

20 anos de *A Sociedade da Sociedade* de Niklas Luhmann

Em 1997 foi publicado na Alemanha o livro que consolidou as reflexões teóricas de Niklas Luhmann sobre a forma da sociedade. Uma obra monumental, que reúne as principais conclusões dos seus mais de 400 trabalhos publicados, dentre livros e artigos. Trata-se de uma versão expandida e melhorada do seu *Teoria da Sociedade*, escrito em parceria com Raffaele De Giorgi e publicado na Itália em 1991.

Niklas Luhmann foi um pensador polêmico para o direito. Poucos conseguem ficar indiferentes aos seus conceitos de autopoiese, autorreferência, paradoxo, forma, código, programa, autodescrição, semântica, evolução e comunicação. No Brasil, perspectivas marxistas procuraram em Luhmann as estruturas de alienação presentes no funcionalismo de Talcott Parsons, mas não encontraram a relação entre ação, função e sistema e sim uma relação entre operação e estrutura. Críticas baseadas na nova crítica da Escola de Frankfurt, em especial nos debates de Jürgen Habermas, procuraram explicitar a posição política e ideológica da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, mas encontraram apenas o paradoxo da sua própria (auto)observação. Análises de discurso tentaram explicitar as condições materiais da formação dos enunciados na teoria dos sistemas e não encontraram um regime de verdade, mas a policontextualidade de diversos regimes de verdades, reciprocamente contingentes, conforme o observador transita de um sistema de referência para o outro. Perspectivas filosóficas procuram questionar o estatuto ontológico da categoria sistema, mas encontraram uma concepção pós-ontológica de mundo, diferencialista, conexionalista, cuja unidade é tão-somente uma forma de sentido.

Juristas importantes utilizaram os conceitos de Luhmann de um modo problemático, como foi o caso do direito penal do inimigo de Günther Jakobs e tantos outros, que se apropriaram de conceitos analítico-descritivos para tratá-los como conceitos normativos, criando assim raciocínios dedutivos como este: (premissa maior) o direito é um sistema de generalização simbólica de expectativas normativas; (premissa menor) atualmente há expectativas de combate ao terrorismo com independência do sistema de proteção de direitos humanos; (conclusão) logo, o combate ao terrorismo sem direitos humanos deve ser uma expectativa generalizável pelo direito. E está criado o direito penal do inimigo, com base em uma violência conceitual e metodológica que fere toda a rede conceitual da perspectiva pragmático-sistêmica de Niklas Luhmann.

Outros juristas procuraram ultrapassar a dureza analítica do conceito de autopoiese de Luhmann para poder observar esse conceito em outras formas de organização, para além de sistemas sociais dotados de estruturas complexas de operação. Günther Teubner propôs uma releitura da autopoiese, para entendê-la não como uma característica que existe ou não existe em determinados sistemas sociais ou que se verifica ou não empiricamente, mas como um conceito gradativo, isto é, como uma

característica que um sistema vai adquirindo com o tempo, com sua evolução, como se existissem estágios de autopoiese que vão desde a autoorganização, autorreferência, até, finalmente, a autopoiese. Essa noção gradativa gerou muito interesse entre os juristas, inclusive no Brasil. Mas exatamente na *Sociedade da Sociedade* Luhmann procura contestar essa noção, reafirmando a importância teórico-construtivista da autopoiese como uma unidade analítica e não como um conceito valorativo do estágio evolutivo de um sistema.

Tércio Sampaio Ferraz Jr., Luis Alberto Warat, Leonel Severo Rocha e Marcelo Neves foram os pioneiros entre nós. Muitas pesquisas importantes foram realizadas com base nesse referencial teórico. Uma geração de juristas se formou pensando em sistemas sociais e no direito não mais como um conjunto de regras de controle social, mas como um sistema seletivo, um sistema de generalização simbólica de expectativas sociais normativas que possui a capacidade de produzir as suas próprias estruturas para manter a operatividade da sua função na sociedade. Soluções fáceis como mais educação, mais democracia, mais direitos humanos, mais políticas públicas etc. tornaram-se efêmeras para a discussão dos problemas jurídicos brasileiros. Porque em teoria dos sistemas, apenas no nível da observação de primeira ordem a solução se encontra em outro sistema de referência. No nível da observação de segunda ordem, a solução está mesmo em uma estratégia construtivista de produção de uma diferença, de produção de uma nova forma de sentido, um novo sistema, para construir a “realidade” de um modo diferente.

