per la formulazione sia delle politiche per la Post-Laurea come per la concessione di borse di studio e di sussidi finanziari per la ricerca (CAPES, 2017). Succede quindi che la valutazione è realizzata non solo dal CAPES ma anche per mezzo di esso esiste una regolazione e un indirizzo delle ricerche attraverso le Politiche Pubbliche che istituisce. Questo, senza dubbio, indica come oltre ad avere una connessione fra il sistema Politico a partire dal sottosistema *Amministrazione* e la Scienza, avviene anche con il Diritto, per mezzo del quale tali politiche diventano esigibili da parte del Sistema della Scienza. Dal momento che le comunicazioni scientifiche sono realizzate nell'ambito dei Programmi di Post-Laurea (Master e Dottorato) per i quali vengono stabilite delle politiche pubbliche e di amministrazione dirette da organizzazioni quali il CAPES, esiste un'interferenza diretta su cosa si indaga e si pubblica riguardo al Diritto nel paese. Completano la regolazione dei Corsi di Dottorato il Sistema Nazionale di Post-Laurea (SNPG) e i documenti del CAPES quali la Presentazione di Proposte di Nuovi Corsi (APCN) e il Documento di Area (DA). Per cui viene in evidenza il legame o la connessione fra queste organizzazioni dell'Amministrazione (Sistema Politico) nel senso di regolare, organizzare, dirigere e principalmente stabilire le Politiche Pubbliche di ricerca in Brasile, che influenzano le tematiche indagate.

4 FONDAMENTO DELLA DECISIONE GIUDIZIARIA IN BRASILE E APERTURA ARGOMENTATIVA

Per quanto riguarda la selezione delle variazioni e delle possibilità di scelta per la presa di decisione, si intravede la possibilità di adeguamento e di attualizzazione dei programmi disponibili per le decisioni del Diritto. Dopo tutto, per Luhmann (2005, p. 404, nostra traduzione), quando il senso letterale è chiaramente insufficiente per la



decisione, spetta all'argomentazione convincente incontrare un'alternativa fra le tante che coordini il testo con una decisione praticabile strutturalmente e giusta.

Quantunque il Brasile abbia ereditato una tradizione di diritto continentale europeo (romano-germanico), le radici per se stesse non sono sufficienti per determinare le condizioni di tale uso, dal momento che ha guadagnato forma il modello misto (*civil law* e *common law*) in modo speciale a partire dal Nuovo Codice di Procedura Civile (NCPC) (Brasil, Legge nº 13.105). Malgrado venga richiesto il dovere di dare fondamento alle decisioni giudiziarie dalla CF, nell'articolo 93, IX³, il NCPC passa a dare un'attenzione speciale alla questione dell'argomentazione⁴, che può promuovere un'apertura riguardo all'uso della produzione scientifico-accademica nelle decisioni. Ciò si constata principalmente a partire dall'articolo 489.

L'osservazione dettagliata in questo articolo⁵, nella decisione sembra identificare possibili riflessi nell'apertura del Sistema del Diritto. Obbligato dal

³ "IX Tutti i giudizi degli organi del Potere Giudiziario saranno pubblici, e si dovrà dare fondamento a tutte le decisioni, sotto pena di nullità, e la legge potrà limitare la presenza, in determinati atti, alle parti stesse e ai loro avvocati, o solamente a questi, nei casi in cui la preservazione del diritti all'intimità dell'interessato nel sigillo non pregiudichi l'interesse pubblico all'informazione"(Brasil, 2004). In questo contesto, il fondamento delle decisioni giudiziarie costituisce, soprattutto, una garanzia dello Stato Democratico di Diritto Costituzionale secondo il quale le persone non possono essere danneggiate nei loro interessi da decisione che non dimostrino le loro ragioni o, in ultima istanza, le ragioni dello Stato per farlo. (OLIVEIRA; KFOURI NETO, 2015, p. 211, nostra traduzione).

⁴ Dal punto di vista quantitativo, si nota come nel Codice di Procedura Civile del 1973 no esisteva un registro delle categorie: "argomentazione" o "argomento" e solo una volta si incontrava la categoria "fondamento". Nel NCPC si trova tre volte "argomentazione, 2 "argomento" e 5 "fondamento". Anche se si sa che l'aspetto qualitativo, di per sè, non dimostra una significativa preoccupazione in riferimento al tema, vi è una indicazione secondo la quale l'atto decisorio giudiziale diventa complesso con queste inserzioni.

⁵ "Art. 489. Sono elementi essenziali della sentenza: I – la relazione, che conterrà i nomi delle parti, l'identificazione del caso, con la sintesi della richiesta e della contestazione, e il registro dei principali avvenimenti successi nel corso del processo; II – i fondamenti, in cui il giudice analizzerà le questioni di fatto e di diritto; III – il dispositivo, in cui il giudice risolverà le questioni principali che le parti gli hanno sottomesso. § 1º Non si considera fondata qualsiasi decisione giudiziaria, sia essa interlocutoria, sentenza o giudizio, che: I – si limiti all'indicazione, alla riproduzione o alla parafrasi dell'atto normativo, senza spiegare la sua relazione con la causa o la questione decisa; II – impieghi concetti giuridici indeterminati, senza spiegare il motivo concreto della loro incidenza nel caso; III – invochi motivi che possono prestarsi a giustificare qualsiasi altra decisione; IV – non affronti tutti gli argomenti deducibili dal processo capaci di invalidare la decisione adottata dal giudicante; V – si limiti a invocare precedente o enunciato, senza identificare i loro fondamenti determinanti o dimostrare che il caso in giudizio rientra in quei fondamenti; VI – non segua l'enunciato di *summula*, giurisprudenza o antecedente invocato dalla



necessario fondamento giustificato, il giudicante deve sofisticare le sue ragioni che sicuramente si incontreranno tanto nella ridondanza come nella variazione del sistema del Diritto (ripetizione o novità). Oltre a ciò, tale obbligo è corroborato dall'articolo 927, § 1° del NCPC il quale prevede che: "I giudici e i tribunali osserveranno quanto disposto nell'art. 10 e nell'articolo 371, in quanto "Il giudice valuterà la prova costante negli atti, indipendentemente dal soggetto che l'abbia promossa, e nella decisione indicherà le ragioni della formazione del suo convincimento".

Come allerta Luhmann (2005, p. 441), è chiaro che le ragioni devono essere fondate, dal momento che esistono buone e cattive ragioni. Ogni volta che si sceglie una ragione, se ne sta escludendo un'altra, dal momento che decidere implica sempre la selezione di alternative possibili nel Sistema. Pertanto, l'esclusione va giustificata.

Si veda l'articolo 489 che esplicita quanto **non è accettabile come fondamento di una decisione, ma non identifica direttamente ciò che può essere inquadrato come decisione accettabile**, lasciando così un margine di costruzione di una decisione che sarà una fra le alternative accettabili per il Sistema. Oltre a ciò, il dovere di dare fondamento acquista rilievo quando il giudizio pretende di essere differente (dalla ridondanza già stabilita), vale a dire, ogni volta che vi sia una innovazione, gli argomenti dovranno essere sopravvalutati. Questo può diventare più presente a partire da una costruzione legislativa brasiliana che ha utilizzato concetti vaghi o indeterminati di fronte alla necessità di inglobare, sempre di più, le complessità sociali contemporanee che non rientrano ormai nelle minuzie scritte. Le regole, in alcuni casi, diventano meno dettagliate, più flessibili, aperte, e presentano eventualmente clausole generali⁶. Diventa un lavoro della dottrina e dell'accademia

parte, senza dimostrare di distinzione nel caso in giudizio o il superamento dell'intendimento. § 2° Nel caso di collisione fra le norme, il giudice dovrà giustificare l'oggetto e i criteri generali della ponderazione realizzata, enunciando le ragioni che autorizzano l'interferenza nella norma scartata e le premesse di fatto che danno fondamento alla conclusione. § 3° La decisione giudiziaria deve essere interpretata a partire dalla coniugazione di tutti i suoi elementi e in conformità con il principio della buona fede"(iv).

⁶ L'indagine non ha considerato le differenze fra clausole generali e concetti giuridici indeterminati, dal momento che le regole discusse si applicano a qualsiasi tipo di decisione. In questo senso, è sufficiente ricordare che: "Le leggi contengono concetti vaghi e occasionalmente hanno 'clausole generali', che



giuridica costruire il contenuto di queste regole. Per cui, quanto maggiore è l'indeterminazione del concetto contenuto nella norma, tanto maggiore sarà il lavoro del giudicante per giustificare la sua scelta (WAMBIER, 2015b, p. 161, nostra traduzione). E questo permette una possibile assimilazione di quanto si produce scientificamente sul Diritto nell'atto di argomentare nelle decisioni. In questo contesto, diventa difficile non associare il compito che s'impone al giudicante di fronte all'articolo 489 con l'idea di un sistema più aperto sia nei principi come nei valori, dal momento che le teorie dell'argomentazione giuridica portano con sé una accettazione di tale apertura (GRAJÁLES, 2015, p. 79, nostra traduzione).