Em momentos de crise nas instituições políticas, como vivemos hoje no Brasil, é oportuno pensar que as velhas soluções para os velhos problemas já não satisfazem mais as exigências intelectivas que circulam na ciência da sociedade. A cultura jurídica brasileira precisa reinventar a sua práxis. Precisamos reinventar a advocacia privada: essa profissão que tanto produziu e reproduziu elites brasileiras nos séculos XIX e XX e que, atualmente, constitui uma organização absolutamente escanteada do centro da cultura política brasileira, sufocada pelas pressões do mercado e preocupada apenas com a gestão dos seus clientes. Precisamos reinventar a advocacia pública: carreiras baseadas em altos salários, benefícios sociais sem correspondentes no setor privado e poderes ilusórios construídos pela mídia de massa: uma organização profissional de produção e reprodução das assimetrias do poder entre Estado e sociedade civil. Precisamos reinventar a magistratura: a nova elite jurídica brasileira, cujo campo simbólico se sustenta apenas por um fino cordão sanitário, amarrado no mistério da sacralidade jurisdicional do Estado. E precisamos também, com urgência, reinventar a academia jurídica: essa profissão de professor/pesquisador de direito que apenas nos últimos 20 anos se tornou uma carreira jurídica, ainda ligada à ideia de um dever de reprodução do conhecimento jurídico correto, segundo a episteme definida pelos concursos públicos e exames das organizações profissionais. Precisamos reinventar nossa prática jurídica.

Niklas Luhmann nos ensinou que a verdade é um meio de comunicação. Ela não existe ontologicamente na realidade. Ela circula pela comunicação científica do mesmo modo como o dinheiro circula na economia, as leis no direito, a fé na religião, a beleza na arte, o poder na política. A apropriação das formas de verdade, portanto, não é uma questão de conhecimento, mas uma questão de poder. A academia tem ocupado um posicionamento político na disputa pela episteme do direito absolutamente submisso às formas de comunicação da práxis forense, especialmente dos tribunais superiores. A doutrina jurídica nunca foi fonte de direito, mas já foi uma importante referência de racionalidade, coerência e consistência do direito. A doutrina, hoje, não procura mais sua identidade e sua função de transformação do conhecimento jurídico. Ela procura soluções simples para memorização com vistas à reprodução dos saberes exigidos em concursos públicos, que por sua vez reproduzem exatamente o regime de verdade imposto pelos tribunais superiores. A academia, então, tornou-se em geral um espaço de reprodução absolutamente submisso a esse regime de verdade dos tribunais.

Há exceções, especialmente no nível da pós-graduação em direito no Brasil, em que ainda se procura a produção de conhecimentos inovadores, originais e socialmente relevantes. A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é um veículo de comunicação científica, de difusão dos saberes jurídicos, gestada e pensada nesse nível acadêmico da operacionalidade do direito. Trata-se de um meio de difusão da cultura jurídica brasileira ligado à forma de comunicação do sistema da ciência da sociedade. Não que toda comunicação científica seja uma comunicação desprovida de pretensões de poder político, de lucro econômico, de beleza estética ou de salvação religiosa. Pelo contrário: significa que a forma de comunicação dos artigos selecionados para publicação obedecem, primariamente, às regras da estrutura do conhecimento científico, dentre as quais, uma delas é a inovação e, junto com ela, a desintegração, a dúvida, a contingência, a incerteza.

Diferentemente dos discursos jurisdicionais vinculantes, fundamentados em um regime político de cargos e competências, da fala autorizada do direito; diferentemente dos discursos advocatícios, meramente opinativos e fundamentados em um regime de gestão dos interesses dos clientes ou do Estado, da argumentação sedutora, mas não sediciosa, de pretensões de poder; os discursos acadêmicos do direito precisam construir sua identidade como diferença em relação a essas outras formas de comunicação. Os discursos acadêmicos são as únicas formações discursivas da comunicação jurídica que possuem o selo simbólico da verdade e suas exigências de consistência, coerência e racionalidade. O discurso acadêmico é tão importante para a cultura jurídica quanto são os discursos jurisdicionais e advocatícios. Não podemos permitir, na posição de acadêmicos do direito, que os tribunais superiores continuem a exercer o monopólio sobre a episteme do conhecimento jurídico.

A organização que detém o monopólio da episteme do direito detém o poder não apenas de definir o futuro daquilo que queremos como direito da nossa sociedade, mas também o poder de redefinir o sentido do passado da nossa cultura jurídica. A memória, ensina Luhmann, é uma operação seletiva de construção de começos. Um sistema social autopoietico não possui um início absoluto, tampouco uma finalidade necessária. A memória sistêmica funciona como uma referência seletiva ao passado, construída a partir das operações do presente, para dar sentido àquilo que se decide realizar. Não é apenas o futuro que pode ser sempre diferente: o passado também pode ser transformado seletivamente conforme as exigências de coerência e consistência das operações do presente. A memória inventa princípios.

Foi-se o tempo em que acreditávamos que a prática jurídica tinha ou deveria ter um compromisso com o direito de uma comunidade concreta. Os positivismos jurídicos dos séculos XIX e XX foram os últimos esforços de construção de uma referência objetiva do direito, para a qual os juristas deveriam prestar uma promessa de realização, de compromisso com a lei – e não de compromisso com seus próprios ideais subjetivos de justiça, de correção ou de moralidade particular, tampouco com os interesses do seu grupo social, dos seus patrocinadores políticos ou dos seus investidores de capital simbólico. Outro ensinamento importante de Niklas Luhmann foi o de que a positividade do direito não está na lei ou qualquer outra referência tradicional de sentido, que costumávamos chamar de fontes do direito. A positividade do direito está na decisão jurídica, isto é, na decisão que realiza a operação, genuinamente paradoxal, de afirmar a sua própria validade com base na validade de uma ordem jurídica que ela mesma afirma ser válida para validar-se a si mesma.