Tali alterazioni nel campo processuale si giustificano soprattutto in quanto nella scenario brasiliano si è dibattuto molto sulle decisioni in tutti gli ambiti. La diagnosi è che i problemi si estendono su perlomeno tre ambiti: l'assenza di riferimento nelle decisioni, permettendo che casi similari vengano giudicati con discrepanze a volte inimmaginabili; la precarietà dei fondamenti utilizzati, che conduce a decisioni arbitrarie in diverse situazioni; e un terzo problema che, quantunque possa far parte del secondo, merita una evidenza speciale e che consiste nel cattivo uso delle argomentazioni per la presa di decisione. Oltre a ciò, è già stato provato per mezzo di indagini come vi sia un uso esacerbato di citazioni della dottrina solamente come

sono espressioni chiaramente cariche di contenuto assiologico, in quanto incorporano principi. Sono intenzionalmente sempre estremamente fluide (vaghe, indeterminate) e il loro contenuto è costruito gradualmente [...]. Concetti vaghi o indeterminati sono quelli relativi a oggetti non molto ben definiti dai medesimi [...]" (WAMBIER, 2015a, p. 794, nostra traduzione). Oltre a ciò, "La clausola generale, in modo speciale e con maggior evidenza, permette che una serie di situazioni di fatto possa sottometersi a un determinato trattamento giuridico a partire da un medesimo enunciato dogmatico, senza che questo sia in qualche modo limitato nel suo significato. Da questo deriva che, in molti casi, l'enunciato normativo impone attraverso il linguaggio, nella struttura della stessa clausola generale, l'utilizzazione di concetti indeterminati"(CACHAPUZ, 2014, p. 57, nostra traduzione). "La caratteristica essenziale delle clausole generali sta nell'impiego di un linguaggio intenzionalmente aperto e vago, in modo da trasferire all'interprete il compito di completare il senso della norma, presa visione degli elementi del caso concreto. [...] I concetti giuridici indeterminati sono espressioni di un senso fluido, destinate a fare i conti con situazioni nelle quali il legislatore non ha potuto o voluto, nella relazione astratta dell'enunciato normativo, specificare in modo dettagliato le sue ipotesi di incidenza o esaurire l'ordine da estrarre dal medesimo" (BARROSO, 2015, p. 351-352, nostra traduzione).



retorica⁷. Tutte queste constatazioni denotano come, di fatto, il “come” dare fondamento e argomentare lascia molto a desiderare di fronte al precetto costituzionale e alle sue finalità (RODRIGUEZ; NOBRE, 2010 e RODRIGUEZ, 2013).

D’altro lato, si nota come in Brasile, al contrario rispetto ad altri paesi, non vi sono restrizioni quanto all’uso di argomenti derivanti da osservazione di comunicazioni di altri Sistemi, il che evidenzia un certo margine di apertura per l’atto decisorio. Tuttavia, quando le connessioni al caso concreto si dimostrano sbagliate o inesistenti, che vi siano incongruenze interne e che l’uso della produzione accademica venga fatto spesso indiscriminatamente o senza la necessaria sofisticazione, tali decisioni perdono in qualità e forse la loro stessa validità.

Malgrado ciò, lo scenario di maggiore esigenza argomentativa nelle decisioni richiesto dal NCPD, anche se ancora incerto rispetto al suo futuro, mostra la possibilità del fatto che l’uso sia della dottrina come della produzione accademico-scientifica circa

⁷ Si veda come, malgrado il fatto che in Brasile l’uso della produzione dottrina nelle decisioni possa essere considerato indiscriminato, la relazione fra giudicanti e accademici sia tormentata e mette in evidenza una disputa di potere. In questo senso, richiama l’attenzione la posizione del Ministro Eros Grau che così si manifesta: “Siamo qui per camminare non seguendo i passi della dottrina, ma per produrre il diritto e per riprodurre l’ordinamento. La dottrina ci accompagnerà. D’improvviso o con alcuna riluttanza. Ma ci accompagnerà sempre, se ci manteniamo fedeli all’impegno di cui si nutre la nostra legittimità, l’impegno di fedeltà alla Costituzione. Il discorso della dottrina è caudatario del nostro discorso, il discorso del diritto. Lui ci seguirà: non al contrario”(BRASIL, 2014, p.76-77, nostra traduzione). Malgrado tale manifestazione, il riferito Ministro ha utilizzato 16 citazioni di letteratura straniera, 5 citazioni di dottrina propria, 3 citazioni di dottrina brasiliana 1 citazione di produzione accademica brasiliana per sostenere in suo voto. Nello stesso senso viene altresì evidenziata la stretta auto-riproduzione del Sistema de Diritto, con la modesta capacità di risonanza della Dottrina nei giudizi, come si può osservare nel seguente brano del voto del Ministro: “*Non mi importa ciò che pensano gli studiosi. Quale Ministro del Superiore Tribunale della Giustizia assumo l’autorità della mia giurisdizione. Il pensiero di quelli che non sono Ministri di questo Tribunale vale come orientamento.* Tuttavia non mi sottometto ad essi. Interessa conoscere la dottrina di Barbosa Moreira o di Athos Carneiro. *Tuttavia decido in conformità alla mia coscienza.* Dobbiamo stabilire la nostra autonomia intellettuale, affinché questo Tribunale venga rispettato. Bisogna consolidare l’intendimento che i Sig. Ministri Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidono in questo modo, perché pensano in questo modo.* E il STJ decide in questo modo, in quanto la maggioranza dei suoi integranti pensa come questi Ministri. *Questo è il pensiero del Superiore Tribunale della Giustizia, e la dottrina che si conforma a lui. È fondamentale esprimere ciò che siamo. Nessuno ci dà lezioni. Non siamo alunni di nessuno. Quando siamo venuti in questo Tribunale, abbiamo coraggiosamente assunto la dichiarazione secondo cui possediamo un notevole sapere giuridico – un’imposizione della Costituzione Federale. Può non essere vero. Per quanto mi riguarda non lo è, a per effetti costituzionali la mia investitura mi obbliga a pensare che è così”.*



il Diritto possano guadagnare dei contorni di sofisticazione argomentativa di fronte alle imposizioni stabilite dall'articolo 489 del NCPC. Si intravede quindi come il dialogo fra "accademici e giudici" possa intensificarsi, e che la produzione accademico-scientifica potrà posizionarsi come una variazione da prendere in considerazione da parte della Dogmatica, portando ad una risonanza esterna che potrà risultare necessaria nel caso in cui non si incontrino delle costruzioni concettuali nella Dogmatica attuale.

5 TESI GIURIDICHE E DECISIONI GIUDIZIARIE: L'INDAGINE EMPIRICA

Così come le tesi di Dottorato sono un esempio privilegiato di comunicazione scientifica, le decisioni giudiziarie dei Tribunali sono le comunicazioni del Sistema del Diritto per eccellenza. Prospettare una possibile capacità di risonanza della produzione accademico-scientifica nelle decisioni presuppone, prima di tutto, una relazione tematica. Dal momento che, secondo Silva (2014, p. 68): "[...] la produzione del senso del diritto della società si dà in modo ricorsivo, vale a dire per il reingresso del senso di una tematica nella tematica del diritto come sistema della società [...]" ed essendo il Diritto un sistema impostato sulle comunicazioni e in questo senso egli stesso produce e riproduce il senso dei suoi propri elementi e delle sue tematiche, uno degli obiettivi è stato quello di identificare quale fosse la correlazione fra ciò che si osserva scientificamente sul Diritto e le tematiche sulle quali il Tribunale ha deciso.

In questo modo, l'indagine empirica ha ristretto il suo ambito alle decisioni giudiziarie del Tribunale di Giustizia dello Stato di Santa Catarina (TJSC), al fine di porlo in relazione con le principali tematiche investigate dai Programmi di Post-Laurea *Stricto Sensu* in Diritto (PPGD's) in Brasile con concetto 6 (sei) nella valutazione del CAPES⁸ nello stesso periodo dei giudizi (2013-2015). Pertanto, le tematiche che sono

⁸ In conformità al CAPES vi sono in funzione in Brasile nel 2017 142 Corsi di Post-Laurea in Diritto. Di questi, 99 sono Master Accademici, 9 sono Master Professionali e 36 sono Dottorati. Dei 36 Programmi



state analizzate, sia delle tesi come dei ricorsi giudicati dal TJSC, non sono state previamente stabilite, bensì costruite a partire dall'osservazione del fatto che sono state prodotte dalle organizzazioni implicate nel campione (PPGD's e TJSC)⁹.

Dalla categorizzazione quali-quantitativa delle tematiche di 421 tesi si è arrivati a 12 (dodici) categorie intermedie con le rispettive percentuali: a) Forme di comprensione del Diritto (11,7%); Operatività del Diritto e Accesso alla Giustizia (21,9%); c) Relazioni del Lavoro in Azienda (9,4%); d) Relazioni Private (9%); e) Diritto e Ambiente (4%); f) Diritto e Politica (27%); g) Educazione e Professione (2,2%); h) Innovazione e Tecnologia (2,8%); i) Diritto e Culture (4,2%); j) Relazioni Internazionali (3,2%); k) Diritti Umani e Fondamentali (3,6%); l) Relazioni Familiari e Successioni (1%).

Per quanto riguarda i 102.375 ricorsi giudicati dal TJSC, si è pervenuti a 7 (sette) categorie intermedie con le rispettive percentuali tematiche: a) Relazioni Private (52,3%); b) Diritto e Politica (36,6%); c) Relazioni del Lavoro e dell'Impresa (4,3%); d) Operatività del Diritto (3,8%); e) Relazioni Familiari e Successioni (2,5%); f) Educazione e Professione (0,4%); g) Diritto e Ambiente (0,1%).

6 CONSIDERAZIONI FINALI

È stata investigata l'osservazione scientifica sul Diritto (osservazione dell'auto-osservazione del Diritto) comunicata dai Programmi di Post-Laurea *Stricoto Sensu* in Diritto (livello di Dottorato), per capire se sia in grado di produrre irritazioni nella Dogmatica (auto-osservazione del Diritto). Le considerazioni finali sono di tre tipi

di Dottorato, 18 possiedono concetto quattro, 10 possiedono concetto cinque e 8 possiedono concetto sei. Nessun programma possiede concetto sette.

⁹ Per la costruzione dei dati dell'indagine è stata utilizzata buona parte della tecnica di Analisi Testuale Discorsiva (ATD) proposta da Moraes e Galiuzzi (2007), per mezzo della quale è possibile estrarre i sensi delle varie unità da un testo ampio riunendoli in categorie che li identificano in modo più ampio, senza con ciò cambiarne il senso.



complementari: a) l'autopoiesi dei due Sistemi osservati quale fattore limitatore dell'interferenza intersistemica; b) il ruolo delle organizzazioni implicate nella produzione della conoscenza scientifico-giuridica in Brasile e nell'organizzazione dell'indagine e dei Programmi di Post-Laurea *Stricoto Sensu* in Diritto; c) la dissonanza tematica fra quanto si osserva scientificamente e ciò che il Diritto auto-osserva.

Si è notato come, se le tesi presentano tematiche ripetitive e sotto gli stessi punti di osservazione, aumentano la ridondanza e la ripetizione e diminuiscono la capacità di innovazione, mantenendo tuttavia la capacità di unione e di rinforzo della comunicazione fatta dalle medesime. D'altro canto, se esse si perdono nella enorme quantità di variazioni offerte dalle circostanze, dai programmi e dai metodi disponibili nella Scienza, provocando enormi rotture e una instabilità delle conoscenze già comunicate, vi sarà una diminuzione della capacità di unione del sistema della Scienza, in modo che ogni nuova comunicazione sarà poco in corrispondenza con un'altra comunicazione, aumentando così la sua fragilità e l'affidabilità, e diminuendo la capacità di risonanza nel mondo esterno, di conseguenza non provocherà nulla nel sistema del Diritto o nella Dogmatica vigente.

Se quindi le tematiche da osservare con criteri scientifici partono sempre dalla Dogmatica vigente, o da quanto hanno deciso i Tribunali rispetto alla medesima, tenderanno a produrre ridondanza a partire dalla ridondanza del Diritto; e se le tematiche partono solamente dalle diverse richieste sociali relazionate al Diritto, decise e rese operative o meno dal medesimo, dividendosi più di quanto avviene nella periferia del Diritto o del suo ambiente, le comunicazioni scientifiche tenderanno a produrre una maggiore variazione, ma non avranno la stessa capacità di unione e di fissazione interna ed esterna. Si arriva ad un paradosso: la produzione accademico-scientifica con maggiore capacità di irritazione nella Dogmatica è esattamente quella che parte ed è diretta alla Dogmatica. Dopo tutto, il Sistema del Diritto tende ad assimilare gli elementi esogeni che abbiano una maggiore corrispondenza interna. Come eliminare quindi tale paradosso? La risposta sta nell'equilibrio fra variazione e



ridondanza tanto nella scelta tematica quanto in ciò che si produce scientificamente. In questo senso i PPGD's, grazie all'organizzazione delle linee di indagine e delle aree di concentrazione proposte, devono avere la capacità di orientare a partire da questo equilibrio.

Ciò non significa che l'osservazione che parte dall'auto-osservazione del Diritto sia capace solo di riprodurre dogmatica, in quanto essa dovrà sottomettersi ai criteri del Sistema della Scienza e conterranno sul privilegio dell'osservazione esterna che può eliminare i paradossi e, in questo modo, può essere più sofisticata. Non è comunque possibile non tenere in considerazione che essa dovrà tener conto altresì delle richieste sociali globali o delle innovazioni che potranno anche essere sfruttate dalla società. Pertanto, le osservazioni su cui si deve tessere a partire dai criteri della Scienza e con il rigore che una comunicazione scientifica esige, devono essere costruite sulle auto-osservazioni del Diritto, in quanto non vi è modo di isolare i contesti di tali osservazioni solamente nel sistema del Diritto o nel sistema della Scienza. Di fatto vi è una connessione necessaria che indica le grandi tematiche sulle quali l'investigazione scientifica può appoggiarsi.

Le organizzazioni come il CAPES che fomentano la produzione scientifica in massa, hanno urgentemente bisogno di ripensare le loro politiche, se non vogliono perdere poco per volta la qualità delle pubblicazioni premiando l'abile duplicatore, incitando la pseudo-collettività della produzione e, ancor peggio, permettendo la distorsione del Sistema della Scienza e rendendo impraticabile la sua funzione sociale. D'altro canto, la reputazione e il controllo generato dalla direzione dei temi, referenziali teorici, linee di indagine, durata della ricerca, fra altri fattori, possono fomentare una produzione scientifica poco innovatrice o con una scarsa capacità di intervenire socialmente.

Si rafforza la produzione di una forma collettiva al fine di dare consistenza alle indagini svolte nei Programmi, il che rimanda ad una necessaria reputazione non solamente individuale ma, soprattutto, istituzionale. Tali indicazioni risultano vere se



esiste l'obiettivo di un'inserzione sociale o della possibilità di approfittare concretamente delle produzioni accademico-scientifiche in Diritto per il medesimo o per gli altri sistemi. Dopo tutto, quanto maggiore è la reputazione e la credibilità, conseguita sempre più facilmente tramite le organizzazioni e non per lo sforzo individuale, tanto maggiore è la possibilità di fissazione delle indagini e la conseguente risonanza.

Si è constatato come la relazione fra accademici e giudici in Brasile non è così limitata quando viene comparata con altri paesi. Tuttavia l'uso della dottrina o della produzione accademica ha un terreno fertile che sembra non venire sfruttato né dalla produzione accademico-scientifica né dalla Dogmatica. In altri paesi si è notata addirittura la proibizione dell'uso di quanto pensano e producono gli accademici. In Brasile attualmente si è di fronte ad uno scenario totalmente opposto, nel quale si esige di dare migliore fondamento alle decisioni, per mezzo di una articolazione degli argomenti e con la possibilità di consultare la perizia anche delle Accademie del Diritto, a partire dalla figura dell'*amicus curiae*, conforme a quanto si nota nelle alterazioni del Codice di Procedura Civile. Vale a dire, se esiste uno spazio per la sofisticazione dell'argomentazione giuridica, esso può essere occupato con quanto l'Accademia giuridica può offrire e ha da offrire.

A partire dall'osservazione tematica sia delle tesi come dei giudizi, si è notato come l'ambito di osservazione scientifica sul Diritto è ampio. Viene in evidenza l'estensione tematica con la quale l'oggetto "diritto" è osservato a partire dalla Scienza, comprese le diverse sotto-aree teoriche nelle quali le osservazioni vengono realizzate. Vi è un'alta variazione, molto più che una riproduzione di conoscenza da parte della produzione accademico-scientifica. D'altro lato, l'auto-osservazione del Diritto mette in evidenza un ambito tematico più ristretto. Ciò può essere considerato normale, dal momento che non tutti i problemi giuridici vengono portati a decisione dai Tribunali e per il fatto che il Diritto non conosce altro Diritto che non sia quello autoprodotta. Oltre a ciò, la sua chiusura operativa restringe tale ampiezza.



A partire dal raggruppamento delle unità di senso, si è constatato che le tesi mostrano come le tematiche scelte e maggiormente in voga trattano delle questioni fra il Diritto e la Politica considerata come Sistema. A seguire, vi sono le tesi la cui osservazione scientifica è rivolta all'operatività del Diritto e all'accesso alla Giustizia, cioè maggiormente legate alla forma di come il Diritto decide e rende effettivo il suo accesso a detrimento dei propri diritti per i quali la società attende la debita tutela giuridica. Questo dimostra una maggiore osservazione scientifica della stessa ricorsività del sistema giuridico. Queste due aree tematiche insieme totalizzano oltre il 50% delle tematiche delle tesi.

La ricorsività del Sistema della Scienza è risultata presente nelle tesi sul Diritto, dal momento che la categoria "forme di comprensione del Diritto" è basata principalmente sulla prestazione di altre aree della conoscenza per l'osservazione del sistema giuridico, è risultata la terza maggiore tematica. Questo dimostra altresì come, a partire dal sistema scientifico, i ricercatori si sono dedicati alle forme di come osservare il Diritto, come se le programmazioni del Sistema della Scienza non avessero ancora al loro interno tali sussidi. Indica anche come si può sempre osservare in modo diverso. Le tesi inserite in questa grande tematica privilegiano questioni più teoriche e astratte, rese possibili dalle prestazioni di altre aree della conoscenza. Pertanto, sono maggiormente influenzate dalla stessa ricorsività del Sistema della Scienza, con l'aggiornamento dei metodi e delle teorie per l'uso in altre costruzioni scientifiche sul Diritto.

D'altro canto, tematiche rilevanti di fronte alla complessità sociale raggiunta nel Secolo XXI quali i problemi ambientali, di innovazione o della diversità culturale e del mondo del lavoro, raggiungo appena il 20% (venti per cento) dell'osservazione scientifica sul Diritto. Malgrado il Sistema della Scienza sia rivolto alle aspettative cognitive, con maggiore apertura e apprendimento, per quanto riguarda la produzione accademico-scientifica sul Diritto, tali osservazioni non si distinguono. Questioni che si trovano nel vortice delle grandi discussioni internazionali e toccano il globale e il



locale, quali il Diritto e l'ambiente, integrano appena lo 0,1% delle azioni nel secondo grado di ricorso in Santa Catarina. Delle 7 categorie intermedie stabilite per le tematiche dei ricorsi giudicati dal TJSC, quella di maggiore risalto tocca il tema delle Relazioni Private con oltre la metà dei ricorsi portati in giudizio. A seguire, e con una percentuale ancora più alta di quanto avvenuto per le tesi, vi sono le questioni di Diritto e Politica. Queste due totalizzano l'88,9% delle tematiche giudicate. Una maggioranza significativa a detrimento di altre categorie quali Relazioni del Lavoro e dell'Impresa, Relazioni Familiari e Successioni, Educazione e Professione, e Diritto e Ambiente.

È risultato evidente come i grandi temi o litigi portati in Tribunale si concentrano in modo schiacciante nelle relazioni tipicamente private. Dei 102.375 ricorsi, 19.162 trattavano specificamente di Contratti e 14.585 di Pagamenti di Titoli di Credito. A seguire, s'incontra una tematica socialmente rilevante e con una percentuale elevata, che è la questione della Criminalità. Con 16.569 ricorsi e totalizzando il 16,18% della totalità dei medesimi, Violenza, Criminalità e Sicurezza costituiscono il terzo tema più frequente, ma lo stesso interesse non si può osservare nella produzione delle tesi.

Ciò che si è osservato come maggiormente interessante, al fine di provare la difficoltà di risonanza della produzione accademico-scientifica sul Diritto nella Dogmatica, è la scarsa coincidenza tematica fra i due Sistemi. Delle 50 *unità di senso* stabilite nelle due aree, appena 24 coincidono, ossia, sono contemplate tanto nell'auto-osservazione del Diritto come nella sua osservazione scientifica. La diversità tematica dell'osservazione scientifica viene in risalto nelle 25 *unità* che neppure s'incontrano nei giudizi. Con queste differenze, non sembra esserci molto spazio affinché la produzione accademica provochi irritazioni nella Dogmatica. Anche se la produzione accademica è in grado di attrarre l'attenzione sui multi-contesti del Diritto, essa può evidenziare osservazioni sui fenomeni giuridici che o non interessano alla Dogmatica o non vengono inclusi effettivamente nella lista delle richieste portate a decisione. Anche nelle altre unità in cui vi è stata coincidenza tematica, si è percepito come esse



vengono osservate in modo molto diverso. Emerge quindi la scarsa capacità di unione necessaria per far sì che la connessione vada a buon fine.

Ampliando l'osservazione quantitativa e tenendo in conto la differenza tematica di oltre il 50% stabilita fra ciò che il Diritto auto-osserva e ciò che si osserva scientificamente da queste osservazioni, posto che 26 di esse non coincidono nei due Sistemi, si considera come ciò sia giustificabile. Vi sono limitazioni di accesso tematico nei tribunali e un'apertura cognitiva enorme nel Sistema della Scienza, con un grande potenziale creativo. Si rafforza così la difficoltà di risonanza proveniente dal Sistema della Scienza giuridica nella Dogmatica.

Oltre a ciò, vi è stata una dissonanza tematica che tratta della sfera del Pubblico contro quella del Privato. Oltre la metà dei giudizi del TJSC trattano di "Relazioni Private", mentre appena il 9% dell'osservazione accademica affronta questa stessa area. Questo è in consonanza con le aree di concentrazione dei PPGD's, visto che oltre la metà delle loro aree di concentrazione si riferiscono al Diritto Pubblico. Pertanto, è possibile osservare la direzione dei Programmi di Dottorato per l'osservazione costituzionale del Diritto sovrapponendo o integrando la sfera pubblica con la sfera privata, conforme a quanto dimostrano i numeri. Sta qui il carattere di avanguardia e di costante apprendimento del Sistema della Scienza nell'osservazione dei fenomeni giuridici e non solamente di questi, visto che il Sistema della Scienza può valersi di una interdisciplinarietà per realizzare le sue operazioni e comunicazioni. Ma se da un lato questo carattere cognitivo dell'osservazione scientifica del Diritto gli permette di prospettare uno sviluppo sociale in accordo con questa selezione teorico-pratica, dall'altro succede che l'irritazione nella Dogmatica è limitata per l'evidente disallineamento tematico fra ciò che si giudica e quanto viene osservato esternamente con gli occhi della Scienza. Quindi, è stata osservata molta più dissonanza e variazione messa a disposizione dalla Scienza rispetto a quanto l'apertura del Diritto possa supportare.



Si arriva quindi a un'impasse: come produrre conoscenza accademico-scientifica sul Diritto che tenga conto dei criteri della Scienza e allo stesso tempo offra una prestazione per il Diritto se questo si accontenta della sua produzione Dogmatica? Tale questione sembra dislocarsi sotto un'altra lente che può essere spiegata nel contesto sistemico che ha delineato l'intera indagine. Secondo Luhmann, le descrizioni esterne sul Diritto, siano esse con finalità più giurisprudenziali, sociologiche, filosofiche, o di qualsiasi altro tipo di programma scientifico che si scelga e che venga diretto per l'uso del sistema giuridico, il destinatario non è il Sistema del Diritto ma il Sistema della Scienza. Questo è determinante per poter pensare ad una irritazione sistemica della Scienza nella Dogmatica. Tuttavia, questa è appena una delle possibilità di osservazione.

SEB: Lei e i suoi colleghi quanto tempo dedicano all'insegnamento?

PHS: Cinque o sei ore per settimana.

SEB: Cinque o sei? Suppongo quindi che esercita il Diritto la maggior parte del tempo.

PHS: No.

SEB: Allora deve essere giudice o decano di un tribunale.

PHS: No, sono accademico a tempo pieno.

SEB: Quindi, lei come occupa tutto il suo tempo?

PHS: Cerco di scrivere un po'.

SEB: Suppongo che legga tutte le decisioni giudiziarie e in seguito scriva dei trattati che sistematizzino grandi aree del Diritto.

PHS: Oh no. I trattati sono fuori moda. [...] Scriviamo di metadiritto.

SEB: Metadiritto? Di che si tratta?

PHS: Ah, sa... Le strutture fondamentali del Diritto, le loro risonanze normative, il loro potere metaforico e la caratteristica dialogica.

SEB: Capisco. E chi legge questo materiale?

PHS: Per la maggior parte, altri professori di Diritto.



SEB: Vale a dire che le persone che leggono sono le medesime che scrivono?¹⁰

REFERENZE

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Direito Processual Penal – Reclamação Provida. Reclamação nº 4335. Autor: Defensoria Pública da União. Réu: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes.* 21 mar. 2014. **Jurisprudência brasileira.** Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.105 de 16 março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 set. 2017.

CACHAPUZ, Maria Claudia Mércio. *A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais.* In: MARTINS-COSTA. Judith. **Modelos de Direito Privado.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. **Competências.** Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/acessoainformacao/80-conteudo-estatico/acesso-a-informacao/5418-competencias>>. Acesso em 09 set. 2017.

_____. **Apresentação de Propostas de Cursos Novos – APCN. 2017 – Direito.** Brasília, 2016. 20 p. Disponível em:

¹⁰ Intrigante dialogo fra il professor Peter H. Schuck (PES) della Yale Law School e un accademico della medesima Università, Simeon E. Baldwin (SEB), pronipote di Roger Shermann, governatore e capo della Giustizia del Connecticut e un grande professore e primo benefattore della Scuola di Diritto di Yale. (SCHUCK, 1989, p. 335-336, nostra traduzione, nostro grassetto).



<http://www.capes.gov.br/images/documentos/Criterios_apcn_2semestre/Crit%C3%A9rios_de_APCN_2017_-_Direito.pdf>. Acesso em 09 set. 2017.

_____. **Plataforma Sucupira.** Disponível em: <<https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/programa/listaPrograma.jsf>>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. **Apresentação de Propostas de Cursos Novos – APCN. 2017 – Direito.** Brasília, 2016. 20 p. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/documentos/Criterios_apcn_2semestre/Crit%C3%A9rios_de_APCN_2017_-_Direito.pdf>. Acesso em: 09 set. 2017.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann.** México: Universidad Iberoamericana, 1996.

GRAJALES, Amós Arturo. *El Artículo 489 de Nuevo Código Procesual Civil de Brasil y la Normativización del Nuevo Paradigma.* In: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni (Org.). **O dever de Fundamentação no Novo CPC: Análises em torno do artigo 489.** Rio de Janeiro: 2015.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **La Ciencia de la sociedad.** Trad. Silvia Pappé, B. Erker e Luis Segura sob Coord. Javier Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. **El derecho de la sociedad.** Trad. Javier Tores Nafarrate, México: Iberoamericana, 2005.

MORAES, Roque; GALIAZZI, Maria do Carmo. **Análise Textual Discursiva.** Ijuí: Unijuí, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. *O Alcance da Fundamentação da Decisão Judicial na Relação Entre Fatos e Normas segundo o Inciso I do § 1º do Artigo 489 do Novo Código de Processo Civil.* In: ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni (Org.). **O dever de Fundamentação no Novo CPC: Análises em torno do artigo 489.** Rio de Janeiro: 2015.

PARDO, JOSÉ ESTEVE; PALACIOS, JAVIER TEJADA. **Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes.** Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.



RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

_____; NOBRE, Marcos (Coord.) **Projeto Pensando o Direito**. Série *Pensando o Direito nº 31/2010. Processo Legislativo e Controle de Constitucionalidade*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

SILVA, Artur Stamford da. *Sociologia da decisão jurídica: aplicação ao caso da homoafetividade*. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito (RBSD)**, Niterói, v. 1, n. 1, p. 68, 2014. Disponível em: < <http://www.abrasd.com.br/rbsd>>. Acesso em: 09 set. 2017.

SCHUCK, Peter H. *Why Don't Law Professors Do More Empirical Research?* **Journal of Legal Education, California, Association of American Law Schools**. v. 39, n. 3, p. 335-336, sept. 1989.

STICHWEH, Rudolf. *Science in the system of world society*. **Social Science Information (SSI)**, Paris, n. 35, v.2, p. 328, june 1996. Disponível em:<<http://ssi.sagepub.com/content/35/2.toc>>. Acesso em: 09 set. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil – a nova regra nem é assim tão nova...* In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Do Advogado, 2015.