A positividade do direito está na decisão jurídica que justifica a sua validade em normas jurídicas que ela mesma afirma serem válidas. O que, de outro modo, não teria qualquer fundamento. Isso significa que o problema do decisionismo judicial não é uma questão liberal de controle da subjetividade do juiz, como se tem afirmado aos quatro ventos no Brasil, mas sim um problema na estrutura da comunicação jurídica, nos desenhos institucionais do judiciário, na estrutura do sistema de organização judiciária que permite que isso aconteça. A questão não é como convencer um juiz a renunciar a sua subjetividade para manter um compromisso com a lei, com interesses políticos do seu grupo social ou com os investidores do seu capital simbólico. A questão é como pensar a estrutura de um sistema de organização que institucionaliza um regime de verdade que permite isso. A positividade do direito está na decisão e não em uma referência externa às operações jurídicas. As referências externas do direito, como foram a vontade do legislador do positivismo legalista francês do Século XIX, o *volksgeist* do pandectismo alemão do mesmo século, os interesses legítimos, os valores, os bens e, atualmente, os princípios, são todas referências contingentes do acontecer do direito. São referências históricas do direito da Modernidade que poderiam ter sido diferentes.

E as pessoas? Os sujeitos? Os indivíduos? Karl Marx talvez tenha sido um dos primeiros grandes pensadores a observar que o problema do capitalismo não está nos indivíduos, mas na estrutura social. O século XX já não fala mais em pessoas, sujeitos e indivíduos, mas em atores sociais, organizações, instituições, estruturas. Niklas Luhmann, nesse sentido, é muito mais marxista do que os seus próprios críticos (estamos sendo irônicos!), porque ele sabe que quem comanda a sociedade não é um conjunto qualquer de sujeitos ou de indivíduos, mas sim as organizações, as estruturas. O direito em Luhmann não é fruto da vontade geral de indivíduos, tampouco de uma assembleia constituinte originária ou de uma história semântica comandada por sujeitos livres e conscientes das suas próprias essências ou finalidades. O direito é o resultado de conquistas evolutivas improváveis, contingentes e inscritas em uma temporalidade da vida que não possui uma essência verdadeira, uma origem sublime ou um fundamento ascético. Tampouco possui um tólos necessário, uma finalidade que, quando cumprida, daria o sistema por completo e acabado. O direito é um sistema dotado de autopoiese. Um sistema social que produz um tipo especial de comunicação significativa. Um sistema que tem por função separar aquilo que podemos esperar normativamente e aquilo que devemos esperar apenas cognitivamente, mesmo diante da contingência de frustração.

Lamentável que a genialidade de Luhmann não tenha sido permitida pela vida até os nossos dias. A internet, fenômeno incrivelmente novo para o estudo da comunicação e das transformações nos processos históricos de construção de estruturas sociais, foi objeto de uma profunda, mas breve, reflexão na Sociedade da Sociedade de Luhmann. Sempre ficará a dúvida sobre o que Luhmann teria dito a respeito das redes sociais que surgiram após a experiência dos e-mails dos anos noventa. Qual a relação entre a comunicação das redes sociais de internet e os modos de produção de sentido do direito, da democracia, da política? A ambivalência entre a destranscendentalização da vida real, combinada com uma retranscendentalização da vida virtual, operada pelas redes sociais de internet, ainda não existiam na época de Luhmann. Mas suas perguntas e seu modo paradoxal de ver o mundo continuam inspirando indagações originais, inovadoras e transformadoras da realidade.

Convidamos os leitores a observarem as pesquisas e reflexões desta edição da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas como observadores de segunda ordem, isto é, como observadores que observam não aquilo que os textos dizem, mas as distinções pressupostas como existentes naquilo que os textos dizem. Isso porque, na esteira de Gaston Bachelard, Luhmann também nos ensinou que o conhecimento não é uma soma de saberes que vamos acumulando com passar do tempo e com o acúmulo de experiências: o conhecimento é ruptura, seletividade, renúncia, transformação. Conhecer não é partir de um ponto inicial zero rumo a um ponto final do saber: conhecer é reler o estado atual do conhecimento mediante um processo de transformação operado pelo uso de outras formas de distinção, outros pontos de vista,

outras possibilidades de entendimento. Conhecer é desintegrar os pressupostos para reintegrá-los sob outras formas de organização. Este é o papel que a academia pode e deve desempenhar, se quisermos ir além de um sistema de reprodução de saberes, para um sistema de transformação e de autonomia da cultura jurídica em relação à atual apropriação dos espaços de produção de sentido do direito pelos tribunais superiores.

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

Editor-Chefe da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas