UNIFAN
Faculdade Alfredo Nasser

Em homenagem a
Leonel Severo Rocha

REVISTA TÉCNICO-CIENTÍFICA
DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURIDICAS

novos direitos

Aparecida de Goiânia • v.3 n.03 • 2012

UNIFAN
Faculdade Alfredo Nasser

novos direitos

Revista técnico-científica do Instituto de Ciências Jurídicas
da UNIFAN – Faculdade Alfredo Nasser

Publicação anual do Instituto de Ciências Jurídicas
da UNIFAN – Faculdade Alfredo Nasser
Ano 2, Número 03, 2012.
ISSN: 2236-4943

EDITOR

Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto

CONSELHO EDITORIAL

Dr. Anditya Soares de Moura Costa Matos
Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto
Dra. Elenise Felzke Schonardie
Dr. Eriberto Francisco Beviláqua Marin
Dr. Germano Schwartz
Dra. Leila Borges Dias Santos
Dr. Marcelo Gross Villanova
Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Programação Visual e Editoração Eletrônica:
AD.ARTEFINAL – [62] 3211-3458

Coordenação Gráfica:
Editora Kelps – [62] 3211-1616 / 3211-1075

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA
Instituto de Ciências Jurídicas – Faculdade Alfredo Nasser – UNIFAN
R. Campo Grande, 26 – Jardim Esmeralda
CEP: 74905-020 – Aparecida de Goiânia – GO

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial da obra, de qualquer forma ou por qualquer meio sem a autorização prévia e por escrito do autor. A violação dos Direitos Autorais [Lei nº 9.610/98] é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal Brasileiro.

IMPRESSO NO BRASIL
Printed in Brazil 2012

HOMENAGEM A LEONEL SEVERO ROCHA, NOS SEUS 30 ANOS DE DOCÊNCIA

Poucos pesquisadores brasileiros possuem um currículo tão expressivo quanto Leonel Severo Rocha, Doutor pela *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales* de Paris, Pós-doutor em Sociologia do Direito pela *Universita degli Studi di Lecce*. Nos seus trinta anos dedicados à docência, Leonel Severo Rocha teve um papel central na construção de dois dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em direito mais bem sucedidos do Brasil (Universidade Federal de Santa Catarina e Universidade do Vale do Rio dos Sinos). Durante estas três décadas dedicadas à pesquisa dos temas jurídicos, o autor de "Epistemologia Jurídica e Democracia", "A Problemática Jurídica: Uma introdução transdisciplinar" e "O direito e sua linguagem" (em colaboração com Luis Alberto Warat), entre outras obras, contribuiu de forma decisiva para atualização do conhecimento sobre o direito, apresentando e problematizando o pensamento de autores que estão na vanguarda do pensamento sociológico mundial, como Niklas Luhmann e Gunter Teubner. Leonel Severo Rocha orientou inúmeros pesquisadores que atuam em universidades brasileiras, do Amazonas ao Rio Grande do Sul.

Numa academia tão recheada, como diria Max Weber, de profetas e demagogos, Leonel Severo Rocha cumpre o papel fundamental de afirmar a importância da ciência, do rigor cientifico, que não aceita ser complacente com ideologizações a serviço de projetos de poder. Uma ciência reflexiva, que sabe ela mesma seus limites e pretensões, que não se coloca como ideologia substitutiva das "religiões laicas" cultuadas por várias igrejas acadêmicas. Com o trabalho de Leonel Severo Rocha e outros pesquisadores de seu quilate, a academia jurídica brasileira, em seus cursos de pós-graduação, redescobriu o papel da observação científica como a melhor estratégia contra o pensamento dogmático. Conhecido por sua fina ironia,

Leonel Severo Rocha, enquanto orientador, está o tempo todo questionando as certezas provisórias de seus orientandos. O mais machadiano de nossos acadêmicos transforma a ironia em instrumento pedagógico, levando a sério a máxima que está na origem do *ethos* científico do Ocidente: duvidar de tudo, duvidar metodicamente.

Na vida de Leonel, o amor generoso que dedica à sua família e à academia possui um único rival: a paixão incondicional pelo Internacional, clube conhecido como "O campeão de tudo" e uma das estrelas maiores da constelação futebolística sul-americana.

Nesta edição de Novos Direitos homenageamos o grande pesquisador, o mestre da ironia e do rigor, pela sua enorme contribuição para a grandeza da sociologia jurídica brasileira.

Arnaldo Bastos Santos Neto
(ICJ-Unifan e UFG)

Germano Schwartz
(Esade e Ulbra)

Guilherme Azevedo
(Unisinos)

SOBRE A CAPA

Num quadro de Claude Lefebvre (1632-1675), *"Un précepteur et son élève"* (Um mestre e seu aluno), vemos um professor, semblante severo, argumentando com seu aluno. Os gestos e expressões, tanto do mestre quanto de seu pupilo, indicam um diálogo conduzido pela razão. Tal relação entre mestre e aluno, entre orientadores e orientandos, constitui a razão de ser da vida acadêmica. Num mundo que se transforma vertiginosamente e no qual os progressos tecnológicos multipliquem instrumentos eletrônicos e virtuais para a transmissão do saber, nada poderá, entretanto, superar o diálogo humano entre o mestre e seu discípulo na construção do conhecimento.

SUMÁRIO

PARTE I
¿Por qué Luhmann?

¿POR QUÉ LUHMANN?
Manuel Torres Cubeiro. 11

PARTE II
Artigos em homenagem a Leonel Severo Rocha

A AMEAÇA POLÍTICA DA AUTOPOIESE DO DIREITO NA SOCIEDADE MUNDIAL
Willis Santiago Guerra Filho 23

¿DOGMÁTICA PENAL SISTÉMICA? SOBRE LA INFLUENCIA DE LUHMANN EN LA TEORÍA PENAL
Juan Antonio García Amado 33

KELSEN, EL FORMALISMO Y EL "CIRCULO DE VIENA"
Juan O. Cofré 67

O PROCEDIMENTO DO ABORTO HUMANITÁRIO E O DIREITO À SAÚDE
Germano Schwartz 79

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: ENTRE O IDEAL DE AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E A ALIENAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS
Dalmir Lopes Jr.. 91

O QUE É O DIREITO? UMA ABORDAGEM A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN
Arnaldo Bastos Santos Neto..... 113

DE ONDE OBSERVA NIKLAS LUHMANN? DIFERENCIAÇÕES DE UMA TEORIA DA SOCIEDADE
Guilherme de Azevedo 127

SUBSTANCIALIZAÇÃO E DESSUBSTANCIALIZAÇÃO DA MATÉRIA NA GENÉTICA: UMA ANÁLISE DAS METÁFORAS SOBRE O CORPO UTILIZADAS POR DOIS DOCENTES-PESQUISADORES
Rodrigo Della Côrte..... 151

SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA E RAIMUNDO FAORO: DOIS CLÁSSICOS DO PENSAMENTO NACIONAL
Leila Borges Dias Santos 181

CONHECIMENTO TÁCITO E MECANISMOS DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL
Frederico Henrique G. C. da Rocha 205

PARTE III
Entrevistas e Resenhas

O SOBERANO E A EXCEÇÃO
Entrevista com Cássio Benjamim..... 227

"MISSA NEGRA – RELIGIÃO APOCALÍPTICA E O FIM DAS UTOPIAS", UM LIVRO DE JOHN GRAY
Arnaldo Bastos Santos Neto..... 233

PARTE I

¿Por qué Luhmann?

¿POR QUÉ LUHMANN?

Manuel Torres Cubeiro[1]

INTRODUCCIÓN

La comprensión de la sociedad se encuentra mediada por la sociedad. Las sociedades entrenan en el proceso de socialización a sus miembros aportándoles simplificaciones de la complejidad social, generando teorías sociológicas. Pero estas teorías construyen y legitiman la propia organización social. Como apuntaba Mills en su concepto de imaginación sociológica (Wright Mills 1986) lejos de tener esta única función, esas misma teorías constituyen el caldo de cultivo para nuevas formas sociales, para formas de cambiar el orden social. De entre las teorías sociológicas formales, constituidas con pretensiones de cientificidad, presentamos en este artículo la del sociólogo alemán Niklas Luhmann. Su aportación, como explicaremos en un momento, asume el carácter contradictorio que apuntamos, para ir describir el funcionamiento interno de la creatividad social. Al hacerlo, en un entramado teórico coherente, completo y abstracto, genera un planteamiento lúcido, reflexivo y sugerente en el que la realidad social es observable en su complejidad.

Tres son los cimientos del planteamiento de Luhmann. En primer lugar, su teoría de sistemas: presentamos en consecuencia primero sus elementos articuladores. Un segundo pilar es una teoría de la evolución. Por ello nuestro segundo objetivo será adentrarnos en sus conceptos fundamentales. El tercer pilar de su paradigma es una teoría de la diferenciación social. Por ello, dedicaremos un tercer apartado de este artículo al concepto de diferenciación funcional. Terminamos con una recapitulación. En la ilus-

1 Doutor em Sociologia e membro do GCEIS - Grupo Compostela de Estudios sobre Imaginarios Sociales.

tración de estos conceptos teóricos, usaremos ejemplos de nuestro campo de investigación principal: la sociología médica de las dolencias mentales severas en Galicia, España (Torres Cubeiro 2009; Torres Cubeiro 2011b; Torres Cubeiro 2012a,b)

Para la breve exposición de la sociología de Luhmann obra utilizaremos la obra, *La sociedad de la sociedad (*Luhmann 2007*)*, en la que al final de su vida Luhmann sintetiza los planteamientos de toda su obra. Haremos referencia también a un pequeño escrito, *¿Cómo es posible el orden social?(*Luhmann 2009*),* donde Luhmann se plantea al modo kantiano describir las condiciones que hacen posible el orden social. Una tercera obra que usaremos como referencia será el diccionario *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann* (Corsi, Esposito, and Baraldi 1996) elaborado por seguidores italianos de Luhmann utilizando sus propios textos. Puede consultarse también una breve presentación didáctica de la sociología de Luhmann presentada por el autor de este artículo (Torres Cubeiro 2008).

TEORÍA DE SISTEMAS

Antes de entrar en la teoría de sistemas, necesitamos comprender los fundamentos de su epistemología constructivista. Siguiendo la lógica de Spencer- Brown (Spencer-Brown 1979) con una operación binaria (verdad / falso; hombre / mujer) se generan observaciones, que son la base de cualquier sistema lógico. Para hacerlo se elige un lado de la diferencia, por ejemplo se selecciona hombre, y se observa desde esa perspectiva. Una vez seleccionado un lado de la diferencia se olvida que uno esta de un lado, tomando partido de alguna manera. Ese olvido constituye, según la lógica de la forma de Spencer-Brown, el punto constitutivo de cualquier lógica: un punto ciego. Del mismo modo que la retina es el punto ciego de la visión (permite la visión pero no lo podemos observar). De ahí que cada observación es sólo posible al tomar partido, al seleccionar, un punto de vista en una diferenciación obviada previamente. Dejado de lado las consecuencias lógico formales, si asumimos estas afirmaciones, una observación sobre la buena o mala conducción de las mujeres se lleva a cabo sólo desde uno de los dos lados de una diferencia que hemos generado y de la que nos olvidamos. Luhmann asume como propias, en toda la amplitud de sus consecuencias, este planteamiento de Spencer-Brown, de ahí que su teoría sea constructivista. Pasemos a su teoría de sistemas.

Un sistema es conjunto de elementos interrelacionados en su diferencia con el entorno. Sus elementos se articulan en la operación que determina sus límites con el medio que le rodea. Luhmann diferencia, además de las máquinas, tres tipos de sistemas: los sistemas vivos (células con sus membranas y su bioquímica marcando la diferencia con su entorno), los sistema psíquicos (sistemas de pensamientos articulados en torno al sentido con el lenguaje) y las sociedades. Las sociedades no están, para Luhmann, compuestas por seres humanos sino por comunicaciones. Así, una sociedad es el conjunto de comunicaciones intercambiadas con sentido. La operación constitutiva de un sistema social no es la conciencia (sería imposible articular las conciencias de los seres humanos), ni la ética (compartir las mismas ideas de lo correcto es también bastante problemático), y desde luego no un contrato comunicativo implícito (*more* Habermas (Torres Cubeiro 2008)).

Un sistema opera con operaciones que tienen dos características principales: autorefencia y autopoieis. Una célula replica de forma autoreferente, sin necesitar nada más que sus propios medios o asimilando los medios externos a su contexto interno a la membrana, una y otra vez la misma reacción química determinada por su ADN; lo hace en su entorno hostil repitiendo recursivamente esas órdenes: al hacerlo se autogenera (autopoiesis significa auto producción) con elementos solo válidos en el interior de su membrana tomados de su entorno (así transforma ácidos en alimentos). Un sistema psíquico repite un pensamiento una y otra vez hasta adquirir la conciencia, y defenderse de las evidencias en contra, de ser, digamos, un psiquiatra. A largo de su carrera en la escuela, la universidad y después en la práctica clínica ha ido definiendo su identidad profesional lejos de la ser hijo de, marido de, amante de o enemigo de. Sólo en un contexto socialmente construido las diferencias con esos otros roles, le permiten comunicarse como psiquiatra con sus potenciales pacientes, e identificarse con cierta seguridad cuando comunica un diagnóstico ((Torres Cubeiro 2012a)). De la misma manera, la identidad de una persona con un diagnóstico de esquizofrenia se ha ido modelando en el intercambio comunicativo con otros. Los pensamientos de ambos, psiquiatra y paciente, son producto de una repetición recursiva en la que la identidad ha ido emergiendo progresivamente.

Para Luhmann las sociedades funcionan con comunicaciones, no con individuos ((Izuzquiza 1990)). Un sistema social es precisamente el mecanismo que emergió en la evolución humana para asegurar mayor probabilidad de continuidad de los grupos humanos. De alguna manera, mediante la repetición recursiva las sociedades se aseguran, en el permanente fluir

de la comunicación social, de que cierta información, y no otra, sea seleccionada. Digamos por ejemplo, nuestro psiquiatra afirma ante su paciente que éste padece esquizofrenia. El sistema social, a través del trabajo de los medios de comunicación en la actualidad, pero también a través de la educación, se asegura que ambos tengan mayores posibilidades de comunicación. Para el médico esquizofrenia no significa en absoluto lo mismo que para el paciente, de pensar que se entienden y de actuar medianamente coordinados. La sociología estudia los procesos que permiten esa coordinación, no el comportamiento (otras ciencias se enfrentan a él). Mientras que en el primer caso tenemos una etiqueta diagnóstica según los criterios de la psiquiatría en cada momento, en el segundo caso tenemos una experiencia vital. La sociedad se ha asegurado de que ambos asuman que entienden al otro, presuponiendo ambos que la palabra "esquizofrenia" significa más o menos lo mismo. La sociedad funciona para aumentar las improbables probabilidades de la comunicación. La sociedad como sistema se asegura de que las observaciones integrantes de cada comunicación funcionen, más o menos, en contextos complejos.

Luhmann entiende que las sociedades funcionan en entornos complejos y policontextuRales ((Torres Cubeiro 2011b)). Luhmann define la complejidad social como la *imposibilidad* de relación entre todos y cada uno de los elementos de un sistema social (((reference not available)). La complejidad obliga a la selección, a la simplificación. Si pensamos en una nube de estorninos, cada pájaro individual selecciona los movimientos a realizar sin reaccionar nada más que a los más cercanos a él; sin embargo, desde el exterior, la nube de estorninos (la sociedad en nuestra metáfora) parece seguir una pauta coherente y prefijada (Tomado (Dawkins 2006)). La complejidad en sentido luhmaniano describe precisamente este mismo fenómeno en la comunicación como base de la selección de los sistemas sociales. Desde las formas de diferenciación social basadas en el territorio ((Luhmann 2007)) hasta la actual diferenciación funcional del sistema sociedad actual, la complejidad no ha hecho sino multiplicarse. Como los estorninos de nuestra nube cada sistema socialmente diferenciado aporta sus selecciones: la economía, el sistema sanitario, el sistema educativo, el arte, el sistema político son algunos de ellos ((Corsi, Esposito, and Baraldi 1996)). Cada uno opera según un código propio sin tener en cuenta los sistemas restantes. La economía, como el estornino individual, trabaja sobre la escasez de recursos gestionando pagos y cobros. La sanidad lo hace sobre la salud de los individuos, potenciando su salud con los recursos económi-

cos existentes. La ciencia y la educación potencian la difusión, por ejemplo, que haga factible la comunicación entre el médico, su paciente y el gestor económico de su unidad de salud. Cada sistema social comunica sin tener en cuenta, como el estornino, los restantes, aportando una aparente coherencia al sistema social. La policontextuRalidad es precisamente ese fenómeno.

La policontextuRalidad la escribimos con "R" para marcar la diferencia con la palabra "contextual". Es un concepto tomado de G. Günter ((Günter 1979a,b)). Describe la situación en la que múltiples códigos son válidos simultáneamente con valores contradictorios. ContextuRal representa una tela compuesta por fragmentos de materiales diversos integrando una unidad. Cada sistema social desarrolla elementos importantes para el sistema social, pero ninguno es el dominante. No existen vértices, ni centro, ni periferia, hay contextuRalidade. Por eso es imposible describir la sociedad actual, la sociedad no puede ofrecerse a sí misma una descripción de su complejidad, pues cada sistema social solo ve lo que puede ver desde la óptica de la función que desarrolla. Cada sistema, por ejemplo la medicina, observa a los otros desde su función. Para un médico las decisiones económicas se analizan desde el punto de vista médico: número de camas, inversión en investigación o fármacos. Cada decisión económica es interpretada desde la óptica de la salud. En contradicción con él, el gestor económico de un hospital sólo ajusta los recursos escasos para pagar y cobrar facturas. La salud no es cuantificable económicamente, y la economía no se puede medir en términos de salud. Desde un punto de vista económico los problemas sanitarios se solucionarían únicamente con más inversión económica, mientras que desde la visión sanitaria cada ajuste económico genera desigualdades de recursos que generan enfermedades.

EVOLUCIÓN

Los sistemas sociales operan con comunicación. Su función es aumentar la posibilidad de que la comunicación continúe gracias a la repetición recursiva. Pero Luhmann no entiende la sociedad como algo estático. Todo sistema funciona como si fuera a permanecer igual que en el pasado, pero irremediablemente cambia, se transforma y evoluciona. La evolución social se produce por un proceso en tres pasos: mutación, selección y repetición ((Luhmann 2007)). Usemos un ejemplo de la psiquiatría del siglo XIX. En Galicia se abre el primer y único gran manicomio en Conxo, a las afueras de Santiago de Compostela. La curia Compostela recupera la propiedad de

las tierras que habían sido transferidas a la diputación en los años 60 ((Torres Cubeiro 2011a)). Los "pobres alienados" no tenían, se razona en los periódicos de la época, lugar donde ser tratados. Coincidiendo con un periodo políticamente convulso en toda la Península, el cardenal de la catedral de Santiago logra firmar acuerdos con las diputaciones provinciales que por ley debían atender a estos "alienados". La prensa local repite con bastante insistencia la necesidad caritativa, cristiana, de atender a los "dolientes".

Luhmann define la evolución en tres pasos. Un sistema social repite su código, el que ha funcionado hasta ahora, con la intención de que no cambie. Nuestro obispo, sin coordinación directa con la prensa, aunque socialmente comunicándose con ella, establece una nueva manera de entender lo que luego será la dolencia mental. Para hacerlo ancla la innovación (el manicomio) en los valores religiosos (la caridad). Anteriormente, los dolientes debían permanecer en las casas, o si hacemos casos de la antropología médica, eran "tolerados" en sus parroquias ((Gondar Portosany and González Fernández 1992)). Un sistema social nuevo está emergiendo: una nueva concepción de la locura que la separa de la iglesia, la psiquiatría científica aparece en toda Europa asociada a los manicomios. En Galicia este nuevo paso (nuevo sólo desde nuestro presente), está anclado en los códigos comunicativos, religiosos, del pasado.

Una vez aparecido una nueva forma, una mutación en la replicación del sistema, hay básicamente dos posibilidades: o es aceptada, o no es aceptada. En nuestro caso, la interpretación prevalente en el siglo XIX asociada a la Beneficencia y a la Caridad ((Torres Cubeiro 2011a)) se enfrenta a una emergente forma de encarar la locura. Esta, los manicomios, no es aceptada sin más. Poco a poco, repitiendo una y otra vez en los periódicos, acumulando pacientes, generando conocimiento en las universidades y distribuyéndolo progresivamente en las escuelas irá ganando credibilidad y aceptación. Así en 1885 Conxo solo cuenta con unos pocos internos, pero unos pocos años después, 1906, se ha ampliado, se ha convertido en una sociedad mercantil que genera beneficios económicos (véase (Torres Cubeiro 2011a)). De una lógica comunicativa religiosa, nunca del todo abandonada se fue adoptando una lógica comercial poco a poco perfectamente engarzada con la emergente psiquiatría científica ((Torres Cubeiro 2011a)).

La evolución social es evolución comunicativa. La comunicación funciona recursivamente: dos sistemas se comunican cuando uno elige algo como información, selecciona de una gran cantidad de posibilidades, en nuestro ejemplo, hablar del manicomio en términos de beneficencia en 1885

en un periódico. El lector, el otro sistema receptor de la emisión comunicativa del periodista, debe decidir si aceptar o no esa información. Si la acepta, y no podemos asumir que al hacerlo piense exactamente en lo mismo, la comunicación puede seguir. Si no la acepta la comunicación también continúa, aunque quizás por otros. Los sistemas sociales son producto de la repetición de ese mismo proceso con opciones, una y otra vez. La suma de todas las aceptaciones y de todos los rechazos determina la comprensión social, en nuestro caso, del manicomio. Poco a poco los cambios en el contexto social van aumentando la plausibidad de otras formas de entender lo que es un asilo, un manicomio. Es difícil pensar que tuviera éxito en 1885 en Galicia un artículo en una revista científica, o en un periódico, sobre el papel de los neurotransmisores en la asimilación de la serotonina en los procesos depresivos agudos. No porque no fuera "verdad", sino porque socialmente no se había evolucionado en esa dirección.

Todo sistema social está en permanente evolución, jugando en un conjunto de sentidos posibles que se contradicen en compleja policontextuRalidad. No existe sociedad como existe una roca, no existe cultura o sentidos socialmente compartidos como existe un río. La sociedad tiene una realidad ontológica diferente: es comunicación en constante proceso de permanencia que le conduce inevitablemente al cambio. Por eso solemos decir que las sociedades no aprenden, que repiten sus mismos errores. Sociológicamente esa afirmación está mal formulada, pero es válida en la comunicación social. Pero no se puede tocar como una realidad física, aunque las consecuencias de la comunicación social, de la sociedad, son bastante peores que las meramente físicas. Así, el genocidio de los "deficientes mentales" fue posible socialmente porque la comunicación social (policontextuRalmente engarzada con los sistemas económicos, políticos, médicos y militares de la época) le dio sentido. El miedo como herramienta comunicativa, la pobreza económica de la depresión contextualizan el sistema comunicativo perfectamente engarzado con el trabajo la lógica del exterminio de los "deficientes mentales" primero, para desembocar después en el genocidio generalizado e industrialmente organizado de los campos de concentración.

DIFERENCIACIÓN

Nos falta por explicar el tercer pilar de la teoría luhmaniana: la teoría de la diferenciación (hemos ya aludido parcialmente a sus elementos fundamentales). Las sociedades han evolucionado, afirma Luhmann, diferencián-

dose en su desarrollo evolutivo. Primero se diferenciaron en segmentos o en el territorio. Serian los primeros grupos humanos en los que la adscripción social o territorial se utilizo como elemento comunicativo. Así en las bandas o colectivos de pocos individuos se fue diferenciando comunicativamente la aparición de segmentos o clases sociales. Para mantenerlos y legitimarlos fueron apareciendo más segmentos en la población. Así, frente a grupos igualitarios de cazadores recolectores poco a poco fueron apareciendo lo que serían después las clases sociales del feudalismo: la aristocracia y la clase sacerdotal. Para mantenerla, legitimarla la reiteración comunicativa (mitos, religión, conocimiento…) comenzó a funcionar.

Luhmann entiende que con la generalización de la revolución industrial, la diferenciación social se hace progresivamente al interior del sistema social, se hace diferenciación funcional. Además de constructivista la sociología de Luhmann es funcionalista (herencia corregida de Parsons: (Torres Cubeiro 2008). Una sociedad construye su comunicación recursiva operando funcionalmente, pero en el proceso evolutivo Luhmann denomina diferenciación funcional al modo en que la complejidad social contemporánea emergió. Dentro de la sociedad aparecieron sistema diferenciados para cumplir funciones específicas, así el sistema económico se especializado en la administración comunicativa de la escasez inevitable de recursos, o el sistema médico apareció especializándose en la "reparación" de la comunicación cuando los sistemas psíquicos enferman. Cada función opera independiente de las otras, especializándose y ofreciendo descripciones de la complejidad social desde su perspectiva. Así, para el sistema económico las enfermedades son recursos, y para el sistema médico los intercambios económicos son interpretados desde la lógica sanitaria. Según Luhmann la sociedad contemporánea está compuesta por sistemas funciones contradictorias entre sí, funcionando con lógicas diferentes pero conviviendo gracias al propio sistema social. La coordinación del médico y del economista gestor de un hospital, por seguir con nuestro ejemplo, no es posible porque se comuniquen o entiendan las mismas cosas. Ambos, como en el caso de nuestro psiquiatra y paciente antes citado al hablar de esquizofrenia, ambos usan posiblemente las mismas palabras, los mismo conceptos, pero con sentido contrapuestos y contradictorios. La sociedad funciona haciendo más probable su inevitable incomunicación. Así el gestor económico hablara de eficacia y productividad en la gestión de los ingresos hospitalarios y el médico del valor terapéutico de estos mismos ingresos. Pensar que la sociedad establece un acuerdo o un contrato entre ambos planteamientos es en sí mismo un

elemento comunicativo en la sociedad, pero desde un punto de vista sociológico no describimos así la complejidad en la que la comunicación entre médico y gestor realmente se da.

Volviendo al ejemplo de la psiquiatría en Galicia, desde principios del siglo XX se han diferenciado y especializado, por señalar solo dos, dos sistemas funcionales: el sistema sanitario de la salud pública, y el sistema económico con entramados en la red financiera y bancaria mundial. La crisis económica del sistema financiero ha generado el contexto de la crisis de la deuda soberana española, pero ¿cómo se comunica este sistema económico con la red asistencia emergida desde el primer hospital abierto en Conxo en 1885? (Torres Cubeiro 2011a). Cuando los recortes económicos llegan a los dispositivos de salud mental se aceptan sin ser cuestionados, se aceptan como "normales": la recursiva repetición de la lógica económica de la crisis en los medios de comunicación, ha hecho entendible la carestía económica. El sistema social ha ido generando tal cantidad de comunicaciones sobre la deuda y el propio sistema financiero, que un recorte en la dotación económica de un hospital, implicando el cierre de unidades de salud mental, tiene sentido aunque no se entiendan los detalles. Como los estorninos que citábamos al principio de este artículo para ejemplificar lo que Luhmann define como complejidad, ni el economista ni el médico de una de esas unidades se han relacionado nunca directamente, ni podríamos afirmar que están de acuerdo, o insinuar que existe un contrato dialógico entre ellos: sociológicamente lo relevante es que se comunica lo imposible hasta hace bien poco (como pensar que los psiquiatras eran los adecuados para tratar los pobres insanos del siglo XIX), y se comunica con éxito.

CONCLUSIÓN

¿Por qué escoger para investigar en sociología la teoría de sistemas de Luhmann? La respuesta es sencilla pero con consecuencias complejas. Escoger la teoría de Luhmann nos ayuda, como ningún otro planteamiento teórico en sociología, a comprende la realidad social *en su complejidad pero sin desvirtuarla*. Al hacerlo se genera conocimiento científico pero de una forma reflexiva, algo poco común en sociología. Desde esta asunción básica este artículo ha descrito los pilares de la teoría sociológica luhmaniana.

La sociedad contemporánea global es la suma de todas las comunicaciones con sentido. ¿Cómo generar una metodología que permita abarcar su complejidad sin desvirtuarla, sin que pierda su alta complejidad. Por de-

finición, es imposible. Pero podemos desarrollar metodologías e investigaciones que simplifiquen la complejidad social ofreciendo al mismo tiempo una descripción de su riqueza. En términos luhmanianos una sociología reflexiva debe ser teóricamente consciente. Este artículo ha intentado ofrecer una visión simplificada de los términos básicos de la sociología de sistemas, abriendo una puerta a quien pueda estar interesado. Lo que se encuentre uno dentro, el cómo describirlo y trasmitirlo es trabajo del lector.

BIBLIOGRAFÍA

CORSI, Giancarlo, Elena Esposito, and Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Barcelona: Anthropos Universidad Iberoamericana, 1996.

DAWKINS, Richard. *The God Dilusion*. New York: Black Swan, 2006.

GONDAR PORTOSANY, Marcial and Emilio González Fernández. "Espiritados. Ensaios de Etnopsiquiatría galega.", 1992.

GÜNTER, G. *Beträge zur Grundlegung einer Operations fähiger Dialektik II*. Hamburg, 1979a.

_____ "Life as Poly-Contexturality." in *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähiger Dialektik II* edited by G. Günter: Hamburg, 1979b.

IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Barcelona: Anthropos, 1990.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Translated by J. Torres Nafarrete. Mexico: Herder – Iberoamericana, 2007.

_____ *¿Cómo es posible el orden social?*. Translated by P. Morende Court. Mexico: Herder – Iberoamericana, 2009.

SPENCER-BROWN, George. *Laws of form*. New York: Dutton, 1979.

TORRES CUBEIRO, Manuel. *Luhmann*. A Coruña: Baia Edicións, 2008.

_____ "Orden Social e Loucura en Galicia.", USC, Santiago de Compostela, 2009.

_____ "Cuentas del manicomio de Conxo: 1885-1924. Historia de un préstamo hipotecario." *Siso-Saúde. Boletín da Asociación Galega de Saúde Mental* 50:27-50, 2011a.

_____ "Imaginarios sociales de la locura, policontexturalidad y biotecnologías." *Sociología y Tecnociencia. Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico* 1:1-20, 2011b.

_____ *Complejidad social y locura en Galicia*. Madrid: Editorial Académica, 2012a.

_____"Imaginarios sociales de la Enfermedad mental." *RIPS* 11:101-114, 2012b.

WRIGHT MILLS, C. *La imaginación sociológica*. Translated by F. M. Torner. Mexico: F.C.E., 1986.

PARTE I

Artigos em homenagem a Leonel Severo Rocha

A AMEAÇA POLÍTICA DA AUTOPOIESE DO DIREITO NA SOCIEDADE MUNDIAL

Willis Santiago Guerra Filho[1]

Para investigar as bases biológicas do conhecimento, segundo o neurofisiólogo mineiro Nelson Vaz,[2] na esteira de Gregory Bateson, Francisco Varela, Humberto Maturana e outros, precisa-se incrementar o estudo de uma dimensão intermediária entre a fisiologia e a filogênese. No caso da primeira, se tem um estudo em nível celular e molecular, numa escala temporal extremamente rápida, variando de milisegundos, na transmissão neuronal a alguns poucos dias, na cicatrização, passando por algumas horas, na digestão. Já os fenômenos da filogênese são medidos em milhões ou centenas de milhões de anos, como a "explosão" de vida do Período Cambriano, em que surgiram nossos antepassados mais remotos, metazoários, ou as extinções em massa de seres vivos, entre os Períodos Permiano e Triássico. Entre esse dois extremos, muito lentos e muito rápidos, encontra-se o nível que agora precisaria ser melhor explorado, e que é o nosso nível ou escala mais próxima, aquela da chamada ontogênese, em que se tem os fenômenos com duração de semanas, meses e anos, a começar pela constituição do zigoto, passando pelo desenvolvimento embrionário com sua organogênese, até a reprodução, envelhecimento e morte. E o interessante é que o avanço científico em biologia, especialmente em genética, vem demonstrando que seres vivos aparentemente tão distantes, como os mamíferos e os insetos,

1 Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Livre-docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará. Doutor em Ciência do Direito pela Universität Bielefeld. Doutor e Pós-doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor nos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP -, onde coordena o Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos, e também do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes no Rio de Janeiro – UCAM. Pesquisador da Universidade Paulista (UNIP).

2 Cf. "*Autopoiese: a criação do que vive*", *in*: *Um novo paradigma em ciências humanas, físicas e biológicas*, CÉLIO GARCIA [org.], Belo Horizonte, 1987.

compartilham muitos mecanismos morfogênicos na formação do embrião, valendo-se, muitas vezes, de células muito similares, sem falar na similitude genética entre seres tão diversos como seres humanos e ratos: se antes nos espantávamos e maravilhávamos com a aparente diversidade da vida, hoje é a sua uniformidade em um nível mais profundo o que nos intriga. E assim, somos levados novamente à disposição que motivou os primeiros filósofos, bem como impulsionados a pensar sobre o que já se encontra desde a origem escondido no interior do código genético, e se revela em toda sua diversidade no contato com o exterior, alterando-o e alterando-se, continuamente, enquanto puder.

Há, então, necessidade de que se pratique de forma tão intensa quanto possível a interdisciplinaridade, o que exige, então, que tenhamos um paradigma unificador, uma perspectiva integradora em epistemologia, capaz de articular explicações de natureza sociológica, econômica, jurídica, biológica, filosófica e, até, teológica. Um paradigma com essa característica "uni-totalizante" (*Ein- und Allheit*, para empregar expressão que remonta a Schelling, filósofo idealista alemão do séc. XIX) é o que se vem desenvolvendo por aqueles, como Edgar Morin, na esteira de Ilya Prigogine, que defendem a superação do tradicional paradigma simplificador das ciências clássicas, modernas, em favor de um ***paradigma da complexidade***, em que se inserem "ciências transclássicas", pós-modernas, como são a *cibernética* e a *teoria de sistemas*. Tratam-se de teorias holísticas, de aplicação generalizada no âmbito de ciências formais e empíricas, tanto naturais como sociais, e que toma como distinção fundamental não mais aquela entre sujeito-do-conhecimento-como-observador-objetivo e objeto-do-conhecimento-observado-independentemente, mas sim outras, como aquela entre "sistema" e seu "meio ambiente", para explicar tudo a partir dessa distinção, entre o que pertence a determinado sistema e o que está fora, no ambiente circundante, embora circule dentro do sistema – que não é fechado "para" e sim "com" o ambiente.

A teoria social sistêmica, tal como desenvolvida, principalmente, por Luhmann, assume, portanto, os seguintes pressupostos: (1º) substitui a contraposição entre sujeito e objeto, enquanto princípio heurístico fundamental, pela "diferenciação sistêmica", no mundo (*Welt*), entre o que é "sistema" e seu meio ambiente (*Umwelt*). Com isso, não apenas oferece uma abordagem "desubstancializada", pois o sistema não é um *hypoukeimenon,* como foram as coisas (*rei)* na Antigüidade e o sujeito na modernidade, mas também (2º) "desumanizada", não-antropocêntrica, já que os seres humanos,

enquanto sistemas biológicos, dotados de uma consciência, não fazem parte dos sistemas sociais integrantes do sistema global que é a sociedade, e sim, do seu meio ambiente – e o "antropocentrismo", a visão que fundamenta um apartamento dos seres humanos de seu ambiente natural, justificando a oposição a ele, conhecendo-o para nele intervir e a ele se impor, pode ser considerado um dos motivos centrais de uma crise que é "epistemo-ecológica", a qual tanto e cada vez mais nos ameaça, como sabe qualquer um minimamente informado, hoje em dia.

Trata-se de uma teoria holística, de aplicação generalizada no âmbito de ciências formais e empíricas, tanto naturais como sociais, e que toma como distinção fundamental, justamente, aquela entre "sistema" e seu "meio--ambiente", para explicar tudo a partir dessa distinção, entre o que pertence a determinado sistema e o que está fora, no ambiente circundante, como elemento de outros sistemas - ou não.

A teoria em apreço pretende se desenvolver a partir de um conceito de sociedade que não é nem "humanista" nem "regionalista", adotando assim uma posição que, de partida, evita dois dos maiores – se não forem mesmo os dois maiores – pressupostos incitadores da crise "epistemo-ecológica" antes referida. Isso significa que para a teoria ora em apreço a sociedade não é formada pelo conjunto de seus integrantes, os seres humanos, assim como não há para ela uma sociedade delimitada por critérios geo-políticos - a "sociedade brasileira", "latino-americana", "européia" etc. Sociedade para a teoria de sistemas luhmanniana é a "sociedade mundial" (*Weltgesellschaft*), que se forma modernamente. O que a compõe não são os seres humanos que a ela pertencem, mas sim a **comunicação** entre eles, que nela circula de várias formas, nos diversos subsistemas funcionais (direito, economia, política, ética, mídia, religião, arte. ciência, educação etc.).

A diferenciação sistêmica entre "sistema" e "meio ambiente", então, é o artifício básico empregado pela teoria para se desenvolver em simetria com aquilo que estuda, como seu "equivalente funcional". Essa diferenciação é dita sistêmica por ser trazida "para dentro" do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como meio ambiente dos próprios sistemas parciais, que dele (e entre si) se diferenciam por reunirem certos *elementos,* ligados por *relações,* nas *operações* do sistema, formando uma *unidade.*

Uma "unidade", além de diferenciada no sistema do meio ambiente, também pode aparecer como meio ambiente para outras unidades, permitindo, assim, que por ela se aplique, recorrentemente, um número mais ou

menos grande de vezes, a diferença sistema/meio ambiente, sem com isso perder sua *organização*. A "organização" é o que qualifica um sistema como complexo ou como uma simples unidade, com características próprias, decorrentes das relações entre seus elementos, mas que não são características desses elementos. A unidade de elementos de um sistema é mantida enquanto se mantém sua organização, o que não significa que não variem os elementos componentes do sistema e as relações entre eles. Essas mudanças, porém, se dão na *estrutura* do sistema, que é formada por elementos componentes do sistema relacionados entre si. Os elementos da estrutura podem sempre ser outros; o sistema se mantém enquanto permanecer invariante a sua organização, com uma complexidade compatível com aquela do meio circundante e demais sistemas ali existentes. Note-se que para a organização o que importa é o tipo peculiar de relação, circular e recorrente, entre os elementos, enquanto para a estrutura o que conta é que há elementos em interação, ação e reação mútua, elementos esses que podem ser fornecidos pelo meio ambiente ao sistema, sem que por isso a ele não se possa atribuir o atendimento de duas condições gerais, para que se tenha "sistemas autopoiéticos", como Luhmann propõe que se considere os sistemas sociais: a *autonomia* e a *clausura* do sistema.

Sistema autopoiético é aquele dotado de organização autopoiética, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa, circular ("recursiva") entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, formada por seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser "fechado", do ponto de vista de sua organização, não havendo "entradas" *(inputs)* e "saídas" *(outputs)* para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele - não se trata, portanto, de uma "autarquia" do sistema, pois ele depende dos elementos fornecidos pelo ambiente.[3]

Só a comunicação autoproduz-se, donde se qualificar como autopoiéticos os sistemas de comunicação da sociedade. O sentido da comunicação varia de acordo com o sistema no qual ela está sendo veiculada e as pessoas são meios (*media*) dessas comunicações, assim como computadores, faxes, telefones, etc. Esses componentes , contudo, não pertencem aos sistemas

3 Cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica,* Porto Alegre: Livraria do Advogado,1997, p. 69 e seg., p. 82 e seg.

sociais e, sim ao seu meio ambiente. Os seres humanos, enquanto seres biológicos, são sistemas biológicos autopoiéticos e enquanto seres pensantes, são também sistemas psíquicos autopoiéticos. Sem a consciência decorrente do aparato psíquico, é claro, não haveria comunicação e logo também não haveria sistemas sociais. Sem a rede neuronal não haveriam pensamentos. O que não há é uma relação causal entre imagens e pensamentos como os que temos, enquanto seres humanos, como demonstra o fato de que os demais seres portadores de redes neuronais não dispõem de uma elaboração simbólica como nós. É a linguagem, então a primeira condição para que se dê o acoplamento (estrutural) entre sistemas auto(conscientes) e sistemas sociais (autopoiéticos) de comunicação.[4] Os sistemas sociais, como todo sistema, se mantém sem dissipar-se no meio-ambiente em que existem enquanto se mantém sua estrutura e enquanto for apto para diferenciar-se nesse meio ambiente, com o qual "faz fronteira". Sistemas psíquicos (biológicos) e sistemas de comunicação (sociais), por mais que estejam cognitivamente abertos para o meio ambiente, para dele se diferenciarem , fecham-se em um operar, o que significa reagir ao (e no) ambiente por auto-referência, sem contato direto com ele.

A estrutura dos sistemas sociais fica no seu centro, sendo nele onde se determina o tipo de comunicação produzida pelo sistema. Em volta do centro, protegendo-o, tem-se a chamada periferia do sistema, através do qual ela entra em contato com o meio ambiente e demais sistemas ali existentes. Desde as fronteiras de um dado sistema até o seu centro, - em uma periferia, portanto, forma-se o que Munch denominou "zona de interpenetração",[5] onde os sistemas, nos termos de Luhmann, "irritam-se" em decorrência de seu "acoplamento estrutural" com outros sistemas.[6]

Esse acoplamento necessita ser viabilizado por certos meios (*media*). O meio principal de acoplamento entre o sistema do direito e o sistema da política, por exemplo, segundo Luhmann são as constituições.[7] Para entendermos isso é necessário ter em mente que o judiciário é a organização que ocupa o centro do sistema jurídico, pois é quem determina em última

4 Cf. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, vol. II, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 101.

5 Cf. "*The Dynamics of Societal Communication*", *in*: *The Dynamics of Social Systems*, P. COLOMY (ed.), Sage, London, 1992, p. 65.

6 Cf. LUHMANN*, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie,* 3a. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 291 e seg.

7 "*Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*", *in*: Rechtshistorisches Journal, n. 9, Frankfurt am Main, 1990, p. 204 e segs.

instância o que é e o que não é direito. Da mesma forma os demais poderes do Estado, legislativo e executivo, ocupam o centro do sistema político, mas assim como o judiciário, têm na constituição as pautas mais importantes de balizamento da ação de seus componentes.

Considerando as características da fronteira dos sistemas, referidas por M. Bunge,[8] tem-se que (1º) periférico em um sistema é o que ocorre em suas fronteiras; (2º) uma função específica das fronteiras dos sistemas é proceder trocas entre o sistema e o meio; (3º) na fronteira encontramos os elementos do sistema que estão diretamente acoplados com componentes do meio-ambiente. Isso nos levou a concluir que uma Corte Constitucional, por exemplo, situar-se-ia na fronteira entre os sistemas jurídicos e políticos, sendo um dos componentes mais importantes no acoplamento estrutural dos dois sistemas. Com isso, tem-se de admitir que as Cortes Constitucionais, se estão na fronteira do sistema jurídico, tendo saído de seu centro, migrou para lá, não sendo mais, propriamente, parte integrante do judiciário, em um sistema jurídico autopoiético, onde este ocupa o seu centro, ao dispor, em última instância (no caso, literalmente), sobre o código característico (e caracterizador) do sistema jurídico, pelo qual se define como jurídica ou não as comunicações.[9] Uma conseqüência das mais relevantes dessa "migração"das cortes constitucionais é que elas, quando passam a integrar o sistema político, devem se submeter aos mesmos critérios de legitimação que os demais componentes desse sistema, onde a comunicação se qualifica pelo código do poder. Aliás, a doutrina é unânime em reconhecer, na esteira de Kelsen, que tais cortes exercem um poder de legislação negativa, e também – agora já indo além da formulação tradicional do positivismo - que podem apreciar o mérito de decisões administrativas, quando as mesmas apresentam defeitos do ponto de vista da manutenção da integridade dos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, ao pronunciarem a última palavra sobre o que é e o que não é direito, situam-se no "centro do centro" do sistema jurídico. Este "centro do centro", então, é onde se daria o acoplamento estrutural do sistema jurídico com outros, e não só com o sistema político. Também a educação, a ciência, a arte, a religião, a economia, a mídia e todos os demais sistemas sociais penetram no direito e são por ele penetrados (ou "irritados"), principalmente, por via de interpretações a partir do que se acha disposto na constituição, interpretações essas

8 "*System Boundary*", *in*: International Journal of General Systems, n. 20, London, 1990, p. 219.

9 Cf. LUHMANN, "*Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem*", *in*: RECHTSTHEORIE, n. 21, Berlin, 1990; W. GUERRA FILHO, ob. cit., p. 75 e segs.

que são feitas por juristas, juizes e demais operadores jurídicos e, mesmo, por jornalista, padres, cientistas, enfim, todos os cidadãos, e essas interpretações todas influenciam ("irritam") os membros das Cortes Constitucionais, mas a interpretação que prevalece, em um sistema jurídico autopoiético - e, logo, autônomo - é desses últimos. Tais interpretações, no entanto, são construções (auto)po(i)éticas,[10] pois o direito desenvolve-se reagindo apenas aos seus próprios impulsos, estimulado por "irritações", provindas do ambiente social. A propósito, vale referir a seguinte passagem, da lavra de Gunther Teubner: "Mesmo as mais poderosas pressões só serão levadas em conta e elaboradas juridicamente a partir da forma como aparecem nas 'telas' internas, onde se projeta as construções jurídicas da realidade *(rechtlichen Wirklichkeitskonstruktionen)*. Nesse sentido, as grandes evoluções sociais 'modulam' a evolução do Direito, que, não obstante, segue uma lógica própria de desenvolvimento".[11]

Por ser o Judiciário a única unidade que opera apenas com elementos do próprio sistema jurídico - o qual, ao prever a proibição do *non liquet*, o força a sempre dar um enquadramento jurídico a quaisquer fatos e comportamentos que sejam levados perante ele -, postula-se que essa unidade ocuparia o centro do sistema jurídico, ficando tudo o mais em sua periferia, inclusive o Legislativo, em uma região fronteiriça com o sistema político. Eis o "paradoxo da transformação da coerção em liberdade", uma vez que o juiz se acha vinculado às leis, mas não à legislação, que é sempre objeto de sua interpretação, inclusive a norma que o vincula à lei, levando em conta textos com autoridade superior como aquele da Constituição. "Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível para construção do Direito".[12] É uma tal unidade que garante a autonomia do sistema e a sua "auto-reprodutibilidade", para o que recebem o apoio imprescindível de uma "unidade cognitiva", a chamada "doutrina", que não apenas é responsável pela sofisticação da hermenêutica jurídica, como fornece interpretações passíveis de serem adotadas pelo Judiciário, e assim, introduzidas no sistema

10 Nesse passo, vale recordar a já mencionada proposta de Freud, de que se substitui-se, em psicanálise, a interpretação pela (re)construção "arqueológica". Cf. FREUD, *Konstruktionen in der Analyse* [1937], ob. loc. ult. cit.

11 TEUBNER, "*Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*", *in*: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, n. 68, Stuttgart, 1982, p. 21. V. tb., *Id.* , "*Substantive and reflexive elements in modern Law*", *in*: Law & Society Review, vol. 17, n. 2, Denver, 1983, p. 249.

12 Cf. LUHMANN, "*Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem*", cit., p.163.

jurídico normativo.[13] Daí se poder falar, como Foucault, em uma "unidade de discurso" entre as práticas discursivas da academia e do Judiciário.[14]

Conclui-se, então, que a fronteira do sistema jurídico e, por simetria, também dos demais sistemas sociais, não passa apenas por sua periferia, mas também por seu centro. É por isso que, com H. v. Foerster, podemos dizer, tal como H. Willke,[15] que o Estado de uma sociedade funcionalmente policêntrica é formada por subsistemas sociais diferenciados (interdependentes) que se estruturam não de forma hierárquica, mas sim "heterárquica", pois nenhum subsistema goza, *a priori*, de primazia em relação aos demais - nem o subsistema de economia, como é ainda hoje bastante divulgado e como foi dito pelo próprio Luhmann, em uma versão mais antiga de sua teoria.[16] Na última versão dessa teoria não se fala mais em primazia da função de nenhum subsistema, a não ser em relação a si mesmo,[17] já que "cada sistema funcional só pode cumprir com a própria função".[18]

Postular que a sociedade contemporânea, organizada em escala mundial, "globalizada", é o produto da diferenciação funcional de diversos (sub)sistemas, como os da economia, ética, direito, mídia, política, ciência, religião, arte, ensino etc. - sistemas autopoiéticos, que operam com autonomia e fechados uns em relação aos outros, cada um com sua própria "lógica" -, postular isso não implica negar que haja influência (ou "perturbações") desses sistemas uns nos outros. Entre eles dá-se o que a teoria de sistemas autopoiéticos denomina "acoplamento estrutural".[19] Assim, o sistema da política acopla-se estruturalmente ao do direito através das constituições dos Estados, enquanto o direito se acopla à economia através dos contratos

---

13 A doutrina ou dogmática jurídica, como sustenta LUHMANN em trabalho já clássico, "Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica", caracteriza-se, igualmente, por constituir uma liberdade de pensamento sob a aparência de vinculação a conceitos dogmatizados, inquestionáveis, mas que, na verdade, tanto podem oferecer respostas como tornarem-se instrumento de questionamentos, enquanto formas cujo conteúdo e, logo, também o seu sentido podem sempre ser atualizados, para atender às exigências sociais de segurança ou, ao menos, da "insegurança suportável" de um problema para o qual se pode oferecer uma solução, encerrando-o com uma decisão. Cf. LUHMANN, *Sistema Juridico y Dogmatica Juridica*, trad. IGNACIO DE OTTO PRADO, Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1983, p. 29 e seg., 40 e 102.

14 Cf. EDWARD L. RUBIN, "*The practice and discourse of legal scholarship*", *in*: Michigan Law Review, vol. 86, nº 6, Lincoln, 1988.

15 Cf. *Ironie des Staates*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 65.

16 LUHMANN, "*Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*", *in*: *Id.*, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp,1981, p. 149.

17 LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., vol. II, p. 747 e seg.

18 *Id*. *ib*., p. 762.

19 Cf. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, loc. ult. cit., p. 776 ss.

e títulos de propriedade, e a economia, através do direito, com a política, por meio dos impostos e tributos, e todos esses com a ciência, através de publicações, diplomas e certificados, cabendo a uma corte constitucional, em última instância, deliberar sobre a "justeza" desses acoplamentos, em caso de dúvidas ou contestações, que os ameace, ameaçando, assim, a autopoiese do sistema global e, logo, sua permanência, sua "vida".

Está em causa a manutenção da autopoiese no sistema global, se nós considerarmos o sistema jurídico como proposto por Luhmann em "O Direito da Sociedade",[20] ou seja, como um tipo de sistema imunológico da sociedade, com a tarefa de vaciná-la contra as doenças sociais que seriam os conflitos, através da representação desses conflitos em prescrições a serem seguidas pelas cortes, concebidas de maneira idealizada como imunes contra a política. E o principal risco aqui mostra-se, então, como sendo o da auto--imunidade, no sentido trabalhado por Derrida. [21]

A questão que se coloca, então, é de como sobreviveria um tal sistema, o sistema social global, que é a sociedade mundial, diante de um ataque por componentes dele mesmo, como para alguns ocorreria no setor financeiro do sistema econômico, diante do excesso de especulação, ou de cidadãos que ao invés de participarem politicamente por meio do voto optam por protestos cada vez mais violentos, ou quando pessoas se tornam suspeitas e, mesmo, praticantes do que se vem qualificando como terrorismo, sendo destratados como portadores de direito, na situação descrita por Giorgio Agamben com uma figura do antigo direito penal romano do *homo sacer*, que é a de uma vida puramente biológica e, enquanto tal, matável sem mais. Eis como o sistema (jurídico) imunológico da sociedade pode ser confrontado com um problema similar ao de um organismo que sofre de uma disfunção auto-imune. A auto-imunidade é uma aporia: aquilo que tem por objetivo nos proteger é o que nos destrói. O paradoxo da autopoiese do direito terminando em autoimunidade revela o paradoxo da inevitável circularidade do Direito e suas raízes políticas nas constituições.

Como nós aprendemos de uma recente contribuição para o pensamento social de um estudioso de Luhmann e Baudrillard, conjuntamente: "A persis-

20 Cf. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, pp. 161 e 565 ss.

21 Cf., mais extensamente, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, "*Potência crítica da ideia de direito como um sistema social autopoiético na sociedade mundial contemporânea*", *in*: GERMANO SCHWARTZ (org.) *Jurisdicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 59 – 69; ARNALDO BASTOS SANTOS NETO,"*Derrida, Luhmann e a questão da justiça*", *ib.*, pp. 71 – 83.

tência da forma-binária somente pode ser assegurada pela produção dosada de algum 'outro'-simulado, não mais disponível em sua forma 'natural'".[22] Se é assim, tenhamos esperança na vinda no sistema societário mundial de um vírus como o da AIDS, i.e., que desenvolva uma doença auto-imune para acometer o sistema imunológico e assim impedindo que continue atacando partes do próprio organismo que deveria proteger: um vírus que realmente ajude a dar fim à sociedade desumana e ao nosso vínculo ambíguo (o *double bind* de Bateson) de amor/ódio com a natureza e o radicalmente outro, diverso,[23] operando uma espécie de auto-imune apocatástase. [24] De outro modo, o sistema jurídico em escala global irá crescentemente reagir contra a diversidade e em fazendo isso irá minando os fundamentos mesmos da ambiência natural e cultural, humana. E isso é o pior a que o recrudescimento da presente crise pode nos levar. Havemos, então, de superar as doenças auto-imunes que nos acometem enquanto corpo social mundial, nos termos de Roberto Esposito,[25] das quais a atual "crise alérgica" da União Europeia é um exemplo claro e menos grave do que aquele da Alemanha nazista, analisada por este autor, em que a enfermidade decorre da tentativa de isolamento dos contatos que põem a política a serviço da vida e não a vida a serviço de uma política mortífera, ou seja, a biopolítica transformada em tanatopolítica.

22 Cf. RENÉ CAPOVIN, "*Baudrillard as a Smooth Iconoclast: The Parasite And The Reader*", *in*: International Journal of Baudrillard Studies, vol. 5, # 1, 2008.

23 Cf. CARLA PINHEIRO, *Responsabilidade Ambiental por Ato Lícito*, Tese de doutoramento, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

24 Apocatástase é o termo criado por Orígenes de Alexandria (185-253 d.C.), também conhecido como Orígenes cristão, para designar a restauração final de todas as coisas em sua unidade absoluta com Deus. A apocatástase representa a redenção e salvação final de todos os seres, inclusive os que habitam o inferno. É, assim, um evento posterior ao próprio apocalipse. A apocatástase sintetizaria o poder do Logos ou Verbo encarnado, ou seja, o próprio Cristo como poder redentor e salvador que não conheceria limite algum. A proposta da apocatástase leva a supor que não há um único mundo criado - o que principia no Gênesis e finda no Apocalipse - como sugerido pela Bíblia cristã. Ao contrário, em sua atividade criadora, Deus cria infinitamente, uma sucessão de mundos, que só se esgotaria na apocatástase, quando todos os seres n'Ele repousassem definitivamente. Essa ideia de uma sucessão infinita de mundos lembra muito uma hipótese agora bastante aceita em física quântica, originária da à época muito controvertida tese de doutoramento sobre a função da onda, de HUGH EVERETT III, *The Many-Worlds Interpratation of Quantum Mechanics: the theory of the universal wave function*, PhD Thesis, Princeton University, 1956.

25 Cf. "*Filosofia e Biopolítica*" *in* ethic@, vol. 9, n. 2, Florianópolis, p. 369 – 382.

¿DOGMÁTICA PENAL SISTÉMICA? SOBRE LA INFLUENCIA DE LUHMANN EN LA TEORÍA PENAL

Juan Antonio García Amado[1]

El objeto de mi análisis será el examen que de los fundamentos del derecho penal realizan Günther Jakobs y sus discípulos (fundamentalmente H. Lesch) desde planteamientos próximos, al menos inicial o superficialmente, a la teoría de sistemas de Luhmann. Tras una breve exposición de los elementos luhmannianos que aparecen en dicha doctrina, trataré de sustentar la tesis de que dichos autores no pueden ir más allá en la incorporación de elementos sistémicos porque tal cosa supondría o bien renunciar al cultivo de una dogmática penal estándar, o bien asumir consciente y abiertamente que su discurso tiene que desdoblarse en dos análisis distintos, que serían, por un lado, la explicación de la razón de ser y el fundamento del sistema jurídico-penal, en clave de lo que podríamos denominar un punto de vista externo, y, por otro, el cultivo del discurso propio de la teoría interna de dicho sistema, haciendo abstracción de las consecuencias del análisis anterior y asumiendo que practican una comunicación que sólo puede pretenderse "verdadera" y fundamentada en el seno de dicho sistema, esto es, como si aceptaran que se trata de jugar un juego en el que todas las reglas son puramente instrumentales para el rendimiento de ese sistema que anteriormente han desmitificado en cuanto a sus pretensiones últimas. El hecho de que Jakobs y sus seguidores no distingan entre esos dos niveles de su discurso o análisis y de que más bien pretendan fundar el segundo en el primero, les conduce a verdaderas aporías y a más de una inconsecuencia. Esto último trataré de mostrarlo atendiendo especialmente al papel y el estatuto del sujeto en su doctrina penal. En el trasfondo quedará la pregunta de cuánto podría aportar

1 Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Léon (Espanha).

a la teoría del derecho penal una asunción más profunda y rigurosa de los planteamientos de Luhmann.

UNAS DOSIS DE FUNCIONALISMO ADEREZADO CON SISTEMISMO

El enfoque funcionalista del derecho penal inquietará desde su mismo punto de arranque a los bienpensantes que ponen en la base del sistema jurídico la protección de los valores que en cada ser humano se encarnan y de los bienes constitutivos de la posibilidad de realizarse como sujeto portador de una innata dignidad, pues con dicho enfoque el derecho penal (y el derecho todo) deja de estar al servicio del orden de lo materialmente justo y se justifica por su prestación para el mantenimiento del todo social. Y esto en un tiempo en que el tránsito entre la individualidad y la sociabilidad se halla ya despojado del metafísico teleologismo aristotélico, que no veía en la segunda sino la desembocadura natural y la realización de la primera. El racionalismo moderno rompió la naturalidad de esa transición y colocó al individuo como núcleo de toda legitimidad, con lo que el derecho se justifica sólo al servicio de la libertad individual y la legitimidad de toda forma social se basa únicamente en el libre consentimiento de los individuos. El valor supremo es entonces la libertad individual, máxima expresión de la dignidad ínsita en todo ser humano, y, como consecuencia, la clave de toda legitimación de lo social va a ser el consentimiento. El individuo es constitutivamente anterior a lo social y toda formación social se considerará admisible únicamente si respeta y se asienta en ese valor previo del sujeto humano. La sociedad política ya no es un fin en sí misma ni la realización automática de una tendencia natural del individuo. Por tanto, el derecho que se quiera legítimo no puede proteger lo colectivo antes que lo individual y sólo puede protegerlo en lo que sirva a la plenitud de los intereses individuales.

El planteamiento funcionalista choca frontalmente con esos presupuestos del racionalismo individualista, y por eso no es extraño que el propio Jakobs insista es que sin la inserción en una sociedad el individuo no es nada muy distinto de un animal y no puede desplegar ninguna capacidad que lo especifique frente a los seres abruptamente naturales, al tiempo que introduce el elemento relativístico de afirmar que lo que el individuo pueda llegar a ser y desarrollar dependerá enteramente de los caracteres que adopte la respectiva sociedad. Ahí el planteamiento del racionalismo individualista aparece ya invertido, pues resulta que es la sociedad la que se erige en

constitutiva de lo humano al aportar las referencias (comenzando con el lenguaje) con las que el individuo puede simultáneamente entenderse a sí mismo y entender a los demás[2].

Sobre esos presupuestos cobra sentido la caracterización del funcionalismo jurídico-penal como "aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad" (Jakobs 1996a, 9), y la afirmación de que con el derecho se resuelve siempre "un problema del sistema social" (Jakobs 1996a, 12). La función del derecho penal se refiere, por tanto, primariamente al mantenimiento de la identidad de la sociedad, de la "configuración social básica" (Jakobs 1997a. 12). El conflicto al que la norma penal responde es, así, un conflicto entre una actitud individual y la sociedad, y con la pena la sociedad defiende su persistencia frente a las consecuencias disolventes que para la misma tienen ciertos modos de proceder de los individuos. El delito no es, en su explicación última, un enfrentamiento entre individuos o grupos a propósito de sus bienes particulares, del tipo que sean, sino un cuestionamiento del orden social, por lo que su comprensión requiere trascender de lo intersubjetivo a lo suprasubjetivo y de lo psicológico a lo "sociológico"[3]. El derecho se explica, por tanto, por su función social y no como mero correlato necesario de la convivencia entre conciencias individuales libres y plenamente dadas con antelación a esa convivencia organizada. La convivencia no sirve a la individualidad sino que la constituye, ya no es tributaria de los fines preestablecidos de aquélla, sino que asignándolos los hace posibles. Estamos así en las antípodas de las doctrinas que estos autores denominan "naturalistas"[4].

Dentro de la explicación funcional del derecho, se trata de ubicar el cometido preciso del derecho penal. Para comprenderlo se ha de partir de la idea de que la sociedad se constituye precisamente a través de normas y, en consecuencia, a partir de esas normas alcanzan su identidad también los propios sujetos individuales (Jakobs 1996a, 16). Al derecho penal le

2 Por extenso en Jakobs 1999.

3 "La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual «persona singular», sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de la relación social" (Jakobs 1997a, 12).

4 Véase por ejemplo (Lesch 1999a, 185). En palabras de Jakobs, "jurídico-penalmente no interesa, o en cualquier caso no interesa en primer término, el contexto psicológico, sino el social, y en este contexto encuentran su sitio tanto voluntad como el simple dejar-que-suceda, hecho como omisión, causalidad como no-salvar; sin embargo, tal contexto apenas es aprehendido cuando el comportamiento imputable se desglosa en elementos naturalistas" (Jakobs, 1996b, 29). Está este autor ahí criticando la línea que va de Binding a Radbruch y de éste a Armin Kaufmann.

correspondería la función de velar por la parte más esencial y básica de tales normas y, por tanto, solventar el problema social básico: la subsistencia de las normas que estructuran la base de lo social. Es la preservación de la sociedad el objetivo que da sentido al derecho penal, con lo que la práctica jurídico-penal es un ejercicio de autopreservación de la sociedad y, mediatamente, de preservación de la identidad individual que sólo es una identidad social, inserta en unas concretas referencias que son sociales y normativas a un tiempo. Sin tal función, el sentido de las normas penales decae, pues con el fin de la sociedad acabaría también toda posibilidad de que los individuos pudieran organizadamente defender su identidad y, más aún, desaparecería también la posibilidad de que el individuo tuviera una identidad que le permitiera percibir unos intereses que fueran algo más que puros instintos.Es la identidad de la sociedad[5] la que permite la identidad de los sujetos singulares.

Con lo dicho se explica el temor que este tipo de planteamientos suelen suscitar. Es fácil sospechar que se está abriendo la vía para justificar cualquier tipo de sistema penal que en, nombre del mantenimiento de la colectividad, someta al individuo sin traba ni límite. Ante lo habitual de esta acusación, se imponen rápidamente algunas puntualizaciones. En primer lugar conviene no perder de vista la índole del discurso que se lleva a cabo. Un discurso que se pretenda descriptivo del funcionamiento de algo, tiene que juzgarse en términos de su mayor o menor verosimilitud y de la utilidad heurística del modelo que nos ofrece del objeto descrito, pero no tiene por qué subordinarse lo que del mundo se puede explicar a lo que para el mundo se deba postular a fin de que nos resulte más grato. El propio Jakobs insiste en que su teoría pretende ser descriptiva, que no da en ningún momento el salto de considerar que lo que es así así debe ser[6], y asume que su exposición es neutra y está al margen de todo planteamiento utópico (Jakobs 1996a, 49).

Que el derecho penal cumpla esta función en cualquier sociedad, sea democrática o totalitaria, no es sino una forma de afirmar la obviedad de que tanto en una como en otra existe un sistema jurídico-penal y lo que la explicación funcionalista proporciona es un porqué de tal fenómeno.

5 "La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad" (Jakobs 1996a, 11).

6 Vid. por ejemplo, Jakobs 1996a, 49; más claramente aún, frente a la acusación de que con esta concepción se instrumentaliza al ciudadano que va a ser penado, afirma que "sólo se trata de la descripción de las condiciones de funcionamiento de toda sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que en todo caso descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo" (Jakobs 1997b, 387-388).

Y Jakobs aclara reiteradamente que la configuración concreta que cada sistema jurídico-penal adopte no depende, por tanto, de esa función que es común, sino de las particulares coordenadas sociales que en cada ocasión sean determinantes. El derecho penal protege siempre la identidad básica de la sociedad, pero cómo se configure en concreto esa sociedad no depende del derecho penal, por lo que podríamos añadir que la lucha para cambiar esa configuración tiene que ser conscientemente una lucha en otra clave. Renunciando a describir cómo funciona un elemento de la sociedad no se transforma ese elemento, todo lo más se encubre su verdadero papel bajo un manto de piadosos deseos.

Quizá ayude a situarse en esa misma discusión otro elemento crucial de la teoría de estos autores. El derecho penal es expresión de un conflicto, pero es preciso delimitar en qué consiste éste. Si pensamos que lo hasta ahora expuesto se traduce en que dicho conflicto es entre un bien o interés individual y un bien o interés grupal, una disputa, por ejemplo, acerca de si vale más la vida de un sujeto singular que el progreso del Estado, estaremos alejándonos de este peculiar funcionalismo y aproximándonos, en efecto, a un pensamiento organicista, que personifica a la sociedad y la pone a jugar como un individuo más, sólo que superior y más valioso, frente a otros individuos en la disputa por ciertos bienes concretos y materiales. Ahí sí acecharía el totalitarismo. Mas para Jakobs y su escuela el conflicto penal no es un conflicto sobre bienes, sino un conflicto simbólico, de símbolos, de significados. Aquí la presencia de Luhmann es bien visible.

Efectivamente, el giro más importante que da esta escuela tiene que ver con lo que podemos denominar la ubicación del fenómeno jurídico-penal. Éste puede contemplarse como inserto primariamente en las conciencias individuales y/o en el dato fáctico de la disputa de ciertos bienes. Ambas alternativas son rechazadas y se opta por ubicar lo penal en el plano de la comunicación. “El Derecho penal -dice Jakobs- no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación” (Jakobs 1996a, 49).

¿A qué se alude con esa idea de comunicación? Para la teoría sistémica la sociedad existe en cuanto los individuos pueden coordinar sus acciones, y tal coordinación es posible únicamente sobre la base de que los actos, gestos, etc. son algo más que eventos empíricos, poseen un significado, tienen una relevancia comunicativa, expresan un sentido. A cada gesto o palabra no puede asociarse cualquier cosa, sino sólo aquello de lo que es expresión con arreglo al correspondiente código comunicativo. Cuando dos personas se encuentran y se tienden la mano, ambas entienden (en nuestra

civilización) ese movimiento corporal como manifestación de consideración y saludo pacífico y no como amago de agresión, intento de robo o, simplemente, reflejo instintivo sin significación social alguna. A través de esas comunicaciones es posible la sociedad y es la sociedad la que así está funcionando por intermedio de los individuos, con lo que éstos son partícipes y ejecutores de una comunicación que los trasciende, sus actos son expresión de un sentido social, más que plasmación de una psicología o una conciencia individual independiente[7]. Esa conciencia psicológica individual opera como un sistema autónomo, ciertamente, uno más con arreglo a sus claves, pero el sistema social se constituye al margen y no puede ver ninguna conciencia como conciencia puramente individual[8], sino que sus manifestaciones sólo las puede percibir e interpretar como manifestación de sentido social, como comunicación social. Así pues, el sistema social o sociedad se compone, en términos de Luhmann, sólo de comunicaciones y de todas las comunicaciones[9].

Es la comunicación lo que posibilita la existencia de expectativas. Desde el momento que cada gesto tiene un sentido, cada protagonista sabe lo que puede esperar del curso de acción consiguiente. Aquel a quien le tienden la mano de cierta forma sabe que puede esperar un comportamiento amable y respetuoso y no que el movimiento siguiente sea una bofetada, por ejemplo. Como luego veremos, esta expectativa, que es una expectativa normativa, puede ser defraudada, pero tal defraudación no es la regla, sino la excepción, y, además, el sistema social puede reaccionar y reacciona

7 Puesto que la comunicación constituye sociedad, por servir de puente para la transmisión intersubjetiva de criterios de selección, la comunicación, según Luhmann, "sólo es posible como evento que trasciende la clausura de la conciencia, como síntesis de algo más que el contenido de una sola conciencia" (N. Luhmann, The Autopoiesis of Social System, Florencia, IUE, Autopoiesis Colloquium Papers, multigr. -Doc. IUE 328/85-Col.81-, p. 25-26. Este trabajo se recoge también en F.Greyer/J. van der Zouwen, eds., Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems, Londres-Beverly Hills, 1986, pp. 172-192). De ahí que la comunicación no se agote en la dimensión psicológica o individual, pues aquella función de la comunicación sólo se cumple en tanto a la transmisión (Mitteilung, utterance) con pretensiones de información que un individuo lleva a cabo le siga la comprensión (Verstehen, understanding) por parte de, al menos, otro individuo. Sólo así se habrá realizado la comunicación. Sólo así se constituye sociedad. Allí donde la comunicación se agotara en la dimensión individual que la acción representa no existiría sociedad, sino un conglomerado de seres solipsistas. Y si la comunicación es sociedad reproduciéndose a sí misma, quiere decir también que es la sociedad la que comunica, y no las conciencias individuales. Éstas no se componen de comunicaciones, como prueba el hecho de que sin sociedad no comunicarían, pero no por ello dejarían de existir. "La sociedad -dice Luhmann- no se compone de personas, sino de comunicaciones entre personas" (Luhmann 1981b, 20).

8 Es más, "tampoco hay contacto inmediato entre distintas conciencias como sistemas". "Ninguna conciencia tiene un acceso directo a otra conciencia" (Luhmann 1995, 58).

9 Véase, por ejemplo, Luhmann 1983a, 356; 1983b, 311; 1983c, 137.

respaldando tal expectativa incluso en caso de su puntual defraudación. Por tanto, cada individuo interviniente en la comunicación social conoce qué expectativas se siguen de los comportamientos ajenos y conoce también qué expectativas se forjan los demás a partir de sus propios comportamientos, tiene expectativas de expectativas a partir del sentido común de los actos y gestos, con lo que el caos de lo imprevisible, la total contingencia, se ve sustituido en la convivencia social por el orden de lo esperable.

Otra forma interrelacionada de explicar esto es mediante la noción de reducción de complejidad, noción luhmanniana que no aparece en los autores que analizamos. Complejidad es el conjunto de todos los sucesos posibles[10]. En el supuesto hipotético de que dos individuos se encontraran en pleno y total estado de naturaleza, la complejidad sería total, pues ninguno sabría lo que puede esperar del otro, cualquier acontecer sería posible en una situación así. La sociedad, constituida en y por la comunicación, precisamente es posible a base de reducir esa complejidad. Cuando aquí y ahora dos personas se encuentran el abanico de reacciones posibles es sumamente previsible, y tanto más cuanto más "socializadas" estén esas personas, cuanto más participen de los códigos comunicativos comunes. Por tanto, la sociedad es viable en cuanto compuesta de comunicaciones y es la participación en esas comunicaciones lo que convierte al individuo en social, y a su través la sociedad se comunica, esto es, se constituye y mantiene.

Pero a medida que la complejidad es reducida mediante la comunicación, puede también surgir más complejidad. Dicho muy simplificadamente, cuantos más problemas podemos resolver, más problemas nuevos podemos plantearnos. Un ejemplo sumamente elemental: cuando podemos coordinarnos para cazar en equipo, podemos pasar a plantearnos cómo repartir el objeto de la caza. Pues bien, a medida que la sociedad va reduciendo complejidad se va pudiendo hacer más compleja. Pero cuando esa complejidad, y su consiguiente necesidad de reducción, alcanza un nivel alto, se requieren comunicaciones especializadas para resolver los diferentes ámbitos de problemas, para reducir la complejidad. De ese modo dentro del sistema social global o sociedad se decantan subsistemas que tienen por cometido asumir para su resolución un ámbito específico de problemas, acotar para su procesamiento parcelas de complejidad. Así es como se constituyen como (sub)sistemas sociales la ciencia, el derecho, la economía, la moral, etc. Cada uno de esos sistemas opera con comunicaciones (por eso son parte del

10 Véase, por ejemplo, Luhmann 1974, 115.

sistema social, que se compone de todas las comunicaciones) y se especifica con arreglo a un código propio y un programa propio. Así, por ejemplo, la ciencia opera con el código verdadero/falso y la asignación del respectivo valor se realiza con arreglo a criterios (programas) que son propios de ese sistema. Por seguir con el ejemplo, que algo sea verdadero en ciencia es independiente de que sea jurídico o antijurídico, moral o inmoral, rentable o no rentable y, además, algo que es verdadero en ciencia puede ser falso en religión[11], pero eso nada importa. Un ejemplo más próximo: la determinación de la paternidad puede y suele funcionar con resultados distintos en el derecho y en la ciencia, pero con ello simplemente ocurre que cada sistema está dando la respuesta que corresponde al tipo de problema que cada uno ha de resolver.

Insisto en que todo lo anterior no aparece expresamente recogido en Jakobs y sus discípulos, aunque en buena medida debe darse por presupuesto para que sus postulados cobren pleno sentido y capacidad explicativa. Y llegamos así al derecho. Para Luhmann, como ya sabemos, el origen de los sistemas sociales estriba en la solución del problema de la doble contingencia por medio de la formación de expectatiavas de expectativas, que permiten a los individuos orientarse y hallar vías de interrelación en medio del enorme campo teórico, con lo cual las normas jurídicas serían "expectativas de comportamiento contrafácticamente estabilizadas"de posibilidades que se abre ante cada relación. Pues bien, esa seguridad que hace esperable el comportamiento propio y ajeno bajo pautas comunes, no sería posible sin el derecho. El derecho permite la generalización de esas expectativas de expectativas, les da un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada interrelación particular, permite su vigencia como estructuras sociales[12]. Desde el momento en que se sostiene que las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas, se introduce un elemento de inseguridad, pues siempre cabe que las expectativas se vean defraudadas. Tiene que existir, por consiguiente, algún mecanismo que permita a los sistemas mantenerse aun en tales casos. Dos son, según Luhmann, las po-

11 Posiblemente un buen ejemplo de esto es el rechazo que ciertas sectas cristianas hacen de la teoría de la evolución de las especies, tildándolo de falso. Ahí la verdad propia del sistema científico es reemplazada por la verdad del sistema religioso. Un ejemplo jurídico, arriesgando un poco más en la interpretación: cuando desde posiciones religiosas se aduce la invalidez jurídica de una norma permisiva del aborto o del divorcio, por mucho que haya sido dictada con todos los parabienes formales. En este caso el sistema que se ve obstruido desde el religioso es el jurídico. En el primer caso la "verdad" científica y en el segundo la "verdad" jurídica son reemplazadas por la "verdad" religiosa.

12 Vid. Luhmann 1983a, 31ss.

sibilidades de que disponen al efecto, y ambas tienen que ver con el modo de configurar esas expectativas. Una solución consiste en que se presenten como expectativas cognitivas, con lo cual su frustración sirve como nueva fuente de conocimientos y germen de una nueva expectativa, que sustituye a la anterior: si un día se comprueba que no todos los cuerpos caen con la aceleración previsible con arreglo a la ley de la gravedad, habrá que sustituir esta ley por otra que sea capaz de integrar las excepciones. La otra estrategia posible consiste en que las expectativas defraudadas no se varíen, sino que se mantengan y se refuercen. Son expectativas normativas. Aquí los sistemas ya no se adaptan a las circunstancias, sino que defienden sus estructuras contra ellas: la constatación de que hay conductores que circulan en las autopistas en sentido contrario al debido no lleva a modificar la obligación, y la consiguiente expectativa general, de circular por carriles de sentido único, ni a admitir excepciones al carácter general de esa obligación, sino que se mantiene la expectativa original y se busca la recomposición de su efectividad eliminando la infracción. Si en toda sociedad no existiera un amplio entramado de tales expectativas que no cambian ante cualquier frustración, la posibilidad de orientación intersubjetiva de las conductas desaparecería, y las estructuras sociales se harían evanescentes, quedando sin solución el problema de la doble contingencia: las prestaciones contractuales sólo se harían efectivas mientras no dejaran de cumplirse, los conductores circularían por la derecha únicamente mientras no se les antojase circular por la izquierda, etc. Es para asegurar esas expectativas no modificables por actos particulares de los individuos por lo que existe el derecho, el sistema jurídico. Por eso afirma Luhmann que la función del derecho se aplica como "estabilización contrafáctica de expectativas de comportamiento"[13][14]. El derecho no es, en la concepción de Luhmann, tanto un medio de evitar conflictos cuanto de preverlos y prepararlos, pero encauzados. En la propia estructura de sus normas va implícita la previsión del conflicto, pues siempre se plantean como alternativa de cumplimiento e incumplimiento. Es el conflicto precisamente, el incumplimiento, el que ejerce el efecto paradójico de reforzar la expectativa normativizada, pues desencadena los mecanismos tendentes a la imposición contrafáctica de esa expectativa, que aparece así reforzada de cara a los casos futuros.

13 Luhmann 1981a, 117.
14 Luhmann 1983a, 43.

Como antes indiqué, estos muy elementales trazos de la teoría de Luhmann se encontrarían en buena medida, al menos, en el trasfondo de la caracterización que del derecho penal y sus fundamentos hacen Jakobs y sus seguidores, pues sólo presuponiendo tal teoría cobrarían sentido coherente y pleno los dos aspectos en que más insisten: la función comunicativo-simbólica del derecho penal y su carácter de refuerzo de las expectativas normativas básicas.

La función del derecho penal al servicio de la estabilización contrafáctica de expectativas es, sin duda, el asunto que más claramente toman estos autores de la construcción y el lenguaje luhmannianos, especialmente del Luhmann de la Rechtssoziologie. En esto no se apartan de lo que al respecto y por referencia a Luhmann acabo de sintetizar en los párrafos anteriores[15].

Retomemos el primero de aquellos asuntos, la función comunicativo-simbólica del derecho penal, a través de la cual cumple ese cometido de estabilización contrafáctica de expectatiavas. Explica Jakobs, citando expresamente a Luhmann, que la misión de la pena no es evitar lesiones de bienes jurídicos, sino "reafirmar la vigencia de la norma" (Jakobs 1997a, 13). La relación entre delito y pena no es, por supuesto, ningún tipo de automatismo causal materialmente determinado, pero tampoco reacción consiguiente a un comportamiento que se estima dañoso para un bien positivamente evaluado en el plano moral, económico, político, etc[16]. Esa relación se establece en un plano puramente simbólico, donde los comportamientos se miden por el sentido que expresan respecto de las normas y la aplicación de éstas no

15 Para un examen más preciso de la recepción de tal idea en estos autores pueden verse, por ejemplo: Jakobs, Jakobs 1997a, 9ss; Lesch 1999a, 186ss., Vehling 1991, 91ss.

16 Con esto no se quiere decir que los contenidos de las normas penales, su objeto de protección, lo que se considere bienes que deben ser tutelados, sea algo que caiga del cielo u obedezca al azar. Por supuesto, tales contenidos se rellenan desde consideraciones morales, políticas, económicas, etc. Lo que sucede es que la prestación específica del derecho penal acaece una vez que ese material está dado desde los correspondientes sistemas ajenos al penal, especialmente el político. Creo que esto lo han visto con agudeza Peñaranda, Suárez y Cancio, quienes, interpretando a Jakobs, afirman que "la decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización sería una «tarea puramente política, no jurídico-penal» en la que a la ciencia del Derecho penal sólo correspondería determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas" (Peñaranda/Suárez/Cancio 1999, 38). Y añaden más adelante que "como ha señalado MÜSSIG, la teoría de la prevención general positiva no desplaza la doctrina del bien jurídico, pues ambas se mueven (hasta cierto punto, matizaríamos nosotros) en niveles diferentes: la una en el plano de la explicación de la función social de la pena, la otra en la determinación de los criterios materiales de legitimación de la incriminación de comportamientos en una sociedad de unas determinadas características" (ibid., 57). En esta cuestión se muestra lo adecuado de la denominación de "normativista" que Jakobs y sus seguidores dan a su teoría, y es fácil pensar en que un normativismo de corte kelseniano realizaría idénticas críticas a cualquier intento de condicionar la validez de las normas penales a criterios materiales extrajurídicos.

es sino reafirmación de su sentido propio. Pero esto necesita una explicación más pormenorizada. En palabras de Lesch, el injusto jurídico-penal se explica "no ya como un ataque externo a bienes jurídicos, sino como comunicación referida al Derecho. Se trata de una defraudación de expectativas normativas, es decir, un comportamiento mediante el cual el autor demuestra que pone en tela de juicio la validez de la norma en una situación concreta. Esto significa, que para la interpretación del injusto penal no se está a la valoración de sucesos del mundo exterior, sino al significado de éstos para la vigencia de la norma" (Lesch 1995, 40). Y añade que "el derecho penal, al igual que lo pretendido con la sanción, no se despliega en el campo de los daños a bienes jurídicos, sino en el de los daños a la vigencia, esto es, en un plano inmaterial, demostrativo-simbólico" (Lesch 1995, 41).

En consecuencia, la oposición que se da entre delito y pena no es la expresión de dos contrapuestos sistemas de valores materiales a propósito de un bien de cualquier tipo, y menos aún de dos formas de concebir el recto y materialmente justo comportamiento humano. Con esto tanto el ilícito como la pena se explican al margen de cualquier planteamiento moralizante y se sitúan en las antípodas del servicio necesario a cualquier ética material o a cualquier concepción antropológica. Ese es el tinte especial de todo planteamiento funcional, y más del sistémico, y ahí es donde se produce el choque con las justificaciones de que habitualmente se vale el sistema para autolegitimarse ocultando su razón de ser y de existir bajo el ropaje de la ideología. El verdadero juego del sistema jurídico-penal no transcurre a modo de diálogo entre conciencias autónomas e ilustradas ni como interrelación de hechos desnudos que, todo lo más, son valorados por esa autónoma conciencia. Donde la infracción de la norma y la pena se sitúan es "en la esfera del significado" (Jakobs 1997a, 13). El comportamiento delictivo y la pena no cuentan por lo que son en sí (producto de una psique, hechos resultantes de encadenamientos causales, expresión de sistemas de valores morales, etc.) sino por lo que representan o significan para el sistema.

Tal planteamiento obliga a reformular los conceptos de partida del derecho penal. Así, las normas penales no son imperativos dirigidos a una voluntad, sino previsión de una reacción simbólica frente a otra expresión simbólica[17]; son "estructuras simbólicas generalizadas" (Lesch 1995 85).

17 "El deber-ser de la norma de que se trata en derecho penal no es un imperativo, sino un símbolo para la expectativa de vigencia contrafáctica de la norma. Contrariedad a ésta no significa pues la realización corporal (o la no-realización) de un comportamiento que representa lo contrario al contenido fijado por el deber-ser de una norma de determinación (preventivo-directora del comportamiento). Así

Más claramente, las normas ponen de relieve que una expectativa de comportamiento está fundada, es sostenible, y la sanción que prevén es estipulación de una respuesta que refuerza dicha expectativa y la muestra como válida. En consecuencia, "misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma" (Jakobs 1997a, 14). cuando es defraudada en un caso. Por tanto, el objetivo último de las normas es respaldar la confianza en que los sujetos actuarán de determinado modo, con un cierto "sentido", y la razón de ser de la sanción que las normas recogen es reafirmar esa confianza[18].

Pero si la norma es ante todo reacción significativa frente a un hecho que se cataloga como delito, el hecho mismo cuenta también por su significado y sólo por eso. El hecho, en lo que al derecho penal importa, no es un puro dato empírico, sino una afirmación, un acto de comunicación: es "afirmación que contradice la norma" (Jakobs 1996a, 11). El delito "no se ha de entender como un acontecer causal en el mundo exterior, es decir, un suceso de la naturaleza que se pueda establecer en abstracto y de modo desligado de su autor, sino como comunicación, es decir, como expresión de sentido de una persona formalmente racional" (Lesch 1999a, 211). Por tanto, la oposición que delito y norma manifiestan no es la oposición entre dos cursos de acción contrapuestos, la de dos eventos materialmente contrarios o moralmente contradictorios, sino, entre dos significados distintos, entre dos comunicaciones que expresan lo contrario: el delito, que la pauta

por ejemplo, la contrariedad a la norma no se determina a través del contenido descriptivo «tú no debes golpear a nadie mortalmente», esto es, no mediante la realización corporal de uno de los comportamientos valorados por tal norma como no-deber-ser, en definitiva, no a través de la ejecución de un homicidio final. La contrariedad normativa genuinamente jurídico-penal no se refiere a aquel contenido de la norma localizado en el campo de la defensa frente a peligros (esto es, en el ámbito del derecho de policía), sino que sólo se refiere a la vigencia de la norma, y muestra con ello la negación de su obligatoriedad para la situación de hecho. Nuevamente mediante el ejemplo anteriormente presentado: «cuando él mata, afirma como universal, que es permitido matar». Esta contrariedad normativa genuinamente jurídico-penal no se constituye mediante las disposiciones individuales-psíquicas del autor, sino a través de la comunicación y de la imputación" (Lesch 1995, 48).

El mismo Lesch expone que "el símbolo del deber (Sollen) expresa en primer lugar la expectativa de validez contrafáctica, sin someter a discusión esa cualidad de expectativa" (Lesch 1999a, 188). Y agrega que "las normas de las que trata el derecho penal están estructuradas como expectativas contrafácticamente estructuradas; no prometen un comportamiento adecuado a la norma, pero protegen a aquel que lo espera. Esta protección se basa en la generalización social de las expectativas. Precisamente a través de la generalización de normas se facilita la concreta aceptación del comportamiento social plural, en cuanto que de antemano está establecido qué se puede esperar" (Lesch 1999a, 188-189).

18 "La pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma" (Jakobs 1997a, 18).

de comportamiento es una -la del delincuente-, y la pena, que dicha pauta es otra -la general-. Oigamos cómo lo explica Jakobs: "Esta contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma. Una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación. La determinación exacta de cuándo concurre una contradicción a la norma es el problema de la teoría de la imputación, en especial de la imputación en calidad de comportamiento típico y antijurídico" (Jakobs 1997a, 13). Y aún con mayor claridad queda la índole de la relación entre delito y pena retratada por Lesch: "la pena es una réplica demostrativo-simbólica frente al significado demostrativo-simbólico del hecho punible. De este modo el injusto penal a neutralizar a través de la pena consiste en un esbozo individual del mundo realizado por el autor (...) concerniente a la validez de las normas, es decir, en un comportamiento mediante el cual el autor pone de manifiesto que la norma, para la situación del hecho, no marca la pauta. Pero las normas, como estructuras simbólicas generalizadas, no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación" (Lesch 1995, 85).

Por consiguiente, la relación entre delito y pena se da en un plano simbólico, comunicativo, ambos tienen su razón de ser no en lo que son en sí, sino en lo que expresan para el sistema social[19]. Delito y pena son manifestación de dos actitudes frente a las referencias sociales compartidas, frente a las pautas de la interacción. El delincuente expresa con su conducta que se guía por patrones diversos de los comunes, con lo que su modo de actuar no puede ser generalmente previsible y defrauda expectativas; el delincuente se comunica con sus semejantes en un registro diverso al de éstos, "va por libre". Y la pena expresa que los sujetos pueden seguir confiando en el registro establecido y común y que cuando una de sus expectativas de comportamiento ajeno se frustra no es porque estén en un error o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa al margen de ellas deliberadamente. Pero hay que insistir nuevamente: no se trata de que con la pena se le reproche al delincuente su modo de ser o de actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla.

19 Insiste una y otra vez Jakobs en que la pena no debe considerarse meramente como un suceso exterior, "sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: Se le priva de medios de organización. Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena" (Jakobs 1997a, 13).

El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de los ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro. Por eso tiene sentido que Jakobs afirme que la pena funciona "a costa" del delincuente, en lugar de decir que opera en su contra o como reproche o desvaloración del mismo. El delincuente no importa como individuo, sino que importa sólo lo que su conducta simboliza por relación a la vigencia de la norma (a la fiabilidad de la expectativa, por tanto), en perfecto paralelismo con lo que importa del que cumple la norma: que su conducta manifiesta, simboliza, que la norma funciona y que la correspondiente expectativa es fiable. Tanto el que delinque como el que cumple la norma se comunican con el todo social mediante sus actos, si bien con "sentido" distinto.

Nos falta todavía un dato crucial para la especificidad del derecho penal con arreglo a esta doctrina. Hemos visto que el derecho penal opera en clave de comunicación, opera con estructuras de sentido que sirven, al tiempo, para reforzar un sentido que es el sentido social que permite la formación de expectativas de conducta. Pero, como ya hemos visto, esto es común a todo el derecho. Lo particular del derecho penal es que protege aquellas comunicaciones, aquellas conformaciones de sentido que son básicas para el mantenimiento de la constitución social, que determinan la identidad concreta de una sociedad. El sistema jurídico-penal es aquella parte del sistema jurídico que funciona como salvaguarda última del propio sistema jurídico y, por extensión, de las expectativas sociales a que éste sirve. Es la relevancia de las estructuras de sentido lo que determina qué ha de ser objeto de la protección penal. En palabras de Jakobs, "jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica" (Jakobs 1997a, 12). Y más: "la prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad de la sociedad" (Jakobs 1996a, 11).

Si expresamos todo lo anterior diciendo que, por tanto, el derecho penal tiene como misión el mantenimiento del orden social, se nos puede aparecer de nuevo el fantasma del conservadurismo como fácil imputación a esta doctrina. No vamos a repetir aquí las anteriores consideraciones sobre la diferencia entre una teoría que trata de describir cómo funcionan las cosas y una doctrina que nos dice cómo debería ser el mundo para que resultara

es un Derecho penal cívico o civil de la culpabilidad. Pero puede que las circunstancias sean de tal modo que el referido Derecho penal cívico de la culpabilidad se encuentre en situaciones límite en las que la función de seguridad del Estado ocupe un primer plano. El Derecho penal funciona en el sentido hegeliano descrito sólo en una sociedad que en líneas generales se encuentra intacta, con un orden relativamente estable. Así, puede que el desmoronamiento de la sociedad civil (cívica) no mantenga el Derecho penal cívico" (Lesch 1999b, 51-52). maravilloso. Pero sí conviene puntualizar que con todo lo anterior no se pretende legitimar ningún orden jurídico-penal concreto, sino explicar cómo funciona cualquiera de ellos, especialmente en una sociedad moderna y en un mundo desmitificado, o, como diría Luhmann, en una sociedad en la que se ha producido la diferenciación de los distintos subsistemas sociales para la reducción de complejidad. Por eso hay que diferenciar entre el orden social como valor prácticamente sinónimo de la existencia de sociedad, de cualquier sociedad, y el valor de un orden social determinado desde parámetros morales, políticos, religiosos, etc. El sistema jurídico-penal, cualquier sistema jurídico-penal, sirve a lo primero, pero si nos preguntamos por las condiciones del sistema jurídico-penal legítimo, es decir, valorativamente aceptable con arreglo un sistema material de valores que consideremos preferible, entramos ya en un discurso distinto del que hasta aquí venimos reflejando. Eso es harina de otro costal. Lo que ocurre es que los autores que analizamos no siempre son suficientemente claros y contundentes al diferenciar estos extremos. Tal vez lo que lo que hemos dicho es lo que quiere expresar Jakobs cuando afirma que "la pena sólo puede legitimarse mediante el valor del orden en favor de cuyo mantenimiento se pune" (Jakobs 1997a, 21); o Lesch, al aclarar (?) que "lo que aquí se ha desarrollado siguiendo a Hegel[20].

Luhmann diría que el dotar de contenido concreto a las normas penales, el construir esa red de normas básicas que estructuran la sociedad, no es el cometido que funcionalmente identifica al sistema jurídico, sino labor de otros (sub)sistemas, y paradigmáticamente el político. Por eso la discusión al respecto es política y no jurídica o jurídico-penal. El sistema jurídico trabaja con lo que le llega de otro sitio, aplicando su código binario, jurídico/antijurídico, a unas normas (programas) que se rellenan de contenido en otra sede sistémica. Algo de esto parece que recoge Vehling, otro discípulo de Jakobs,

20 Más adelante haré alguna consideración sobre cuál puede ser la razón de que, pese a partir de un entramado conceptual en buena medida luhmanniano, estos autores mencionen y se apoyen mucho más en Hegel.

cuando frente a la manida acusación de conservadurismo y filototalitarismo responde que "desde el punto de vista de una comprensión del derecho no ingenuamente naturalista y positivista no es cometido del científico jurídico-penal el ponderar utilidades colectivas frente a libertades individuales. Esta es tarea del órgano legislativo democráticamente legitimado. El material que el dogmático penal ha de tratar se limita a una serie de preceptos positivamente condensados en el código penal como resultado de un proceso, generalmente largo, de discusión político criminal. Es el legislador el que determina qué sea lo necesario para la estabilización del orden social, pues él es el que valora cuáles de las normas constitutivas de lo social son las centrales" (Vehling 1991, 109). Incurrirían en inconsecuencia estos autores si dejaran que en sus planteamientos se colaran consideraciones discordantes con ese su enfoque expresamente neutro y descriptivo, que quiere simplemente mostrar estructuras y no postular valores. Y creo que superan con éxito esa prueba, si bien encontramos de vez en cuando en sus obras afirmaciones que reflejan tomas de partido en pro de ciertos presupuestos valorativos condicionantes del sistema penal que se quiera legítimo[21]. Ahora bien, estas afirmaciones se pueden salvar desde el momento en que los autores no se limitan (más bien al contrario) a hacer una descripción en clave funcional o sistémica del sistema jurídico-penal, sino que hacen, sobre todo, dogmática del sistema jurídico-penal alemán actual y, desde ahí, es explicable que jueguen con los concretos presupuestos normativos de tal sistema, que son presupuestos materiales que tienen que ver con una determinada concepción de la sociedad, cristalizada en principios constitucionales y derechos fundamentales[22]. Incurrirían en incoherencia teórica solamente si confundieran la descripción de un concreto sistema jurídico-penal de libertades con la postulación de esas libertades como condicionantes de toda descripción posible de lo penal. Su problema, como luego veremos, no está tanto ahí como en que para practicar esa dogmática tienen que negar en obra buena parte de lo que presupone su teoría sistémica de partida y tienen que dar el trato de real a lo que desde el punto de vista de la teoría de sistemas no serían sino

21 Algunos ejemplos. Dice Jakobs que "en un Estado de libertades le debe estar permitido al ciudadano también tener opiniones críticas sobre las leyes penales con tal que las observe; por eso, los delitos tipificados para proteger determinado clima son señal de déficit de libertades" (Jakobs 1997a, 60). O que "las intervenciones de la gravedad de las sanciones penales requieren en una Democracia la legitimación democrática más directa posible" (Jakobs 1997a, 80). O que el derecho consuetudinario no puede fundar la punibilidad, pues "el Derecho consuetudinario no lo ha creado una instancia legitimada lo más directamente posible de modo democrático" (Jakobs 1997a, 89). O, por último, que "culpabilidad material presupone normas legítimas" (Jakobs 1997b, 386).

22 Muy acertadamente al respecto, Peñaranda/Suárez/Cancio 1999,. 34ss.

ficciones instrumentales de los sistemas jurídico-penales actuales, como es, ante todo, la categoría del sujeto.

APORÍAS DE UNA DOGMÁTICA PENAL SISTÉMICA

Hasta aquí he intentado presentar las bases generales del pensamiento jurídico-penal de Jakobs y su escuela. Tales bases se construyen con elementos perfectamente identificables con la teoría de sistemas de Luhmann, si bien hay que decir que dicha teoría se recoge de modo muy fragmentario y sin apenas mención al último Luhmann, el Luhmann de la autopoiesis[23]. Pero que no esté todo lo de Luhmann que podría estar para dar pleno sentido a la exposición de estos autores, no quita para que ésta sólo pueda comprenderse cabalmente desde sus presupuestos luhmannianos. Por mucho que, cada vez más, se remitan a Hegel y los juristas hegelianos como los primeros que dieron del derecho penal una explicación como la que ahora quiere recuperar, creo que se trata o bien de una lectura luhmanniana de Hegel, y como tal extemporánea, o bien, y sobre todo, de una vía para evitar, mediante la remisión a un pensamiento jurídico-penal anterior y clásico, por mucho que caído en un cierto olvido, las consecuencias radicales que para la dogmática penal o para el modo de cultivarla tendría la plena y congruente asunción de los presupuestos sistémicos.

Trataré de mostrar que una aplicación consecuente de los postulados luhmannianos de partida tendría que llevar a Jakobs y sus seguidores a hablar el lenguaje de la dogmática con plena y explícita conciencia de que tal lenguaje no describe ni se basa en un mundo "real" de hechos y datos sino que contribuye a conformar una ficción que sólo tiene de realidad lo que corresponde a la operatividad efectiva de un sistema, el jurídico-penal, que construye sus conceptos y categorías no para reflejar el mundo de los sujetos y los acontecimientos tal como son, sino tal como deben suponerse para que el sistema funcione y cumpla con su labor de reducción de complejidad. Es decir, el teórico de sistemas que cultive al tiempo la dogmática penal tendría que hacerlo sabiendo y dejando claro que al pasar de uno a otro registro cambia de mundo porque habla desde sistemas distintos, de modo que lo que desde uno de ellos dice tiene un sentido completamente diferente desde el otro. Y en la medida en que la teoría de sistemas expli-

23 Hay que mencionar que Jakobs expresamente reconoce que parte de Luhmann, pero sin ser "en absoluto" consecuente con su teoría ni serlo siquiera en todas las cuestiones fundamentales (Jakobs 1996a, 10).

caría las claves del funcionamiento del particular sistema que es el jurídico-penal, estaría mostrando también que lo que desde éste y su dogmática (que en términos luhmannianos sería parte de la autodescripción del propio sistema como forma de constituir su sentido particular) se dice no es sino parte de la ficción operativa mediante la que se constituye. Expresándolo a propósito del asunto que tomaremos como ejemplo, podemos decir que desde la teoría de sistemas el sujeto individual, en tanto que sujeto de la acción social, no existe como tal ni posee atributos constantes al margen de como lo constituya, de como lo vea, el respectivo sistema (jurídico, moral, religioso, científico, económico, etc.). Pero el dogmático penal tiene que hablar de la acción libre, la imputabilidad, la culpabilidad, etc. haciendo como si no hablara de una invención del propio sistema para cumplir su cometido, sino de un dato que se muestra en su ser al propio sistema. Y veremos cómo nuestros autores oscilan entre esos dos polos sin pauta clara y creando, por tanto, confusión tanto desde el punto de vista de la teoría del sistema como del de la teoría penal. Es el resultado de ser radicales en las premisas pero no querer serlo en las consecuencias.

Pero antes de entrar en este asunto convendrá que mostremos, aunque sea muy superficialmente, de qué modo se plantea en Luhmann la cuestión del sujeto[24].

No es que en Luhmann los sujetos desaparezcan para dejar su lugar al autodespliegue de los sistemas. En realidad, cada sistema será el sujeto de sí mismo y para sí mismo. Lo que se esfuma es la idea del sujeto individual como centro de todo sistema. Cada individuo es sujeto para sí mismo, para el sistema autorreferencial particular y propio en que consiste su conciencia. Pero no hay ningún sistema de sujetos. Tampoco hay un sujeto (en cuanto conciencia individual o colectiva) de los sistemas sociales.

La sociedad y sus subsistemas, según Luhmann, no se componen de individuos, sino de comunicaciones. La define como "un sistema de comunicaciones que integra selectivamente el potencial físico, químico, orgánico y psíquico de la humanidad, y en la conducción de esa selectividad encuentra su propia realidad y su autonomía como sistema"[25]. Como ejemplo, de cómo no todo lo perteneciente al individuo como entidad biológica o psicológica

24 Para ello, en lo que sigue, reproduciré algunas páginas de un ya viejo trabajo mío: J.A. García Amado, "La société et le droit chez Niklas Luhmann", en Niklas Luhmann observateur du droit, París, LGDJ, pp. 101-145. Las páginas que recogemos son las 154ss. de la versión española, contenida en el libro: J.A. García Amado, La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

25 Luhmann 1978, 31.

pertenece por ello al sistema social, menciona Luhmann el siguiente: "la presencia de arsénico en la sangre o un estado de excitación psicológica no son eventos sociales; sólo devienen tales cuando se transforman en comunicaciones, siempre que y en la medida en que el sistema societario lo consienta. Si éste no predispone los medios para que tales hechos vengan comunicados y recibidos, éstos no pasan de ser puros eventos biológicos sin ninguna resonancia sobre la sociedad"[26].

Lo anterior no significa que la sociedad pudiera existir si no existieran individuos, en su doble dimensión, biológica y psicológica. Éstos son un presupuesto necesario. Lo único que ocurre es que no forman parte, como tales, de la autorreferencialidad del sistema. Los individuos no forman parte de los sistemas sociales, sino de su medio, de su Umwelt. Ningún individuo pertenece por completo, como identidad total, a un sistema[27]. Cada sistema funcional abarca bajo su perspectiva a todos los individuos, pero no en su integridad, sino sólo en la dimensión de su existencia que importa para cada sistema. Puntualiza Luhmann que esto no significa restarle importancia a los hombres para la sociedad. Para que puedan existir la sociedad y sus subsistemas la existencia del medio respectivo es tan importante como la de los propios elementos del sistema[28]. Los sistemas no existen en el vacío.

La noción de sujeto individual que subyace a las anteriores apreciaciones es la del sujeto como conciencia individual pensante, que arranca de Descartes y se erige en distintivo de la edad moderna. Es de este sujeto del que niega Luhmann su pertenencia a los sistemas sociales. Es más, semejante concepción moderna del sujeto tendría su razón de ser en el proceso de decantación de los (sub)sistemas sociales como sistemas funcionales, sería uno de sus presupuestos. Antes, cada sujeto formaba parte de un sistema social único, segmentado primero, estratificado después, del que recibía su identidad como consecuencia de su posición en él. La identidad individual de la persona coincidía con su identidad social. Esto desaparece con los modernos sistemas funcionales[29]. En una sociedad que se estructura sobre la base de las relaciones entre sistemas, y no de las relaciones entre individuos, cada persona ha de poseer acceso a todos los sistemas sociales y no a uno solo de ellos, "ya no puede seguir siendo radicada permanentemente

26 Luhmann 1985b, 30.
27 Cfr. Luhmann 1983d, 36.
28 Cfr. Luhmann 1984, 288-289.
29 Para la historia de esta noción moderna de sujeto véase Luhmann, 1981c, 235-244.

en un subsistema de la sociedad y sólo en uno"[30]. La misma persona, cada persona, funcionará como sujeto de derechos, consumidor, partícipe en política, fiel de una religión, etc.

Cada persona encierra un sistema psíquico como sistema autopoiético diferente de los sistemas sociales. Sus elementos no son comunicaciones, sino conciencia (Bewusstsein). El sistema psíquico no persigue nada que no posea la forma de conciencia. Los sistemas sociales en cuanto tales, y sus elementos, le son ajenos, son su medio. Esa circularidad operativa de la conciencia es lo que constituye, según Luhmann, la individualidad[31].

¿Hay que interpretar todo esto como una desconexión total y una ausencia completa de influencias entre los sistemas psíquicos y los sistemas sociales? La respuesta de Luhmann es negativa. Siempre una modificación en el medio implica alguna reacción en el sistema, y ya hemos visto que sistemas psíquicos y sociales son recíprocamente medio. Para explicar sus relaciones desarrolla Luhmann el concepto de interpenetración. Ésta se da entre aquellos sistemas que recíprocamente se perciben como complejidad irreductible pero se toman como dato para su respectiva estructuración interna, y constituyen así su propia complejidad, manteniéndose constante esa relación de recíproca dependencia como condición de la propia autonomía[32].

Ahora bien, si esa forma de contacto es posible será porque concurre algún elemento de enlace entre la autorreferencialidad de semejantes sistemas. Ese elemento de mediación es el sentido. Sólo a través del sentido puede el sistema servirse de los individuos como vehículo y centro de imputación de acciones y expectativas. Y ello se logra por el cauce del lenguaje, que "traduce complejidad social en complejidad psíquica"[33].

Con todo esto queda aún sin aclarar por qué los conceptos de persona o personalidad parecen mostrarse como datos con relevancia social inmediata, como si se tratara de realidades en sí que limitaran los márgenes de actuación de los sistemas. Piénsese, por ejemplo, en el especial papel que en el sistema jurídico se otorga a los llamados derechos de la personalidad.

Lo primero que Luhmann muestra al respecto es que con tales conceptos no se alude a una percepción real por los sistemas de la autopoiesis de las conciencias, sino a constructos de los propios sistemas, como recurso para orientar sus procesos selectivos. Los sistemas se estructuran sobre la base de

30 Luhmann 1985a, 16.
31 Cfr. Luhmann 1984, 346ss y 354ss.
32 Cfr. Luhmann 1981d, 155ss; 1981c, 275ss; 1984, 289ss.
33 Luhmann 1984, 368.

expectativas que tienen como referencia al individuo. Pero éste existe para el sistema no como tal, como sistema orgánico y psicológico, sino únicamente como centro de identificación de un haz de expectativas. Por eso dice Luhmann que "personas" para el sistema significa collages de expectativas en el sistema funcional, como punto de referencia para ulteriores selecciones[34].

Se ha de explicar también por qué los individuos asumen como propia esa su personalidad, que ya no será tanto exigencia de autorrealización, cuanto necesidad sentida desde un sistema que busca sede fiable para las expectativas que genera. Si la identidad del sujeto individual se constituye, como la de todo sistema, como diferencia frente a un medio, pero el medio es plural y sus claves fluctuantes, las constantes identificadoras se buscarán en la consistencia de la acción individual, en la localización de criterios autoidentificadores del propio comportamiento. Y esto es la personalidad. Las posibilidades de comportamiento son en cada ocasión prácticamente ilimitadas, pero el individuo elegirá aquellas que no desdigan de sus conductas anteriores, que permitan su autopresentación coherente, como identidad y no como contingencia. Con ello está en realidad el individuo renunciando a su libertad, está restringiendo los márgenes de sus comportamientos posibles, máxime por cuanto que los roles posibles a asumir por el individuo y las reglas de interrelación entre ellos están socialmente prefijados[35].

Ya hemos indicado que es prioritariamente un interés social el que se liga a la existencia de "personalidades" como sedes de comportamientos previsibles e imputación de expectativas fiables, por lo que es el propio sistema social el que asume la protección de ese ámbito del que precisa. Así se explicaría la salvaguarda de las libertades básicas del individuo en el seno de ese mecanismo general de protección de la autonomía de los sistemas personales y sociales que serían los derechos humanos.

Veamos ahora hasta qué punto llegan Jakobs y sus seguidores a reflejar estos presupuestos de la teoría sistémica en lo que a la figura y el papel del sujeto se refiere.

Para Jakobs la imputación tiene lugar "a través de la responsabilidad por la propia motivación: si el autor hubiera sido motivado predominantemente por los elementos relevantes para evitar un comportamiento, se habría comportado de otro modo; así pues, el comportamiento ejecutado pone de manifesto que al autor en ese momento no le importaba la evitación predominantemente" (Jakobs 1997a, 13). Menciona el ejemplo de quien conduce

34 Luhmann 1984, 178.
35 Cfr. Luhmann 1974, 100; 1981a, 333ss; 1965, 53ss.

sabiendo que está bebido y sin tener en cuenta las consecuencias perjudiciales que su conducta puede tener para otros, con lo que pone de manifiesto que no es la norma penal que prohíbe tal hacer lo que guía su actuar. "Esta contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma", dice Jakobs (Jakobs 1997a, 13). Sólo con esto comienza ya a mostrarse el dilema en que nos movemos o, cuando menos, lo equívoco del lenguaje que se emplea. En efecto, desde el momento que esa contradicción a la norma en que el delito consiste no es, como ya sabemos, mera contradictoriedad entre dos cursos de acción opuestos o incompatibles, sino oposición entre dos sentidos de la conducta, entre dos pautas de actuación del sujeto (la suya personal y la que la norma expresa), nos hallamos, si seguimos al pie de la letra lo relatado por Jakobs, ante la impresión de que lo que el delito expresa es un sentido emanante de una conciencia individual y anclado en una "motivación" subjetiva, sentido que se opone al social manifestado en la norma. Mas entonces parece que estamos dando por cognoscible lo que la teoría sistémica afirma que el sistema no puede ver en su específica configuración: la conciencia del individuo.

Esa misma impresión se refuerza con muchas más afirmaciones de estos autores. Así, cuando al hablar de la culpabilidad dice Jakobs que "el autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha acción antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma. Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad" (Jakobs 1997a, 566). La pregunta aquí volvería a ser si esa responsabilidad es la contrapartida de postular y asumir una real conciencia autónoma, libre, o si, por el contrario, es el resultado de una imputación de esa libertad -y de esa su contrapartida- por el propio sistema jurídico-penal, en cuyo caso libertad y responsabilidad (y con ello la culpabilidad) serían construcciones de sistema mismo, con lo cual lo que se tiene por sujeto sería verdaderamente un puro objeto de tal sistema, una mera pieza de su mecánica funcional. Si es lo primero, se contradicen los presupuestos sistémicos de que se parte; si es lo segundo, el concepto de culpabilidad pierde su anclaje en ideas valorativas generales de la persona y de su libertad y se convierte en concepto puramente instrumental, con lo que la exigencia de culpabilidad se parece más a una instrumentalización

de ciertos sujetos en aras del sistema que a una actitud de respeto a ciertos atributos propios del individuo[36].

Algo semejante podríamos pensar a propósito de la idea de que la base de la culpabilidad es un "defecto volitivo" (Jakobs 1997b, 367). ¿Se habla del querer real de un sujeto, de un contenido verdadero y cierto de su conciencia? La cosa no se aclara demasiado con párrafos como el siguiente, por mucho que parezcan decirnos que al juicio de culpabilidad no le importa lo que el autor realmente quiso, sino lo que debió querer, pues también esto presupone una conciencia con posibilidades de elegir, y la capacidad del sistema para evaluar ese juego real de la conciencia: "La imputación culpabilista es la imputación de un defecto volitivo (...) Lo decisivo no es que el defecto sea percibido conscientemente en la mente del autor, sino que deba ubicarse allí, y esto ocurre siempre que el autor hubiese evitado de haber concurrido una motivación dominante de evitar infracciones del derecho. Por consiguiente, «defecto volitivo» siempre debe entenderse como «déficit de voluntad», y concretamente como déficit de motivación fiel al Derecho. Incluso en el caso de un hecho doloso con plena conciencia de antijuridicidad, el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad junto al conocimiento de las consecuencias, sino la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación" (Jakobs 1997b, 383-384). Otras veces la expresión que nos desconcierta es "buena voluntad": "Esta estabilización de expectativas se encuentra circunscrita a ámbitos en los que la causación de una defraudación es evitable poniendo buena voluntad, y tiene que hallarse circunscrita a dichos ámbitos porque si la estabilización desborda la buena voluntad dejaría de tolerarse. Esta es la razón por la que la imputación se reconduce a los procesos motivacionales, bien sean reales o normativamente construidos" (Jakobs 1997b, 91). Hábil salida por la vía de la indefinición, porque precisamente las consecuencias teóricas son diametralmente diversas según que estemos hablando de unos procesos motivacionales que son reales o que son normativamente construidos.

36 Véanse las críticas que respecto de esta posible instrumentalización plena del sujeto resume M. Pérez Manzano 1986, 170ss. En particular, es muy atendible el argumento de que si es el sistema mismo el que atribuye al sujeto todas las condiciones que van a ser relevantes para considerarlo imputable, hay que afinar mucho al señalar qué razones puede tener el sistema para no penar, por inimputables, a los locos o menores, o para considerar exonerar de castigo en los casos de inexigibilidad, dado que esas razones nunca podrían ya relacionarse con datos de merecimiento subjetivo individual (vid. ibid., pp. 172-173). Sobre ese riesgo de que los planteamientos de Jakobs puedan justificar una "imputación desmedrada", véase también Schünemann 1996, 46.

Planteemos en otros términos el interrogante que nos ocupa: dado que tanto pena como delito son comunicaciones, ¿se comunica el sistema penal a través de la pena con los individuos en tanto que sujetos reales libres, autónomos y dueños de sus actos, o, por el contrario, mediante pena y delito se comunica el sistema consigo mismo, como parte de su autopoiesis, de su permanente autoconstitución, utilizando al sujeto únicamente como vehículo de una parte de esa comunicación y, por tanto, construyéndolo según convenga al sistema? Sospecho que esto último es lo más luhmanniano, pero Jakobs y los suyos no llegan tan lejos, se quedan a medio camino; pues ir tan lejos supondría el efecto, disolvente para la dogmática, de afirmar que el derecho penal no toma en cuenta al ser humano de carne y hueso (y conciencia), sino que sólo postula para él lo que le interesa para seguir cumpliendo su función de mecanismo ciego que no tiene más razón de ser que la de reducir complejidad.

Digo que estos autores se quedan en un terreno intermedio porque, pese a las abundantes referencias del tenor de las que acabamos de citar[37], muy numerosas son también las ocasiones en que parece que conceden que es el sistema mismo el que "imputa" a los sujetos las condiciones que hacen su comportamiento punible o no, con lo que no se castigaría penalmente al individuo que realmente delinque (con su imputabilidad, su culpabilidad, etc., en cuanto atributos de su específica individualidad que lo hacen por sí mismo acreedor del castigo), sino al sujeto que el sistema edifica como delincuente. Con otras palabras, al individuo no se le castigaría por ser como

37 Incluso Lesch, que parece más radical que Jakobs tanto en su impronta sistémica como en su tinte hegeliano, acaba haciendo mención de esa voluntad que parece que es y no es psicológica al mismo tiempo. Un ejemplo: "un concepto funcional de delito se dibuja esencialmente a través de tres momentos: la imputabilidad del autor, la expresión de una especial voluntad, y el cuestionamiento jurídico-penal de esa expresión. Con el momento de la imputabilidad se trata de la cuestión de si el autor posee la competencia para expresar un sentido jurídicopenalmente relevante. Este sentido jurídicopenalmente relevante es la especial voluntad del sujeto, cuya objetivación conforma el momento material del concepto de delito y que, por tanto, no designa un dato psíquico-subjetivo, en particular no designa el dolo (...), sino la ley individual del autor que en la situación del hecho reemplaza a la norma general" (Lesch 1999a, 212). Amén de en la oscuridad, se muestra Lesch hegeliano también en la capacidad para jugar con la dialéctica de los contrarios. En efecto, parece que esa voluntad de la que se habla no es un dato psicológico, pero ¿no es partir de un dato psicológico el afirmar que el sujeto se da a sí mismo su propia ley conociendo que ésta se opone a la ley general? No olvidemos que Lesch dice también, como antes recogimos, que la norma penal no es un imperativo dirigido a la voluntad, sino una reacción simbólica a una expresión simbólica. ¿Significa todo esto que la ley que el individuo se da a sí mismo, y que simboliza un sentido opuesto al de la norma, no emana de su voluntad, sino que es puro símbolo sin sustrato consciente cognoscible?

es, sino por ser visto como el sistema lo ve, puesto que, en buena lógica sistémica, el sistema no puede verlo como realmente es[38].

Mostremos algunos testimonios de lo que parecería la recepción del enfoque sistémico del sujeto en nuestros autores.

El sistema jurídico-penal trata con personas. ¿Entienden por persona algo similar a lo que vimos en Luhmann? En muchas ocasiones parece que sí[39]. Comencemos con una larga cita de Jakobs, que presenta, además, avalada por una cita de Luhmann: "en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa. Ni siquiera es que frente a ella se formule la expectativa de que se autodetermine a favor del derecho en un sentido psicologizante -cómo el sujeto psicofísico asuma su rol es asunto suyo, en principio- sino que se le trata -en principio- como un sujeto que se autodefine como ciudadano. Mientras sea posible demostrar a través del tratamiento comunicativo de la asignación de culpabilidad la validez de esta definición, la comprensión social es que el delincuente es materialmente culpable, que su hecho es la expresión de una autocontradicción (aunque

38 No olvidemos que Lesch dice también, como antes recogimos, que la norma penal no es un imperativo dirigido a la voluntad, sino una reacción simbólica a una expresión simbólica. ¿Significa todo esto que la ley que el individuo se da a sí mismo, y que simboliza un sentido opuesto al de la norma, no emana de su voluntad, sino que es puro símbolo sin sustrato consciente cognoscible?

39 Y en esto, cuanto más próximos a Luhmann más infieles al Hegel que tanto invocan. Hay una confusión entre el carácter social de la "persona" en Luhmann y en Hegel. En Luhmann es el concepto mismo de persona el que es construido por y desde los sistemas sociales funcionalmente diferenciados, no desde una sociedad como todo estructurado en torno a ciertos valores, ideosincrasia, ideología, etc. En Hegel la persona es el sujeto individual poseedor de una determinada identidad cuyo contenido material, cuyas señas, le vienen dados por su inserción en una sociedad determinada. En Hegel la conciencia individual no es un algo incognoscible para el sistema (los sistemas) social(es), sino un dato real que se rellena con los valores sociales, comunitarios. Por tanto, la afirmación de que el derecho penal desempeña un papel social tiene un sentido muy distinto en Hegel y en Luhmann. En el primero quiere decir que se protege la identidad comunitaria, las señas materiales de identidad; en el segundo, que se salvaguarda la dinámica operativa de los sistemas funcionales. En el primero proteger las señas de identidad social es proteger la posibilidad del individuo de ser de una determinada manera, de la que es aquí y ahora; en el segundo, proteger la dinámica funcional de los sistemas es respaldar el modo en que éstos imputan identidades diversas y simultáneas (a un referente individual cuyo "ser en sí", cuya identidad real, no puede conocerse desde lo social y que sólo se ve en cuanto sujeto construido desde cada sistema y distinto para cada uno de ellos -por ejemplo, para la ciencia psicológica yo soy visto como individuo causalmente determinado por una serie de estímulos, vivencias y circunstancias; para el sistema jurídico-penal como sujeto imputable; para el sistema económico como consumidor; para el sistema moral como poseedor de una conciencia libre que hace mis acciones merecedores de reproche o alabanza; para el sistema político como elector, etc.). No es extraño, pues, que la recuperación de Hegel en la actual filosofía política la esté llevando a cabo el comunitarismo, ni que una rama del hegelianismo (o más de una) acabara desembocando en un pensamiento totalitario. Por la vía de fundamentar en Hegel el servicio del derecho penal al orden social sí que existe peligro de que cobren razón de ser las habituales acusaciones de conservadurismo que a estos autores se hacen. El luhmannismo consecuente conduce a un profundo escepticismo; no así Hegel respecto del valor material de lo comunitario.

ésta no debe entenderse de manera psicologizante); y es que entonces es considerado como ciudadano de pleno derecho, y frente a la perspectiva desde la cual tiene lugar esa valoración no hay alternativa en el ámbito comunicativo. Dicho de otro modo: en un sistema de imputación en funcionamiento queda excluido que se conciba al destinatario de la imputación antes de la sociedad" (Jakobs 1997b, 387).

Y permítaseme que abuse de las citas en pro de la claridad: "Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo subjetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad" (Jakobs 1996a, 35). "La subjetividad de un ser humano, ya per definitionem, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes" (Jakobs 1996a, 36). "Los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho como personas" (Jakobs 1996a, 37).

Por tanto, lo que el sistema jurídico-penal ve de cada individuo es sólo lo que le imputa de sujeto general, no lo que en verdad lo identifica como ser único, su conciencia. Dicho de otra forma, la parte de conciencia individual con que el sistema trabaja es conciencia "social", entendimiento "social" de la conciencia o, con más precisión, entendimiento de la conciencia desde el particular sistema social que es el derecho, con los perfiles que, además, especifican al sistema (social) jurídico-penal. Desde ahí, mucho mejor que desde forzadas reconstrucciones en clave hegeliana, se aprecia el sentido de la insistencia de Jakobs en que la imputación del delito al delincuente significa tratarlo como un igual[40]. Esto no es un homenaje a una igual dignidad constitutiva, ni nada por el estilo, sino la igualación de lo desigual a efectos funcionales y por obra del propio sistema funcional. Si el derecho tuviera que adaptar sus respuestas a la diversidad real de los individuos, decaería su función de respaldo de expectativas compartidas[41];

40 Vid. Jakobs 1997b, 385.

41 "Todo aquel que niegue su racionalidad de forma demasiado evidente o establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de una comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona en Derecho" (Jakobs 1996a, 50). "La pluralidad extrema diluye con lo que tenemos en común también la igualdad personal, quedando en el territorio perdido el intento de un entendimiento mutuo instrumental, convirtiéndonos entonces recíprocamente en elementos de la naturaleza, o, en la nomenclatura de Rousseau, en salvajes" (Jakobs 1996a 50-1). Siempre la

por eso tiene que igualarlos y funcionar con sólo dos categorías: los que son "personas" con arreglo al sistema, sujetos, y que, por tanto, se configuran a efectos de lo que importa como iguales, y los que no lo son y respecto de los cuales renuncia a pronunciarse el sistema en sus términos propios, esto es, calificando su comportamiento como penalmente "antijurídico"/penalmente "jurídico".

El asumir que el sistema no opera con el conocimiento real de la psicología del individuo lleva a concebir de determinada manera, constituyéndolo e igualándolo abstractamente, no sólo al delincuente, sino también al que acata la norma. Creo que así es como se puede interpretar la afirmación de Lesch de que la función que la norma tiene como refuerzo de expectativas no hace referencia a efectos empíricamente contrastables en la psicología de cada individuo, sino que al actuar sin contravención de la norma se le asigna por el sistema el significado de que el sentido de la norma se asume como modelo de orientación[42]. El porqué de cada uno que no vulnere la norma al derecho penal le trae sin cuidado.

Estamos, a partir de todo esto, en terreno perfectamente abonado para desvincular el concepto de culpabilidad de la cuestión del libre albedrío. La determinación de la culpabilidad se da "con independencia de suposiciones sobre si el autor, en el momento del hecho, está dotado de libre albedrío. También un determinista puede estar de acuerdo en que para la distribución de responsabilidad no hay alternativa, si es que se quiere mantener el orden" (Jakobs 1997a 584-5). La afirmación del libre albedrío como base de la culpabilidad sólo es necesaria cuando con la culpabilidad se liga no, o no sólo, un efecto social, "sino también una desvaloración del indidividuo («reprochabilidad»). Pero si nos limitamos al aseguramiento del orden social, en la culpabilidad ya no se trata de si el autor tiene realmente, y no sólo desde

proximidad a Luhmann y siempre el matiz que le resta coherencia: no es que nos convirtamos en "salvajes" cuando no nos entendemos. Puesto que sólo nos entendemos a través del sistema social, a través de las comunicaciones de las que el sistema se compone, es el sistema el que nos imputa la condición de "salvajes" (o de locos; o de inimputables) cuando no puede realizar sus comunicaciones a través de nosotros. Y poco más adelante un nuevo guiño a Luhmann, con cita expresa: "Desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas" (Jakobs 1996a, 59).

42 "Todos deben persistir en sus expectativas; pueden confiar en la vigencia de la norma (...) Esto no debe ser entendido como si la finalidad del Derecho penal fuese un «ejercicio en la confianza normativa» en un sentido real-psicológico, demostrable empíricamente (...) Por el contrario, se trata tan sólo de mostrar que en el futuro también uno puede continuar orientándose según la norma; que uno se encuentra en consonancia con el Derecho cuando confía en la vigencia de la norma" (Lesch 1999b, 49-50).

una determinación normativa, una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación al autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizado" (Jakobs 1997a, 585). "El ámbito en el que se puede ser culpable es, pues al mismo tiempo, un ámbito libre, de autodeterminación, pero ésta no en el sentido de libre albedrío, sino en el de falta de obstáculos jurídicamente relevantes para sus actos de organización" (Jakobs 1997a, 586). O sea, y a fin de cuentas, que somos culpables porque el sistema nos trata como culpables, y lo hace así cuando no tiene alternativa[43]. Si, por ejemplo, a nuestro comportamiento se puede asignar el sentido de que estamos locos, en lugar del sentido de que somos voluntaria y libremente refractarios frente a la norma, en lugar de castigarnos penalmente se nos puede encerrar en un manicomio[44].

43 De todos modos, las dificultades expresivas de Jakobs, o su intento por no ser en exceso heterodoxo, conducen a menudo a la oscuridad: "La función del principio de culpabilidad es independiente de la decisión que se tome en cuanto a la cuestión del libre albedrío; ni siquiera depende de que tenga sentido plantear esta cuestión. La culpabilidad es falta de fidelidad al Derecho manifestada. La culpabilidad formal presupone que el sujeto competente siquiera pueda ser representado como persona, esto es, como titular de derechos y destinatario de obligaciones. Hay culpabilidad material mientras no haya alternativas plausibles al orden concreto, por tanto, mientras no haya otra vía que la de presumir la autodefinición de los sujetos sometidos a la norma como miembros de este orden. Bien es cierto que la culpabilidad está relacionada con la libertad, pero no con la libertad de la voluntad, con el libre albedrío, sino con la libertad de autoadministrarse, esto es de administrar la cabeza y el ámbito de organización propios. La culpabilidad sólo es posible en un orden en el que no todos los procesos son dirigidos de manera centralizada, esto es, que es administrado descentralizadamente" (Jakobs 1997b, 392). Pues si resulta que son cosas distintas el libre albedrío y la libertad de autoadministrarse, o de ser fiel o infiel a la norma jurídica, resulta que o somos capaces de establecer con claridad en qué consiste la diferencia o estamos afirmando lo que negamos, y viceversa. Sería más sencillo decir que el libre albedrío lo imputa y constituye el sistema penal mismo y lo entiende como conviene a su función. Al fin y al cabo, Jakobs no repara en afirmar que el sujeto libre "estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad" (Jakobs 1996a, 20).

44 Pero la ciencia psicológica podría mostrar que, en algún sentido, todos estamos locos. Mas si el derecho aceptara esto desaparecería y dejaría de prestar su función. Por tanto, los locos, para el derecho, sólo pueden ser una minoría exigua, con lo que hay que extremar los criterios internos y propios de selección. Para el derecho penal, por tanto, todos somos en principio cuerdos, en la misma medida en que todos somos en principio libres, aunque tal vez sea una quimera el libre albedrío. El sujeto jurídico tiene que ser por definición "normal", o sea, "persona". Para el derecho no somos lo que somos, sino lo que le parecemos. Igual que para la psicología no somos sujetos jurídicos, sino entramados de impulsos, estímulos y complejos. No hay más sujeto normal que el que sea normal para cada (sub) sistema. Por citar otro ejemplo, para el sistema religioso somos también culpables antes de toda posible libertad, por obra del pecado original; o libres aun cuando estemos predestinados. Conviene no olvidar estos detalles comparativos, por si acaso nos parece muy "opresiva" o escandalosamente contradictoria la imagen del sistema jurídico que está resultando.

Todo lo anterior, como ya se está viendo, tiene repercusiones inevitables sobre conceptos cruciales de la dogmática penal. No puedo (ni sé) pararme aquí en todos ellos. Pero, por ejemplo, creo que resulta coherente con lo dicho el sostener que la imputación siempre es objetiva, que el hecho y el autor son dos caras de la misma moneda y que una teoría funcional tiene que tratar el injusto penal, la culpa y el delito como sinónimos[45]. Lesch acaba sosteniendo, aun con la oscuridad acostumbrada, que la voluntad del sujeto respecto de la pauta normativa que la norma expresa le es atribuída (zugeschrieben), y que es la imputabilidad (Unterstellbarkeit) de una tal voluntad lo que convierte al autor en un sujeto con la competencia de contradecir la norma en cuestión, "pues sólo bajo esa presuposición se puede interpretar su comportamiento como comunicación de un sentido jurídico-penalmente relevante (...), como expresión de una voluntad que materialmente es sólo particular, pero que formalmente está unida a la pretensión incondicional de universalización", es decir, de convertirse en ley general distinta de la ley general que la norma expresa (Lesch 1999a, 213). Desde ahí quizá se puede entender mejor la tesis de que el delito es tal en cuanto cuestionamiento de la validez de la norma general. Nada más lejos posiblemente del pensamiento del delincuente, casi siempre, que entrar en disquisiciones sobre la validez de una norma. Sólo faltaba. Pero lo que aquí se viene a mantener es que así es como el sistema "interpreta" ciertas conductas y por eso reacciona frente a ellas. Añade Lesch que con la imputabilidad "se trata por tanto no de la conceptual-real libertad del sujeto, sino de la libertad formal, es decir, de su capacidad para reconocer la norma que viene al caso y para elevarla a máxima rectora de su conducta. Esta potencia no es real-psicológica ni ontológica, sino el producto de una atribución (Zuschreibung) jurídica, un dato enteramente normativo, dependiente del respectivo estado de la sociedad" (Lesch 1999a, 214).

Y, en suma, atacan continuamente el concepto psicológico de culpabilidad, argumentando que "el fallo de culpabilidad no se refiere a un individuo en su propio ser, sino a una persona social", y se explica por cuanto que "los sistemas sociales tienen determinadas condiciones de subsistencia a las que nadie se puede sustraer" (Jakobs 1997b, 388). El concepto de culpabilidad

45 "Culpabilidad es siempre culpabilidad del hecho, no culpabilidad del autor" (Lesch 1999a, 207). "Culpabilidad jurídico-penal, injusto penal y delito (acción penal) (Straftat) en un sistema jurídico-penal funcional sólo pueden ser reformulados adecuadamente como sinónimos" (ibid., 207). Hay que superar la separación tradicional entre injusto y culpabilidad como fundamento de la pena (ibid.). Se ha de rebasar la bipartición entre "Tat" y "Täter", entre un suceso por sí dañoso jurídicamente y negativamente valorable y el sujeto responsable del mismo (ibid.).

se funcionaliza y la culpabilidad no es reprochabilidad del individuo por ser como es, sino por actuar como actúa, sin motivarse positivamente en la norma[46]. Pero volvemos a las andadas: si esa motivación subjetiva es pura atribución del sistema conforme a sus claves propias y al margen totalmente del dato psicológico real, estamos ante disquisiciones un tanto innecesarias y ante juegos de palabras, porque valdría igual decir que la reprochabilidad que la doctrina psicológica de la culpabilidad propugna es por igual un puro artificio del sistema (por la vía de la teoría con la que el mismo se autodescribe), pues sus defensores hablarían, superficialmente además y sin datos, de algo de lo que no saben, como es la psicología individual. Da igual que digamos que el delincuente es castigado porque con su acción antijurídica revela que tiene una deficiente motivación o porque no es todo lo bueno que debe o debería ser. Y si con aquella motivación aludimos a un dato que mínimamente tenga que ver con un componente real de la psicología del individuo, estamos reconociendo aquello que se venía negando, es decir, que no todo es atribución por el sistema de la cualidades subjetivas que le interesan, que hay reconocimiento de algún dato preexistente de conciencia; y entonces abrimos las vías al rival, a las teorías psicológicas de la culpabilidad. No podemos estar en la procesión sistémica y repicando con el individualismo ilustrado.

A MODO DE EPÍLOGO

He tratado de entresacar en la obra de Jakobs y su escuela los elementos de teoría de sistemas de tinte luhmanniano a que acuden para fundar su pretendida teoría funcional del derecho penal. No lo he hecho desde los habituales prejuicios que llevan a rechazar cualquier intento de ese calibre como reo de conservadurismo y cosas peores, pues no comparto tales interpretaciones pseudopolíticas de las tesis de Luhmann. No me parece rechazable, por consiguiente, el propósito que los mueve. Sin embargo, mi juicio no puede dejar de ser crítico, por dos razones que ya apunté al inicio. En primer lugar, porque puestos a ser luhmannianos no lo son suficiente-

46 En esta concepción de la culpabilidad, expone Lesch, "se trata exclusivamente de la negación del hecho, no de la desvaloración del autor, la culpabilidad es siempre, por tanto, culpabilidad del hecho, esto es, no una errónea conformación de la voluntad, no una errónea «conducción de los impulsos internos», no un equivocado proceso de motivación, no una posición o actitud del autor frente al derecho negativamente valorable (...), sino errónea (es decir, no la que debe ser) realización de la voluntad, la perturbación social misma, o sea, la contradicción de la norma, la particular voluntad, la ley individual del autor que en la situación sustituye a la expectativa irrealizada" (Lesch 1999a, 277).

mente, suficientemente para lograr el objetivo de construir una teoría penal funcional coherente, completa y sin extrañas adherencias e impostaciones. "Sistémico", como marxista, no es fácil serlo a medias o sólo en lo que conviene o "epata". Traté de ilustrar esto reflejando los vaivenes del sujeto en esta doctrina. Podrían responder que no pretenden ser sistémicos, sino funcionalistas. Pero en ese caso deberían haber recurrido a las doctrinas funcionalistas, y no a la de Luhmann, que supera ampliamente el funcionalismo sin negarlo.

La segunda razón de mi crítica requiere en este momento una breve explicación. Lo que les reprocho es que no hayan tomado en consideración lo que Luhmann expone sobre la función de la teoría y la dogmática. Esto les hubiera evitado mezclar en sus escritos niveles u órdenes discursivos diversos y emplear un lenguaje equívoco. Como ya se ha mencionado, Luhman explica que la teoría del derecho y la dogmática jurídica son parte del propio sistema jurídico, elementos mediante los que el sistema se autodescribe y marca sus límites de sentido[47]. La misma función cumple la teoría de la ciencia para el sistema de la ciencia, o la ética para el sistema de la moral, o la teología para el sistema religioso, etc. Por tanto, cuando se hace teoría o dogmática del derecho penal no cabe alejarse de los otros datos o elementos del sistema (sus normas, su código, su modo de operar, etc.) si no es a riesgo de que la doctrina en cuestión resulte totalmente incomprendida y rechazada, totalmente irrelevante, o de que, si se impone, contribuya a cambiar los perfiles mismos del sistema (o a disolverlo). En cambio, cuando se analiza con parámetros de teoría de sistemas el funcio-

47 Para controlar su propia selectividad y sus límites frente al medio, el sistema autorreferencial ha de hacer uso de su propia identidad, ha de percibirse a sí mismo como sistema. Manejando su propia identidad constituye el sistema su diferencia frente al medio y mantiene su autonomía. Esta inclusión de la propia identidad como referencia central de las operaciones del sistema tiene dos dimensiones: autoobservación y autodescripción del sistema. En primer lugar, el sistema realiza sus operaciones observándose a sí mismo. Por ejemplo, el sistema jurídico clasifica actos como legales/ilegales a partir de la observación de lo que en el propio sistema jurídico se tiene por tales. Pero es preciso también que el sistema posea un dominio directo sobre sus propios límites, sobre su diferencia constitutiva frente al medio, y no sólo en el momento concreto de sus operaciones. Así es como el sistema lleva a cabo su autodescripción: se describe a sí mismo describiendo sus límites, con lo que contribuye a determinar estos límites, es decir, a determinarse a sí mismo. La descripción se convierte en parte de lo descrito. El sistema se hace reflexivo, por cuanto que el sistema que describe es parte del sistema descrito. Para esa autodescripción general los sistemas producen "artefactos semánticos" y teorías reflexivas. Éstas no se limitan a proporcionar una descripción externa de su objeto, sino que describiéndolo lo conforman al mismo tiempo. Son un momento de la autopoiesis del sistema. La teoría del derecho proporcionaría un ejemplo prototípico. Cuando la teoría del derecho habla por ejemplo de derecho subjetivo está usando uno de esos artefactos semánticos mediante los cuales el sistema se configura y se describe al mismo tiempo.

namiento de la sociedad o de un sistema determinado dentro de ella, se trabaja en otras claves, no se fundamenta ni se critica ningún elemento del sistema en cuestión, sino que se describen estructuras y operaciones, se construyen modelos con propósito puramente descriptivo. En suma, se está en un "sistema" distinto. Por eso una misma "realidad" (la práctica jurídico-penal, por ejemplo) se ve de distintas maneras desde uno y otro lado, y se explica con distinto lenguaje, con diferentes conceptos. No son verdades que compitan o se complementen, son simplemente verdades distintas. Tan verdad es para la teoría de sistemas afirmar que el sujeto individual lo inventa cada sistema social, como para el sistema (la dogmática) penal sostener que el sujeto penal existe y es constitutivamente libre. En la medida en que tal se afirma, el sujeto penal es libre, o el sistema penal funciona como si lo fuera y ningún dogmático penal podrá negarlo por completo sin convertirse, para el sistema jurídico-penal (que no olvidemos que incluye su teoría establecida), en un teórico "inimputable". El teórico de cualquier sistema tiene que creer los postulados básicos sobre los que el sistema se constituye (el dogmático penal tiene que creer en una conciencia que puede ser culpable; el teórico general del derecho tiene que creer que hay algo llamado validez jurídica de las normas que permite diferenciarlas de otros fenómenos de lo real; el teólogo tiene que creer en dios; el teórico de la física tiene que creer que existe la materia, mal que le pese a Platón, etc.); y si no lo cree tiene al menos que disimular mientras quiera jugar al juego de esa teoría. La alternativa es la esquizofrenia teórica: negar y afirmar lo contrario al mismo tiempo y dentro de una misma disciplina. No me atrevería a imputar a Jakobs y su escuela ni esquizofrenia teórica ni disimulo. Más bien creo que su loable fe de dogmáticos penales les lleva a refrenar a tiempo sus afanes sistémicos. A tiempo para que sus colegas no se escandalicen en exceso y para que sus cátedras no pasen a serlo de sociología o de cosas peores, como la filosofía del derecho. Un escarceo con Luhmann y unos guiños a Hegel están muy bien. Pero nunca abandonarán completamente a von Listz, aunque ya no esté para muchos trotes.

REFERENCIAS

Jakobs, G., 1996a. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, traducción de M.Cancio y B.Feijoo.

_____. 1996b. La imputación penal de la acción y de la omisión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, traducción de J.Sánchez-Vera.

_____. 1997a. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Civitas, 2ª ed., traducción de J.Cuello Contreras y J.L. Serrano.

_____. 1997b. Estudios de Derecho penal, Madrid, Civitas, traducción de E.Peñaranda, C.J. Suárez y M.Cancio.

_____. 1999. Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, Berlín, Duncker & Humblot, 2ª ed.

Lesch, H.H., 1995. Intervención delictiva e imputación objetiva, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, traducción de J. Sánchez-Vera

_____. 1999a. Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Köln, etc., Carl Heymanns.

_____. 1999b , La función de la pena, Madrid, Dykinson, traducción de J. Sánchez-Vera.

Luhmann, N. 1965. Grundrechte als Institution, Berlín, Duncker & Humblot.

_____. 1974. Soziologische Aufklärung 1, Opladen, Westdeutscher Verlag, 4ª ed.

_____. 1978. "Soziologie der Moral", N.Luhmann, S.P. Pfürtner (eds.), Therietechnik und Moral, Frankfurt M., Suhrkamp, 1978.

_____. 1981a. Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt M., Suhrkamp.

_____. 1981b. Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, München/Wien, G.Olzog.

_____. 1981c. Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssozioligie der modernen Gesellschaft 2, Frankfurt M., Suhrkamp.

_____. 1981d. Soziologische Aufklärung 3. Soziales System, Gesellscacht, Organisation, Opladen Westdeutscher Verlag.

_____. 1983a. Rechtssoziologie, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2ª ed.

_____. 1983b. "Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System", Zeitschrift für Soziologie, 13.

_____. 1983c. "Die Einheit des Rechtssystems", Rechtstheorie, 14.

_____. 1983d. Politische Planung. Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung, Opladen, Wetsdeutscher Verlag, 3ª ed.

_____. 1984. Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt M., Suhrkamp

_____. 1985a. El amor como pasión. La codificación de la intimidad, Barcelona, Península.

_____. 1985b. "I problemi ecologici e la società moderna", Mondoperario, 6.

_____. 1995. Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch, Opladen, Westdeutscher Verlag.

Peñaranda, E./Suárez, C./Cancio M. 1999. Peñaranda Ramos, E., Suárez González, C., Cancio Meliá, M., Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Pérez Manzano, M. 1986.Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

Schünemann, B.1996. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Vehling, K-H. 1991. Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, Frankfurt M., Suhkamp.

KELSEN, EL FORMALISMO Y EL "CIRCULO DE VIENA"

Juan O. Cofré[1]

I

Cuando a comienzos de siglo Kelsen inicia sus investigaciones filosófico-jurídicas, cree advertir una enorme confusión en el terreno de los estudios científicos del derecho. Se confunden y se mezclan de manera indebida conceptos, métodos, principios y teorías originados en la historia, la moral, la religión, la sociología e incluso la ciencia natural. Kelsen se pregunta si no será posible *despejar* en esta confusa ecuación el elemento estricta y puramente jurídico, dejando para otras disciplinas los aspectos colindantes pero, en esencia, no jurídicos. Por otro lado se plantea si no será posible buscar y encontrar el fundamento último del derecho en la propia teoría jurídica, sin necesidad de pedir prestado a la moral, a la religión, a la filosofía, a la sociología, a la psicología o a la biología el fundamento.

Creo que se puede sugerir que Kelsen contesta afirmativamente a ambas interrogantes. La consecuencia es el intento de construcción de la teoría pura que debe entenderse como una teoría esencial y nudamente jurídica.

Esto implica transformar el objeto de estudio de la ciencia jurídica en un objeto lógico y a la ciencia que lo estudia, obviamente, en una disciplina formal. Este es el intento de Kelsen. Si lo ha conseguido o no, es otro tema. Lo importante es que lo intentó y en ese intento resuenan, al parecer, las investigaciones que los grandes lógicos y matemáticos de las primeras décadas del siglo XX estaban llevando a cabo. En parcos términos puede decirse con las propias palabras de Gödel que el gran proyecto de las disciplinas formales (lógica y matemática) suponía "reducir a unos pocos

1 *Profesor de Filosofía del Derecho da Universidad Austral de Chile.*

axiomas y reglas de inferencia" la enorme heterogeneidad de enunciados lógico-matemáticos.

Resultaba, por tanto, natural pensar que una vez identificados estos axiomas y reglas, con el sólo auxilio de ellos sería suficiente para *decidir* todas las cuestiones matemáticas de modo interno, es decir, valiéndose de principios y conceptos proporcionados por la misma matemática. El famoso teorema de Gödel, enunciado en 1930, echó por tierra este sueño formalista, aunque no el anhelo de alcanzar la añorada meta de la formalización total.

No es absurdo, en consecuencia, suponer que la teoría de Kelsen se haya propuesto en el fondo –y naturalmente sin utilizar el formalismo simbólico de la lógica-matemática- rescatar la *idea* del proyecto formalista y aplicarla al estudio del derecho. Kelsen aspira a resolver *todos* los problemas jurídicos desde la teoría pura del derecho. En esencia, eso es lo que sostiene: que todo problema jurídico genuino cae dentro del campo de la teoría pura y que todo lo que no queda comprendido en el campo de la teoría pura, no pertenece en rigor al derecho. Un acto empírico –como por ejemplo un asalto de un banco como hecho material- no es asunto de la ciencia jurídica, sólo lo es la *significación* del acto. Lo otro, el hecho mismo, puede dejarse al estudio del sociólogo del derecho.

II

La teoría pura del derecho es una teoría universal en el sentido de que aspira a ser aplicable a toda legislación positiva posible (y no sólo a toda ley real)[2]. El adjetivo "pura" cumple, por un lado, la función de distinguir a esta teoría de cualquier otra teoría jurídica sincrética, es decir, compuesta de elementos e ingredientes de orden jurídico y no jurídico, y por otra, de denotar que se trata de un sistema puramente formal, al modo de la lógica y la matemática o, si se quiere, al modo de la ética formal kantiana.

Consciente del alcance y de las consecuencias epistemológicas que ello implica, Kelsen intenta construir una teoría de la forma del pensamiento normativo jurídico y reconoce, como propiedades específicas y esenciales de esta forma de pensamiento jurídico, las notas de *deber ser* y de *validez*[3].

2 "La Teoría pura del derecho –escribe Hans Kelsen- es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular". *Teoría pura del derecho*, p.15. (Las referencias bibliográficas completas de las citas se encuentran al final de este trabajo, en la sección "Bibliografía").

3 Cf. Jorge Millas: "Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del derecho" en *Teoría pura del derecho*, pp. 31-63.

El concepto de *deber ser*, *conditio sine qua non* del pensamiento normativo, no implica connotaciones morales ni reales de ningún tipo. Sólo establece una *relación lógica* entre un antecedente y un consecuente, haciendo de la conducta contraria a la prescrita por la norma el antecedente necesario de una imputación de consecuencia.

Si se observa se verá que en la teoría pura los actos jurídicos o antijurídicos son formalmente sometidos a relaciones hipotéticas (si *p* entonces *q*) de suerte que una sanción será siempre la consecuencia lógica de un hecho determinado por una imputación.

Eso y nada más que eso es lo que significa la expresión *debe ser*, o *no debe ser* (y por extensión todos sus sinónimos como *podrá* o *no podrá*, *deberá* o *no deberá*, *será* o *no será*, etc.). No hay que buscar en ella ningún contenido metafísico, biológico, psicológico, antropológico o lo que se quiera. Y en este punto radica la diferencia esencial entre una norma jurídica como "Las costas comunes de la partición serán de cuenta de los interesados en ella" (Art. 1333 Código Civil chileno) y una moral como "debemos amar al prójimo", o técnica como "los nombres propios deben escribirse con mayúscula", etc.

Complementariamente el concepto de "validez" de la norma jurídica está íntimamente implicado en el concepto lógico de "derivabilidad". Dado un sistema formal cualquiera, toda expresión bien formada debe derivarse de las condiciones formales previas (axiomas, definiciones, etc.) establecidas en él. Toda expresión (teorema) lógica o matemática se obtiene por derivación. No hay otra manera, en un sistema formal, de obtener una expresión bien formada que no sea por derivabilidad o, como también se podría decir, por deducibilidad.

Los lógicos definen a esta disciplina como "ciencia de la derivabilidad o deducibilidad (formal)". La "derivabilidad" es, pues, un concepto estrictamente lógico.

Kelsen parece trasladar este concepto a la teoría del derecho y lo hace cumplir en ella un papel fundamentalísimo.

A la pregunta ¿por qué debemos obedecer la ley? se pueden ofrecer múltiples respuestas, por ejemplo: "porque ha sido promulgada por la autoridad competente"; "porque es la voluntad soberana del pueblo y su voluntad es sagrada", "porque si no obedecemos recae sobre nosotros la coacción" o "porque la ley, en definitiva, es una extensión de la justicia, el bien o la voluntad de Dios". Estas respuestas constituyen diversas maneras de concebir la validez de la norma jurídica. Pero Kelsen sostendrá, primero,

que las normas jurídicas constituyen sistemas cuyos elementos están jerárquicamente ordenados y, segundo –como es ampliamente sabido-, que una norma vale porque a su vez vale aquélla de la cual ésta se *deriva* y aquélla vale porque a su turno se deriva de otra norma lógicamente anterior que la implica. O sea, que la validez se *transmite*, como en una operación lógica, desde las premisas a la conclusión.

Puestas así las cosas cabe sostener que Kelsen considera al derecho como un objeto lógico (es decir, formal) y para estudiarlo elabora un metalenguaje formal que él llama "teoría pura del derecho".

La pregunta que interesa plantear aquí es ésta: ¿de dónde extrae Kelsen estas ideas "científicas" y "formales" acerca de lo que es el derecho y de la disciplina formal que debe estudiarlo?

No deja de ser una coincidencia notable o significativa que Kelsen conciba esta teoría en las primeras décadas del siglo, cuando profesaba en la Universidad de Viena. Y precisamente por esos años estaba naciendo y estructurándose una importante e influyente concepción filosófica de la ciencia que rematará en el llamado Círculo de Viena. La filosofía vienesa fue fuertemente influida por la tendencia a formalizar el lenguaje de la ciencia, extrayendo de él todo elemento espurio. No sería, después de todo, tan extraño que Kelsen fuese influido, si no directamente al menos indirectamente, por el ambiente intelectual de la Viena de su época y que esa influencia se reflejase en su concepción –nunca abandonada- de una teoría pura (formal) del derecho.

Y si bien es cierto Kelsen en su obra no da señas de haberse interesado por los debates del "Círculo" y claramente no demostró conocimiento de la lógica matemática, se sabe que no fue ajeno a las discusiones organizadas por los filósofos del "Círculo". Según noticias del bien informado *Diccionario de Filosofía* de J. Ferrater Mora, estos pensadores alternaron con economistas como J. Schumpeter y juristas como Hans Kelsen[4].

III

Kelsen fue coetáneo de un importante grupo de pensadores, muchos de ellos germanos y vieneses, que discutían, entre otras cosas, sobre la posibilidad de dotar a la matemática de un fundamento propio. Profesó entre 1917 y 1930 en Viena; de 1930 a 1933 en Colonia; de 1933 a 1940 en Ginebra

4 Cf. Vol. III, pp. 1854-55.

y de 1940 en adelante en Estados Unidos. Hacia finales del siglo XIX y a comienzos del XX, el empirismo, el naturalismo y el psicologismo se habían asentado sólidamente en el pensamiento europeo. Ello lleva a pensadores como Husserl, Frege y Russell a retomar la cuestión de los fundamentos de las ciencias formales desde sus comienzos y a plantear todo el problema sobre bases totalmente nuevas. Husserl, en sus *Investigaciones lógicas*, echa por tierra el intento del psicologismo por reducir las leyes del pensamiento lógico a la psicología. Frege, por su parte, inicia, paralelamente, un programa similar destinado a encontrar los fundamentos de la matemática en la lógica.

No satisfecho con estos resultados, Hilbert inicia su famoso proyecto axiomático que proponía construir una matemática absolutamente autónoma, autoconsistente, completa y autárquica. En Inglaterra predomina en el mundo filosófico la misma preocupación: Russell y Whitehead continúan la tarea de Frege, y entre 1910 y 1913 publican su influyente trabajo *Principia Mathematica*, obra que parecía demostrar que efectivamente los planteamientos de Frege tenían razón. Esta obra tuvo una influencia notabilísima en la constitución de un importante grupo de epistemólogos, lógicos, matemáticos y físicos europeos, todos con amplia, sólida y profunda formación y preocupación filosófica. Entre 1915 y 1925 se gesta el pensamiento filosófico--científico y antimetafísico vienés –conocido como Escuela de Viena y posteriormente (hacia 1930) consolidado como "El Círculo de Viena"-, de gran influencia en la constitución epistemológica de la "nueva ciencia" europea.

Estos son precisamente los años de formación y de elaboración de la "teoría pura del derecho" de H. Kelsen.

Por entonces nuevos lógicos y matemáticos, entre los cuales hay que contar a Hilbert, Ackermann, Church, Gödel, Tarsky, von Neumann y muchos otros, continúan sus investigaciones en este ámbito del pensamiento con enorme repercusión en toda la cultura filosófica europea y anglosajona.

Muchas de estas discusiones, como se ha dicho, tienen como escenario a Viena, en cuya Universidad, casualmente, se forman y enseñan varios de ellos. Kelsen no debió permanecer ajeno a estas preocupaciones. Algunas de sus obras fundamentales aparecen por esos años[5]. Probablemente, a propósito de estos problemas, él debió concebir su proyecto de realizar en el campo jurídico la misma revolución que se estaba gestando en las ciencias estrictamente formales. Hasta entonces la ciencia jurídica estaba impreg-

5 *Rechtswissenschaft und Recht*, 1922; *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, 1928; *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik.* 1933.

nada de conceptos y creencias que la confundían y la hacían depender de la sociología, del naturalismo, de la psicología, de la ética, de la religión y de la metafísica. Así las cosas, no había posibilidad alguna de constituir una ciencia rigurosa, autónoma y autoconsistente, es decir, estrictamente formal, al modo como –*salvando todas las distancias*, naturalmente- se estaba haciendo en lógica y en matemática.

Para Kelsen, como se ha dicho, nada tienen que ver con el derecho ni las cosas ni los sucesos, que pertenecen al orden de lo real, sino exclusivamente las conexiones de exigibilidad o *deber ser* que él considera esenciales y exclusivas del objeto de la ciencia jurídica[6]. Para él, los objetos y sucesos que aparecen en el contenido de las normas no deben ser pensados como elementos del acaecer que se describe, sino como condiciones lógicas para la constitución de un sentido de exigibilidad normativo. Kelsen sostendrá que el pensamiento jurídico no se mueve en el plano de la objetividad real, donde lo que se piensa se determina por lo que *es*, sino en el de la *objetividad prescriptiva*, en la que lo pensado queda determinado por la categoría de lo que *debe ser*.

Y puesto que Kelsen reelabora en términos formales la mayoría de los conceptos jurídicos y pretende dotar a la ciencia jurídica de un lenguaje y de una estructura rigurosamente lógica en términos de validez y derivabilidad, se hace aconsejable y posible examinar la teoría kelsiana desde categorías del pensar también estrictamente lógicas, para comprobar hasta dónde llega, y hasta dónde se puede hablar con precisión y rigor, de un programa puro y formalista en la esfera de las ciencias jurídicas.

Hasta ahora (a saber) esta tarea parece no haber sido examinada a fondo porque se ha asumido que Kelsen no sabía lógica ni matemática, pero eso no significa, necesariamente, que no haya sido influido por el "talante" de la nueva filosofía vienesa, en espíritu plenamente coherente con su nueva idea de la ciencia del derecho.

IV

Aunque sea brevemente, parece pertinente entrar en el planteamiento de algunos de los conceptos del formalismo lógico-matemático, para observar después cómo se pueden aplicar a la teoría kelsiana.

6 "Al calificarse como teoría 'pura' –escribe Kelsen- indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición". *Teoría pura del derecho*, p.15.

Para el formalismo todo sistema científico *formal* debe reunir al menos tres requisitos esenciales: *completitud*, *consistencia* y *decidibilidad*. En efecto, se denomina *completitud* al requisito de un sistema *L*, si dada una proposición bien formada *p*, si de *L, p* o su negación es un teorema de *L.* Se llama *consistente* a un sistema *L*, si dada una fórmula bien constituida *p*, o *–p*, es efectivamente un teorema de *L*. Y, un sistema o teoría es *decidible*, si el conjunto de todas sus proposiciones válidas es recursivo[7].

Estos fundamentales conceptos, juntos a los de "validez" y al de deducción, constituyen los núcleos de investigación de la lógica y de la matemática de las últimas décadas del siglo ante pasado y primeras del XX.

Si una teoría pretende ser verdaderamente autosuficiente y sólida – como precisamente pretende Kelsen que lo es la teoría pura del derecho- debe, pues, reunir estos requisitos. Y todo parecía indicar que las ciencias formales estaban a punto de conseguirlo, si no lo habían conseguido ya. Pero entonces aparecen, separados por muy poco tiempo, los fundamentalísimos teoremas de Gödel, Church y Tarsky, todos complementarios y recursibles entre sí. Dicho de modo menos técnico, pero intuitivamente más comprensible, Gödel vino a demostrar que dado un sistema cualquiera *L*, siempre aparecerá en *L* una proposición no decidible en *L*, sino en un sistema más amplio que podemos llamar *L'*, y así hasta el infinito. Con este resultado las esperanzas del programa Hilbert, por un lado, y el programa Russell, por otro, quedaban desvanecidas. Poco después se dio el golpe de gracia a estos proyectos cuando se demostró que no puede ingeniarse ningún procedimiento de decisión para asegurar la completitud de un sistema formal[8].

¿Y qué relación tiene todo esto con las tentativas de Kelsen? Kelsen ha intentado fundar una teoría *pura* del fenómeno jurídico, lo que equivale a decir *estrictamente formal*, esto es, sin contenido alguno, al modo de la ética formal kantiana, que sólo tiene forma, pero que no es lícito dotarla de ningún contenido, como suelen hacer las éticas heterónomas y materiales. Kelsen pretende que esta teoría sea autosuficiente, que defina sus propios conceptos y principios sin desbordar en absoluto el campo meramente formal que él ha indicado como marco y condición de su teoría pura. Dicho lo mismo, pero ahora en categorías del pensamiento lógico-matemático, Kelsen ha postulado *implícitamente* que la verdadera ciencia del derecho

7 Cf. Kurt Gödel: "Algunos resultados matemáticos sobre completud y consistencia" y "Sobre sentencias formalmente indecidibles de *Principia Mathematica* y *Sistemas afines"* en *Obras completas*, cuidadosamente comentadas por su editor Jesús Mosterín.

8 Cf. A. Church: "A Note on the Entscheiudungproblem". *Journal of Symbolic Logic*, 1, 1936.

ha de ser *completa*, *consistente* y *decidible*. Lo que no sabemos es si esta postulación está consciente e implícitamente asumida (por el influjo del medio intelectual del Círculo de Viena) o si se trata tan sólo de un mero y notable azar.

Obviamente, la teoría pura del derecho propuesta por Kelsen es de carácter universal en el sentido de que lo es de toda posible ley y de ahí que algunos pensadores la consideren como una rama de la lógica en tanto se establece como la base ideal, o si se quiere puramente formal, de una teoría jurídica científica y rigurosa. Siendo, pues, una teoría formal y lógica del derecho, es perfectamente posible que se la estudie y analice con los métodos propios de la lógica-matemática, llevando con ello la cuestión al mismo terreno que en realidad la ha trasladado el propio Kelsen.

Desde esta perspectiva quizá se pueda sugerir que la teoría kelseniana está inspirada en las investigaciones lógicas, epistemológicas y semánticas de principios del siglo XX originadas en la Escuela de Viena.

V

Si se acepta que Kelsen intentó constituir en el terreno de la ciencia jurídica una teoría formal en el mismo sentido y con las mismas exigencias de cualquier otra teoría formal (como la teoría lógica), entonces cabe preguntarse si la teoría formal kelseniana es capaz de sortear el test –elaborado por la lógica del siglo XX- al que fueron sometidas –y que no lograron superar- las teorías formales de Russell-Whitehead y de Hilbert y otros sistemas afines. Obviamente que hay, con todo, una enorme diferencia entre la teoría kelseniana y la teoría de *Principia Mathematica*; esta última es estrictamente formal en el sentido fuerte del término, esto es, construida simbólica y axiomáticamente, mientras que la teoría pura de Kelsen no es axiomática ni formal en el sentido de *Principia Mathematica*. En rigor, es una teoría filosófica de "inspiración" formal, pero nada más.

No obstante, aún así, es posible conjeturar en qué medida la teoría pura puede, al menos conceptualmente, satisfacer los criterios lógicos exigidos a partir de Gödel a toda teoría formal.

Antes de dar el próximo paso conviene establecer una importante distinción entre un objeto formal de estudio (I), una teoría de dicho objeto formal (II) y una teoría de la teoría (o metateoría, III). Nuestro análisis se localiza en el nivel (III); es una teoría de la teoría kelseniana. En este

sentido, cuando se practica un análisis de una teoría, no es lícito ir más allá de la teoría analizada para ingresar desde la metateoría en el nivel (I) que corresponde al objeto de la teoría.

Entonces conviene aclarar a qué orden se deben aplicar los conceptos lógicos implicados por el test (a saber: *completitud*, *consistencia* y *decidibilidad*), si a la teoría formal de Kelsen o a su objeto, esto es, como él mismo enfatiza, "al derecho positivo en general". Aplicarlo al objeto parece estar fuera de lugar, porque el objeto no es una teoría sino, como el mismo Kelsen está vivamente interesado en recalcar, un *hecho* de la realidad, un fenómeno, una experiencia, aunque se trate de un fenómeno o experiencia meramente formal como lo es, por lo demás, la experiencia de números y nociones abstractas en la matemática y en la lógica.

Esta distinción no es trivial e interesa, toda vez que ha sido soslayada por algunos críticos de la teoría pura, quienes han argumentado que la teoría kelseniana fracasa porque el derecho (es decir, cualquier ordenamiento jurídico positivo) es una realidad que no reconoce como parte activa de sí misma la norma categorial –"¡Obedece al primer legislador!"- que, precisamente queda fuera del ordenamiento jurídico positivo y, cuanto más, actúa como un supuesto *a priori* pero en definitiva innecesario al derecho positivo vigente.

Hecha esta distinción, lo que cabría estudiar es si la teoría pura o formal del derecho de Kelsen es consistente o contradictoria, completa y decidible.

Si es consistente, su cuerpo interno de conceptos debería estar exento de contradicciones. Propuestos y definidos tales antecedentes, entonces, síguense cuales consecuentes. El "entonces" implica que los consecuentes no se siguen de cualquier manera, sino única y exclusivamente por derivación formal. La pregunta específica (que obviamente aquí no es posible responder y que queda pendiente de averiguación) es si la teoría pura satisface este requisito. En efecto, ¿hay en la teoría un cuerpo de conceptos coherentes (consistentes) obtenidos por definición y luego por derivabilidad estrictamente formal? Si se logra demostrar que hay una infracción en este terreno, la teoría debe ser corregida –si es posible- o abandonada, por muy notables que sean sus méritos.

Ahora bien, si es completa no debería aparecer en la teoría una afirmación (crucial) no susceptible de prueba dentro del mismo sistema y con los recursos –y sólo con los recursos- lógicos y conceptuales del propio sistema. Kelsen ha intentado, en este sentido, redefinir los conceptos fundamentales del derecho para rescatar exclusivamente su significación

formal, única dimensión que interesa al jurista. A la ciencia del derecho (teoría pura) no le importan los hechos, aunque fenomenológicamente parta de ellos, sino sólo la significación que les confiere un sistema normativo: así, por ejemplo, "persona", "Estado", "validez", "norma", etc. A partir de este trabajo preparatorio, la teoría pura propone diversas afirmaciones (equivalentes a los teoremas de una teoría axiomática) fundamentalísimas para la integridad de la teoría, como por ejemplo que la imputabilidad es el principio fundamental de conocimiento con el que es posible explicar y comprender la realidad normativa (moral y jurídica) o que el hombre es libre en la medida en que pueda ser el punto final de una imputación. La pregunta pertinente es la siguiente: ¿es posible, efectivamente, demostrar la verdad de las afirmaciones cruciales de la teoría pura sin recurrir en absoluto a las ciencias de hechos?[9] Porque si es posible demostrar que el sistema kelseniano se mantiene dentro de sus límites lógicos y epistemológicos, entonces no hay razón formal para rechazarlo. Otra cosa es que no se acepten sus puntos de partida; que se recusen sus premisas, por ejemplo, que se rechace –como hace Ross[10]- el formalismo implicado por la tesis kelseniana de que la verdadera ciencia jurídica debe ocuparse de la significación de los hechos jurídicos y no de los hechos mismos. Entonces lo que se estaría haciendo es tomar en bloque la teoría kelseniana y declarar que está errada ya que no da cuenta del fenómeno jurídico porque extrae del fenómeno su mera significación (o esencia, para ponerlo en términos husserlianos) y desprecia el fenómeno mismo en toda su riqueza real.

Y, por último, habría que averiguar en qué sentido la teoría pura podría ser decidible. Según los lógicos, toda teoría decidible es axiomatizable, pero no toda teoría axiomatizable es decidible.

Esto es una condición muy difícil de cumplir sobre todo para una teoría filosófica por más que la propia teoría se autodeclare formal o pura, que es precisamente el caso de la teoría kelseniana. No puede, pues, sino en un sentido muy débil, hablarse de decidibilidad de una teoría filosófica.

---

9 Lo cual, dicho sea de paso, deja fuera de juego los argumentos refutatorios que provienen de los hechos. Si la teoría es formal, y se la quiere refutar como tal, hay, en rigor, que asumir argumentos formales. Mal podría una teoría formal ser refutada por una teoría material. Eso sería como refutar un teorema matemático con argumentos tomados de la historia o de la psicología. Otra cosa es que se recuse la teoría en su conjunto por la imposibilidad epistemológica de aceptar como verdaderos sus puntos de partida.

10 Cf. Alf Ross: *Hacia una ciencia realista del derecho*. Buenos Aires, 1961.

VI

En definitiva, lo que se ha intentado poner de manifiesto en este brevísimo trabajo es señalar hasta qué punto resulta plausible pensar que Kelsen fue influido por el pensamiento "cientificista" del Círculo de Viena y después examinar si efectivamente su teoría pura –en sentido formal- puede responder, *aunque sea débilmente*, a las exigencias que el Círculo de Viena y los pensadores vinculados a él impusieron como criterios de satisfacción a toda teoría que pretenda ser formal y científica.

Al parecer, en el intento kelseniano hay un eco de este debate y un difuso intento de construir una teoría jurídica que responda a las exigencias lógicas propuestas por este nuevo *éthos* filosófico.

Ahora bien, ¿se podría conjeturar que el alcance –es decir, las consecuencias filosóficas- del teorema de Gödel compromete también el proyecto kelseniano?

La respuesta a esta pregunta implicaría un trabajo extenso y cuidadoso, que haga justicia a las ideas filosóficas de Kelsen y a su programa "formalista", cosa que, obviamente, debe quedar para una mejor ocasión.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRON, C Y BULIGIN, E.: *Análisis lógico y derecho*. Madrid, 1991.

COHEN, M. & Nagel, E.: *Introducción a la lógica y al método científico*. 2 vols. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1983.

FERRATER MORA, J.: *Diccionario de Filosofía*, 4 vols. Alianza, Madrid, 1982.

GÖDEL, K.: *Obras completas* (Introducción, traducción y comentarios de Jesús Mosterín). Alianza, Madrid, 1989.

KALINOWSKY, G.: *Introducción a la lógica jurídica.* EUDEBA, 1973.

KELSEN, H.: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado.* Porrúa, México, 1989.

KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*. Labor, Barcelona, 1934.

KELSEN, H.: "El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho". *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933.

KELSEN, H.: *Ensayos*. (Oscar Correa comp.). U.N.A., México, 1989.

KELSEN, H.: *Crítica del derecho natural*. Taurus, Madrid, 1966.

KELSEN, H.: *La teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. EUDEBA, 26ª ed., 1989.

KELSEN, H.: *Qué es la justicia*. Univ. Nacional, Córdoba, Argentina, 1966.

KELSEN-COSSIO: *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura.* Guillermo Kraft edit., Buenos Aires, 1952.

KNEALE, W. y KNEALE, M.: *The Development of Logic*. Oxford, 1962.

LADRIERE, J.: *Limitaciones internas de los formalismos*. Tecnos, Madrid, 1969.

LOSANO, M.G.: *Teoría pura del derecho. Evaluación y puntos cruciales*. Bogotá, 1992.

MANSON, TERRAZAS M.: *Kelsen y la lógica jurídica formal*. Valparaíso, Edeval, 1984.

MARTYNIAK, C.: "Le problème de l'unité des fondements de la théorie de droit de Kelsen". APDSJ7, 1937.

MILLAS, J.: "Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del derecho" en *Apreciación Crítica de la teoría pura del derecho*. Valparaíso, 1982.

MILLAS, J.: "Sobre los fundamentos reales del orden lógico-formal del Derecho". *Revista de Filosofía*. VIII, diciembre 1956.

PASTORE, A.: "Critica del fondamento lógico della dottrina pura del diritto di Kelsen". RIFD, 29, 1951.

THERENAZ, H.: "La théorème de Gödelet la norme fundamentale de Kelsen". *Droit et Socíeté*, vol. 4, 1986.

VERNENGO, R.J.: "Validez y verdad en la 'Teoría de las normas' de Hans Kelsen". *Anales de la Cátedra Fco. Suárez*, N° 25, 1985.

O PROCEDIMENTO DO ABORTO HUMANITÁRIO E O DIREITO À SAÚDE

Germano Schwartz[1]

INTRODUÇÃO

As ciências criminais são um ramo do saber jurídico que agrega elementos provenientes de várias áreas, buscando, com isso, as razões da tipicidade de uma conduta, ou, também, os motivos pelos quais se pratica o ato delitivo. Trata-se, então, de um conceito mais abrangente do que o Direito Penal, etimologicamente ligado à noção de pena (normalmente restritiva de liberdade).

Nessa linha de raciocínio, busca-se, neste artigo, conectar o crime de aborto, previsto na legislação penal brasileira, com a noção de qualidade de vista prevista no direito à saúde, um novo ramo de estudo das ciências jurídicas. As razões da tipicidade desse ato e a previsão legal de sua exclusão de ilicitude quando ele for praticado por razões humanitárias são o mote do estudo, que pretende estabelecer conexões, portanto, entre o aborto humanitário e a qualidade de vida em um regime de decisões compartilhadas típicas da autopoiese da sociedade moderna.

1 DIREITO À SAÚDE COMO QUALIDADE DE VIDA

A saúde é entendida como um direito fundamental social (art. 6º, CF/88). Essa é uma novidade da Carga Magna de 1988. Anteriormente à

1 Pós-Doutor em Direito (University of Reading). Doutor em Direito (Unisinos) com estágio doutoral-sanduíche na Université Paris X- Nanterre. Professor do Mestrado em Memória Social e Bens Culturais do Unilasalle. Docente da Graduação em Direito da FADERGS e da FSG. Secretário do Research Committee on Sociology of Law da International Sociological Association (RCSL – ISA). Presidente da Associação Brasileira dos Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABRASD).

sua promulgação, inexistia previsão constitucional que elevasse o direito à saúde a tal categoria[2]. A conseqüência desse trato implica em recursividades de diferente nível no sistema jurídico[3]. Assim, o tratamento jurídico dispensado à saúde depende de como as estruturas do Direito respondem às expectativas normativas lançadas.

Parte-se do pressuposto, aqui, que tanto a Saúde quanto o Direito são subsistemas parciais da sociedade, cada qual com sua lógica e especificidade própria. Dito de outra forma: Saúde e Direito possuem uma autopoiese que lhes caracteriza. Este se rege pela distinção *Recht/Unrecht*; aquele, pelo código Saúde/Enfermidade[4]. Essas distinções conferem sua unidade, diferenciando-os do entorno e dos demais subsistemas sociais. Com isso, ocorre uma miríade comunicacional. Expectativas são geradas e necessitam ser solucionadas[5].

Nesse sentido, ao juridicizar, via Carta Fundamental, a questão da saúde, houve uma comunicação gerada pelo sistema político (Lei), com influência do sistema da saúde, mas que deve ser decidida de acordo com a lógica do sistema do Direito. Dito de outra maneira: para resolver questões relativas à saúde das pessoas, como o Direito a percebe?

Nesse linha de raciocínio, o mandamento constitucional (art. 196), diz o seguinte:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Uma das grandes discussões a respeito da temática diz respeito à eficácia da norma citada, pois se poderia argumentar que o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 poderia restar limitado a uma atuação legiferante de ordem inferior. Uma norma de eficácia contida. No entanto, a

2 DALLARI, Sueli. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde.* São Paulo : HUCITEC, 1995, p. 25.

3 Com maior especificidade sobre a recursividade do sistema jurídico, veja-se ROCHA, L.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

4 A autopoiese do sistema sanitário é explicitada em SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

5 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I.* Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1983.

estrutura decisória da organização do sistema jurídico brasileiro repeliu tal afirmação, conferindo eficácia plena ao dispositivo aludido[6].

Dessa maneira, mesmo se tratando de um direito de defesa e de um direito social prestacional ao mesmo tempo[7], tem-se que, concomitante, a saúde é um direito público subjetivo[8], diretamente oponível pelo credor (cidadão) contra o devedor (Estado). Essa justiciabilidade permite exeqüibilidade, pois a não-decisão é uma impossibilidade no sistema jurídico[9].

Diante de tais elementos, dessas premissas decisórias baseadas pelo próprio sistema jurídico em sua autopoiese específica[10], consegue-se uma lógica autoconstitutiva do direito à saúde. É, pode-se dizer, sua clausura normativa. No entanto, há, ainda, um elemento externo, sobre o qual é necessária uma abertura cognitiva.

O signo "saúde" referido pelo artigo 196 da Lei Fundamental Brasileira, é algo variável, cuja definição não pode ser estática[11]. Contudo, há algumas marcas, pistas que podem dar orientação. Os vocábulos "cura", "proteção" e "promoção", inseridos na norma referida, são, claramente, ligados a percepções advindas do sistema sanitário.

De fato, tanto a "proteção" como a "cura" da saúde estão conectados à doença. O primeiro atua em um momento anterior à sua ocorrência e é, obviamente, mais acessível em termos econômicos. O segundo, por seu turno,

---

6 Veja-se, nesse sentido, o voto do Relator Ministro Celso de Mello no acórdão resultante do Recurso Extraordinário 271.286/RS (STF).

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5ªed, totalmente refundida e aumentada. Coimbra : Editora Coimbra, 1991. p. 552

8 "Somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos (a todos e a cada um) um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. É o que sucede designadamente no caso do direito à saúde". CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra : Coimbra Editora, 1991, p. 130.

9 TEUBNER, Gunther. Introduction to Autopoietic Law. In:_____ (Ed.) *Autopoietic Law : a new approach to law and society.* Berlin : New York : Walter de Gruyter, 1988, p. 4.

10 A idéia da autopoiese específica do sistema jurídico, que procura cambiar os fatos mundanos em normação jurídica transformadora desses mesmos fatos é uma novidade em relação ao projeto absolutamente radical de autopoiese defendida por Luhmann. A hipótese de Jean Clam é de uma co-evolução originária entre Direito e Sociedade. Com ela é possível uma (re)fundação constante do Direito a partir dos fenômenos sociais, preservando-se a variabilidade necessária para a manutenção das expectativas normativas da sociedade. Com maiores detalhes, consulte-se CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade.* São Leopoldo : Unisinos, 2006.

11 O conceito compatível seria o da saúde como "um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar". SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde : efetivação em uma perspectiva sistêmica.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

atua depois da doença restar instalada no corpo do indivíduo. Logicamente, é menos acessível em termos econômicos.

Contudo, há um terceiro dado: a "promoção" da saúde, elemento ativo que não se confunde com cura ou prevenção de doenças. Trata-se da saúde pela saúde. Da inovação do elemento positivo como elemento propulsor do sistema sanitário. Ele deve co-existir com os outros vocábulos, pois no momento em que inexistirem doenças não haverá saúde. Todavia, a promoção da saúde assume relevo importantíssimo no contexto do aborto humanitário, uma vez que a gestação não é considerada doença e, com isso, eliminam-se as alternativas do procedimento como cura ou prevenção.

A qualidade de vida é o termo utilizado para essa concepção. Ela é, na linguagem de Scliar[12], a imagem-horizonte da busca pela saúde. É, como já dito, o aspecto positivo da saúde, um elemento de construção e não de recuperação. Uma questão de humanidade[13] e de proibição de tratamento que fira a condição de ser humano, em qualquer um de seus aspectos.

Nessa linha de raciocínio, Bolzan de Morais[14], aduz, referindo que o conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter o direito a uma vida saudável, levando à construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhes benefícios.

Logo, uma variedade de ruídos compõe, interage, influi e modifica a qualidade de vida enquanto abertura cognitiva do sistema jurídico. Podem ser denominados de direitos afins ao direito à saúde. Destaca-se, dentre eles, o direito à saúde física e psíquica, reconhecido, inclusive, pela Organização Mundial de Saúde[15].

Nessa esteira, cabe, nesse momento, perscrutar sob que formas pode haver um aborto considerado humanitário e em quais hipóteses essa atuação interventiva pode ser praticada pelo Estado em nome do direito à saúde (qualidade de vida) da gestante. Trata-se, pois, de saber, se o Direito, em sua

---

12 SCLIAR, Moacir. *Do Mágico ao Social : a trajetória da saúde pública.* Porto Alegre : L&PM Editores, 1987, p. 20-30.

13 Cf. defende KRAUT, Jorge Alfredo. *Los Derechos de Los Pacientes.* Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1997, p. 196.

14 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 190.

15 O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão da ONU, refere que a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência do doenças.

clausura operativa, opta pela qualidade de vida da grávida ou pelo direito à vida do feto.

2 O ABORTO HUMANITÁRIO

O aborto é a interrupção do ciclo normal de uma gravidez. Segundo Bittencourt[16], o bem jurídico protegido é *a vida do ser humano em formação*, ou, se provocado por terceiro, *a incolumidade da gestante.* Dessa forma, são motivos para sua tipificação o cuidado com o embrião e sua formação e a saúde da gestante.

Tipificado nos artigos 124 (provocado), 125 (sofrido) e 126 (consentido) do Código Penal Brasileiro[17], o aborto é considerado pela legislação pátria como um crime contra a vida a ser julgado pelo Tribunal do Júri. Em suma, trata-se de violação jurídica extremamente grave perante os bens jurídicos tutelados (vida). Como, portanto, pode haver um aborto "humanitário"?

A própria legislação responde ao questionamento, quando, no Código Penal, em seu artigo 128, estabelece as modalidades de aborto que não são puníveis. Uma delas diz respeito ao aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Nesse caso, o agente delitivo seria o médico. No entanto, ele resta albergado pela norma em questão, uma vez que seu dispositivo é o seguinte:

> Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
>
> ....
>
> II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A sua ocorrência necessita de três requisitos: ser realizado por um médico, o estupro e consentimento da vítima ou de seu representante legal. A violência deve se fazer presente. O médico deve, portanto, acautelar-se, pois se houver falsidade de afirmação, somente a gestante responderá cri-

16 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado.* São Paulo : Saraiva, 2002, p. 426.

17 "Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de 1(um) a 3 (três) anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão , de 1(um) a 4 (quatro) anos. "

minalmente (art. 124, 2ª figura), pois, segundo Bittencourt[18], *a boa fé do médico caracteriza erro de tipo, excluindo o dolo, e, por conseqüência, afasta a tipicidade.*

Dessa maneira, a doutrina e a jurisprudência[19] são, para a teoria dos sistemas sociais autopoiéticos, elementos centrais do sistema jurídico, pois modificam a estaticidade normativa, conferindo ação ao sistema[20]. Nessa senda, a Lei é periférica, por ser produto do sistema político.

O caráter humanitário dispensado à norma referida é criação doutrinária e jurisprudencial, de vez que a Lei não utiliza tal adjetivo para o tipo penal. No entanto, percebe-se que a autorização legal advém de um sentimento ético proveniente de uma repulsa ao ato provocador da gestação (o estupro).

De fato, a mulher não pode ser obrigada a cuidar de um filho concebido por um coito forçado. Uma posição diversa negaria a emancipação da mulher enquanto indivíduo, elemento central das sociedades ocidentais iluministas. Seria, ainda, a criação de uma pena para a vítima, uma expansão indesejável do direito penal que deve atuar como *ultima ratio*, expressão de defesa das liberdades individuais[21].

Ademais, a razão maior é o direito da saúde psíquica da mulher. Como ela poderá conviver, em sua *psique,* consigo mesma? Qual qualidade de vida ela possuiria? A humanidade necessária à promoção da saúde se faz presente, possuindo um correlato legal, o princípio da humanidade. Esse é um vetor importantíssimo na aplicação da pena, fruto do iluminismo dos séculos XVII e XVIII, limitador do direito penal ao mínimo necessário. Para Luis Luisi[22], *todas as relações humanas disciplinadas pelo direito penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade.*

---

18 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – 2. Parte Especial. Dos Crimes Contra a Pessoa.* 6ª edição. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 138.

19 Compartilha dessa posição ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de Derecho Penal. La Ley y El Delito*. Reimpresion. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1980, p. 87: "La jurisprudencia es de importancia descollante para interpretar las leyes penales y también para el nacimiento del nuevo Derecho". Na p.90 refere: "Repitamos que la doctrina científica tiene un valor superlativo en la formación del nuevo Derecho y acaso puede depositarse en ella la esperanza de unificar , en lo posible, las normas jurídico-penales".

20 LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. *Revista da Ajuris,* Porto Alegre, 1990, n. 49, p. 165.

21 Posição sustentada, exemplificativamente, por DIAS, Jorge Figueiredo de. *Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal. Sobre a Doutrina Geral do Crime.* Coimbra : Coimbra Editora, 2001, p. 164-165.

22 LUISI, Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais. 2ª edição. Revista e Aumentada.* Porto Alegre : SAFE, 2003, p. 51.

Um direito penal mínimo e iluminista e um direito à saúde entendido, também, como qualidade de vida, estão diretamente ligados na questão do aborto humanitário. Mesmo que se contraponham os argumentos tradicionais do direito à vida, a operatividade do sistema jurídico admite o procedimento, inclusive porque

entre a vida que nasce de violação à liberdade e a liberdade de não gerar outra vida, esta prevalece. O direito da liberdade da mulher violentada é mais importante que o direito da sociedade de ver nascer mais um indivíduo[23].

Assim, resta evidente que o médico que pratica o aborto humanitário o faz por razões absolutamente razoáveis e, portanto, não pode ser punido pela prática do ato. Ele está, de fato, cumprindo com suas obrigações éticas: preservar a saúde da cliente (em seu caráter promocional).

Todavia, como explicitado, o aborto humanitário deve ser realizado por um médico, por evidentes razões de saúde pública. É um requisito legal. Ocorre, todavia, que o médico pode alegar objeção de consciência (art. 7º do Código de Ética Médico), desconhecimento da licitude do ato, ou ainda, não haver profissional habilitado para tanto em determinado hospital.

Dessa maneira, muito embora ética e juridicamente aceitável, o aborto humanitário não é prática comum no sistema de saúde pátrio. Em nova e evidente conexão entre o crime e a saúde, o Ministério da Saúde editou Norma Técnica regulamentando os procedimentos necessários para a consecução do aborto sob condições de humanidade, aclarando o disposto no art. 128, II, do Código Penal, ao mesmo tempo em que reforço o caráter de direito público e subjetivo do direito fundamental social à saúde.

3 REGULAÇÃO E COMPARTILHAMENTO DE DECISÕES: O MINISTÉRIO DA SAÚDE

A locução constitucional da saúde como direito de todos e dever do Estado, em uma sociedade complexa como é a contemporânea, pressupõe um evidente compartilhamento de tarefas[24], algo previsto pela própria Constituição Federal em seu artigo 198, ao permitir à comunidade a participação nos processos decisórios relativos à saúde.

---

23 TELES, Ney Moura. *Direito Penal. II. Parte Especial.* São Paulo : Atlas, 2004, p. 184.

24 Sobre o assunto, veja-se SCHWARTZ, Germano. Gestão Compartida Sanitária no Brasil : possibilidades de efetivação do direito à saúde. In: ____ (Coord). *A Saúde sob os Cuidados do Direito.* Passo Fundo : UPF Editora, 2003.

Nessa linha de raciocínio, o processo de tomada de decisões em questões que o Estado não tem mais a possibilidade de abarcar o papel que lhe foi destinado (saúde) obedece não mais a uma lógica *top down* e sim *bottom up*. Essa é a natureza de um regime de governança[25], em que se mitigam deveres e direitos, tudo isso na busca de uma decisão que reste apta aos desafios da sociedade contemporânea.

A partir dessa premissa e diante da não realidade do aborto humanitário no Brasil, o Ministério da Saúde editou uma norma técnica[26], em que o Ministério da Saúde assume como dever do Estado a existência de condições para a realização do procedimento em hospitais da rede do Sistema Único de Saúde:

O Estado brasileiro, por intermédio do Ministério da Saúde, assumiu o compromisso com os direitos humanos das mulheres e com a garantia do exercício pleno de sua saúde física e mental, por meio da formulação de políticas públicas de saúde que respondam a suas reais necessidades[27].

Assim sendo, o Ministério da Saúde enfrenta o aborto humanitário como expressão da saúde psíquica da mulher. Mais, elege-o como política pública, em cumprimento ao disposto no art. 196 da Carta Magna. Para tanto, deve instrumentalizar os órgãos que atuam na área da saúde mediante prestações positivas. Com isso, pretende-se que o aborto decorrente de violência sexual seja ofertado aos segurados do SUS (todos os cidadãos brasileiros e os estrangeiros residentes no país), o que não ocorre de forma usual[28].

O documento[29] refere, em boa hora, a desnecessidade de a mulher apresentar qualquer tipo de prova para o abortamento, exceto o seu consentimento. Assim, verifica-se que ela não tem o dever de comunicar o fato à polícia. É, pois, desnecessário, no momento da solicitação do aborto na rede pública, o Boletim de Ocorrência. É uma presunção de veracidade

---

25 A respeito da modelização de decisões em regime de governança, veja-se ARNAUD, André-Jean. *Critique de la Raison Juridique 2. Gouvernants Sans Frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation.* Paris : L.G.D.J, 2003,p. 400-401.

26 *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes: norma técnica*. 2ªed. Atual. e ampl. – Brasília : Ministério da Saúde, 2005.

27 Idem, p. 6.

28 *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual...*, 2005, p. 41: "O problema se agrava na medida em que parte importante das mulheres ainda não tem acesso a serviços de saúde que realizem o abortamento, mesmo que previsto e permitido pela legislação. Por falta de informação sobre seus direitos ou por dificuldade de acesso a serviços seguros, muitas mulheres, convencidas de interromper a gestação, recorrem aos serviços clandestinos de abortamento, freqüentemente em condições inseguras e com graves conseqüências para a saúde, incluindo-se a morte da mulher".

29 Idem, p. 42.

contra a qual o médico não pode militar, uma vez que ele resta albergado pela hipótese do art. 20, parágrafo primeiro, do Código Penal. O mesmo raciocínio é válido para o não condicionamento da realização do aborto ante prévia autorização judicial:

A realização do abortamento não se condiciona à decisão judicial que ateste e decida se ocorreu estupro ou violência sexual. Portanto, a lei penal brasileira não exige alvará ou autorização judicial para a realização do abortamento em casos de gravidez decorrente de violência sexual[30].

No que diz respeito à objeção de consciência do médico em realizar o aborto, resta possível sua possibilidade[31], nos exatos termos do que prevê o artigo 28 do Código de Ética Médica. No entanto, é imperativo que o médico informe à paciente que ela pode ser atendida por outro profissional a ser disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde em função do princípio constitucional do atendimento integral.

Na procura do esclarecimento de procedimentos e completando a Norma Técnica, o Ministério de Saúde editou a Portaria 1.508/2005. Ela dispõe sobre o procedimento de justificação e autorização de interrupção de gravidez nos casos previstos em Lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

A partir de sua publicação no Diário Oficial da União em 02 de Setembro de 2005, o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção de Gravidez passou a ser elemento necessário para a realização do abortamento humanitário. Ele possui quatro fases.

A primeira diz respeito à realização, pela própria gestante, de relato circunstanciado do evento (estupro). Dois profissionais de saúde de serviço servirão como testemunhas. O relato deve pormenorizar os detalhes do evento (local, dia e hora aproximada), descrever o tipo e a forma da violência, e, se possível, detalhar os agentes da conduta e identificar testemunhas (art. 3º).

A segunda fase, de acordo com o artigo 4º da Portaria, é feita por um médico. Ele deve emitir parecer técnico instruído após detalhada anamnese, exame físico geral, exame ginecológico, avaliação do laudo ultrassonográfico, acompanhado dos demais exames complementares que porventura houver. Três integrantes, no mínimo, de uma equipe de saúde multiprofis-

30 Idem, p. 43.

31 Há hipóteses, todavia, que não permitem a objeção de consciência. Veja-se Idem, p. 44: "Cabe ressaltar que não há direito de objeção em algumas situações excepcionais: 1) risco de morte para a mulher; 2) em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro (a) profissional que o faça; 3) quando a mulher puder sofrer danos ou agravos em razão da omissão do (a) profissional; 4) no atendimento de complicações derivadas do abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência";

sional (obstetra, anestesista, enfermeira, assistente social e/ou psicólogo) subscreverão o Termo de Aprovação de Procedimento de Interrupção de Gravidez.

A terceira fase é composta da assinatura da gestante no Termo de Responsabilidade – ou de seu Representante Legal se for incapaz-. Ele conterá aviso de cometimento do crime de falsidade ideológica (CP 299) e de aborto (CP 124) caso a gestante não tenha sido vítima de violência sexual.

A quarta fase, na linha do que prevê o artigo 6º, da Portaria, se encerra com o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, cujos requisitos essenciais dizem respeito a esclarecimentos e conseqüências do procedimento.

Torna-se fato, portanto, que tanto a Norma Técnica quanto a Portaria não são unicamente permissivas. Elas são estruturais, uma vez que possibilitam a efetivação do direito à saúde psíquica da gestante. A decisão de abortar é da mulher, baseada em outras decisões (do médico, por exemplo – objeção de consciência). Cada decisão necessita de outra decisão, em claro indicativo de autonomia em um processo *bottom up* (inclusive no sentido sistêmico[32]).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conexão entre o direito constitucional à saúde da mulher, conforme já referido, e o aborto humanitário, está no fato de que a saúde deve primar pela qualidade vida, segundo os ditames da Carta Magna. Além disso, o tratamento psíquico da vítima de estupro diz respeito à sua qualidade de vida, mesmo que em contraponto a um pretenso direito à vida, em expresso reconhecimento legal da necessidade da proteção da saúde daquela que virá, caso deseje, a abortar.

Vê-se, claramente, que as disposições contidas na Norma Técnica e na Portaria formam premissas decisórias para outras, necessárias, decisões (do médico, da gestante, etc.). Significa, pois, que elas reconhecem o aborto humanitário. Aliás, ele já é uma possibilidade jurídica frente ao direito à saúde (Constituição) e ao próprio Código Penal. Logo, a Norma Técnica e

32 Um sistema autopoiético é "autônomo porque a produção de novos elementos depende das operações precedentes e constitui pressupostos para as observações posteriores". NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Niklas Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo Rocha (Org.) *Paradoxos da Auto-Observação : percursos da teoria jurídica contemporânea.* Curitiba : JM Editora, 1997, p. 228.

a Portaria, ambas produzidas por um órgão do Estado (Ministério da Saúde) têm normação frente ao código jurídico (*Recht/Unrecht).*

Assim, cristalino que há auto-referência. Ambas se referem ao Código Penal. Este, por seu turno, se baseia na Constituição. Falam, ainda, do Código de Ética Médico, instrumento administrativo para resolução de casos apresentados. Também é fato que ela impõe ao Estado o dever – constitucionalmente previsto – de atendimento e factbilização do procedimento na rede pública de saúde. Existe, portanto, uma ampla expectativa normativa. Para ser gerida em níveis socialmente aceitáveis, ela deve der decidida. Na hipótese defendida, essa decisão é compartida: do médico, da gestante ou de seu representante legal, ou, por fim, do Poder Judiciário, quando for chamado a resolver a questão. Logo, o aborto humanitário torna-se uma questão de direito à saúde. E ele não se trata somente de *um direito para todos, mas sim de um direito de, por e para todos.*

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. *Critique de la Raison Juridique 2. Gouvernants Sans Frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation.* Paris : L.G.D.J, 2003.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de Derecho Penal. La Ley y El Delito*. Reimpresion. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1980.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado.* São Paulo : Saraiva, 2002

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – 2. Parte Especial. Dos Crimes Contra a Pessoa.* 6ª edição. São Paulo : Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5ªed, totalmente refundida e aumentada. Coimbra : Editora Coimbra, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra : Coimbra Editora, 1991.

CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade.* São Leopoldo : Unisinos, 2006.

DALLARI, Sueli. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde.* São Paulo : HUCITEC, 1995.

DIAS, Jorge Figueiredo de. *Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal. Sobre a Doutrina Geral do Crime.* Coimbra : Coimbra Editora, 2001.

KRAUT, Jorge Alfredo. *Los Derechos de Los Pacientes.* Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1997.

LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. *Revista da Ajuris,* Porto Alegre, 1990, n. 49.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I.* Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1983.

LUISI. Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais. 2ª edição. Revista e Aumentada.* Porto Alegre : SAFE, 2003.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Niklas Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo Rocha (Org.) *Paradoxos da Auto-Observação : percursos da teoria jurídica contemporânea.* Curitiba : JM Editora, 1997.

Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescente : norma técnica. 2ªed. Atual. e ampl. – Brasília : Ministério da Saúde, 2005.

ROCHA, L.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde : efetivação em uma perspectiva sistêmica.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. Gestão Compartida Sanitária no Brasil : possibilidades de efetivação do direito à saúde. In: ____ (Coord). *A Saúde sob os Cuidados do Direito.* Passo Fundo : UPF Editora, 2003.

SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

SCLIAR, Moacir. *Do Mágico ao Social : a trajetória da saúde pública.* Porto Alegre: L&PM Editores, 1987.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal. II. Parte Especial.* São Paulo : Atlas, 2004.

TEUBNER, Gunther. Introduction to Autopoietic Law. In:_____ (Ed.) *Autopoietic Law : a new approach to law and society.* Berlin : New York : Walter de Gruyter, 1988.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: ENTRE O IDEAL DE AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E A ALIENAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS

Dalmir Lopes Jr.[1]

INTRODUÇÃO

A judicialização é o movimento em que o Judiciário aparece, para utilizar a expressão de Garapon, como o "guardião das promessas", o bastião último das benesses produzidas pelo Estado de Bem-Estar. Agora, a judicialização apresenta-se como a última trincheira da ordem democrática e da garantia de que determinadas promessas não podem ser esquecidas, sobretudo após as privatizações e a minimização da atuação direta do Estado em setores estratégicos, como por exemplo, na área de educação e de saúde.

Vivemos uma "nova fase" da vida democrática, uma fase bem distinta daquela idealizada pelos filósofos da democracia moderna. O princípio de separação dos poderes precisou ser reformulado. Os poderes constituídos, antes considerados separados e harmônicos entre si, agora assumem funções que extrapolam sua esfera de competência original: o legislativo julga; o executivo cria leis e o judiciário executa (ou manda executar). O que dizer das Comissão Parlamentares de Inquérito, da criação (e utilização) excessiva de medidas provisórias e – o ponto que particularmente mais nos interessa – da judicialização de uma sérias de demandas por ausência ou ineficiência de políticas públicas.

Em um passado recente, os direitos sociais eram vistos apenas como uma "promessa" e tudo girava ao redor do governo e de seus programas políticos. Esses programas políticos podiam levar a uma maior ou menor efetividade dessas promessas legais – os discursos dos partidos de esquerda defendiam a ampliação e uma maior efetividade

1 Professor do Departamento de Direito do Instituto de Ciência Humanas e Sociais – ICHS/VR da Universidade Federal Fluminense – UFF.

dos direitos sociais, enquanto os partidos de direita se concentravam em sustentar que essas políticas eram onerosas e significavam sempre mais impostos a serem recolhidos. Nessa época, as normas não possuíam uma eficácia direta, eram simbólicas e, por vezes, até orientavam algumas decisões judiciais, contudo era entendimento padrão de que não podiam ser aplicadas imediatamente ao caso concreto. No entanto, a consciência dos direitos, o destaque e relevância dada ao Ministério Público pela Constituição de 1988, a maior ampliação do acesso à justiça e, finalmente, uma nova dimensão que foi dada à garantia das normas constitucionais, alçaram os direitos sociais a um novo patamar, deixando de serem vistos apenas como "uma promessa" e passaram a ser exigidos como direitos subjetivos do qual Estado é devedor.

Esse é o contexto da Judicialização da demandas sociais. O "Estado das promessas" não pode mais ficar isento. Inicia-se uma nova era para a democracia. Essa nova era corresponde à possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário, quando os direitos de bem-estar estiverem sob ameaça. Há cerca de vinte anos atrás, normas constitucionais como "todos têm direito à educação" eram vistas como meras normas programáticas, mas hoje elas passaram a ser exigidas como direito efetivos. Essa é a face boa da judicialização da política e das relações sociais! Contudo, a judicialização não está isenta de prestar contas. A outra face de Janus da judicialização consiste em perguntar: até quando?

O que de fato significa a judicialização da política? Antes de mais nada é preciso afirmar que ela é uma realidade e que tem sido, até então, vista como um momento positivo para a consolidação dos direitos. No entanto, o aspecto negativo da judicialização fica oculto na panaceia dos efeitos recentes que a mídia muitas vezes lhe atribui. Judicializar significa uma alienação de certos aspectos importantes da dimensão social e política da vida cotidiana. A primeira alienação é do conflito em si. Desloca-se o debate de uma demanda social do mundo da vida, para a esfera da comunicação especializada da técnica jurídica: onde não há cidadãos, mas partes, não há reivindicações, mas lide, não há diálogo aberto, mas peças processuais. A segunda alienação é da política em sentido estrito: a judicialização pode representar o fim da política tradicional e de partidos políticos. O perigo de uma nova "democracia dos consumidores" nos lança em um universo em que a luta política cede espaço à luta técnica-judicial e a democracia fica cada vez mais dependente de uma tecnocracia.

Nesse artigo procuramos, portanto, explicar os aspectos gerais que caracterizam a judicialização, apresentando o que há de positivo e de negativo nessa nova fase da democracia moderna.

O ESTADO DE BEM-ESTAR – DOS "ESTADO DAS PROMESSAS" AO "ESTADO DAS GARANTIAS"

O Estado de Bem-Estar nasce sob a égide da proteção ao trabalho e redireciona os conflitos para o campo do direito. Consisti, antes de tudo, numa intervenção do Poder Legislativo sobre a economia, a vida social e familiar, instituindo igualmente prerrogativas à Administração. Assim, essa administração do social traduziu-se no desenvolvimento de programas de pleno-emprego, de assistência familiar, projetos habitacionais e de auxílio à saúde. Przeworski diz que no Estado de Bem-estar: "a consequência desse tipo de medidas é que as relações sociais passam a ser mediadas por instituições políticas democráticas, em vez de permanecerem dependentes da esfera privada".[2]

> (...) o Estado do Bem-Estar, cuja configuração é posterior à institucionalização do Direito do Trabalho, consistia, na verdade, em uma combinação do dirigismo econômico de estilo keynesiano, que aproximou a Administração pública do mercado, com a mudança operada no sistema do direito, que passou a unir, de modo heteróclito, princípios que antes estavam subordinados ao direito privado ou público.[3]

As correntes que compreendem o judiciário como ente político partem da ideia de que a relação do direito com seu entorno corresponde a um processo de proliferação de procedimentos jurídicos decisórios que seriam incorporados à arena política – o que Eisenberg,[4] de modo acurado, define como "tribunalização da política" – e, concomitantemente, haveria uma judicialização da política, a saber, "(...) um processo de expansão dos poderes de legislar e executar as leis do sistema judiciário, representando

2 PRZEWORSKI, Adam. *Capitalismo e Social-Democracia*. São Paulo: Cia. das Letras, 1989, p, 247, *apud* WERNECK VIANNA, Luiz *et al*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 17.

3 WERNECK VIANNA, Luiz *et al*. *Op. cit*., p. 16.

4 EINSENBERG, José. "Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política", *in* WERNECK VIANNA, Luiz (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 47.

uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes – isto é, uma politização do Judiciário".[5] Este segundo aspecto, parece-nos mais pertinente no momento para as distinções que propormos apontar.

O objeto de análise da judicialização consiste na ampliação da atividade judicial nas sociedades contemporâneas e seus resultados em relação ao processo democrático. Essa atividade teria incorporado novas prerrogativas ao Judiciário que seriam típicas dos outros poderes, como a faculdade de legislar e executar leis e que, por isso, estariam guiadas por uma lógica de finalidade e voltadas para as consequências das decisões.

Essa mudança de função e de legitimação repercutiu-se na estrutura interna do direito, cujos efeitos dentre outros são: perda de função da lei geral, modificações nas formas interpretativas e uma progressiva internalização de critérios exteriores ao direito, neste caso influenciado diretamente pela nova configuração do direito do trabalho que substituiu a ideia de igualdade plena para contratar pela consideração das partes envolvidas na relação. Foi exatamente esta "(...) conversão de normas gerais do direito em papéis específicos para as posições [, que] poderia representar uma mudança mais essencial no desenvolvimento da juridicização moderna".[6]

Esse processo de (re-)materialização do direito traz uma sensível mudança estrutural. As decisões jurídicas passam a ser definidas por uma finalidade a ser alcançada, bem como passam a considerar em seus fundamentos as consequências que delas podem advir. Essa nova gama de direitos descritas no processo de (re-)materialização inaugura uma oposição entre o pensamento lógico-jurídico e a materialidade das normas que limitam as esferas privadas de atuação. O pensamento político do direito infiltra-se nos domínios formais do sistema e o conduz ao estabelecimento de aporias de difícil resolução. Isso significa que em lugar de aplicarem-se estritamente as normas jurídicas, os operadores do direito passam a levar em consideração a finalidade para a qual as normas foram destinadas. No procedimento legislativo entretanto, o número crescente de normas de caráter genérico e de conteúdo mais abrangente conduz ao surgimento de uma hermenêutica flexível.

Essa corrente expressa uma ideia bem desenvolvida no seio da sociologia: a de que o judiciário é um agente de transformação social e com

5 Id., Ibid., p. 47.

6 TEUBNER, Gunther. La juridicisation: concepts, caractères, limites et alternatives, *in:* Idem. *Droit et Reflexivité* – L'auto-référence en droit et dans l'organisation. Paris: Bruylant/LGDJ, 1996, p. 67.

papel ativo na iniciativa dessas mudanças, isto é, o direito ao considerar um conflito deve tomar em conta determinados objetivos a serem alcançados com as decisões.[7]

Na segunda metade do século XX, o constitucionalismo moderno do pós-guerra, segundo Werneck Vianna,[8] efetuou a positivação da filosofia iluminista. Esta positivação correspondeu a uma vinculação da produção do direito positivo a garantias individuais e, por conseguinte, a uma limitação da ação estatal. A regra da maioria ficou progressivamente sujeita à observância de um leque cada vez maior de direitos fundamentais intocáveis. Esta tendência é reforçada sobretudo com a queda dos regimes autoritários após a 2ª Grande Guerra. Essa inclusão dos direitos fundamentais nas constituições acabou por redefinir os regimes democráticos ocidentais contemporâneos, fornecendo um novo papel ao Poder Judiciário, quer dizer, atribui-lhe um papel ativo na esfera da política.[9] Dessa forma, novos movimentos sociais puderam valer-se amplamente dessa nova institucionalidade para assegurar suas representações através de novas tutelas para interesses coletivos.

O Poder Judiciário surge como o garantidor dessa nova institucionalidade oferecendo uma via de escoamento para as demandas sociais. Essas demandas são oriundas dum contexto, no qual os demais poderes não estão aptos a oferecer uma solução satisfatória. Esse processo torna-se claramente presente com a criação de institutos e mecanismos capazes de garantir um acesso mais amplo ao Judiciário. "O Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução dos conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania (...)".[10]

A representação coletiva teria progressivamente migrado do centro da política como representação, para o domínio do Judiciário, subordinando a

---

7 "Mauro Cappelletti, ao caracterizar o mesmo processo, chamou a atenção para outro efeito provocado pela legislação do welfare sobre o direito, que consiste em substituir uma concepção de tempo referida ao passado, própria do paradigma liberal da 'certeza jurídica', por uma ênfase na noção de tempo futuro" (WERNECK VIANNA, Luiz *et al*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 16).

8 Cf. WERNECK VIANNA, Luiz e BURGOS, Marcelo. "Revolução processual do direito e democracia progressiva", in WERNECK VIANNA, Luiz (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 359.

9 "Assim, a democratização social, tal como se apresenta no Welfare State, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-fascimo e depois, nos anos 70, com o desmonte dos regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política" (WERNECK VIANNA, Luiz *et al*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22).

10 Id., Ibid., p. 22.

vontade geral – em termos rousseaunianos – ao domínio do justo. No dizer de Werneck Vianna, uma progressiva subordinação da liberdade, principalmente no que toca as relações privadas, à agenda da igualdade. A vontade do soberano estaria assim delimitada pela sua adequação aos princípios igualitários incorporados às novas constituições.

Uma vertente da judicialização, que a compreende como fenômeno socialmente positivo, sustenta que a política poderia ser um dado manipulável pelo sistema jurídico através da incorporação de direito subjetivos na forma de princípios "supraconstitucionais". O "novo modelo de direito e de democracia"[11] prevê uma junção entre a política e o direito. O Estado democrático social de direito subordinaria o poder executivo e legislativo a uma regra comum de limitação jurídica. O conceito de soberania tal como concebido por Rousseau[12] precisa, conforme essa corrente da judicialização, ser repensado para contemplar as mudanças oriundas do Estado Social. É preciso, como defende Werneck Vianna, buscar na intermediação da política um ponto de inflexão para resgatar as instituições clássicas e os valores do homem comum em face de sua diluição numa sociedade cada vez mais sujeita a imperativos funcionais, com perdas da vida associativa e do poder de representação dos partidos políticos.

Citando a Condorcet,[13] tenta reconciliar a democracia representativa com uma ideia de ampla participação da vontade popular, através de uma multiplicação das formas de exercício da representação social. Novas formas de representação acabariam representando uma maior "efetividade da soberania", na medida em que esta assumiria a forma de "uma soberania complexa".[14] Segundo ainda Werneck Vianna, essa pluralidade de formas de representação que compõem a noção de soberania complexa emerge sob a égide de uma democracia deliberativa, através de novas formas de partici-

11 "A democracia não desmorona, ela se transforma pelo direito. Os dois modelos precedentes – direito formal do Estado liberal, direito material do Estado provedor – estão hoje por um fio, e um novo modelo de direito e de democracia está nascendo" (GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia** – o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 28).

12 "A soberania é indivisível pela mesma razão porque é inalienável, pois a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou somente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito de um decreto"; "Numa legislação perfeita, nula deve ser a vontade particular ou individual; muito subordinada, a vontade do corpo própria do Governo, e, consequentemente sempre dominante a vontade geral ou soberana, única regra de todas as outras" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 44 e p. 80).

13 Cf. WERNECK VIANNA, Luiz e BURGOS, Marcelo. op.cit, p. 369.

14 Id., Ibid., p. 370.

pação ampliadas que se materializam, por exemplo, com o surgimento de ONG's, que adentram na cena política como novos *actants,* resguardando interesses gerais e, bem como, pelo novo papel político que a magistratura e as instâncias legitimadas pela lei – como o Ministério Público – possuem na manutenção da ordem democrática.

> A *soberania complexa*, ao combinar essas duas formas de representação, expande, e não contrai a participação e a influência da sociedade no processo político, e no contexto da modernidade, se tem afirmado, em um processo que parece não admitir retorno, no sentido de favorecer a auto-instituição do social pelas vias institucionalmente disponíveis, entre as quais, decerto, as da democracia representativa. (...) Não se trata, pois, de uma 'migração' do lugar da democracia para o da justiça [como diz Garapon], mas da sua ampliação pela generalização da representação.[15]

ANTOINE GARAPON E O PAPEL POLÍTICO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Antoine Garapon, autor influente dessa corrente no Brasil, insiste em mostrar que essa nova estrutura das sociedades contemporâneas atribuiu um novo poder aos juízes,[16] que passam a ser os "guardiões das promessas". As promessas são as benesses sociais que orientam as novas constituições e que consubstanciam modelos de decisão segundo a finalidade do Estado de Bem-Estar. O advento de novas esferas de influência do Judiciário corresponde a uma reviravolta na vida política dos Estados modernos. Em face de um mundo desencantado e individualizado, que progressivamente reduz o cidadão ativo ao sujeito de direito,[17] estariam sendo delegadas a este, na sua própria idealização, as prerrogativas de agir em prol de uma ética da

15 Id., Ibid., p. 371.

16 Assim, Garapon mostra que o crescente controle da justiça na vida coletiva nos finais do séc. XX teria arrogado aos juízes um papel importante de interferência sobre a vida econômica, política, internacional e mesmo moral: "Na pessoa do juiz, a sociedade não busca apenas o papel de árbitro ou de juristas, mas igualmente o conciliador, pacificador das relações sociais, e até mesmo animador de uma política pública, como, por exemplo, a de prevenção de delinqüência. Vimos psiquiatras e assistentes sociais serem processados por não denunciarem estupros e maus-tratos à criança (...)" (GARAPON, Antoine. *Op. cit*., p. 24).

17 A idéia de cidadão fica restrita àquele indivíduo que tem aptidão para contrair direito e obrigações na ordem civil, quer dizer, a aptidão atribuída pela ordem jurídica para postular direitos em seu nome e até mesmo, em face dessa nova institucionalidade, postular através dos meios necessários, direitos que beneficiam uma coletividade definida ou indefinida de pessoas. A face política da reivindicação perde-se numa adequação das condutas às normas jurídicas. As reivindicações das mais diversas esferas da vida tornam-se demandas técnicas expressas numa pretensão jurídica.

felicidade geral em detrimento das instâncias tradicionais de representação coletiva. Um sintoma de degradação da vida política é representado pelo deslocamento das reivindicações coletivas por meio dos partidos políticos para um aumento da iniciativa individual através das demandas judiciais.

Por esta razão é que os juízes, em decorrência do enfraquecimento dos poderes executivo e legislativo combinado com a complexificação da sociedade civil, deveriam assumir seu **novo papel político** dentro da "nova democracia": o de fazer "justiça social". "O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram".[18]

A invasão da política pelo direito estaria atribuindo a este funções daquela, e tal fato, segundo Garapon, repercuti indiretamente na sociedade através de uma deterioração do sentimento de civismo. O juiz, para o autor francês, seria uma espécie de baluarte último das esperanças para os indivíduos atomizados e perdidos que não encontram mais segurança representativa nas demais esferas da sociedade, sobrando espaço apenas para reivindicação de natureza jurídica. Uma sociedade em que todos os indivíduos assumem responsabilidades que se realizam, não a partir de sua participação política(-partidária), mas pela garantia dessas pretensões pela via judicial. A autonomia individual fica à mercê dessa nova abrangência judicial, como nas relações familiares ou conjugais para as quais o juiz tem sido, cada vez mais, chamado a pronunciar-se. Assim, diz Garapon, o juiz supri uma autoridade faltosa e autoriza a intervenção estatal nos assuntos privados do cidadão.

> O juiz maneja tanto os afetos como os conceitos e corre o risco de confundir seu papel com o do terapeuta ou do amigo. (...) A transposição dos problemas humanos e sociais em termos jurídicos compromete os vínculos sociais. O que era solucionado espontânea e implicitamente pelos costumes, deve doravante, sê-lo formal e explicitamente pelo juiz.[19]

Neste ponto Garapon parece tocar no cerne da discussão que foi eixo central de muitas correntes da sociologia do direito: a ideia de que o direito em si não é o meio mais adequado para a solução dos conflitos. Por isso Teubner, citando um trabalho de Nils Christie, diz que as correntes socio-

18 GARAPON, Antoine. *Op. cit.*, p. 27.
19 Id., Ibid., p. 151.

logizantes tendem a agrupar-se sob o slogan: "desapropriem os conflitos!", "Devolvam às pessoas os conflitos!".[20] A este ponto particular, a teoria dos sistemas, e em especial Teubner, responde que se por um lado ocorre uma alienação do conflito original quando o direito reconstrói o conflito sob sua linguagem e através de seu procedimento específico, o que acarretaria um distanciamento entre a situação de fato e o julgamento técnico de um conflito pela comunicação jurídica especializada, por outro lado, ao operar essa transposição, aumenta-se sensivelmente a possibilidade de produção social de sentidos da demanda controvertida.[21] O mundo "da vida" bifurca-se num mundo social e outro "do direito", permitindo assim uma alteridade para a produção de uma decisão sobre o conflito que se apresentava antes como insolúvel. [22]

Ligado ao pressuposto da mutualidade entre direito e política, Garapon discorre sobre os efeitos negativos que tal fenômeno moderno ocasiona para a democracia. O autor sustenta que o papel do judiciário devia centrar-se muito mais numa espécie de conciliação, a fim de orientar as pessoas a encontrar por si mesmas a solução para seus conflitos. O papel do juiz estaria na seara da (re-)estruturação da complexidade social. O que poderia ser considerado uma solução interessante do ponto de vista global, é preocupante se considerarmos que o direito não é apenas uma instituição de solução dos conflitos imediatos, mas igualmente um orientador social que garante expectativas sociais contrafactuais e generalizáveis. A conclusão de Garapon é que deveria advir um *direito não-estatal* com o qual o juiz

20 CHRISTIE, Nils. Konflikt als Eigentum. In: Informationsbrief der Sektion Rechtssoziologie der deutschen Gesellschaft für Soziologie 12, p. 12, *apud* TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo *in* ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir (org). *Niklas Luhmann* – do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 111.

21 Teubner põe em pauta a deficiência do realismo jurídico, que se limitou a evidenciar o caráter de indeterminação do direito, ao mesmo tempo em que sustenta que este não poderia ser "reduzível" por nenhum argumento jurídico: "(...)a questão decisiva não é mais saber se estas ficções correspondem às complexidades internas do conflito em questão. Trata-se acima de tudo da maneira que as ficções funcionam por elas mesmas e, por conseqüência, da maneira que elas influenciam o trabalho jurídico, a direção na qual elas se desenvolvem e desta forma do ambiente social com o qual elas formam afinidades seletivas" (TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. op. cit, p. 117).

22 "Se a linguagem artificial da dogmática jurídica não existisse, não seria possível reconstruir o conflito de acordo com o senso próprio do direito de formular a *quæstio juris*, que é diferente e que, por isso, será distribuído em uma sucessão de questões de fato e questões de direito, e encontrar os argumentos, os critérios e as regras até então inexistentes" (Idem, p. 115-116).

asseguraria uma engenharia social que permitiria coexistir uma pluralidade de vontades individuais junto com a formação de uma vontade geral.[23]

A leitura das teses sobre a judicialização da política identifica um aumento da atividade jurisdicional nas sociedades modernas, em que o direito cada vez mais é chamado a intervir sobre esferas sociais das mais diversas. O problema reside em uma visão equivocada da coevolução do direito e do meio social. As teses sobre judicialização nos induzem a pensar que:

a. poderia sugerir que mudanças do direito seriam ocasionadas unicamente por fatores externos ao próprio direito, como pressão política, reivindicações éticas, pressupostos morais, religiosos, ou cálculo econômico;
b. poderia igualmente induzir a acreditar, a contrário senso, que as mudanças na estrutura jurídica iriam gerar automaticamente compensações sociais, quer dizer, uma resposta jurídica a um problema poderia compensar déficits do sistema econômico ou do político, por exemplo;
c. o aumento de representatividade oferecida pelas estruturas jurídicas promovem a interpretação de que o sistema jurídico seria uma instância política a mais da representação das demandas sociais;
d. igualmente pode ser percebida uma inclinação, que seria muito negativa do ponto de vista jurídico, que consistiria em atribuir ao juiz a função de garantir ou suprir déficits políticos funcionais, o que geraria uma decisão jurídica consoante uma **finalidade** social a ser alcançada.

JUDICIALIZAÇÃO E ALIENAÇÃO DOS CONFLITOS

As questões acima suscitadas ganham uma nova dimensão quando consideradas a partir da teoria dos sistemas autopoiéticos. A compreensão da dimensão autopoiética dos sistemas sociais, explica a evolução do direito e da sociedade sem ignorar a complexidade envolvida nos processos comunicativos. A teoria dos sistemas pode auxiliar no entendimento dos déficits estruturais entre o direito e seu ambiente social. Ela nos permite pensar o problema da judicialização a partir de um novo paradigma por meio do qual

23 Cf. WERNECK VIANNA, Luiz *et al*. *Op. cit.*, p. 27.

podemos compreender como situações aparentemente contraditórias – como algumas relações subsistentes entre a economia e o direito – podem coexistir na composição de uma realidade social heterogênea.

A partir da vertente teórica que agora iremos trabalhar, a judicialização precisa ser compreendida dentro de um contexto em que a autonomia do sistema ocorre com dependência do meio, fechamento operacional e abertura a dados externos que possibilitem mudanças. Se o direito, a economia, a política, a ciência, e os demais subsistemas comunicacionais se tornam autônomos, ao ponto de estabelecerem suas próprias estruturas para lidar com a realidade, é igualmente verdadeiro que eles não são imediatamente acessíveis uns aos outros.

Na relação entre política e direito, o sistema jurídico define, através de adoção de um código funcional (lícito/ilícito), quais fatos sociais devem ser observados. A norma jurídica define, como em um programa, quais as comunicações são pertinentes àquele fato que podem ser objetos de apreciação do sistema jurídico.

O processo de judicialização, tanto quanto o de juridicização,[24] exige que o direito lide com questões das mais diversas esferas sociais. Cada um desses momentos constitui um oportunidade crítica de estruturação/desestruturação de sua autonomia. A cada nova exigência social, o direito precisa estar apto a responder. Para isso, precisa estar se modificando permanentemente. Como lidar com esta questão? A fórmula comum para tratar essa colisão intersistêmica tem sido a do Estado de Direito. Nesta, parte-se da ideia de que a criação do direito estaria justificada por uma decisão política. Uma criação legislativa seria a representação da vontade popular. O paradoxo reside no fato de que a política cria o direito, mas não pode ir para além dele. Com o advento das constituições e do Estado de Direito, uma decisão política deve submete-se ao tratamento judicial. As modificações legislativas devem submeter-se igualmente ao procedimento judicial, o que nos leva a constatação de que para criar o direito é preciso estar no direito. O sistema político não fornece em si uma unidade pura para a criação do direito. Luhmann, utilizando uma metáfora cunhada por Michel

24 Juridicizar é a tradução mais próxima da ideia alemã de *Verrechtlichung,* tonar algo [que antes não era] jurídico. A juridicização é um fenômeno que ganha destaque com o advento do Estado Social, o qual tinha por meta responder a uma série de demandas sociais através da regulação jurídica. Rompe-se assim uma fronteira existente entre o Estado e a sociedade na medida em que este, cada vez mais, começa a interferir na esfera privada, sob a prerrogativa de defesa dos interesses coletivos. O Estado passa a regular o trabalho, a família, e diversos outros aspectos da vida civil que antes estavam sujeitos a gerência individual.

Serres[25] para dizer que a política é o parasita do direito, porque ela se vale do código jurídico para legitimar suas decisões. Com o direito, a política pode "mover-se" num sentido legal.

> A política pode, através do direito, democratizar-se de uma maneira diferente; ela permite a todos cidadãos – que daqui em diante são portadores de direitos – mobilizar diretamente (quer dizer, sem qualquer outro controle político) o poder público para a realização de seus direitos. Ela expõe seu aparelho de coerção ao comando da intervenção de qualquer cidadão – sob a condição única de permanecer sob o controle da legislação. Esse acesso [que é facultado ao cidadão] pode ser afrouxado ou restringido consoante o programa político em curso. E, caso o risco se torne politicamente difícil demais [para suportar] ou igualmente tenha consequências desagradáveis para o partido que está no governo, a política sempre pode retornar ao seu papel, como parasita do direito e recusar o efeito a títulos executórios.[26]

Essa flexibilidade com que a política se vale do direito para conduzir seus interesses, sujeitaria o sistema jurídico a uma possível desestruturação caso fosse determinado unicamente por ela. Com o direito justifica-se a elaboração de medidas provisórias. O texto de nossa Carta Constitucional estabelecia antes de sofrer uma mudança em 2001 que, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderia adotar medidas provisórias com força de lei, as quais perderiam eficácia, desde a edição, se não fossem convertidas em lei no prazo de trinta dias. Contudo, o texto era omisso quanto à questão de reeditar-se uma medida provisória antes dela encontrar um termo final. O ato de reedição acabou por constituir-se numa prática rotineira de um partido que estava no poder tempos atrás, bem dizer, até o advento da Emenda Constitucional nº. 32 de 11 de setembro de 2001. Esta Emenda Constitucional tentou corrigir as distorções interpretativas do texto constitucional no tocante à elaboração indiscriminada de medidas provisórias. Para tanto, restringiu as matérias sobre as quais as medidas poderiam versar, aumentou o prazo de sua validade e instituiu a possibilidade de prorrogação por uma

25 SERRES, Michel. **Le parasite**. Paris: 1980. Tradução alemã: Frankfurt, 1981, citado por LUHMANN, Niklas em: "A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito". Tradução por Dalmir Lopes Jr., in: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir (org.). *Op. cit.*, p. 90.

26 LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito, *in* ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir (org.). *Op. cit*., p. 90.

única vez, além de vedar expressamente a reedição (hoje no §10 do Art. 62 da Constituição da Federal). Desta forma, uma vez esgotado o prazo legal sem que medida provisória tenha sido apreciada pelo Legislativo, ela entra em regime de urgência sobrestando todas as demais deliberações até a sua votação. A política que não se orienta sobre a estreiteza do código lícito/ilícito, mas do poder/não-poder, encontrou meios de, novamente, se sentar e pedir seu almoço na mesa com o anfitrião e o convidado (que na metáfora correspondem à aplicação do código lícito/ilícito do direito, ajustando fechamento operacional e abertura cognitiva), pois recentemente uma medida provisória não apreciada entrou em regime de urgência oferecendo assim um entrave à votação da reforma tributária que estava em tramitação no Congresso Nacional. O governo editou então uma nova medida provisória que revogou a medida provisória obstativa através de um recurso "legal".[27] Neste caso, o direito é tanto um meio como um obstáculo à política.

A judicialização deve ser compreendida dentro desta perspectiva. Um direito que reproduz as demandas sociais numa comunicação própria e, ao fazer isso, aliena os conflitos de seu *locus* de origem e o reconstrói sob sua visão específica de conflitos jurídicos, através de sua linguagem própria.

Antes de tudo, parece importante ver como o direito – como um sistema jurídico autônomo – consegue responder às pressões advindas de seu meio? Se não há comunicação direta, como o direito se apropria do conflito? Como regula a sociedade?

De acordo com a compreensão do direito como um sistema autopoiético – que assim consideramos – toda mudança jurídica ocorre no plano de suas operações internas. Mudanças sociais não são facilmente permeáveis às

27 "Os presidentes do PSDB (...) e do PFL (...), entregaram ontem ao presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Maurício Corrêa, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) e um mandado de segurança contra a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, para impedir a votação da reforma tributária na Casa. As ações seriam contra a Medida Provisória (MP) do Governo que destrancou a pauta de votação. A MP anterior, revogada pelo Governo, que criava cargos para a Agência Nacional de Águas, impedia a votação da tributária. (...) Também foram ao Supremo os líderes na Câmara [favoráveis ao governo – Executivo argumentando que] (...). A manobra é uma articulação da oposição para obstruir a votação da reforma tributária em primeiro turno. O deputado Beto Albuquerque (PSB-RS), um dos vice-líderes do Governo na Câmara, disse não entender os argumentos da oposição. 'Eu não sei qual é o argumento que pode levar o PSDB e o PFL a querer impedir o país de fazer a reforma tributária. Isso é um pouco do desespero de quem teve oito anos para fazer a reforma e não fez nenhuma. O que eles têm que fazer é encaminhar ao STF um pedido de desculpas ao povo brasileiro por não fazerem a reforma e aumentarem a carga tributária no país em dez pontos percentuais em oito anos'". ("Oposição tenta barrar votação no STF". Estado de São Paulo. In: Clipping Eletrônico do MPM de 04 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.mpm.gov.br/Noticias/Clipping/Clipping%20Eletr%F4nico%20MPM%2004.09.03.doc>>. Acesso em: 05 de setembro de 2003.

determinações jurídicas e, com mais ênfase, mudanças sócias também não repercutem de forma linear em novas posições jurídicas. O ambiente atua sobre o sistema através de um estímulo (comunicativo), o qual é percebido por este através de sua própria observação (no âmbito de concretização da norma jurídica), e a eventual modificação que venha a ocorrer em suas estruturas, é fruto de suas próprias operações, por exemplo, com a criação de uma doutrina divergente. A seleção das variações geradas em decorrência de uma irritação externa apenas terá como resultado uma nova re-estabilização caso as novidades possam ser incorporadas dentro das características estruturais do sistema.

Assim, a **variação** é a reprodução de *elementos* em comparação com modelos prévios (anteriores) da reprodução, e ela somente tem lugar pela determinação do próprio sistema. A rede de operações jurídicas – procedimento judicial – determina a cada momento uma nova e possível configuração estrutural que se vai desenhando como resultado que deve adquirir determinada demanda, mas nunca é determinada pela própria demanda em si. A variação ocorre dentro da própria linguagem jurídica, o processo extrajurídico limita-se apenas a um papel "modelador", ou seja, os conflitos sociais somente incitam os processos sistêmicos internos de formulação jurídica dos conflitos de expectativas (normativas), sendo estes processos os responsáveis últimos pela inovação do direito. "As mais insignificantes variações sofridas quotidianamente pelo direito, e que o fazem evoluir, não são assim produto do conflito social, mas verdadeiramente da própria comunicação interna do sistema jurídico".[28] A variação não ocorre a bel prazer, nem por uma força subjugadora de qualquer natureza, pois o procedimento judicial não está sujeito ao alvedrio de qualquer outra natureza que não a sua própria.

A **seleção**, é seleção interna do próprio sistema jurídico que é governada por suas estruturas internas. A seleção leva em conta a adaptabilidade da inovação consoante as estruturas normativas já existentes,[29] isto é, apenas algumas das expectativas trazidas ao seio do direito podem ser aceitas como

28 TEUBNER, Gunther. *Op. cit*., p. 117.

29 Esse imperativo sistêmico pode ser exemplificado pelas diretrizes que guiaram a elaboração do Anteprojeto do Código Civil Brasileiro então em vigor. Os especialistas da Comissão Revisora e Elaboradora do Novo Código explicam que se procurou: "(a) preservação do Código vigente [de 1916] sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu" (REALE, Miguel. "Visão geral do novo código civil", *in* **Novo código civil brasileiro**: estudo comparativo com o código civil de 1916/obra coletiva de autoria da Editora revista dos Tribunais com a coordenação de Giselle de M. Braga Tapai. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. XI).

expectativas válidas e assim inseridas na comunicação jurídica. A seleção procura os sentidos aptos a formar (novas) estruturas, que são capazes de serem usados reiteradamente, de formar e de condensar expectativas.

A (**re-**)**estabilização** é assegurada também por mecanismos gerados no interior do próprio sistema. Ela define o estado posterior de um sistema após uma seleção. Neste caso, cabe reiterar que o critério de evolução está intimamente ligado ao da definição de sentido, e este por sua vez é mutável, contingente e contínuo. Assim, a (re-)estabilização após uma seleção pode ter efeitos negativos ou positivos.

> As particularidades estruturais de um sistema jurídico não são simples resultados de uma adaptação a um ambiente social que estaria desde já sempre estabelecido, assim como também não seriam um resultado da satisfação de uma necessidade de direito (*Bedürfnisses nach Recht*) – com isso a estrutura circular dos argumentos seria parcialmente camuflada. Em geral, a teoria atual da evolução foi desvencilhada das assimetrias elementares. A autopoiesis é igualmente condição e resultado da evolução (...)A diferenciação do sistema jurídico apenas é possível, caso se aceite que a decisão desse sistema não seja predeterminada por meio de um dado proveniente de seu ambiente social.[30]

A sociedade não determina o direito, e a fórmula inversa é igualmente verdadeira. Há uma mutualidade de estímulos provenientes de uma comunicação comum a ambos, ao direito e ao seu meio social. O direito enquanto sistema autopoiético é um sistema que se reproduz a partir de seus próprios elementos, e as mudanças são frutos de uma adaptação possibilitada por seus próprios mecanismos. Contudo, isto não acarreta dizer que o direito é independente do meio social, que é uma comunicação isolada e que os fatos do mundo da vida não repercutem no seu interior com capacidade de imprimir mudanças, mas sim que o fechamento operacional do direito o leva a ter uma compreensão própria dos fatos, e toda demanda jurídica constitui uma possibilidade de evolução do direito.

Devemos compreender as normas do sistema jurídico como uma modalidade de expectativas "(...) que é enaltecida por ser uma pretensão normativa".[31] As expectativas dariam validade a esta pretensão quando elas pudessem se manter firmes frente a desapontamentos, neste caso a pretensão

30 LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 67-68.
31 Id. Ibid., p.62.

normativa constitui-se como uma expectativa normativa, cuja característica é a ausência de disponibilidade para aprender. As expectativas normativas, que expressam a pretensão da norma, apresentam-se através de indisponibilidade para adaptação. Entretanto, representaria um grande risco ao sistema jurídico se essas expectativas permanecessem indefinidamente rígidas. Por esta razão a adaptação apresenta-se como um requisito para sua evolução. Então, num momento determinado, esse aprendizado deve ocorrer, e a expectativa deve ser substituída por uma nova experiência.

Para garantir expectativas comportamentais, o direito precisa de mecanismos que permitam reduzir a complexidade social. Isto é alcançado pela instituição do código operacional. "A função do sistema jurídico consiste em: assegurar a possibilidade de articulações jurídicas na sociedade e para a sociedade, e essa função só pode ser percebida após a diferenciação do sistema jurídico, mas não antes disso".[32] No entanto, o código binário seria uma tautologia sem sentido num sistema operacionalmente fechado. O direito precisa em algum momento romper a sua circularidade operacional para fazer referência a casos externos, e isto só é possível através de um processo de (auto-)observação.

A capacidade de auto-observação é o requisito elementar para a autopoiesis. Isto porque o sistema só pode manter seus próprios limites se é capaz de observá-los e, portanto, de reproduzir em cada uma de suas operações, a distinção entre si mesmo e o ambiente. Não se trata somente de uma ação de junção entre seus elementos, mas de "seguir suas orientações próprias a partir de suas operações próprias".[33] É um momento particular da autopoiesis, em que se abre a possibilidade de o sistema fazer referência a componentes sistêmicos particulares, como elementos, estruturas, processos, para definir seus limites, isto ocorre com a interiorização da distinção sistema/meio em suas próprias operações.[34]

A tautologia da clausura operacional lícito/ilícito, que na aplicação imediata poderia levar a simples forma lógica de lícito porque legal, de fato, não chega a ocorrer porque o sistema jurídico estabelece limites de obser-

32 Id., Ibid., p. 60.

33 TEUBNER, Gunther. La Jonction d'épisodes: le développement de l'auto-référence en droit, *in* Idem. *Droit et Reflexivité* – L'auto-référence en droit et dans l'organisation. Paris: Bruylant/LGDJ, 1996, p. 104.

34 Nas palavras de Teubner: "a função especial da auto-observação consiste em tornar possível a que as operações particulares se conectem a novas operações, definindo o pertencimento da operação ao sistema. As outo-observações guiam as operações auto-reprodutivas e servem para controlar a autoprodução" (Id., Ibid., p. 104).

vação – e esta qualidade que o torna um sistema autopoiético. Tais limites encontram-se estabelecidos através de um fenômeno de reentrada. Por *re-entry* pode entender-se a capacidade que cada sistema possui de controlar sua própria recursividade mediante a observação de suas observações, ou mediante a "cópia" cognitiva em seu sistema da distinção[35] sistema/meio no seu interior, sendo que o sistema opera em um dos lados dessa distinção, criando agora um espaço simbólico de atuação:

> A codificação binária do direito do qual nós já falamos e cujo auxílio a primeira clausura do direito é, em geral, primeiramente efetuada. A codificação legal/ilegal constitui(...) o limite entre o jurídico e o não-jurídico e, por via de consequência, é responsável pela primeira clausura operacional. Por outro lado, o *re-entry* da distinção entre jurídico e não-jurídico no interior do direito provoca a clausura observacional. O *re-entry* abre duas opções para os argumentos jurídicos: eles se referem ou às operações legais internas, ou aos eventos sociais externos. (...) No momento em que a distinção jurídico/não-jurídico (para o senso de interno/externo do direito) é novamente introduzido na sequência das operações jurídicas (...) se torna autônoma, pode recorrer à 'exterioridade' do direito de maneira a operar a distinção entre validade e facticidade, entre atos jurídicos internos e eventos sociais externos, entre conceitos jurídicos e interesses sociais, entre construções da realidade interna do processo jurídico e estas dos processos sociais. Convém-se sublinhar que tudo isso são distinções internas do direito.[36]

Essa observação do sistema jurídico que fixa os limites do que é jurídico e do que é não-jurídico não acontece em nível da norma, mas sim através da doutrina, da jurisprudência, das decisões diretivas, da adequação ao símbolo de uma ordem constitucional, e dentro do procedimento jurídico através da argumentação jurídica. Essa argumentação jurídica entrelaça as comunica-

35 "O ato de designar qualquer ente, objeto, coisa ou unidade, está ligado à realização de um ato de distinção que separa o designado e o distingue de um fundo. Cada vez que fazemos referência a algo, implícita ou explicitamente, estamos especificando um critério de distinção que assinala aquilo de que falamos e especifica suas propriedades como ente, unidade ou objeto" (MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento* – as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de H. Mariotti e L. Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 47).

36 TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo, *in* ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir (org.). *Op. cit.*, p. 114.

ções operacionais do sistema através de comunicações redundantes, incorporando ao mesmo tempo elementos "externos", variações.

O direito não pode por si romper a indeterminação do conflito social com elementos únicos dos quais dispõe, em determinado momento ele precisa fazer referência externa ao conflito. Isto o obriga a estabelecer uma distinção interna entre dois tipos de operações jurídicas: as decisões que fornecem a validade, e os argumentos que ajustam as relações entre variedade e redundância. Assim, em nível do procedimento judicial temos duas cadeias. Não obstante serem aqui distinguidas, ambas se apresentam por meio duma relação paradoxal, pois as decisões criam os argumentos na mesma medida em que estes criam aquelas. Estas duas cadeias, de decisões e de argumentos, na verdade, são mutuamente referentes, mas sem que haja uma relação de determinação hierárquica.

Decisões e argumentos contribuem, cada qual ao seu modo, para a orientação de expectativas normativas e cognitivas. Como sublinha Luhmann, toda decisão do sistema jurídico precisa ser justificada. No interior do sistema, estas justificações imbricam-se no processo de auto-observação, e são tratadas como ordem normativa. Desta forma, "o direito *apenas tem validade (gilt)* sobre o fundamento das *decisões* que o colocaram em vigor".[37] Esta é a validade vista a partir do interior do sistema, em que "a legalidade é a única legitimidade".[38]

> As decisões jurídicas são regularmente transformadas em argumentos jurídicos em razão de seu caráter de obrigatoriedade, embora não se possa determinar, finalmente, o desenvolvimento da argumentação jurídica. Por outro lado, os argumentos de direito são, indubitavelmente, elementos indispensáveis da decisão jurídica, mas eles não estão, em princípio, em situação de determinar isto ou de justificar aquilo.[39]

Decisões e argumentos exercem portanto funções no interior do sistema jurídico, ambas as correntes ajustam a combinação entre orientações de expectativas normativas e cognitivas. A flexibilidade do direito está intimamente vinculada a esta segunda forma de comunicação de que dispõe o sistema jurídico, a saber: as correntes de argumentação produzidas no interior do direito.

---

37 LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 75.
38 Id., Ibid., p. 75.
39 TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*, pp. 117-118.

A argumentação jurídica compõe-se, por sua vez, de variações e de redundâncias informativas. A **redundância** é o chamado de *topos*, um lugar comum, uma formulação tida como válida no interior do sistema e cujo resultado da argumentação pode ser antecipado com certa previsibilidade. "O valor da surpresa (...) de uma informação é reduzido a cada avanço dos argumentos. Essas reduções, normalmente, também são pontos de partida para novas possibilidades de conexões [no curso da argumentação], que somente se abrem quando elas se podem apoiar sobre as reduções determinadas".[40] Assim, quando se lê uma contestação, dificilmente se oferece ao advogado da outra parte uma ocasião de surpresa, quando muito se constitui como acontecimento de um fato provável. Redundância não corresponde a uma falta de importância do argumento, pois encadeia uma rede que possibilita prever as alternativas possíveis. A redundância apresenta-se como uma construção simétrica no interior da comunicação jurídica, enquanto argumentos de variação apresentam-se na forma de construções assimétricas.

Cada sistema complexo deve equilibrar a variedade, quer dizer, o número e a diversidade de seus elementos tendo por base a redundância. O sistema jurídico não pode operar num meio social complexo desprovido de toda surpresa e de maneira totalmente rígida, senão que deve estar apto a aceitar uma perturbação que interrompa sua prática habitual. O reverso também é verdadeiro, pois não pode tomar todo e qualquer argumento de variação como medida para mudança. Para conhecer os limites e calcular a possibilidade de variação, é necessário prever a redundância. O conhecimento das decisões jurisprudenciais e das orientações dos próprios tribunais em relação à aplicação das leis – lugar comum para os operadores do direito – é necessário para alcançar-se uma dedução atinente à decisão jurídica no caso que está em jogo, bem como para poder "testar" os limites do sistema.

CONCLUSÃO

A evolução do direito ocorre em muitos e distintos, porém conexos, momentos. Uma demanda social é reinterpretada em demanda jurídica, – distanciamento que permite a reconstrução do conflito para auferir a decisão – essa demanda apresenta-se sob a forma de um procedimento, que por sua vez, é um processo estabelecido por (e através de) uma comunicação jurídica, a qual permite distinguir argumentos e decisões. A recursividade dos julgados

40 LUHMANN, Niklas. *Op. cit*., p. 78.

aos poucos produz uma cultura jurídica que, por sua vez, produz uma comunicação que transpassa a esfera do jurídico e informa outros subsistemas no sentido de alcançar um "ponto ótimo" de adequação de expectativas.[41]

O que se revela como particularmente singular nesta presente análise é a relação paradoxal entre argumentos e justificações no processo decisório. Os argumentos selecionados pelo jurista já são anteriores aos argumentos "provenientes do meio", pois o ato de selecionar os argumentos que justificam as decisões ocorre através de uma especificidade técnica, "pois interpretação e argumentação somente são possíveis, quando o texto consolidado já foi encontrado".[42] A abertura cognitiva do sistema ocorre de uma maneira paradoxal. A abertura é um momento da própria autopoiesis do sistema jurídico, pois os argumentos que são usados na lide, são argumentos selecionados no interior do sistema por meio de um conhecimento técnico para justificar e resolver fatos externos ao sistema em si.

A crítica à judicialização como um fenômeno positivo reside na impossibilidade de o direito como sistema transcender sua própria clausura operativa sem que, com isso, se perca no jogo do poder político. Quanto mais autônomo – e não isolado – o sistema jurídico se torna em razão dos argumentos de outra natureza, mas apto estará para apresentar respostas sociais satisfatórias. Ao contrário, quanto mais se deixa influenciar por argumentos "estranhos" à sua função, mas corremos o risco de criarmos um direito subserviente ao sistema econômico e/ou político. O judiciário como ente político significa que suas decisões devem ser estabelecidas consoante um objetivo externo à sua função, o que nos parece extremamente temerário para uma sociedade que almeja um ideal democrático.

REFERÊNCIAS

EINSENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política, *in* WERNECK VIANNA, Luiz (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia* – o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito, *in* ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir (org.).***Niklas Luhmann*** – do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

41 Cf. TEUBNER, Gunther. La Jonction d'épisodes: le développement de l'auto-référence en droit, *in* idem. *Droit et Reflexivité* – L'auto-référence en droit et dans l'organisation. Paris: Bruylant/LGDJ, 1996.

42 LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 339.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento* – as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de H. Mariotti e L. Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

REALE, Miguel. "Visão geral do novo código civil", *in Novo código civil brasileiro*: estudo comparativo com o código civil de 1916/obra coletiva de autoria da Editora revista dos Tribunais com a coordenação de Giselle de M. Braga Tapai. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo *in* ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir (org). *Niklas Luhmann* – do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

TEUBNER, Gunther. La juridicisation: concepts, caractères, limites et alternatives, in: Idem. *Droit et Reflexivité* – L'auto-référence en droit et dans l'organisation. Paris: Bruylant/ LGDJ, 1996

WERNECK VIANNA, Luiz e BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva, in WERNECK VIANNA, Luiz (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

WERNECK VIANNA, Luiz *et al*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

O QUE É O DIREITO? UMA ABORDAGEM A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Arnaldo Bastos Santos Neto[1]

INTRODUÇÃO

O presente texto pretende apresentar, em linhas gerais, as concepções do sociólogo alemão Niklas Luhmann acerca do sistema jurídico vigente na modernidade. Trata-se de um pensador original que reúne, em suas formulações, contribuições oriundas da teoria dos sistemas, da cibernética, da biologia evolutiva e da teoria das comunicações, criando um novo corpo teórico que possibilite observar os sistemas que compõem a sociedade a partir das suas funcionalidades. Luhmann desloca a sua observação, deixando de lado os indivíduos (como na sociologia precedente) e concentrando-se nos processos comunicativos, com o objetivo de verificar como a sociedade lida com a sua complexidade, selecionando e processando através de seus subsistemas especializados as inúmeras informações produzidas no dia-a-dia. O subsistema social jurídico surge desta necessidade de tratar tais informações de uma forma diferenciada com o propósito de estabilizar as expectativas que viabilizam o funcionamento regular da sociedade.

1 A TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS DE NIKLAS LUHMANN

Luhmann constrói uma teoria sociológica capaz de observar a totalidade dos subsistemas sociais compreendidos no sistema sociedade. Tal teoria tem demonstrado um amplo alcance, sendo utilizada para observar a sociedade

1 Doutor em Direito Público pela Unisinos. Professor da FD-UFG e do ICJ-UNIFAN.

global nos moldes de um "sistema-mundo", para usar a expressão popularizada por Wallerstein[2]. O direito representa, para Luhmann, um dos subsistemas que caracterizam a moderna sociedade funcionalmente diferenciada. Tal teoria não deve, contudo, ser confundida com as autodescrições que o próprio sistema efetua como forma de manter a sua autorreferência, como a dogmática jurídica. Tal autorreferência somente é possível por conta do elevado grau de autonomia que o direito desfruta dentro da sociedade da diferenciação funcional estruturada.

1.1 O subsistema social jurídico

O direito que Luhmann estuda é o que podemos encontrar nas sociedades altamente diferenciadas do ponto de vista funcional que caracterizam a modernidade, nas quais cada um dos seus subsistemas possui um modo de operação marcado pela autonomia. O que Luhmann faz, usando as categorias da teoria dos sistemas autopoiéticos, consiste em descrever a auto-observação que o direito faz de si mesmo. Expresso de outra forma, Luhmann efetua uma observação da observação, que consiste numa meta-observação e numa hetero-observação. O objetivo consiste na construção de uma teoria capaz de indicar quais os limites do sistema jurídico, apontando a sua identidade. A falha das teorias precedentes, como os diversos matizes do jusnaturalismo, incidiu justamente na sua incapacidade para apresentar os limites do subsistema jurídico. Visando superar esta dificuldade, Luhmann parte da ideia de que o próprio sistema determina os seus limites por meio de suas operações recursivas.

2 O DIREITO DA SOCIEDADE

Luhmann intitula sua principal obra sobre o sistema jurídico de *O direito da sociedade*, considerando que direito e sociedade determinam-se mutuamente. O título poderia ser alargado e concebido também da seguinte

2 Não deixa de ser interessante observar a leitura que Hardt e Negri fazem da abordagem de Luhmann a respeito da sociedade mundial entendida como uma situação de "governança sem governo", ao mesmo tempo em que o associa a Kelsen, cuja contribuição central ao direito internacional residiu na sua controvertida tese da criação de um Estado mundial, como produto lógico da continuidade entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional (e a primazia deste sobre aquele). Ambos seriam teóricos (ao lado de Rawls) de um novo direito imperial. Ver a respeito: HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 31 e 33.

forma: "o direito das sociedades funcionalmente diferenciadas" (mesmo que, em sua obra, encontremos também descrições do direito em sociedades estratificadas etc.). Ele refuta, assim, todas as teorias que trabalham com fórmulas como "direito e sociedade", percebidos como dois termos separados. Como anota Villas Bôas Filho, ao conceber o direito como inserido na sociedade, "a teoria dos sistemas permitiria superar a dicotomia entre a autodescrição, característica das teorias jurídicas, e a descrição externa, própria das perspectivas com pretensões científicas, como é o caso da sociologia do direito"[3]. Efetuando uma observação de segunda ordem, a teoria dos sistemas pode ir além das descrições externas realizadas pelos sociólogos, que desconsideram as autodescrições efetuadas pelo próprio sistema.

Enquanto Kelsen opera numa perspectiva neokantiana que contrapõe os planos do *ser* e do *dever-ser*, localizando a normatividade no segundo plano, Luhmann rompe com tal dicotomia, entendendo o sistema jurídico em sua dimensão fática:

> Por 'sistema' no entendemos nosotros, como lo hacen muchos teóricos del derecho, un entramado congruente de reglas, sino un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones – independentemiente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho. Esto significa entonces que el punto de partida no lo buscamos en la norma ni en una tipología de los valores, sino en la distinción sistema/entorno[4].

Para Luhmann, toda experiência possui uma contingência fática, implicando que o fático abrange também o normativo, o que resulta em modificações substanciais no que diz respeito às distinções antes introduzidas por Kelsen (ser/dever-ser, eficácia/validade) e na assunção do paradoxo como constitutivo do direito[5].

---

3 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.

4 LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 96.

5 Luhmann adverte ainda sobre tal falha contida nas sociologias jurídicas precedentes: "O dever ser é pressuposto como uma qualidade experimentada, vivenciável mas não mais detalhadamente analisável, como o 'fato' básico da vida jurídica. Com isso bloqueia-se de imediato o acesso às indagações mais ricas ao nível teórico". In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 42. Em outra passagem, Luhmann dissolve a distinção entre normas (dever-ser) e fatos (ser): "Si se habla de la distinción entre normas y hechos, entonces se habla de un hecho; precisamente del hecho de que en el sistema jurídico, por

3 EXPECTATIVAS SOCIAIS

Levando em conta que a função última dos subsistemas sociais é possibilitar a orientação da ação e da experiência humana e isso somente pode ser obtido mediante a fixação de estruturas como expectativas de condutas, o conceito de estrutura dos sistemas sociais está ligado ao conceito de expectativa, por isso, está expresso que as estruturas sociais consistem em expectativas e que elas constituem a forma temporal com que se constroem as próprias estruturas. As expectativas permitem que o sistema oriente-se em meio à contingência, haja vista que a incerteza e a imprevisibilidade poderiam paralisar as funções sistêmicas. A expectativa é uma antecipação voltada para o futuro, na intencionalidade do fluxo das experiências, em meio às mudanças constantes que operam na realidade. Por conta deste aspecto, todo sistema constitui uma máquina histórica, "puesto que cada operación autopoiética modifica el sistema: coloca la máquina en otra posición y por ello crea condiciones de salida modificadas por las operaciones inmediamente anteriores"[6]. A previsão das possíveis violações é o que nos conduz a fixar a expectativa como cognitiva ou normativa.

Ao tratar da questão das expectativas, Luhmann toma como ponto de partida uma concepção interacionista das relações sociais, significando, pois, que o comportamento de uma pessoa (*ego*) é orientado pela ideia que possui do comportamento de outra pessoa (*alter*). Por sua vez, esta mesma pessoa (*alter*) também se orienta pela expectativa que possui do comportamento da outra (*ego*). Esta interação que implica expectativas sobre expectativas recebe o nome de dupla contingência. Diante da experiência vivida com os comportamentos dos outros, podemos adotar duas posições distintas: posso manter minhas expectativas originais ou posso abandoná-las. As expectativas que estamos dispostos a rever, chamam-se cognitivas, enquanto que aquelas que escolhemos manter, são normativas. Para Luhmann, o "oposto adequado ao normativo não é o fático, mas sim o cognitivo"[7].

As hipóteses formuladas pela ciência são expectativas cognitivas. Um texto legal, no entanto, contém expectativas tipicamente normativas, pois, mesmo que algumas pessoas contrariem o que se encontra ali disposto, violando a lei e cometendo crimes, por exemplo, nem por isso as expec-

razones comprensibles, se utiliza esta distinción. El sistema de la ciencia tiene que ver unicamente con hechos". In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 88.

6 LUHMANN, op cit, p. 113-114.

7 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, p. 57.

tativas ali mantidas serão abandonadas[8]. Em outros termos, "expectativas normativas são mantidas apesar da não satisfação"[9].

A diferença entre expectativas cognitivas e normativas é que quando as primeiras são postas em questão, tal circunstância serve como nova fonte de conhecimento e uma nova expectativa surgirá, enquanto que as expectativas normativas são mantidas mesmo em caso de violação da norma. As expectativas cognitivas pressupõem uma capacidade de aprendizado. Por outro lado, a orientação intersubjetiva das condutas somente é possível em virtude das expectativas normativas, que devem ser mantidas, como garantia das regras jurídicas que disciplinam a vida social. Somente assim ocorre a estabilização das expectativas sociais.

O conjunto que propicia manter as expectativas normativas é denominado, por Luhmann, institucionalização de expectativas de conduta. Uma expectativa encontra-se generalizada quando goza de consenso, o que lhe permite subsistir a eventos particulares, a desvios ou contradições. O direito não se baseia no consenso, pois nem todos podem estar de acordo com todas as normas. O direito como consenso é uma autodescrição que generaliza e mantém o sistema, mas não é o sistema[10]. As expectativas mais importantes são as expectativas das expectativas, ou seja, as expectativas reflexivas, já que os que esperam também atuam e os que atuam também esperam[11]. Luhmann exemplifica o seu peculiar modo de pensar:

> Se, por exemplo, uma mulher sempre serve ao seu marido comida fria no jantar e espera que o seu marido espere isso, esse marido, por seu lado, tem que esperar essa expectativa de expectativas – de outra forma ele não perceberia que ao desejar inesperadamente uma sopa quente ele não só causaria um incômodo, mas também enfraqueceria a segurança das expectativas de sua mulher com relação a ele próprio, podendo finalmente chegar a um novo equilíbrio, no qual ele teria que

8 Referindo-se ao início da carreira de Luhmann, Guibentif lembra que a nitidez com que o sociólogo alemão estabelece a diferença entre expectativas normativas e cognitivas, certamente, "tem a ver com a experiência concreta que fazia, precisamente nestes anos, da diferença entre a actividade administrativa a que se tinha dedicado no início da sua carreira e a actividade científica, na qual se envolveu a partir do início dos anos 60". Cf. GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (org). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, p. 199.

9 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, p. 45.

10 Cf. ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch, 1993.

11 LUHMANN, op. cit., p. 49.

esperar em sua mulher a expectativa dele como alguém voluntarioso e imprevisível[12].

4 NORMATIVIDADE E ESTABILIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS

O direito, na visão luhmanniana, é, desse modo, um subsistema social cuja função relaciona-se com o uso específico da normatividade como meio de estabilização contrafática das expectativas comportamentais. Para tanto, utiliza perspectivas conflituais para a formação e a reprodução de expectativas de comportamento generalizadas no âmbito temporal, material e social[13]. Não se trata de um ordenamento coativo, mas uma forma de facilitar e possibilitar expectativas mediante generalizações congruentes que diminuam o risco das frustrações, imunizando a sociedade contra frustrações[14]. O direito emprega as normas, que nada mais são que expectativas de comportamento contrafaticamente estabilizadas, independentemente de eventos e casos individuais, ou seja, capazes de resistir às decepções.

Assim sendo, o direito cumpre funções compreensivas de generalização e estabilização de expectativas, o que faz através da garantia da vigência da norma. As normas jurídicas são estruturas temporais que se mantêm no futuro por possuírem características que lhes possibilitam a resistência frente a sua própria violação. Através da institucionalização das expectativas é possível pressupor a existência de um consenso geral "sin consideración del hecho de que cada uno no este de acuerdo: el sujeto portador de la expectativa puede presuponer el consenso de los otros sin deber controlar opiniones y motivos individuales"[15].

Uma das funções do direito é lidar com a necessidade de segurança que surge como consequência da dupla contingência presente na própria sociedade. O problema da dupla contingência, como já posto, resolve-se por meio da formação de expectativas de expectativas, que propicia aos

12 LUHMANN, op. cit., p. 49.

13 Como assinala Luhmann: "El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desengaños de la vida cotidiana." In: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*, p. 189.

14 Inicialmente, devemos distinguir entre teoria jurídica (ciência) e dogmática jurídica (e também jurisprudência). A razão encontra-se na diferenciação entre sistema científico e sistema jurídico, fazendo com que seja necessário diferenciar, claramente, entre "las auto-abstracciones". In: LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 21.

15 DE GIORGI, Raffaele. *Ciencia del Derecho y Legitimación*. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 250.

indivíduos lidar com o enorme campo de possibilidades que se abrem a cada relação. A necessidade de segurança faz surgir uma expectativa de congruência entre o comportamento próprio e o alheio com base em pautas comuns e, por isso, é possível afirmar que o direito de um "sistema social son las expectativas normativas de comportamiento generalizadas de manera congruente"[16].

Congruente, aqui, como lembra Rocha, significa coerência[17]. Não se trata de garantir, com isso, a integração dos indivíduos através de um consenso imaginário, mas a delimitação do que pode ser esperado: "con la norma la sociedad trata de hacer posible un futuro que en sí es inseguro"[18].

5 DIREITO E CONFLITO

O direito usa a possibilidade de conflito como elemento dinamizador que torna exequível a sua evolução e adaptação às mudanças do meio social, mediante o reconhecimento de novas expectativas que substituem as outras diante da manutenção de outras coercitivamente. A oportunidade para a evolução surge quando determinadas expectativas normativas são desatendidas. Sendo assim, "el derecho es un sistema que resuelve los conflictos, y al mismo tiempo genera otros, ya que con base en el derecho puede resistirse a la presiones o pueden rechazarse las órdenes expresas"[19]. O que faz com que o direito seja o lugar onde se lute principalmente para impedir a indiferença dos sistemas ou para conseguir que as instâncias de poder incluam, em seu sistema, determinadas demandas e respondam às expectativas sociais.

6 ELEMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO

Os elementos do sistema jurídico são as comunicações referidas no código próprio do direito, "conforme o direito/não conforme ao direito" (*recht/unrecht*) ou "direito/não-direito": o decisivo é que a comunicação se subordine ao código do sistema[20]. Em torno a este código, o direito processa

16 Id., p. 253.

17 In: ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. In: ***Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.*** São Leopoldo, 1999, p. 130.

18 CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 54.

19 Ibid., p. 54.

20 LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*, p. 125.

as informações que precisa para a sua reprodução autopoiética: "existe comunicación jurídica toda vez que en caso de controvérsias alguien reivindica los derechos y en referencia a la normatividad vigente debe lograr decidir quién posee la razón de la legalidad y quién no"[21]. O código não deve ser confundido com nenhuma norma, que são programas condicionais do direito. O código é uma "estructura de un mecanismo de reconocimiento y un procedimiento de coordinación de la sociedad. Siempre que se hace referencia al derecho-de-uno/ no-derecho del otro, este tipo de comunicación se asocia al sistema jurídico"[22].

Sendo assim, é o próprio sistema jurídico que delimita quais as comunicações que lhe são relevantes ou não. O que é importante juridicamente passa a ser tratado internamente pelo subsistema jurídico. O que não é relevante permanece no entorno, uma vez que o direito não existe separado do todo social, ou seja, o subsistema jurídico tem outros subsistemas sociais em seu entorno e que reproduzem, de forma particular, a unidade do conjunto social, cada qual processando as suas informações específicas.

7 O CÓDIGO OPERATIVO DO SISTEMA JURÍDICO

O direito repousa sobre um paradoxo constitutivo que pode ser apresentado do seguinte modo, como o faz Campilongo: "Não é possível indicar o lícito (direito) sem indicar também o ilícito (não direito): direito é não direito! A unidade da distinção constitutiva do sistema jurídico é paradoxal. O sistema é composto pelos dois lados: um, indicado; outro, subentendido"[23].

---

21 CORSI, op. cit., p. 54. A operação do código também permite que a "seguridad del derecho debe consistir en primer lugar, y ante todo, en la seguridad de que los asuntos, si se desea, se traten exclusivamente de acuerdo con el código del derecho, y no de acuerdo con el código del poder o de cualquir otro interés no contemplado por el derecho". In: LUHMANN, op. cit., p. 253.

22 LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*, p. 126.

23 CAMPILONGO, Celso Fernandes. "Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem", p. 23. Este é um dos pontos que Teubner enxergou na peça Antígona, de Sófocles: "Uma crítica mais radical do direito conseguira-a afinal Sófocles há mais de vinte séculos, quando, pela boca de Antígona, exprimia o paradoxo do direito ao opor-se à lei de Créon que a proibia de enterrar o irmão.
Créon: Desafias tão flagrantemente a minha lei? Antígona: Naturalmente! Pois que não foi Zeus quem a promulgou, nem encontrarás tal lei imposta pela Justiça aos homens. Nunca acreditei que os teus éditos tivessem força tal que pudessem anular as leis do céu, as quais, não escritas nem proclamadas, têm uma duração eterna e uma origem para além do nascimento do homem. Há que não reduzir o alcance da crítica de Antígona a um mero conflito entre a lei divina e a lei humana, mas antes entrever nela o insolúvel paradoxo subjacente ao direito, tornando familiar desde a reflexão feita atrás sobre a auto-aplicação da chamada "distinção jurídica": Antígona aplica o código jurídico quando sustenta que a pretensão de Créon de definir aquilo que é legal ou ilegal é, em si mesma, ilegal. Aqui reside justamente a radicalidade da crítica sofocliana: para Antígona, o carácter paradoxal do direito é intrinsecamente inerente ao próprio direito, mais do que (como pretendem os "novos"

Ou, de forma análoga, como observou De Giorgi: "A produção de direito é simultaneamente produção de não-direito. O paradoxo é tratado como se fosse uma contradição: a contradição entre direito e não direito". E mais adiante: "A impenetrabilidade do equívoco é a inobservabilidade da unidade da diferença de um e de seu duplo, da graça e do crime, do direito e do não--direito. Já Luhmann tinha dito: não-direito porque direito"[24].

O subsistema jurídico opera através do seu código com o intuito de reduzir a complexidade existente no seu entorno, atendendo ao mecanismo basilar de evolução social disciplinado como diferenciação social. A marcha da diferenciação social emerge como uma poderosa chave para o entendimento da evolução histórica das sociedades. Sem a redução de complexidade mencionada, torna-se impossível o funcionamento dos subsistemas. O paradoxo é que tal redução de complexidade implicará, no correr do tempo, um novo acréscimo de complexidade, que levará a uma nova necessidade de redução de complexidade, num processo sem fim que se confunde com a própria evolução dos subsistemas parciais da sociedade.

A constituição do direito como um subsistema social autônomo permite colocar em relevo a questão da sua reflexividade, no sentido de que só o direito produz direito, ou seja, sua variabilidade se dá em termos autoreferenciais. De acordo com Luhmann a reflexividade é um processo na qual a comunicação trata de comunicação. Um sistema se autodescreve como parte de sua própria autopoiese. Como sintetiza Guibentif: "o direito regulamenta-se a si próprio"[25].

O processo de reflexividade típica da autopoiese dos subsistemas sociais é mais claro no direito do que na moral. De acordo com Luhmann, o conceito de Hart de regras secundárias, nitidamente, indica a natureza autorreferencial e autorregulada do moderno direito positivo e a sua capacidade de definir os seus próprios domínios e identidade através do código direito/não-direito. A racionalidade do direito reflexivo ocorre por via da sua autonomia e da autolimitação evolutiva. O próprio direito gera conhecimento dentro do subsistema e isto, reflexivamente, produz realidades autônomas

críticos) o resultado da instrumentalização política da doutrina jurídica ou o reflexo da configuração histórica concreta dos seus "dogmas". Não são as normas individuais, os princípios doutrinas, ou a dogmática jurídica que constituem a fonte das antinomias e paradoxos, mas sim a circunstância de ser o próprio direito que repousa, ele mesmo, sobre um paradoxo". In: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 14 – 15.

24 DE GIORGI, Raffaele. Sobre o direito Kafka, Dürrematt e a idéia de Luhmann sobre o camelo. In: *Veredas do Direito*, Vol. 04, n. 07, janeiro a junho de 2007.

25 GUIBENTIF, Pierre. *O direito na obra de Niklas Luhmann*, p. 219.

legais. O termo reflexivo alude à capacidade que possui o subsistema de tematizar os seus próprios elementos e identidade e, a partir daí, perceber o seu ambiente, observando a operação de outros subsistemas interdependentes, como a economia e a política.

O código do direito viabiliza a sua positivação, o que constitui uma característica essencial do subsistema jurídico nas sociedades modernas. Com efeito, após uma longa evolução, o direito torna-se positivo, reforçando o seu fechamento operacional e a sua independência com respeito a outros subsistemas sociais. O direito não é positivo por haver sido estabelecido por uma decisão, pois a positivação deve-se a uma atribuição ou imputação e não a uma causa. Desta maneira, o elemento definidor no direito positivo não é a decisão legislativa ou executiva, não é a existência do direito imposto, mas a atribuição de validade do direito, a sua força vinculante, a esta decisão. Com a positivação, o direito moderno "distingue-se pelo fato de se poder alterar os seus conteúdos e as expectativas que neles se apóiam", ou seja, "o direito positivizado permite produzir novas expectativas normativas e alterar as que em certo momento vigoram"[26].

8 OS PROGRAMAS INTERNOS DO SISTEMA JURÍDICO

Para que o direito possa cumprir a sua tarefa de estabilização das expectativas, lança-se mão dos programas que dirigem a assinalação de valores ao código de fechamento operacional do subsistema: "mediante a instituição de processos visando a elaboração de decisões colectivamente obrigatórias, o direito torna-se um programa de decisão"[27]. Assim posto, todo direito positivo e também as suas normas são programas, que surgem no sistema a partir do momento em que o próprio direito converte-se em um programa decisório mediante a eleição de procedimentos[28].

---

26 GUIBENTIF, Pierre. *O direito na obra de Niklas Luhmann*, p. 203.

27 BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: HASSAMER, W. e KAUFMANN, A (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 425.

28 Simioni lembra que, enquanto para Kelsen, a validade do direito está na norma, para Luhmann, a validade do direito está na decisão jurídica, pois o direito não pode justificar a si mesmo sem incorrer em paradoxos: "Como poderia o direito mesmo distinguir o que é conforme ao direito e o que não é conforme ao direito se essa distinção se aplica a ele mesmo? A saída desse paradoxo por ser a virtude de Cícero, a vontade de Deus, a vontade do povo, os interesses maiores de Jhering, a norma fundamental de Kelsen, a moral, os valores, o poder comunicativo de Habermas e qualquer outra referência externa ao paradoxo para invisibilizá-lo ou torná-lo, pelo menos, inofensivo. No fundo, essas referências externas são produtos de decisões. Até porque uma norma não teria sentido se não houvesse a sua aplicação na forma de uma decisão, como também não haveria decisão se

Os programas efetuam a autorregulação e o autocontrole do sistema, permitindo que o sistema opere com algum grau de previsibilidade (relativa). Os programas podem ser condicionais ou finalísticos[29]. As normas são programas condicionais que "permiten situar los valores del código legal/ilegal según los casos que se presenten; en cuanto programas tienen la forma si... entonces... y no están establecidas en vista del logro de algún fin"[30], como, por exemplo: matar uma pessoa: de seis a vinte anos de reclusão.

O uso que o direito faz dos programas condicionais, como nos ensina Luhmann, não exclui que programas finalísticos de outros sistemas funcionais remetam ao direito. Sendo assim, os programas da política remetem ao direito constitucional, os programas do sistema educativo remetem à obrigatoriedade legal do ensino e às obrigações dos pais de família de prover a educação dos filhos, enquanto os programas da economia remetem à regulação da propriedade[31].

Somente com o uso dos programas, o código do direito pode ser operativo, distinguindo o que é relevante juridicamente ou não, isto é, a programação complementa a codificação, preenchendo o seu conteúdo[32]. A presença simultânea de código e programas é o que possibilita ao sistema ser aberto e fechado. É normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. Não existem normas fora dele, mas o seu funcionamento e a reprodução dos

não houvessem normas. Para Luhmann, é nessa relação circular entre norma e decisão que está a produção da validade do direito. E por isso, o direito só vale enquanto decisão. E vale exatamente porque a decisão é válida. É um paradoxo mesmo. O direito vale na forma de decisões válidas: a norma valida a decisão que valida a norma. Uma decisão é válida, portanto, não porque está referida a princípios, a um consenso, à vontade da maioria, enfim, à razão ou qualquer outro valor transcendental. Uma decisão é válida porque ela é contingente, porque ela se sustentou diante de inúmeras outras possibilidades. E isso não significa que Luhmann propõe um decisionismo, mas sim, que esse decisionismo acontece no sistema jurídico". In: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 284.

29 Conforme esclarece Luhmann: "Para el sistema jurídico, no se puede considerar una programación orientada por fines; en todo caso, los programas finalísticos se pueden incluir sólo en el contexto de un programa condicional". In: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*, p. 254. Os programas finalísticos "se apresentam ligados a produção (resultados) do sistema, como efetivação daquilo a que o sistema se propõe realizar; é dizer, dos próprios fins a que se dirige o sistema. Ou seja, o programa finalístico regula – como constraints (condições restritivas) das decisões dirigidas a fins – as emissões do sistema direcionadas ao ambiente, consistentes naquilo ('produto') que ele deva realizar. Por exemplo, o meio dinheiro, no subsistema da economia, reproduz-se e efetiva-se na forma de programas de investimento ou programas de consumo que se controlam por meio dos balanços e dos orçamentos". In: VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95.

30 CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 54.

31 LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*, p. 262.

32 Ibid., p. 263.

seus elementos vinculam-se, enquanto os dados normativos internos ligam-se a acontecimentos externos, cuja averiguação requer uma atividade cognitiva. O código do direito é insubstituível e um requisito de todo programa. Mas os programas são substituíveis a todo o momento, visto que são eles que dão flexibilidade e amplitude para a auto-observação do sistema.

9 RELAÇÕES ENTRE O SUBSISTEMA JURÍDICO E OS DEMAIS SUBSISTEMAS SOCIAIS

De que modo o subsistema jurídico relaciona-se com os demais subsistemas da sociedade? Tais vínculos ocorrem sob a forma de acoplamentos estruturais, os quais servem para estimular – mas não determinar - os estados internos do sistema. A relação entre o subsistema jurídico e o político nas sociedades modernas, por exemplo, ocorre através das Constituições. Como sublinha Nafarrate, o conceito de acoplamento estrutural pressupõe "que todo sistema autopoiético opere como sistema determinado por la estructura, es decir, como un sistema que puede determinar las propias operaciones sólo a través de las propias estructuras"[33]. Levando esta observação em conta, Villas Bôas Filho observa que "a constituição separa os subsistemas ao mesmo tempo em que lhes acopla estruturalmente, ou seja, os distingue ao mesmo tempo em que não os isola"[34]. Os acoplamentos estruturais permitem uma descrição do subsistema jurídico como operacionalmente fechado a partir do seu código e ao mesmo tempo aberto, admitindo uma complexa interrelação entre os mais diversos subsistemas que compõem a sociedade[35].

33 NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: UNAM, 2004, p. 350.

34 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164.

35 Como explica Neves: "Assim, na relação entre economia e direito, a propriedade e o contrato são apresentados como acoplamentos estruturais entre os sistemas econômico e jurídico. No âmbito do direito, o contrato e a propriedade servem como critério orientador da definição entre lícito e ilícito. No campo da economia, são instrumentos, critérios e programas para orientação do lucro conforme a diferença binária entre ter/não ter. O sentido econômico e o jurídico do contrato permanecem específicos a cada um dos sistemas, um primariamente normativo e outro primariamente cognitivo". In: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 36. E, na página seguinte: "Além desses, Luhmann considera os seguintes acoplamentos estruturais entre sistemas parciais: a assessoria dos expertos na relação entre política e ciência; os diplomas e certificados na relação entre economia e educação; as galerias de arte na ligação entre economia e arte; os atestados médicos no relacionamento entre medicina e economia; a opinião pública na conexão entre política e sistema dos meios de massa. Por fim, aponta a Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito". Idem, p. 37.

Mas o que fazer em caso de violação das expectativas definidas normativamente? Existem vários mecanismos para ignorar a violação: um primeiro mecanismo seria ignorar a violação não tomando conhecimento dela[36]. Outro mecanismo para superar a violação é a imputação que faz o sujeito expectante ao sujeito atuante. A sanção representa outro mecanismo para superar a violação, constituindo-se na estratégia institucionalmente privilegiada pelo direito. Como lembra De Giorgi, a "sanción es el intrumento expresivo de la validez del derecho y al mismo tiempo configura una estructura selectiva de canalización de la decepción que produce en el plano temporal confianza colectiva en el derecho"[37]. O que propicia que a norma seja cumprida é a possibilidade da força, da sanção, para impor a expectativa normativizada. A garantia da positividade reside numa estreita relação entre o direito positivo e a viabilidade do uso da força para a sua execução.

CONCLUSÃO

A abordagem inovadora de Luhmann acerca da sociedade como sistema, bem como do seu subsistema jurídico, traz ganhos consideráveis para a sociologia do direito. Ao invés dos limites já postos por um paradigma centrado na ideia de sujeito, Luhmann avança com uma compreensão sistêmica que nos permite observar, com mais agudeza, o funcionamento do subsistema jurídico nas condições de uma sociedade marcada pela hiper-complexidade. Luhmann mantém as aquisições teóricas precedentes que tornaram factível a superação das semânticas metafísicas e incorpora contribuições de ponto de outros ramos do conhecimento, construindo uma teoria verdadeiramente multidisciplinar. Através de suas formulações, conseguimos observar o maquinismo jurídico nas suas operações internas, marcadas tanto pelo código que permite o seu fechamento operacional, quanto pelos seus programas condicionais e finalísticos, que fazem com que o sistema possa autogerir-se. Podemos ver também o modo de funcionamento do direito na sua relação com outros subsistemas sociais, como a economia e a política. E, além disso, vislumbrar os desafios postos para que o direito possa conservar a sua autonomia operacional.

36 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 135.
37 DE GIORGI, Raffaele. *Ciencia del Derecho y Legitimación*, p. 254.

REFERÊNCIAS

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. *Ciencia del Derecho y Legitimación*. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. Sobre o direito Kafka, Dürrematt e a idéia de Luhmann sobre o camelo. In: *Veredas do Direito*, Vol. 04, n. 07, janeiro a junho de 2007.

GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (Org). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução de Berilo Vargas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HASSAMER, W. e KAUFMANN, A (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: UNAM, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo, 1999.

SANTOS, José Manuel (org). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE ONDE OBSERVA NIKLAS LUHMANN? DIFERENCIAÇÕES DE UMA TEORIA DA SOCIEDADE

Guilherme de Azevedo[1]

OBSERVAÇÕES INICIAIS: CONSTRUINDO A "DESCONSTRUÇÃO"

É sabido que numa visão classificatória das ciências assumidamente perfunctória, mas tradicional, as teorias da sociedade são inseridas na área das ciências "não exatas"; são vistas como ramo do conhecimento que não se notabiliza por produzir certezas, ou seja, seu campo de atuação obedece a um corte epistemológico gerador de duas grandes categorias: o possível e o necessário. A partir desta grande cisão epistêmica, desenvolveu-se uma rígida estrutura analítica que atribuíra campos de atuação ao conhecimento humano. Nesta visão, as ditas ciências sociais foram condenadas a não versarem sobre temas que de alguma maneira gravitassem ao redor da ideia de necessidade. Sua morfologia deveria obedecer e seguir o seu objeto de estudo que, nesta concepção, apresentava-se avesso a formalizações lógicas ou a axiomas causais matemáticos. Segundo essa tradição, o objeto de estudo compartilhado de alguma maneira pelas ciências sociais e extremamente arredio a reduções metodológicas seria a ação humana.

Nesta perspectiva tradicional, as ciências sociais têm sua complexidade decantada por ter como objeto a ação humana e, portanto, movimentar-se-iam essencialmente sob o signo do contingencial; em que pese existir na contra-mão deste processo analítico-distintivo a grande amplitude político-filosófica alcançada pelo materialismo histórico de Marx, na primeira metade do século passado[2].

---

1 Coordenador e professor do curso de Direito da Unisinos. Membro fundador da ABraSD – Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.

2 Não olvidamos as diversas construções teóricas oriundas das ciências sociais que, de alguma forma,

Possuindo a ação humana como ponto nuclear de observação e análise, as então definidas ciências sociais (economia, sociologia, direito etc) passariam a enfrentar dificuldades de reproduzir os padrões de avaliação das ciências naturais, justamente pela natureza do objeto. Nesse sentido, noções como "ação volitiva", "livre-arbítrio", "intencionalidade", sempre presentes na compreensão do comportamento humano, não possibilitam uma tranqüila compatibilização com valores presentes nas ciências naturais: como o determinismo e a predição. Tais elementos, ordinariamente, são exigidos como características que singularizam um conhecimento como científico, reflexo claro da dita noção de ciência da modernidade, moldada inicialmente pelas mãos de Bacon em sua *Nova Atlântida*[3]. A capacidade de fornecer previsões dos fenômenos, de determinar o seu comportamento e desenvolvimento, seria um avanço gerado pela ciência moderna através do desocultamento das causas.

Apresentando-se como desconstrução epistêmica da concepção de ciência da modernidade, o século XX pode ser descrito como o século da indeterminação. No decorrer do século passado, pôs-se em marcha um forte processo de diferenciação e questionamento da unidade semântica pretendida pelo paradigma determinista, principalmente com a emergência de algo que fora chamado de "organização espontânea", ou da organização não determinada. Surgem, com isso, conceitos de auto-organização que irão se difundir

lançaram-se na tarefa de conferir o mesmo "rigor científico" das ciências duras (necessidade) ao campo social. Basta mencionarmos a grande difusão que atingiu o "materialismo histórico" de Marx, principalmente em sua segunda máxima, que afirmava que toda organização política, religiosa e jurídica de uma sociedade é a conseqüência do tipo de organização econômica que aí predomina. Embora seja inexorável a força que possuiu a reflexão marxista, não podemos deixar de concluir que uma das grandes críticas feitas a Marx dá-se pela impossibilidade de formatar-se uma ciência da revolução, como pretendia concluir o seu materialismo histórico. Nesse mesmo sentido, afirma G. Mosca: "Não queremos negar, no entanto, que os sistemas de produção que predominam numa certa época não sejam um dos fatos que exercem influência sobre modificações da estrutura política de uma sociedade; nem que este fator produza, por seu lado, contra-golpes nas concepções que servem de fundamento moral a esta estrutura. Mas o erro do Manifesto Comunista consiste em afirmar que o fator econômico deve ser considerado como causa única, e que todos os outros fatos devem se tomados como seus efeitos. Na realidade, cada ramo da atividade humana no domínio social sofre influência de todos os outros e ao mesmo tempo influi sobre eles. Assim, cada fator contribui para determinar as modificações que se produzem no âmbito dos outros, e ao mesmo tempo, este fator ressente-se dos efeitos da alteração dos outros." MOSCA, G.; BOUTHOUL, G.. *História das Doutrinas Políticas*. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro:Zahar Editores. 1958. p. 278.

3 Como síntese dessa perspectiva: "O fim da nossa instituição é o conhecimento das causas e dos segredos dos movimentos das coisas e a ampliação dos limites do império humano na realização de todas as coisas...". In: BACON, Francis. *Nova Atlântida*. Os Pensadores. Tradução por José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 268.

em um grande número de ciências[4]. Pensadores como Jean-Pierre Dupuy[5] e Edgar Morin[6], começam apontar questões que se conectam a um conjunto conceitual autorreferente, isto é, surge aqui uma espécie de "universo discursivo", que se utilizará da idéia de auto-organização, da colocação do pensamento científico em redes constituídas de forma espontânea; para não falarmos ainda de sistemas.

Devemos ressaltar, antes de tudo, que essa ideia de auto-organização a qual nos referimos é alvo de uma disputa no campo da história das idéias, ou da própria história da filosofia. Não podemos deixar de referir a importante divergência existente sobre as raízes filosóficas da concepção de auto-organização, bem como da própria teoria dos sistemas, que irão ganhar destaque nas primeiras décadas do século XX. Precisamente, o ponto de discussão se dá sobre a possível herança platônica das teorias da auto-organização, isto é, de sua inserção ou não nos quadro de uma ontologia neoplatônica. Por neoplatonismo devemos entender, principalmente, a tradição filosófica que desenvolveu e representou a sua metafísica a partir da concepção de um "Uno", a causa de toda unidade universal[7]. A conexão das teorias contemporâneas da auto-organização com essa tradição é levantada principalmente por Cirne-Lima[8], para quem a auto-organização é a forma hodierna de se pensar e dizer o que a tradição platônica chamava de *causa sui* e, em outros termos, de autodeterminação.

O conceito de *causa sui* fora trabalhado de várias formas pela tradição filosófica ocidental, mas, de modo geral, representando sempre a ideia de algo que é a causa de si mesmo, que se autodefine, autoproduz, portanto, que se auto-organiza. Em Descartes, a *causa sui* teria sido firmada para desenvolver a chamada "prova" da existência de Deus, de sua ontologia; a única

---

4 Uma das mais recentes e instigantes reflexões deste contexto de alteração transdisciplinar das ciências é criativamente desenvolvido na literatura por N. Katherine Hayles. Para tanto, ver: HAYLES, N. Katherine. *How We Became Posthuman: Virtual Bodies in Cybernetics, Literature, And Informatics*. Chicago: Chicago University Press, 1999.

5 DUPUY, Jean-Pierre. *Nas origens das ciências cognitivas***.** São Paulo: UNESP, 1996.; NOVAES, Adauto; DUPUY, Jean-Pierre (Org.) et al. *Mutações: ensaios sobre as novas configurações do mundo*. Rio de Janeiro: Agir, 2008.

6 MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo.* 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

7 Como sintetiza F. M. Cornford: "La interpretación neoplatónica se basa, en primer lugar, en la suposición según la cual, cuando Platón dice que este Uno carece de atributos positivos y no puede ni siquiera 'ser' en ningún sentido, lo que quiere decir es que está, de alguna manera 'mas allá' o 'por encima' del ser y todos los otros atributos."CORNFORD, F. M. *Platón y Parménides*.Trad. Francisco Giménez Garcia. Madrid: Visor, 1989. p. 201

8 CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, L.(Orgs.). *Dialética e auto-organização*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

substância que cumpriria todas as condições requeridas seria a substância infinita, com isso Deus acabaria por ser definido como a *causa sui* por excelência, como em Spinoza, que em sua Ética define um conceito de *causa sui* como aquilo cuja essência envolve a existência, uma natureza que só pode ser concebida existindo[9].

Reconstruindo essa metafísica da linha neoplatônica, Cirne-Lima vai concluir que "a Teoria dos Sistemas e de Auto-Organização é a roupagem sob a qual se esconde, em nossos dias, a ontologia do neoplatonismo."[10] Contudo, a posição de Cirne-Lima nunca fora aceita por Niklas Luhmann e Humberto Maturana - principais expoentes destas teorias - como ele mesmo reconhece[11], uma vez que para Luhmann e Maturana, o marco inicial de suas reflexões na área da teoria dos sistemas e auto-organização se dá pela obra Bertalanfy[12]. É possível reconhecer conexões com um neoplatonismo, mas sem autorizar, por isso, uma redução destas duas teorias ao quadro filosófico do pensamento platônico.[13]Mesmo sendo inexorável a consistência filosófica da leitura de Cirne-Lima[14], nos posicionamos contrariamente à sua tese neoplatônica, pelo simples fato de que a semântica da auto-organização que se destaca no século XX - no nosso entendimento -, é muito mais um reflexo genuíno de novas epistemologias construtivistas, críticas ao paradigma determinista da ciência moderna, do que uma releitura da tradição platônica, como fora defendido por ele.

Portanto, para sustentarmos essa posição, temos de perquirir o lastro reflexivo desse processo de questionamento do paradigma determinista, transitando inicialmente pelas ciências matemáticas, especificamente, no nome de Kurt Gödel. À Gödel atribui-se a primeira demonstração da incon-

---

9 Para uma descrição da evolução do sentido de *causa sui* ver: FERRARTER MORA, José. "Causa Sui", in *Diccionário de Filosofia*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Sudamerica, 1971. pp. 278-279.

10 CIRNE-LIMA, Carlos. Causalidade e Auto-organização. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, L.(Orgs.). *Dialética e auto-organização*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 19.

11 De forma objetiva, Cirne-Lima relata sua tentativa de firmar a herança platônica na teoria dos sistemas para Luhmann e Maturana. Ver: CIRNE-LIMA, Carlos. Causalidade e Auto-organização. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, L.(Orgs.). *Dialética e auto-organização*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. pp. 18-19.

12 BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1975.

13 Para uma consistente iniciação no sistema filosófico platônico, ver: CROMBIE, I. M. *Análises de las doctrinas de Platón: I: El hombre y la sociedad.* Trad. Ana Torán y Julio César Armero. Madrid: Alianza Editorial, 197; e: CROMBIE, I. M. *Análises de las doctrinas de Platón: II. Teoria del conocimiento y de la naturaleza.* Trad. Ana Torán y Julio César Armero. Madrid: Alianza Editorial, 1979.

14 Para uma compreensão do sistema filosófico desenvolvido por Cirne-Lima, ver: CIRNE-LIMA, Carlos. *Depois de Hegel: uma reconstrução crítica do sistema neoplatônico*. Caxias do Sul: EDUCS, 2006.; BRITO, Adriano N. (Orgs.). *Cirne: sistema e objeções*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

sistência das ciências matemáticas[15]. O seu conhecido teorema da incompletude provou que sistemas axiomáticos podem ser colocados em situações de indecibilidade, logo, em condições de indeterminação e de incerteza[16]. Dessa questão levantada por Gödel, emergiram afirmações que disseminaram a ideia de que ciência mais rigorosa, a matemática, era incapaz de se determinar sobre seus próprios fundamentos.

É claro que durante a crescente discussão que se formara sobre as implicações epistemológicas do teorema de Gödel, ocorreram vinculações apressadas e superficiais; como a associação ao discurso desconstrutivista francês[17]. O desenvolvimento epistêmico mais profícuo desta questão é o de que o modelo dedutivo, o modelo das ciências rigorosamente dedutivas, começa a apresentar sinais de esgotamento e fica em má situação; principalmente a partir das demonstrações feitas por Gödel. Além da simples conclusão de um estado de insegurança, o que ocorre com o teorema de Gödel é que ele pode ser lido como uma problematização do fundamento, das condições de possibilidade de se fundamentar. A reflexão passa para o terreno da verdade científica, uma vez que Gödel acaba por "desuniversalizá-la". A verdade científica não é una, nem universal, mas se distribuí num conjunto de lugares, de localidades singulares que estão ligadas entre si através de laços e ligações que possam reuni-las em uma arquitetura formal. Portanto, no nível destas verdades locais há uma espécie de auto-referência do fundamento a si próprio. Não há um meio de encontrar um apoio externo para a verdade local. Esse processo movediço em que são postos os axiomas é rapidamente difundindo nos círculos acadêmicos e é denominado por Jean Clam como uma "gödelização". A "godelização" é a ideia de que não há critério de legitimação fora de si. Gödelizar significa estender esse raciocínio a todas as observações possíveis de se produzir. Assim, como ecos da obra de Gödel, a partir da primeira metade do século XX, vamos ver surgir lógicas que não são clássicas. São lógicas que tentam trabalhar com mais de dois valores de verdade, lógicas não binárias. Uma dessas lógicas é a

15 GÖDEL, Kurt. *On formally undecidable propositions of principia mathematica and related systems*. New York: Dover, 1992.

16 NAGEL, Ernest; NEWMAN, James R. *Prova de Gödel.* São Paulo: Perspectiva, 1973.

17 Ver: DERRIDA, Jacques. *La desconstrucción en las fronteras de la filosofia: la retirada de la metáfora*. 2. ed. Barcelona: Paidós, 1993; Colóquio Internacional Jacques Derrida: Pensar a Desconstrução (2004:Rio de Janeiro). *Jacques Derrida: pensar a desconstrução*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005; DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença***.** 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 1971; DERRIDA, Jacques. *Gramatologia***.** São Paulo: Perspectiva, 1973; DELEUZE, Gilles. *Diferença e repetição***.** São Paulo: Graal, 1988; DELEUZE, Gilles. *Lógica do sentido***.** 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

do matemático inglês chamado George Spencer Brown, que escreve um pequeno tratado sobre Lógica[18]. Nesta Lógica, diferentemente das todas as lógicas clássicas matemáticas, que realizam a sua construção a partir da binariedade, Spencer Brown vai conceber uma lógica da diferença, não mais uma lógica da identidade.

O matemático inglês começa pelo próprio ato de oposição: não há um "A" se não houver um "não A". O que Spencer Brown tenta fazer é "desenhar" o ato de oposição como um ato de diferenciação. A primeira "coisa" que ocorre não é uma "coisa", mas a oposição de uma "coisa" a uma "não coisa". É um ato de distinção, ou seja, é uma lógica de um ato de distinção. Esse ato de distinção Spencer Brown chama de forma.

Com isso, Spencer Brown desenvolve uma lógica não axiomática. Começa por uma ação e a primeira ação se chama "drawn and distincion". São injunções, não se trabalha com entidades prontas. Cada vez que colocamos uma distinção estamos colocando uma forma, e uma forma que tem uma parte determinada e todo o resto indeterminado. Com a Lógica de distinções de Spencer Brown adentramos numa experimentação matemática com lógicas não binárias. Trata-se de um universo que nos exige apreender o mundo com outros olhos, é preciso realmente mudar os óculos, isto é, passar para uma visão que inverte as coisas. Em outras palavras, uma visão que "desontologiza" radicalmente o mundo. E esta lógica vai muito longe, uma vez que não se trata apenas de primeiras oposições de formas, mas do modo como trabalhamos com as diferenças. Ela inverte, derruba a visão de um mundo que fora constituída com entidades fechadas e isoladas, bem definidas, substanciais. Ela passa a nos mostrar que o que está por detrás dessas entidades, o que "age" por trás dessas entidades. Ora, o que queremos dizer é que como ela, o século XX produz mais um avanço na constituição de uma semântica da indeterminação.

EPISTEMOLOGIAS DA DIFERENÇA

Todo esse processo caminhou junto com modificações na física, da teoria da relatividade[19] e do teorema de Heisenberg[20], até a teoria do caos

---

18 BROWN, G. Spencer. *Laws of Form*. New York: Bantam Books, 1973.

19 EINSTEIN, Albert. *Escritos da maturidade: artigos sobre ciência, educação, religião, relações sociais, ciências sociais e religião*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994; BERGSON, Henri. *Duração e simultaneidade: a propósito da teoria de Einstein*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

20 HEISENBERG, Werner Karl. *A imagem da natureza na física moderna*. Lisboa: Livros do Brasil,

e das estruturas dissipativas de Ilya Prigogine[21] etc. Em todos estes pontos temos um questionamento muito forte da determinação. Na biologia, tem-se um problema para com a compreensão dos processos biológicos que envolvem processos de informação. Ou seja, inicia-se uma concepção de que a vida é um processo cognitivo. Uma vez integrada à informação tudo muda. Todas estas questões também convergem para questionar concepção determinista na ciência.

Dentre estas alterações nos diversos campos da ciência, talvez a mais significativa tenha ocorrido na teoria da cibernética[22]. Inicialmente a cibernética era uma ciência da orientação, da pilotagem e controle a partir de sistemas. Contudo, ela vai sofrer uma espécie de mutação, vai se transformar numa cibernética de segunda ordem; a cibernética de Heinz Von Foerster. Trata-se de perceber que, na verdade, os sistemas, tal como os construímos e reconstruímos para compreendê-los, não estão fora da observação da própria observação, isto é, a observação que os constrói e desconstrói. O observador do sistema é ele próprio um sistema. Pretende-se cunhar a reflexão de que, a partir daí, não há um "fora" do sistema, isto é, não há observação que possa ser feita a partir de um espaço ou de uma referência absoluta. Com a cibernética de segunda ordem alcançamos um nível de reflexão onde se afirma que os fenômenos calculatórios, que observamos nos sistemas, na verdade são nada mais do que fenômenos de cálculos de cálculos.

Em outras palavras, está-se a dizer que é no observador que ocorre a emergência do sistema observado. Por toda parte vamos encontrar cálculos de cálculos, e nada, além disso. Isso significa, portanto, que o sistema só encontra seus objetos no interior de si mesmo. Não há encontro entre um sistema e algo diferente - ou outro sistema e um ambiente-, se não for sobre o modo de cálculos que se realizam dentro do sistema observatório, do próprio sistema observador. Na construção da cibernética de segunda ordem, o objeto observado em um sistema nada mais é que a resistência interna do sistema. A resistência encontrada pelo processo calculatório que se realiza no próprio sistema, a partir do momento em que o sistema - no desenvolvimento de seus processos calculatórios -, encontra resistências internas a este processo; é a partir dai que ele se dá conta que há algo fora.

1955; HEISENBERG, Werner Karl. *Física e filosofia***.** 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995; ERMANN, Armin. *Werner heisenberg: 1901-1976*. Bonn-bad Godesberg: Inter Nationes, 1976.

21 PRIGOGINE, Ilya. *From being to becoming: time and complexity in the physical sciences*. New York: W. H. Freeman, 1980; PRIGOGINE, Ilya. *As leis do caos.* São Paulo: UNESP, 2002; PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas : tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: UNESP, 1996.

22 ASHBY, W. Ross. *Uma introdução à cibernética***.** São Paulo: Perspectiva, 1970.

Outra relevante contribuição, para a composição no século XX de uma semântica da contingência, vem da área da teoria da comunicação, um campo que irá sofrer significativas mutações, posto que, notadamente, passam a ser destacas questões referentes às estruturas paradoxais, que não estavam previstas na teoria clássica. Um dos nomes que se constituem como fundamentais neste âmbito é do Gregory Bateson[23]. Fortemente influenciado pelos conceitos advindos da cibernética, Bateson irá desenvolver suas pesquisas no sentido de viabilizar uma releitura dos processos comunicacionais. O escopo do seu trabalho passa a ser a compreensão das condições que têm os homens de conhecer e comunicar a suas percepções. Bateson irá investigar a capacidade de organização que o conceito de informação acarreta em contextos comunicativos. A capacidade de ordenação, presente na informação, é gerada pelo fato de que sempre que ela realiza um enunciado positivo dá-se, ao mesmo tempo, uma negação. Todo evento informativo contem sempre um duplo aspecto, isto é, a afirmação de um enunciado e a negação dos contrários possíveis deste, que estão indefinidos. Por exemplo: quando afirmamos que algo é uma árvore, estamos afastando a possibilidade (sem ser necessária a explicação de cada negativa) de que este "algo" seja um avião, um carro, uma bicicleta etc.

Num primeiro momento pode nos parecer estranha, ou até mesmo simplória esta definição, mas temos de ter cuidado para não perder de vista o alcance epistemológico presente nesta conceituação[24]. O que Bateson está afirmando é que a percepção é um processo seletivo, onde destacamos alguns dados e, necessariamente, deixamos outros de lado. Logo, ele caminha no sentido reforçar a concepção de que os objetos que percebemos são, de certo modo, uma construção nossa. O ponto mais instigante deste desenvolvimento é que ele nos coloca ao mesmo tempo o fato de que estes processos de percepção são inacessíveis. Deles apenas acessamos os resultados, ou seja, os produtos resultantes desses processos, no caso, os objetos. A diferença é uma diferença que faz uma diferença. Ela não é material, não pode ser localizada no espaço ou temporalmente, muito menos pode ser expressa como quantidade ou qualidade. Quando distinguimos uma coisa traçamos uma diferença, que é uma num

23 BATESON, Gregory; RUESCH, Jurgen. *Comunication: the social matrix of psychiatry.* New York: W. W. Nortn & Company Inc, 1951.

24 A construção de um teoria da comunicação em Bateson não desconhece as consequências que o teorema da Gödel produz epistemologicamente. Ver: BATESON, Gregory; RUESCH, Jurgen. *Comunication: the social matrix of psychiatry.* New York: W. W. Nortn & Company Inc, 1951. pp. 223-224.

universo infinito de possibilidades. Entretanto, esta diferença informa. A informação é uma diferença que faz a diferença e, com isso, pode gerar ordem na complexidade. Para facilitar a compreensão da teoria, pensemos na seguinte situação: se um baralho de cartas esta disposto segundo uma determinada ordem, qualquer eventual alternação que ocorra nele produzirá desordem para o observador que conhecia a ordem anterior das cartas. No caso de ninguém conhecer a ordem anterior que existia, este baralho de cartas será apenas um conjunto de cartas dispostos aleatoriamente, ao azar[25]. Com isso, abre-se todo um novo debate sobre o papel da memória, bem como a sua conexão com a questão da informação como diferença organizadora um campo complexo, logo, produtora de sentido. A informação ocorre no momento em que se diferencia algo, isto é, por se produzir uma diferença é que se informa, nem antes, nem depois. Antes do ato de distinção nada conhecemos e, depois da diferença posta, já se sabe. Somente no momento da produção de uma diferença é que se produz informação. É visível, portanto, a atração de uma forte semântica paradoxal em boa parte das teorias que emergem no século XX, que contribuem para a fixação do signo da indeterminação.

Podemos organizar a emergência de todas estas epistemologias da indeterminação sob um viés que as confere certa unidade, em que pese isso possa parecer contraditório, posto que elas se notabilizaram justamente por serem arredias a determinações e roupagens uniformizadoras. Entretanto, um ponto de organização dessas epistemologias pode ser identificado através da ideia de construtivismo, como afirma, pois, Jean-Louis Le Moigne:

> As novas ciências que o século XX nos fornece, sobretudo a partir de 1948 (data de nascimento oficial da cibernética), não sobreviverão decerto com este nome nos séculos futuros, de tal maneira são numerosas e diversas. Mas guardar-se-á eventualmente o rasto das inovações epistemológicas que elas provocaram, ou que as suscitaram? Se, atualmente, podemos interessarmo-nos pelos desenvolvimentos dos construtivismos não será porque os desenvolvimentos da informática, da imunologia ou das ciências da decisão apelavam por fundamentos epistemológicos que os positivismos oficiais não podiam manifestamente assegurar? Ao refletir sobre as condições observáveis da maturação disciplinar das novas ciências nas culturas contemporâneas, é-se

25 RODRÍGUEZ M., Darío; OPAZO B., M. P. *Comunicaciones de la Organización*. Santigo: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007. p. 94.

> conduzido a uma meditação epistemológica e histórica que parece engendrar – ou restaurar – os construtivismos.[26]

Como grande movimento epistemológico do período, vemos surgir nessas diversas disciplinas, o modelo do construtivismo radical[27]. Uma perspectiva epistêmica que vai recusar as teorizações que se estruturam a partir da oposição de entidades, posto que passa a conhecer apenas construções. Nada há senão observadores que constroem objetos numa linguagem que lhes é própria, sendo que esta linguagem não é verificável dentro destes observadores, nem fora deles. O fomento científico que contribuirá sensivelmente para a constituição desta epistemologia pode ser identificado em diversos campos, em que pese podemos referir com destaque, mais uma vez, o trabalho de Heinz von Foerster. Em pesquisas sobre o córtex cerebral, Heinz von Foerster notou que o sistema nervoso possuía uma característica peculiar. Em suas pesquisas, ele comprovou que todos os sinais enviados a partir dos elementos sensoriais ao córtex cerebral são iguais. Este fenômeno fora chamado por ele de "codificação indiferenciada"[28]. Em outras palavras, significa dizer que se um neurônio da retina envia um sinal "visual" ao córtex, este sinal terá exatamente a mesma forma que o de qualquer outra parte do organismo dotada da capacidade de gerar sinais: como orelhas, nariz, dedos das mãos, dos pés. Não há entre estes sinais qualquer distinção qualitativa, sua variação é apenas no campo da freqüência ou amplitude, portanto, sem qualquer conotação de qualidade ou especificidade ontológica.

As consequências destes experimentos são de grande envergadura epistemológica, e contribuem com mais um passo na rota de esvaziamento de perspectivas ontológicas. Carece de fundamento sustentar que os nossos processos de distinção, distinguir uma coisa de outra coisa, ocorrem em razão de informações que recebemos do que chamamos de "realidade objetiva", ou "mundo externo". Entretanto, isso não deve ser lido como um endosso científico a alguma espécie de relativismo, que se aplicado no campo da

---

26 LE MOIGNE, Jean-Louis. *O construtivismo - Vol. I: dos fundamentos.* Trad. Miguel Mascarenhas. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. pp. 49-50.

27 Como Ernest von Glasersfeld sintetiza: "O construtivismo é radical, portanto, porque rompe com as convenções e desenvolve uma teoria do conhecimento na qual este já não se refere a uma realidade ontológica, "objetiva", e sim, exclusivamente, ao ordenamento e à organização de um mundo constituído por nossas experiências. GLASERSFELD, Ernest Von. Introdução ao construtivismo radical. In: WATZLAWICK, Paul (Org.). *A realidade inventada*. Campinas: Editorial Psy II, 1994. p. 31

28 FOERSTER, H. Von. Construindo uma realidade. In: WATZLAWICK, Paul (Org.). *A realidade inventada*. Campinas: Editorial Psy II, 1994. pp. 64-66.

Ética facilmente seria associado à imagem de uma alforria teórica a abusos e violações de direitos. Muito pelo contrário, a dinâmica que passa a crescer com a crítica do construtivismo atua com um amplificador do sentido de responsabilidade e vinculação, pois coloca o observador como construtor de mundo. Logo, a mensagem do construtivismo à ontologia é no sentido de firmar a concepção de que os observadores são responsáveis pelo que conhecem e fazem. O construtivismo se impõe como fator de problematização epistêmica em qualquer observação científica. Desde o seu nascimento nas ciências exatas[29] e experimentais, passando pelo campo da Lógica, ele alcança o seu transbordamento em outras ciências, isto é, ele atinge as ciências humanas, vai para as ciências da sociedade, para a crítica literária, para a arte e para a filosofia[30].

Como reflexo dessa expansão construtivista, esvaziam-se por completo as concepções teóricas que se formatavam a partir da categoria da substância da tradição aristotélica, como último elemento constitutivo. A substância entendida como fórmula ontológica inquestionável, formadora da identidade absoluta da coisa, não consegue manter a sua consistência teórica diante das investidas das novas epistemologias. A ontologia clássica se estruturava, sem desconsiderar pequenas variações existentes na tradição, a partir de um esquema reflexivo onde a unidade e a identidade são dependentes da noção de substância, compreendida esta como aquilo que para "Ser" não necessita do "Outro", isto é, ela seria algo cuja coesão é inquestionável, dotada de uma solidez absoluta[31].

Essa transição na acepção de substância faz parte de um consistente giro histórico-reflexivo. Contudo, Jean Clam chama a atenção para o fato de que essa insegurança, em relação ao sentido da substância, não atinge a unidade e identidade dos constituintes últimos desta. Em outras palavras, estes continuam a ser pensados em termos substanciais, ao serem passados de uma ideia de "unidade-e-identidade" fechada, imóvel e transcendental, para uma "unidade-e-identidade" estruturada, constituída, para operar sob o foco de uma função[32]. O que Jean Clam passa a formular, na sua obser-

29 Não desconhecemos que o tema do construtivismo, vinculado ao problema fundamento da ciência, é anterior ao surgimento das novas epistemologias do século XX: LE MOIGNE, Jean-Louis. *O construtivismo - Vol. I: dos fundamentos*. Trad. Miguel Mascarenhas. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. pp.13-14.

30 Para uma apresentação deste novo contexto contemporâneo, ver: SCHNITMAN, Dora Freid (Orgs). *Novos Paradigmas, Cultural e Subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

31 CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 272

32 CLAM, Jean. *Questões fundamentais*...,p. 273

vação das exigências epistemológicas contemporâneas, é que em nenhum lugar mais é possível pressupor unidade/identidade, mas apenas relacionamentos operativos, que irão produzir a sua unidade por meio de redundâncias auto-organizativas. Essa unidade/identidade autoconstituída fica fora que qualquer noção de controle, não há mais uma referência última. A isto Jean Clam chama de paradigma pós-ontológico, e pergunta: "como pode um esforço cognitivo ou, de modo mais geral, uma observação elaborada apresentar-se como teoria que rompeu com todas as bases ontológicas de noese adquiridora do conhecimento?"[33].

Essa questão representa o forte imperativo epistêmico posto, contemporaneamente, sobre qualquer empreendimento teórico que se lance, isto é, como fornecer consistência e unidade a uma proposta teórica universalizável e, ao mesmo tempo, incorporar toda a complexidade e fragmentação produzidas por estas novas epistemologias? A resposta para o questionamento vai de encontro à teoria de Niklas Luhmann, que passamos a analisar.

DO ESVAZIAMENTO DA ONTOLOGIA AO TEORIZAR PÓS-ONTOLÓGICO

Como resposta a estas modificações do cenário científico, ganha força um conjunto de propostas na área da Sociologia do conhecimento e Sociologia da Ciência, firmando a Sociologia da metade do século XX como campo privilegiado para se trabalhar toda uma série de questões do âmbito da epistemologia[34]. A provocativa obra de Bruno Latour e Steve Woolgar *Laboratory Life: The Contruction of Scientific Facts*[35], consolidou o debate sobre o construtivismo, defendendo arduamente a tese da construção social dos "fatos" científicos[36].

---

33 CLAM, Jean. *Questões fundamentais...,* p. 294

34 Ver: BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

35 LATOUR, Bruno; WOOLGAR, Steve. *Laboratory Life. The Contruction of Scientific Facts*. New Jersey: Princeton University Press, 1979.

36 Isto é: "Our argument is not that Our argument is not that facts are not real, nor that they are merely artificial. Our argument is not just that facts are socially constructed. We also wish to show that the process of construction involves the use of certain devices where by all traces of production are made extremely difficult to detect." LATOUR, Bruno; WOOLGAR, Steve. *Laboratory Life. The Contruction of Scientific Facts*. New Jersey: Princeton University Press, 1979. pp. 155-156. "Nosso argumento não é que nosso argumento não é que os fatos não são reais, nem que eles são meramente artificiais. Nosso argumento não é apenas que os fatos são socialmente construídos. Nós também queremos mostrar que o processo de

Levando-se em consideração, portanto, as "desconstruções" operadas na tradição da ontologia clássica, é inexorável a abertura para o surgimento de opções de (re)construção de uma teoria. Com isso, inaugura-se uma demanda por organização de novas comunicações científicas, que têm como compromisso, antes de tudo, realizar as suas estruturações como aquisições teóricas "pós-ontológicas". É na linha dessas indagações que pode ser inserida a teoria da sociedade de Niklas Luhmann, como o primeiro grande sistema teórico pós-ontológico ou, numa contundente expressão cunhada por Javier Torres Nafarrate, a teoria luhmanniana pode ser vista como uma "sociologia primeira"[37]. Tal expressão firmada por Nafarrrate sintetiza com competência o nível de abstração que a teoria luhmanniana alcança como ferramenta teórica de observação da sociedade.

A Aristóteles, como sabemos, é atribuída a formação de um pensamento conhecido como "filosofia primeira", do grego πρωτη □ιλοσο□ια. Segundo essa tradição, tal filosofia definia-se como o conhecimento que se direcionava para a compreensão da realidade existente além da dimensão física, isto é, visava à apreensão de um campo além do empírico, do físico-material; almejava o conhecimento da metafísica[38]. Ocorre que, como bem salientamos no item anterior, a fragmentação das disciplinas no plano das ciências, acabam por promover o esgotamento da capacidade da metafísica de produzir unidade. O problema surge não pelo fato de que a metafísica tenha desaparecido, ou se tornado um projeto teórico equivocado. Na verdade, a perspectiva ontológica se inviabiliza justamente pelo fato de que passamos a produzir várias metafísicas. Basta associarmos à fragmentação teórica que experimentamos hodiernamente a tradição da unidade epistêmica a partir de uma metafísica, que, sem muito esforço, identificaremos um cenário paradoxal de quebra da metafísica pela produção de metafísicas. O que se observa é que cada disciplina vai se formatar numa dinâmica autológica, uma vez que atribui a si mesma a capacidade de legitimar a sua constituição e desenvolvimento, o seu "começo" é, pois, autoproduzi-

construção envolve a utilização de determinados dispositivos por onde todos os traços da produção são extremamente difíceis de detectar."[Tradução do Autor]

37 NAFARRATE, Javier T. *La sociología de Luhmann como "sociología primera".* Primavera, n. I, Ano I, 2006.

38 O tema da "Filosofia primeira"(metafísica) em Aristóteles é fruto de importantes debates dentro da própria tradição aristotélica. Ver: AUBENQUE, Pierre. *El problema del ser en aristóteles***.** Trad. Vidal Peña. Madrid: Taurus, 1987. pp 67-68; AUBENQUE, Pierre. *La prudence chez aristote***.** Paris: Universitaires de France, 1993; e AUBENQUE, Pierre; SYMPOSIUM ARISTOTELICUM 6.: 1972; (Cerisy-la-salle). *Études sur la métaphysique d'aristote***.** Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1979.

do e, portanto, auto-fundamentado. Vamos observar em diversas áreas do conhecimento este mesmo processo. As diversas disciplinas passam a se delimitar com um alto grau de "arbitrariedade", uma vez que constituem a sua própria metafísica. Elas efetuam uma distinção para a elaboração de uma universalidade a partir da sua constituição específica, isto é, numa linguagem mais tradicional, produzem uma metafísica a partir do seu "microcosmo". Isso pode ser visto na Biologia, que produziu níveis significativos de desenvolvimento ao atingir a observação da unidade celular[39], e com os trabalhos de Humberto Maturana e Francisco Varela viu as pesquisas o seu campo produzir efeitos na epistemologia[40], na ontologia[41], na filosofia da linguagem[42], na teoria ética[43], na pedagogia[44], na psicologia[45] etc. Neste mesmo sentido, a Lingüística fora praticamente reinventada com a concepção de signo[46], visto com sua unidade elementar constituidora.

Na esteira dessas modificações, não teria como se blindar a disciplina da Sociologia. Logo, harmonizada com essa nova dinâmica epistemológica, irá surgir com a obra de Niklas Luhmann uma nova teoria da sociedade que - como bem adjetivou Javier Torres Nafarrate -, pela sua envergadura teórica, pode ser apresentada como uma "Sociologia primeira". O que nada mais é do que sinalizar que obra de Luhmann, para Sociologia, possui um nível de reflexão absolutamente singular, ao ponto de construir uma visão da sociedade absolutamente nova e genuína[47]. Podemos nos inserir na rede teórica que Luhmann propõe deixando fixados alguns pontos. Primeiro, temos de deixar claro que Luhmann entende que a Sociologia tem a tarefa de investigar a sociedade. Todavia, desde o início, o sociólogo alemão apresenta

---

39 AYALA, F. J; DOBZHANSKY, T. (Orgs.). *Estudios sobre la filosofia de la biologia.* Trad. Carlos Pijoan Rotge. Barcelona: Ariel, 1983.

40 MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco. *El arbol del conocimiento: Las bases biologicas del conocimiento humano*. 1. ed. Madrid: Debate, 1996.; MATURANA, Humberto R. *La realidad: objetiva o construida?.* Barcelona: Anthropos, 1996.

41 MATURANA, Humberto R.; MAGRO, Cristina; GRACIANO, Miriam; VAZ, Nelson. *A ontologia da realidade.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 1997.

42 MATURANA, Humberto R. *Cognição, ciência e vida cotidiana.* Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2001.

43 MATURANA, Humberto R.; VERDEN-ZÖLLER, Gerda. *Amar e brincar: fundamentos esquecidos do humano do patriarcado à democracia*. São Paulo: Palas Athena, 2006.

44 MATURANA, Humberto R. *Emoções e linguagem na educação e na política***.** Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1998.

45 MATURANA, Humberto R. *Da biologia a psicologia.* 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

46 SAUSSURE, Ferdinand de; JAKOBSON, R.; HJELMSLEV, L. T.; CHOMSKY, N. *Textos selecionados***.** 2. ed. São Paulo: Abril, 1978.

47 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la Sociedad.* Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/ Herder Editorial, 2007.; LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1993.

a sua ruptura com a ontologia, a partir do momento que não se pergunta o que é sociedade, mas, na verdade, inverte a reflexão para se perguntar como é possível sociedade. Trata-se, portanto, de delimitar um âmbito emergente do mundo, que é distinguido como sociedade. Logo, reconhecendo uma grande influência da teoria da comunicação de Bateson, Luhmann irá construir este âmbito da sociedade como um campo constituído única e exclusivamente por comunicações. Com isso a Sociologia, para entender como é possível sociedade, deve observar a operação que constitui esta sociedade, e essa operação, para Luhmann, é uma operação comunicativa. A comunicação é a "substância" da sociedade.

Ligando-se a concepção de comunicação com elemento constitutivo da sociedade, acrescenta-se a ideia de forma de Spencer Brown, ou seja, em Luhmann, a sociedade é tão somente uma forma. Notadamente, forma aqui é compreendida como paradoxo resultante da aplicação de uma distinção, de uma diferença. A sua constituição paradoxal é resultante da simultaneidade contida no ato de distinguir, ou seja, produzir uma unidade a partir da afirmação e negação de algo, simultaneamente, jogar constantemente com unidade e diversidade, sem se valer de uma referência última. Como bem provoca Nafarrate, seguindo na sua leitura de Luhmann a partir de uma diferenciação de Aristóteles, ao pretendermos uma definição moderna de homem, podemos construí-lo como um "animal que realiza diferenças"[48]. Operar com o conceito de homem na teoria luhmanniana requer uma certa atenção, posto que não se mantêm nela a clássica concepção da sociedade como algo constituído por "homens", ou por indivíduos. Conceitos como homem, indivíduo, sujeito e pessoa, não são observados da mesma forma por Luhmann. Ao cunhar a definição de homem como "animal que efetua distinções", Nafarrate apenas está referindo a existência de uma dinâmica da exclusão/inclusão no conceito de sociedade luhmanniano. Isto é, nem toda experiência é convertida em distinções, todavia, quando queremos comunicar, isto é, quando queremos traduzir essa experiência socialmente, torná-la parte da sociedade, inexoravelmente teremos de traduzi-la como diferença comunicativa[49].

---

48 NAFARRATE, Javier T. *La sociología de Luhmann como "sociología primera".* Primavera, n. I, Ano I, 2006. p. 2.

49 Essa questão será melhor desenvolvida no segundo capítulo, quando enfrentaremos o tema decisão nas organizações sociais, bem como o problema do individualismo metodológico. Contudo, já podemos sinalizar que a partir da teoria de Luhmann, ocorre uma forte desvinculação com a epistemologia do sujeito/objeto, necessitando ser retrabalhada uma séria de categorias, como sujeito, indivíduo, pessoa, ser humano etc.

Com isso, fica facilmente visível, já em seus primeiros movimentos, que Luhmann procurou elaborar o seu pensamento em conexão com as profundas alterações que ocorreram em diversos campos do conhecimento. A sua teoria da sociedade parte dessas desconstruções e rupturas epistemológicas, que sintetizamos anteriormente sob a designação de pós-ontológica. A sociedade passa a ser observada como um "jogo" de distinções. Nesse "jogo" tudo que se faz é discriminar, separar, discernir comunicações (unidades), vistas estas como diferenças. Para poder observamos esta complexa rede de distinções nos valemos de um esquema formal, ou seja, de uma forma. Ao observarmos a evolução dessa forma – isto é, da sociedade –, observamos nada mais que a modificação de operações comunicativas. Se operamos com comunicações, operamos na/com sociedade, uma vez que a sociedade é constituída exclusivamente por formas de comunicação. Portanto, ao dizermos que sociedade é comunicação, afirmamos que ela não possui nada de material, não se constitui como entidade orgânica ou se estrutura como conjunto de psiques. Em outros termos, a sociedade não é formada por entidades "físico--químicas-orgânicos-espirituais". A sociedade se organiza como o conjunto total de formas comunicacionais. Estas formas vão se determinando, adquirindo contornos, quando observadas no tempo. Essa forma é uma unidade da multiplicidade, auto-construída como dinâmica entre o atual e o possível, o que significa dizer, provocando novamente a tradição aristotélica, que a sociedade não possui uma realidade (substância) ontológica.

Na concepção luhmanniana, a comunicação é vista como um acontecimento, definição que melhor se aproxima da ideia de efemeridade, ressaltada por Luhmann. A comunicação, quando se realiza, logo se desfaz, surge e desaparece; o que a designa como forma absolutamente efêmera. Com isso Luhmann chama a atenção para uma inovadora compreensão do social, ou seja, a sociedade é um fenômeno que, se observado em sua forma mais básica e elementar, é, inexoravelmente, um acontecimento efêmero. A partir da produção de formas sociais - portanto, da produção de formas comunicacionais -, geram-se artificialmente estruturas "fixas" com as quais se possibilita a observação do movimento. Os processos de mudança somente podem ser diferenciados com estes pontos fixos artificialmente constituídos, que viabilizam distinções por servirem como referência para a indicação do movimento. Contrariamente a Aristóteles, Luhmann observa a questão do devir em sua teoria sem necessitar supor uma substância. Ele vai utilizar-se exclusivamente da concepção de forma, uma vez que é ela que gera a noção de possível, logo, de movimento. Se sociedade é comunicação, é desta que

a sociologia deve se ocupar. O conhecimento sociológico não se volta mais, portanto, para questões relativas ao humano, nem aos seus ditos valores; como ainda insistem muitos teóricos da sociologia. Com esta virada epistemológica, Luhmann desenvolve uma verdadeira "sociologia primeira". Para a sociologia luhmanniana, a questão está em observar os processos de estruturação da comunicação. Ela se diferencia como disciplina voltada para apreciação de tudo o que se leva a efeito na operação da comunicação.

Quando considerarmos a sociologia de Luhmann uma teoria privilegiada para observação da sociedade estamos, com isso, assumido como adequadas certas implicações epistêmicas, especialmente no que se refere ao conceito de sociedade. A esse termo, sociedade, Luhmann deixa claro que não deve ser associada nenhuma representação unívoca, é uma categoria que não aceita referências objetivas uniformes. Além disso, ela coloca a teoria que pretende observá-la numa complexa posição, isto é, as tentativas de descrever (conhecer) a sociedade, não podem ser desenvolvidas fora da sociedade, uma vez que, nessa relação, estamos sempre operando com comunicações. Logo, descrevemos a sociedade na sociedade. Se não é possível "sair" da sociedade para descrever a sociedade, não há, pois, como se aplicar uma teoria do conhecimento pensada a partir da relação sujeito/objeto, que parta da separação entre sujeito e objeto. A sociedade é a totalidade das comunicações, e o conhecimento produzido sobre ela não é mais que uma comunicação científica, em termos sistêmico-luhmannianos, é uma comunicação do subsistema parcial Sociologia, pertencente ao sistema da ciência da sociedade[50], logo, constitutivo da sociedade, posto que é comunicação. O conhecimento do objeto é ele mesmo parte do objeto[51].

Para uma boa parte do pensamento sociológico do século XX, transitar com a Sociologia por este terreno representava um caminho infrutífero, que

---

50 LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad***.** México: Universidad Iberoamericana, 1996.

51 Não é o objetivo do presente trabalho se inserir diretamente no tema da modernidade ou pós-modernidade. Contudo, este tema possui um interessante desdobramento na obra de Luhmann, justamente pela co-implicação sujeito/objeto. Luhmann observa a modernidade através de uma distinção entre estrutura social e semântica. A escolha por tal distinção se justifica pela assumida postura reflexiva de sua teoria. Logo, nada mais proficuo do que eleger, para a análise da modernidade, uma distinção que contenha a si mesma, ou seja, a distinção entre estrutura social e semântica é, ela mesma, uma distinção semântica. Segundo ele, "Este punto de partida contiene ya en su núcleo toda la teoría de la modernidad. Porque el análisis no empienza con el reconocimiento de acerditadas leys naturales, ni tampoco con princpios racionales e con hechos ya estabelecidos o indiscutibles. Empienza con una paradoja que habrá que resolver de uno o otro modo si si quiere reducir una carga informativa infinita a una finita. Con ello el analisis reclama para si las características de su objeto: modernidad." Ver em LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Paidós. 1997. pp. 13-14.

só levaria a contradições, paradoxos, e aporias sem solução. Tal concepção fez com que a Sociologia recuasse na produção de teorias gerais, acentuando uma fragmentação disciplinar em temas específicos e setoriais (sexualidade, urbanismo, meio ambiente, religião, direito etc), onde o problema da co-implicação sujeito/objeto é escamoteado de forma pragmática, com o sujeito se posicionando e se observando com algo fora do deu objeto. Com isso se abandonara o enfrentamento de questões mais reflexivas, como a conceituação da sociedade, justamente por que no âmbito de uma teoria da sociedade esta manobra epistemológica não se sustenta, posto que qualquer teoria ocorre como comunicação e, portanto, dentro da sociedade

A Sociologia luhmanniana, ao invés de renunciar tarefa de constituir uma teoria da sociedade, irá assumir esta como o seu principal foco de reflexão[52]. Irá colocar e responder a questão sobre a forma da sociedade contemporânea, de como construir uma teoria suficientemente reflexiva para observar os níveis de complexidade e contingência dessa sociedade, regida pelo signo da indeterminação. Por tal postura é que a teoria luhmanniana é vista como a primeira teoria pós-ontológica que dispomos, é, como afirma Javier Torres Nafarrate, uma "sociologia primeira".

OPERANDO UM FECHAMENTO: A SOCIEDADE

O pensamento de Luhmann alcançou uma significativa contribuição para a concepção de uma sociedade desprovida de referências centralizantes, que acentua a perda do centro a partir de uma noção de contingência, de uma impossibilidade de fixação de critérios e referências de legitimação. A sociedade é traduzida como espaço de comunicação, não sendo mais possível conceber a sua unidade a partir de uma identidade global, como referência estável em toda a parte. Ao contrário, acentua-se que há apenas diferenças, e que essas diferenças constituem uma forma reflexiva.

A reflexividade que passa a ser caracterizada na observação sistêmica da sociedade parte da impossibilidade de se reconhecer referências centrais no contexto global, uma vez que toda diferença aplicada para produzir uma observação pode/deve ser reintroduzida em si mesma. Torna-se visível, com isso, a contingência e efemeridade inafastáveis de qualquer pretensão de concepção da identidade social, ou melhor, é justamente isso que é sociedade mundial, uma sociedade onde não há senão diferenças.

52 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la Sociedad.* Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/ Herder Editorial, 2007. p. 5.

Mesmo que algumas concepções tradicionais, mais reducionistas, ainda defendam a existência de uma identidade predominante, seja pelo predomínio de um determinado sentido econômico, político, ou religioso, a emergência de uma nova concepção de sociedade[53] se impõe. Paradoxalmente, a sociedade atual parece se conceituar como uma sociedade não conceituável. A comunicação mundial, portanto, o que chamamos de sociedade mundial, a sociedade mundo, não tem mais ambiente, é um espaço sem referências

53 LUHMANN, Niklas. Globalization or world society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology.* Mar 97, Vol. 7, Issue 1, pp. 67-80. p. 68. "Ninguém, eu acho, vai disputar o fato de um sistema global. Quer assistir ao noticiário da BBC em Brisbane, Bangkok ou Bombaim, a sua previsão do programa indica o horário de Hong Kong e outras vezes para que possamos calcular o que ver e quando ver onde quer que estejamos. E as notícias vem de todo o mundo, não apenas da Inglaterra. Onde quer que as pessoas tenham dinheiro para gastar, elas acham supermercados e boutiques apropriadamente chamados para nos lembrar de um americano ou um fundo francês, querendo ou não, os itens expostos possuem alguma ligação com a cultura americana ou francesa. Pode-se, naturalmente, mencionar a volatilidade dos mercados financeiros, com o seu novo derivativo simultâneo para maximizar a segurança e risco, com efeitos imprevisíveis. Pode-se pensar na preocupação internacional com os acontecimentos na ex-Jugoslávia, na Somália, na África do Sul, em Azerbeidjan e não apenas com os eventos próximos às fronteiras do nosso próprio país. "Internacional", na verdade, já não se refere a uma relação entre duas (ou mais) nações, mas aos problemas políticos e econômicos do sistema global. E por último, mas não menos importante, a ciência não é diferenciada em regional, ciências étnicas ou culturais, mas em disciplinas e áreas de investigação. Além disso, a simultaneidade das mudanças em todo o mundo merece atenção. Em todos os lugares novos problemas no planejamento e controle de inovações nas organizações e na tecnologia de produção surgem. Religiosos, Étnicos e outros "fundamentalismos" emergem em todo o mundo e mostram que os conflitos de interesses a que o aparelho do Estado tornou-se adaptou desenvolvendo ao mesmo tempo em um estado constitucional e um estado de bem-estar, são apenas trivial quando comparados com o que temos que esperar no futuro. O sistema econômico mudou suas bases de segurança dos bens e devedores confiáveis (tais como os Estados ou grandes empresas) para a especulação em si. Aquele que tenta manter sua propriedade vai perder sua fortuna, e quem tenta manter e aumentar a sua riqueza vai ter que mudar seus investimentos um dia depois do outro. Ele pode usar novos instrumentos derivados ou deve confiar alguns dos muitos fundos que fazem isso por ele. Isto leva à problemas insolúveis em todos os tipos de políticas "socialistas". E intelectuais estão desenvolvendo seus próprios instrumentos derivados tão bem, descrevendo o que os outros estão descrevendo sob o denominador comum de "pós-modernidade". Não há explicação regional possível para estes fatos." [Tradução nossa]

cardeais. A complexidade presente na sociedade contemporânea desafia a própria linearidade histórica. Em outros termos, as diferenças que existem hodiernamente entre as culturas, entre lugares, são diferenças dentro da sociedade mundial, elas não podem ser ordenadas, ou hierarquizadas, de acordo com um princípio, seja este qual for. O reconhecimento de ordens, de encadeamentos como antes/depois, determinante/determinado, é cada vez mais inconsistente e flutuante, pois estas bases não são mais bases, se multiplicam, entrelaçam-se, sobrepõem-se.

Desse cenário, o mais sofisticado enfrentamento teórico que temos disponível é o pensamento luhmanniano. Por ser uma perspectiva altamente reflexiva, é uma observação (diferença) que se auto-descreve, ou seja, uma diferença em que as diferenças são reintroduzidas em si mesmas. Não há um fora para que se possa julgá-las ou ordená-las. Não podem se organizar com uma relação fixa ou que fixe sua arquitetura.

Portanto, se as diferenças são em si mesmas flutuantes, suas relações são ainda mais flutuantes[54]. Ao privilegiarmos o pensamento de Luhmann como marco de observação, passamos a investigar na teoria da sociedade as possibilidades de compreensão dos mecanismos que permitem fundar aquilo que é fixo - aquilo que é "firme" -, sobre algo que é flutuante. Logo, assumimos também proposta reflexiva de que nossas sociedades são baseadas em algo flutuante, vago, e não em algo fixo-, e é só sob esta condição, que se torna observável a evolução da forma de sociedade como desvios de comunicação. A contingência é a condição para se ter sociedade, isto é, para esta construir-se e renovar-se.

REFERÊNCIAS

ASHBY, W. Ross. *Uma introdução à cibernética***.** São Paulo: Perspectiva, 1970.

AUBENQUE, Pierre. *El problema del ser en aristóteles***.** Trad. Vidal Peña. Madrid: Taurus, 1987.

_____. *La prudence chez aristote***.** Paris: Universitaires de France, 1993.

_____ ; SYMPOSIUM ARISTOTELICUM 6.: 1972; (Cerisy-la-salle). *Études sur la métaphysique d'aristote***.** Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1979.

AYALA, F. J; DOBZHANSKY, T. (Orgs.). *Estudios sobre la filosofia de la biologia.* Trad. Carlos Pijoan Rotge. Barcelona: Ariel, 1983.

BACON, Francis. *Nova Atlântida*. Os Pensadores. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

54 CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só efetuação.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BATESON, Gregory; RUESCH, Jurgen. *Comunication: the social matrix of psychiatry.* New York: W. W. Nortn & Company Inc, 1951.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

BERGSON, Henri. *Duração e simultaneidade: a propósito da teoria de Einstein*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1975.

BRITO, Adriano N. (Orgs.). *Cirne: sistema e objeções*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

BROWN, G. Spencer. *Laws of Form*. New York: Bantam Books, 1973.

CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, L.(Orgs.). *Dialética e auto-organização*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

_____. *Depois de Hegel: uma reconstrução crítica do sistema neoplatônico*. Caxias do Sul: EDUCS, 2006.

_____. Causalidade e Auto-organização. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, L.(Orgs.). *Dialética e auto-organização*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

CLAM, Jean. Q*uestões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só efetuação.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

CORNFORD, F. M. *Platón y Parménides*.Trad. Francisco Giménez Garcia. Madrid: Visor, 1989.

CROMBIE, I. M. *Análises de las doctrinas de Platón: I: El hombre y la sociedad.* Trad. Ana Torán y Julio César Armero. Madrid: Alianza Editorial,1979.

_____. *Análises de las doctrinas de Platón: II. Teoria del conocimiento y de la naturaleza.* Trad. Ana Torán y Julio César Armero. Madrid: Alianza Editorial, 1979.

DERRIDA, Jacques. *La desconstrucción en las fronteras de la filosofia: la retirada de la metáfora*. 2. ed. Barcelona: Paidós, 1993.

_____. *A escritura e a diferença***.** 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 1971.

_____.*Gramatologia***.** São Paulo: Perspectiva, 1973.

DELEUZE, Gilles. *Diferença e repetição***.** São Paulo: Graal, 1988; DELEUZE, Gilles. *Lógica do sentido***.** 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

DUPUY, Jean-Pierre. *Nas origens das ciências cognitivas***.** São Paulo: UNESP, 1996.

EINSTEIN, Albert. *Escritos da maturidade: artigos sobre ciência, educação, religião, relações sociais, ciências sociais e religião*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

ERMANN, Armin. *Werner heisenberg: 1901-1976*. Bonn-bad Godesberg: Inter Nationes, 1976.

FERRARTER MORA, José. "Causa Sui", in *Diccionário de Filosofia*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Sudamerica, 1971.

FOERSTER, H. Von. Construindo uma realidade. In: WATZLAWICK, Paul (Org.). *A realidade inventada*. Campinas: Editorial Psy II, 1994.

GLASERSFELD, Ernest Von. Introdução ao construtivismo radical. In: WATZLAWICK, Paul (Org.). *A realidade inventada*. Campinas: Editorial Psy II, 1994.

GÖDEL, Kurt. *On formally undecidable propositions of principia mathematica and related systems*. New York: Dover, 1992.

HAYLES, N. Katherine. *How We Became Posthuman: Virtual Bodies in Cybernetics, Literature, And Informatics*. Chicago: Chicago University Press, 1999.

HEISENBERG, Werner Karl. *A imagem da natureza na física moderna***.** Lisboa: Livros do Brasil, 1955.

_____. *Física e filosofia***.** 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

LATOUR, Bruno; WOOLGAR, Steve. *Laboratory Life. The Contruction of Scientific Facts*. New Jersey: Princeton University Press, 1979.

LE MOIGNE, Jean-Louis. *O construtivismo - Vol. I: dos fundamentos.* Trad. Miguel Mascarenhas. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

_____. *O construtivismo - Vol. I: dos fundamentos.* Trad. Miguel Mascarenhas. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la Sociedad.* Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Herder Editorial, 2007.

_____. DE GEORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1993.

_____. *La ciencia de la sociedad***.** México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Paidós. 1997.

_____. Globalization or world society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology.* Mar 97, Vol. 7, Issue 1, pp. 67-80.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco. *El arbol del conocimiento: Las bases biologicas del conocimiento humano*. 1. ed. Madrid: Debate, 1996.; MATURANA, Humberto R. *La realidad: objetiva o construida?*. Barcelona: Anthropos, 1996.

_____; MAGRO, Cristina; GRACIANO, Miriam; VAZ, Nelson. *A ontologia da realidade.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 1997.

_____. *Cognição, ciência e vida cotidiana.* Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2001.

_____; VERDEN-ZÖLLER, Gerda. *Amar e brincar: fundamentos esquecidos do humano do patriarcado à democracia*. São Paulo: Palas Athena, 2006.

_____. *Emoções e linguagem na educação e na política***.** Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1998.

_____. *Da biologia a psicologia.* 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo.* 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

MOSCA, G.; BOUTHOUL, G.. *História das Doutrinas Políticas*. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1958.

NAFARRATE, Javier T. *La sociología de Luhmann como "sociología primera"*. Primavera, n. I, Ano I, 2006.

NAGEL, Ernest; NEWMAN, James R. *Prova de Gödel.* São Paulo: Perspectiva, 1973.

NOVAES, Adauto; DUPUY, Jean-Pierre (Org.) et al. *Mutações: ensaios sobre as novas configurações do mundo*. Rio de Janeiro: Agir, 2008.

PRIGOGINE, Ilya. *From being to becoming: time and complexity in the physical sciences*. New York: W. H. Freeman, 1980.

_____. *As leis do caos.* São Paulo: UNESP, 2002.

_____. *O fim das certezas : tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: UNESP, 1996.

RODRÍGUEZ M., Darío; OPAZO B., M. P. *Comunicaciones de la Organización*. Santigo: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.

SAUSSURE, Ferdinand de; JAKOBSON, R.; HJELMSLEV, L. T.; CHOMSKY, N. *Textos selecionados***.** 2. ed. São Paulo: Abril, 1978.

SCHNITMAN, Dora Freid (Orgs). *Novos Paradigmas, Cultural e Subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

SUBSTANCIALIZAÇÃO E DESSUBSTANCIALIZAÇÃO DA MATÉRIA NA GENÉTICA: UMA ANÁLISE DAS METÁFORAS SOBRE O CORPO UTILIZADAS POR DOIS DOCENTES-PESQUISADORES

Rodrigo Della Côrte[1]

INTRODUÇÃO

Pesquisar sobre a visão de mundo vinculada ao conhecimento genético, no caso desta pesquisa, envolveu uma escolha entre partir para a análise de clínicas que oferecem serviços que se utilizam da genética molecular ou biologia molecular (clínicas que oferecem serviços de manipulação de espermatozóides e ou gametas em nível molecular), ou escolher algum centro, instituição ou laboratório onde haja produção, construção de conhecimento na área de pesquisa em genética. Ao definir que a produção de conhecimento em genética me interessava, ao mesmo tempo delimitei estruturalmente a escolha do objeto empírico, já que no Brasil a pesquisa em genética acontece, em sua maioria, em instituições públicas de ensino superior. Portanto, sendo eu estudante de mestrado e tendo passado vinte e cinco dos meus trinta anos de vida na escola (dos quais seis na universidade), adentrar uma instituição de ensino e pesquisa se mostrou mais fértil, do ponto de vista de minha inserção no campo, como conseguir informantes, acompanhar as atividades implicadas no objeto, etc., já que na universidade eu estou em um campo que não me é totalmente estranho[2].

---

1 Mestre em Sociologia pela UFG e Professor do ICJ- UNIFAN.

2 Por situar meu estudo no universo acadêmico-científico, as práticas do curso de biologia não me foram tão estranhas. Todavia, estar em contato com um objeto que tem dimensões que me são familiares e que podem, de certa forma, interferir em um necessário estranhamento com ele, requer uma postura controlada (a vigilância epistemológica) para que não se atropele os acontecimentos com antecipações oriundas da experiência acadêmica.

Assim, elegi duas características básicas para definir o objeto: produção de conhecimento em genética, e visão sobre o corpo humano. Tais características concorreram para que a escolha se desse em torno de uma instituição pública de ensino superior, tanto pelo fato de que a pesquisa em genética no Brasil vem sendo realizada em instituições públicas, como pelo fato de que a universidade pública aqui se organiza em torno da tríade ensino, pesquisa e extensão, o que me permitiu trabalhar a visão de mundo sobre o corpo que também emerge nestas práticas dos pesquisadores. Desta forma, tomei como objeto empírico de pesquisa, a prática científica de dois docentes-pesquisadores de um departamento de genética vinculado a um curso de biologia oferecido por uma Instituição Federal de Educação Superior (IFES). Utilizo como ponto de inserção no campo, minha presença na disciplina genética básica, ministrada pelo departamento de genética para o curso de biologia, e, também, para outros cursos (medicina, odontologia, fonoaudiologia, nutrição, etc.).

Minha presença nas práticas teóricas e de laboratório da disciplina citada foi o ponto de partida para o questionamento das práticas em que estão envolvidos os pesquisadores. Foi a partir deste contato com os pesquisadores Beatriz e Caio[3] (docentes-pesquisadores que ministram a disciplina genética básica), que pude conhecer meus interlocutores e apreender sua visão sobre o corpo. A disciplina genética básica é dividida em dois módulos: genética clássica (ministrado pela docente-pesquisadora Beatriz), e genética/biologia molecular (ministrado pelo docente-pesquisador Caio).

A GENÉTICA CLÁSSICA

A professora Beatriz foi conceituada por vários alunos como uma professora muito didática, que explica tudo sempre nos mínimos detalhes. Em suas aulas percebi que o uso do retroprojetor e do datashow era recorrente. Em todas as aulas Beatriz utiliza o datashow para apresentar gravuras, imagens, fotos de homens, mulheres, cachorros, plantas, aves, assim como apresentava inúmeras transparências com desenhos de alelos, cromossomos, etc. Todas as vezes que uma imagem ou foto de aves, ratos, melancia, cachorro apareciam, eram indicados como indivíduos, o que já era estranho para mim, no entanto mais intrigante era essa mesma denominação para representações alfabéticas de fenótipos, imagens de cromossomos ou genes.

3 Os nomes dos docentes-pesquisadores do Departamento de Genética foram trocados.

Ao entrevistar Beatriz levantei esta questão para ela. Enquanto ela desenhava em uma folha de papel, que arrancara de um caderno sobre a mesa, um par de cromossomos homólogos[4], me disse:

> Eu tenho um indivíduo que tem um determinado genótipo, o genótipo dele é AA (azão, azão) e bb (bezinho, bezinho). É lógico que esse individuo não tem só dois genes, ele tem vários, mas eu não estou analisando todos, estou analisando dois gens desse indivíduo, e interessa que o indivíduo vai estar cruzando com outro, e este aqui está representando uma pessoa, é uma pessoa que tem esse cromossomo, e nesse cromossomo tem esse gen. Mas aqui nesse caso eu estou me atendo a esta característica desse individuo, então eu falo: "esse indivíduo" por isso né, porque esse gene ele não tá no nada, eles são partes de um indivíduo, aquele indivíduo que eu tô analisando, só que eu estou analisando só aquelas características [...] isso na genética não tá perdido, pelo menos na genética clássica, porque na biologia molecular você pode tirar o gen e colocar na plaquinha e sequenciar o gen, mas aqui não, mas na clássica não, porque a genética clássica ela trabalha com cruzamento, ela faz as análises... inclusive, ela é muito mais difícil dos alunos entenderem porque ela é abstrata! Isso aqui a gente não vê, a gente vê o que? A gente vê o individuo com determinado fenótipo, e ai você conclui que se ele tem aquele fenótipo, o genótipo dele que esta lá no cromossomo, que já esta lá, o alelo que está lá seria esse. Porque o que você vê é a pessoa ou o cachorrinho, ou a drosóphila né, é aquele individuo que vai cruzar com aquele outro, por isso que a gente trabalha com isso, com cruzamentos. Na biologia molecular é uma coisa diferente, porque pode chegar, extrair, pegar um pouco de sangue aqui, extrai, você tem aí o gen. E aqui você não tem, isso aqui é o que você está imaginando o que está por trás daquele individuo que você tá vendo. Você tem que fazer cruzamentos [...] Se você for AA ou bb, eu só vou saber disso se você cruzar com uma mulher e ai dependendo dos filhos que vocês tiverem eu possa inferir que o seu genótipo é aquele, como a gente fez com as drosophilas. Ali não tinha nada escrito na perninha

4 "Cromossomos homólogos são aqueles que se emparelham na metáfase, e são semelhantes em tamanho, forma e, supostamente, em função, sendo um derivado do pai e o outro, da mãe". Fonte: <http://www.biotecnologia.com.br/bioglossario/h.asp>. A metáfase é uma das fases do processo de divisão celular chamada mitose. Nesta divisão os cromossomos são replicados de forma idêntica, tanto em número como em informação. Fonte: <http://www.ufv.br/dbg/labgen/divcel.html> Acesso em: 05 mai. 2006.

> das drosophilas eu sou AA (azão, azão) bb (bezinho, bezinho). A gente foi cruzando os indivíduos e dependendo da prole, da seqüência com que aparecem esses indivíduos da prole, a gente vai poder inferir qual é o genótipo dos parentais. Então por isso é difícil a genética clássica (Beatriz, e3).

Gostaria de chamar a atenção para os seguintes elementos do discurso de Beatriz que indicam como o corpo vem sendo visto por ela. Primeiro: quando a genética é abstrata – a genética clássica, que usa a ferramenta dos cruzamentos para estudar a transmissão da herança biológica – o "indivíduo" deve ser concreto, tornando-se necessário um ser exemplar para análise genética, por isso o uso recorrente de imagens de homens, mulheres, cachorros, frutas, ratos, etc., em suas aulas. Segundo: os casos em que a metáfora do indivíduo foi utilizada para apontar representações simbólicas de genes e cromossomos (tanto aquelas representações que utilizam letras; AA, Aa, BB, Bb, como aquelas que utilizam imagens de um alelo, de um cromossomo, de fases da mitose, etc.) indicam um simbolismo em que a explicação resulta não da observação dos casos empíricos, mas das regras inventadas para operar sobre os símbolos (Russel apud Bourdieu, 2005b), levando a um efeito de dessubstanciação, onde os aspectos relacionais são destacados, em detrimento dos aspectos substanciais (Bourdieu, 2004b:72). Assim, na genética clássica a herança biológica já é vista como informação, dado que o simbolismo que Beatriz apresenta em sala, apoiado na matemática e estatística[5], já é fato estabelecido na transmissão do conhecimento nessa área da biologia. Os genes, neste caso, apresentam-se como um modelo teórico onde sua materialidade só pode ser entendida por uma teoria que o explique (Solha; Silva, 2004).

Os casos em que Beatriz apresenta imagens de homens e mulheres demonstram duas noções polares sobre o corpo. Primeiro: o corpo é apresentado como resultado da ação "natural" dos genes, segundo: o corpo é apresentado como resultado de uma intervenção. No primeiro caso as metáforas são de um corpo doente, defeituoso, imperfeito, problemático: "O problema é esse né: O que é herança biológica e como ela se transmite. Por que que isso às vezes dá um problema? Por que que dá um defeito?" (Beatriz, e3). No segundo caso, e em oposição ao primeiro, o corpo aparece como saudável,

5 Se a genética clássica não pode abrir mão da estatística, a biologia molecular parece seguir o mesmo caminho em relação à bioinformática. A bioinformática tem sua base nas ciências da computação, estatística e biologia molecular.

perfeito, modificado, alterado, um corpo geneticamente engenheirado e melhorado: "É isso, a gente tá tentando fazer isso mesmo, entender esse processo tem essas questões, usar ele, mudar ele, fazer de acordo como você quer"; "Essa questão das células tronco, com a parte que trabalha com embriões... a maneira como eles estão propondo, são pesquisas muito importantes né, que vai resolver uma porção de problemas que às vezes não tem como resolver." (Beatriz, e4).

Neste trecho, pode-se perceber também que Beatriz expressa uma idéia de autonomia do cientista, apontando uma ideologia individualista onde o cientista teria o poder e o direito de conhecer, e, por extensão, na sua ótica, de intervir. Beatriz utiliza a noção de indivíduo porque diz basear suas análises em indivíduos reais, concretos.

Dumont em *O Individualismo: uma perspectiva antropológica na ideologia moderna* (1985) indica que o termo indivíduo remete a um sujeito empírico e também a um ser moral. Segundo ele,

> Assim, quando falamos de 'indivíduo', designamos duas coisas ao mesmo tempo: um objeto fora de nós e um valor. A comparação obriga-nos a distinguir analiticamente esses dois aspectos: de um lado, o sujeito *empírico* que fala, pensa, e quer, ou seja, a amostra individual da espécie humana, tal como a encontramos em todas as sociedades; do outro, o ser *moral* independente, autônomo e, por conseguinte, essencialmente não-social, portador dos nossos valores supremos, e que se encontra em primeiro lugar em nossa ideologia moderna do homem e da sociedade (Dumont, 1985:37).

Em um primeiro momento pode-se pensar que Beatriz fala somente do primeiro tipo de indivíduo, do ser com características físicas/corporais como todos os outros, "o sujeito *empírico* que fala, pensa, e quer, ou seja, a amostra individual da espécie humana, tal como a encontramos em todas as sociedades". Contudo, ao aproximar a análise para como ela vê este "indivíduo", descobre-se que ela também fala do individuo na segunda acepção, ao indicar a existência de uma visão que estabelece padrões de normalidade para estes genes, "por que que isso as vezes dá um problema, por que que dá um defeito?", "entender esse processo tem essas questões, usar ele, mudar ele, fazer de acordo como você quer". Assim, o indivíduo para Beatriz se refere tanto ao ser empírico, e aí se confunde com ratos, cachorros, melancias, etc., devido à sua dimensão única circunscrita pela cor-

poralidade, como também ao indivíduo moral, neste caso, porque identifica naqueles cromossomos ou genes, indivíduos sociais potenciais, aplicando-lhes o modelo do que é considerado normal. Como a sociedade moderna, de acordo com Dumont, é uma sociedade individualista, no sentido do segundo termo da noção de indivíduo, pode-se ver que os genes terão algumas das características do indivíduo moderno: são vistos como independentes ("eles transmitem determinadas características hereditárias"), autônomos (têm uma lógica própria na transmissão das características hereditárias) e com uma corporalidade identificada por letras que os diferenciam, A (azão), a (azinho), B(bezão), b (bezinho), daí, na simbologia dos genes e cromossomos, chamá-los de indivíduos.

SISTEMA SIMBÓLICO E EXPERIMENTO

Como a pesquisa foi realizada em um ambiente acadêmico-científico, a visão de mundo dos biólogos geneticistas não deriva somente das aulas de prática teórica. Com efeito, Durkheim em *As Formas Elementares da Vida Religiosa* (2000) já demonstra que, "Conceber uma coisa é, ao mesmo tempo, apreender seus elementos essenciais, situá-la em um conjunto [...]" (Durkheim, 2000:484). De fato, Douglas apóia-se em Durkheim e Mauss para realizar seus estudos em cosmologia, onde busca "*tendencias y correlaciones entre el tipo de sistemas simbólicos y el de sistemas sociales*" (Douglas, 1978:14). De acordo com ela, "*La sociedad no es sencillamente un modelo que ha seguido el pensamiento clasificador; son las divisiones de la sociedad las que han servido de modelo para el sistema de clasificación*"[6]. Como em *As Formas Elementares da Vida Religiosa*, para Douglas, a sociedade é o modelo para o sistema de classificação, onde "*las categorías de acuerdo com las cuales percibimos cada experiencia se derivan recíprocamente unas de outras y se refuerzan entre si*"[7]. Assim, a visão de mundo deve ser vista como um sistema simbólico, onde cada elemento ou símbolo adquire sentido na relação com outros elementos ou símbolos do sistema, não podendo ser entendido isoladamente. Torna-se necessário então trazer para a discussão o que se depreende da prática laboratorial. Aqui passo para a descrição de uma prática de laboratório do módulo II, biologia molecular.

6 Ibidem:14.
7 Ibidem:93.

De uma maneira geral, para se realizar uma análise em laboratório é necessário seguir um protocolo de técnica[8], sem o qual, seria impossível refazer todo o processo de construção de uma substância. Os protocolos podem variar até para uma mesma análise, por exemplo, para se extrair um dna plasmidial pode-se usar vários tipos de tampão: em linhas gerais, a definição de uma solução tampão seria aquela que é capaz de atenuar a variação do valor de seu "ph", resistindo à adição, dentro de limites, de reagentes ácidos ou alcalinos. A ação promovida pelo ácido e sua base conjugada tende a reduzir as modificações na concentração hidrogeniônica de uma solução, formando por isso, um sistema denominado "tampão" ou *buffer*[9]. Um dos experimentos realizados na prática de laboratório, do módulo biologia molecular, foi a extração do dna plasmidial, orientado pela professora/pesquisadora Liana. Nesse experimento o dna do plasmídeo passa por uma série de testes até se conseguir isolá-lo. Os passos abaixo estavam escritos no quadro-negro para orientação da pesquisa:

> Isolar o DNA plasmidial de *Escherichia coli* a partir de um pequeno volume de cultura (minipreparação de plasmídeo). A técnica fundamenta-se na remoção seqüencial de barreiras e na precipitação seletiva de moléculas de ácidos nucléicos. Para a ótima precipitação do DNA cromossômico, faz-se a remoção seqüencial de barreiras como a parede celular (com lisozima) e membrana plasmática (com SDS, detergente), evitando-se a fragmentação do DNA cromossômico. Em uma primeira etapa é precipitado o DNA genômico na presença de SDS em pH alcalino. O DNA plasmidial, que permanece em solução, é posteriormente precipitado por adição de etanol (prática de laboratório sobre extração de dna plasmidial).

Após estes procedimentos o dna irá para a eletroforese em gel de agarose: método que consiste em separar o dna através de sua migração em uma matriz (gel de agarose). Quando submetido a um campo elétrico,

8 São protocolos de técnicas, grosso modo, os passos técnico-instrumentais que devem ser seguidos na análise da substância. Segundo Caio, na pesquisa em genética existem protocolos de pesquisa que englobam uma perspectiva teórica e um ou vários protocolos de técnicas aplicadas em momentos diversos durante a pesquisa.

9 Fonte: <www.ucs.br/ccet/defq/naeq/material_didatico/textos_interativos_34.htm> acesso em: 5 mai. 2006.

as moléculas migram a uma taxa que é dependente de sua carga elétrica e de seu peso molecular[10].

Fica claro que estes procedimentos visam separar um elemento: o dna. O experimento citado é um exemplo do que Latour em *Vida de Laboratório* (1997) chama de ciclo de purificação: procedimento necessário para isolar uma substância. Nas palavras de Latour um "ciclo de purificação tem por finalidade isolar a entidade que julgamos responsável pela diferença de dois traços registrados" (Latour, 1997:55). Ora, esse ambiente construído, onde se busca uma substância (uma entidade nas palavras de latour), erige-se na idéia de objetivar, de materializar, de tornar concreta esta substância, ao invés de vê-la como uma relação fenomênica dinâmica, portanto, deliberadamente construída (Bachelard, 2000). Se a substância passa por testes que visam purificá-la, logo, ela deveria ser vista como uma substância pura. No entanto, a substância que resulta deste processo, só será considerada pura quando o ciclo de manipulação for completo. A pureza não se limita aos testes químicos relatados por Latour em *Vida de Laboratório*. A idéia de pureza implica a noção de impureza, e, no caso do laboratório, também a idéia de contaminação.

Douglas em *Pureza e Perigo* (1976) sugere que as noções de sujeira e perigo estão relacionadas com a questão da ordem, no sentido de que devemos organizar nossas experiências no mundo. Dessa forma, ao mundo ordenado, organizado, vincula-se uma noção de pureza, e, qualquer ação, comportamento ou prática que entre em contradição com esta "ordem" é considerada um perigo e denominada de sujeira, poluição, impureza. A Pureza deve ser vista como um sistema simbólico, onde a impureza representa um perigo à violação deste sistema, desta ordem. Pureza e impureza estão, pois, associadas, haja vista que, a "Sujeira é um subproduto de uma ordenação e classificação sistemática das coisas" (Douglas: 1976:50). Assim, as idéias de sujeira (penso aqui em contaminação ou impureza no laboratório) têm a ver com sistemas simbólicos de pureza. Segundo ela,

> Como observadores, selecionamos, de todos os estímulos que caem em nossos sentidos, somente aqueles que nos interessam, e nossos interesses são governados por uma tendência a padronizar, chamadas alguma vez de *schema* [...]. Num caos de impressões movediças, cada um de nós constrói um mundo estável no qual os objetos têm formas

10 Fonte: <http://www.cib.org.br/glossario.php?letra=E> acesso em 5 mai. 2006.

> reconhecíveis, são localizados a fundo, e tem permanência. Percebendo estamos construindo, tomando certas pistas e deixando outras. As pistas mais aceitáveis são aqueles que se ajustam mais facilmente ao padrão que está sendo construído. Algumas, ambíguas, tendem a ser tratadas como se se harmonizassem com o resto do padrão. As discordantes tendem a ser rejeitadas. Se elas são aceitas, a estrutura de pressupostos tem que ser modificada (Douglas, 1976:51).

Temos uma crença em um sistema simbólico, qualquer ato, comportamento, ou prática que contradiz a classificação implicada no sistema simbólico representa um perigo a esse sistema, portanto, é vista como impura, contaminada, suja. Assim, a pureza deve ser concebida na intersecção de todos os procedimentos laboratoriais, e não somente nos processos de depuração química ou "ciclo de pureza" como diz Latour. O ato perigoso, aquele que contradiz a classificação do sistema simbólico, deve ser ampliado, na experimentação em laboratório, para incluir também o que se pode considerar como "erro técnico". Desta forma, qualquer manipulação que não saia de acordo com o que se convenciona chamar de "bem sucedida" inviabilizará a amostra, tornando-a impura, contaminada, sendo por isso, descartada.

A existência de aparelhos e de reagentes químicos com a finalidade de purificar uma substância, só deve ser entendida como resultado de uma classificação, assim, a noção de purificação antecede tais reagentes e aparelhos. De outra forma, tais aparelhos e reagentes químicos são entendidos como produtos de uma teoria, e só devem ser analisados em relação ao sentido que os homens lhes conferem. Bourdieu vai dizer que a atividade do laboratório implica a aprendizagem ou internalização de "estruturas teóricas extremamente complexas" que podem ser traduzidas em fórmulas matemáticas e adquiridas de forma acelerada graças à formalização (Bourdieu, 2004b:61). Sobre os instrumentos do laboratório diz Bourdieu,

> Em relação aos instrumentos é a mesma coisa: para manipular, utilizamos instrumentos que são concepções científicas condensadas e objectivadas num conjunto de aparelhos que funciona como um obstáculo, e o domínio prático que Polanyi evoca traduz-se pela assimilação tão perfeita dos mecanismos do instrumento que nos relacionamos intimamente com ele, fazemos o que ele espera, é ele que controla: é necessário ter assimilado muita teoria e bastantes procedimentos para estar à altura das exigências de um ciclotrão (Bourdieu, 2004b: 61-2).

Assim os procedimentos que visam purificar uma substância, são o resultado objetivado de classificações e teorias implicadas em um sistema simbólico de pureza, sendo, pois, estes aparelhos, "saber formalizado feito coisa" (Bourdieu, 2004b:61).

O pensamento científico constrói o objeto estabelecendo regras para construí-lo, controlando sua observação, objetivando seus propósitos em aparelhos, retificando seus erros ao longo da construção. Enfim, o ambiente científico, com ênfase no laboratório, é um ambiente altamente controlado, sujeito a regras que devem ser seguidas – por exemplo, os protocolos de técnicas. Em *Símbolos Naturales* Douglas propõe, de uma forma geral, "[...] *averiguar que condiciones sociales constituyen el protótipo de las distintas actitudes respecto al cuerpo humano* [...]" (Douglas, 1978:15). Para isso sugere a seguinte hipótese sobre a relação entre a experiência simbólica e a social "*uno de mis argumentos será que cuanto más valor conceda un grupo a las restricciones sociales, mayor valor asignará también a los símbolos relativos al control corporal*"[11].

Assim, cabe evidenciar como e em que momentos os docentes-pesquisadores expressam esse controle em sua prática científica. Abaixo transcrevo um pequeno trecho da entrevista de Caio, onde fica destacado o controle das operações no laboratório sob a forma de normas, regras e técnicas[12].

> É preciso planejamento, planejar bem, pensar em todas as possibilidades de dar errado, de dar certo, pensar nos controles corretos, nos seus objetivos... entendeu? Usar uma estratégia de você fazer responder a tua pergunta, se está usando a melhor metodologia, a melhor forma de fazer aquilo, se está cercando por todos os lados para responder aquela questão né! Quais são as possibilidades daquilo? Aquele experimento pode dar o produto A ou pode dar o produto A, B e C? Saber das possibilidades que aquele experimento pode te dar, entendeu? Você pegar técnica certa, abordar da forma certa e colocar os controles adequados. O controle é fundamental. Um controle positivo e um controle negativo para todos os experimentos que você fizer. Para você saber que aquilo que tu tá fazendo é fruto da variável tal, pra você chegar onde tá querendo chegar né (Caio, e5).

11 Ibidem:17.

12 Em *Vida de Laboratório* Latour consegue descrever, com riqueza de detalhes, essa preocupação em controlar todas as informações construídas no laboratório.

É claro que este controle também se exercerá, por exemplo, no recrutamento dos alunos que o pesquisador considera serem os mais aptos a estarem ali realizando experimentos. E diferente do controle sobre o experimento onde as regras metodológicas exercem seu peso na produção científica, no recrutamento de estagiários, bolsistas de iniciação científica, mestrandos e doutorandos, não existe uma adesão às normas como critério de seleção. No recrutamento, os critérios de seleção serão estabelecidos pelo docente--pesquisador com base em esquemas de percepção, em disposições.

Assim, o docente-pesquisador Caio diz ser "o chefe de seu laboratório" e o responsável direto por aceitar bolsistas, mestrandos e doutorandos, definindo características para aceitá-los.

> Eu considero principalmente o interesse da pessoa e a capacidade que eu percebo da pessoa de se relacionar com os companheiros de laboratório. Pra mim, a nota do cara, do aluno... eu não acho que o bom cientista necessariamente tem que tirar 10. Claro, é importante o cara ter conhecimento, mas é importante também o cara ter interesse, iniciativa, e bom relacionamento, ser uma pessoa tranqüila. Então, por exemplo, é claro que se tiver uma pessoa nota 10 e tenha tudo isso ótimo. Mas, por exemplo, eu já não aceitei alguns alunos que eram muito bons em termos de nota, mas eram pessoas difíceis de lidar, pelo o que eu conhecia. Eram pessoas extremamente competitivas. Eu não acho que a pessoa que seja extremamente competitiva necessariamente seja boa, de uma saúde boa pro laboratório. Eu gosto de pessoas colaborativas. Então, por exemplo, eu tenho alunos atualmente que quando eles eram alunos de iniciação na graduação, eles eram alunos de nota média, ali na média. Mas eram pessoas muito interessadas, que tinham aquela vontade, tinham um pouco daquela essência do cara que faz pesquisa realmente porque gosta demais. E tudo isso fez com que eles crescessem muito e agora eu vejo alguns desses alunos que já estão no mestrado, por exemplo, como eles amadureceram. Eles são pessoas realmente bem-preparadas na minha opinião (Caio, e2).

O recrutamento é restritivo para aqueles que não são considerados por Caio como "interessados", "tranqüilos", de "bom relacionamento". O que restringe ainda mais a seleção é o fato de que todos os membros do laboratório, na condição de doutorandos, mestrandos, estagiários, e bolsistas de iniciação científica, terem sido alunos dele na graduação: "Tenho... no meu

laboratório, eu tenho seis alunos. Tenho cinco de pós-graduação e um de iniciação científica, que é graduação (...) Todos os meus alunos de pós foram um dia alunos meus, tenho alunos que estão no doutorado já". Mesmo sem regras claramente definidas, Beatriz não foge ao esquema "interesse-relacionamento" descrito anteriormente por Caio, mas agrega a ele, a vocação, conceito demasiado abstrato que ela diz ter que sentir no aluno.

> A gente tem que avaliar o conhecimento né. O que que ele já fez, o currículo dele, como que ele foi nessa disciplina. Então tem essa parte de conteúdo onde ele faz uma prova escrita. Então é o conteúdo. Mas tem outra parte importante: o quanto ele gosta de ciência, e sentir realmente se ele tem aquela vontade, aquela vocação, pela pesquisa pelo trabalho de laboratório. Então isso conta muito também. As vezes tem aquela pessoa que tem essa vontade, é muito mais fácil você ensinar e fazer com que ele aprenda a parte do conteúdo mais especifico, do que uma pessoa que não tem muito interesse, não tem interesse na prática. Então tem a entrevista né. Aí é conversa... falo um pouco também do que que eu faço, vejo se ele tem interesse naquela área, que às vezes eles vêm muito jovens e querem fazer logo estágio, mas tem tantas possibilidades aqui no instituto e aí a gente precisa mostrar o que que fazemos realmente para que ele tenha uma idéia do que ele quer fazer. Em geral, eu faço uma seleção, pego mais alunos do que na verdade eu preciso. Se preciso de um, eu pego dois ou três. Porque, em geral, alguns realmente não se interessam. Aí acaba ficando aquele que realmente vai valer a pena. Eu adoro ensinar, adoro conversar, mas a gente precisa ter aquela pessoa que esta interessada (Beatriz, e4).

Desta forma, sendo o laboratório um espaço onde é exercido um controle minucioso das operações, processos, e dos que ali estão, a visão que os professores/pesquisadores terão do corpo será expressa na forma que Beatriz explicita: um corpo passível de ser controlado, alterado, sem defeitos e, claro, um corpo asséptico, já que, transformando em defeito um traço que difere daquele considerado como normal, ou seja, o que se considera uma disposição ou localização padrão dos genes em uma estrutura: o genoma, a genética estaria oferecendo uma prática asséptica aos indivíduos, dado seu potencial para construir, identificar e intervir em processos (moleculares, no caso da genética/biologia molecular) que possam ser relacionados com estados patológicos no organismo. É assim que Sibilia traz

para a discussão o dispositivo genético, um entrelaçamento de "elementos anatômicos, funções biológicas, condutas, sensações e prazeres" que está reconfigurando o princípio de normalidade, onde os erros são "suscetíveis de reprogramação, a partir do padrão ideal estatisticamente definido como normal" (Sibilia, 2003:182-3).

MANIPULAÇÃO E SUBSTANCIALIZAÇÃO DA MATÉRIA

Nas aulas de prática teórica, do módulo biologia molecular, lecionadas pelo docente-pesquisador Caio, não há o recurso às imagens de homens, mulheres, plantas, aves, cachorros, etc., como houve nas aulas de genética clássica, mas o recurso visual não deixa de ser explorado. Caio, no entanto, prefere utilizar uma didática diferente daquela utilizada por Beatriz, ele vai ao quadro e desenha, apaga, desenha de novo, apaga novamente para voltar a desenhar. Essa foi a rotina das aulas que assisti. Se as imagens também são exploradas nas aulas de prática teórica de biologia molecular, que imagens são estas? De uma forma geral, são desenhos de processos celulares de replicação, transcrição, tradução do dna, ligações químicas, etc., que o próprio Caio se encarrega de desenhar no quadro. Não houve nas aulas de biologia molecular expressões que indicavam espanto, surpresa ou mesmo repugnância, como nas aulas de genética clássica. Com a ausência de imagens de homens, mulheres, cachorros, ratos e aves os alunos pareciam se comportar como verdadeiros cientistas tomados pelo princípio do desinteresse[13], comportamento oposto ao que apresentavam nas aulas de genética clássica, com expressões do tipo: "Nossa! Que lindo!", "Que fofo!", "Argh!", "Que nojento!" e até mesmo uma recusa a olhar para as imagens em uma preocupação visível com a forma dos seres.

Que metáforas emergem nas práticas teóricas, nas entrevistas e nas conversas informais que tive com Caio? Em vários momentos ele utiliza a expressão "Vamos dar um zoom no gen "x" e ver a cara dele". Quando ele apresenta a transparência com uma imagem do gen, a "cara dele" é realmente

13 Em oposição ao desinteresse como "padrão típico de controle institucional" (Merton, 1970), Bourdieu introduz primeiro a noção de interesse e depois a substitui pela noção de *illusio.* Grosso modo, *illusio* refere-se "à cumplicidade ontológica entre as estruturas mentais e as estruturas objetivas do espaço social" (Bourdieu, 2005:139-0), onde os agentes estão presos ao jogo, por acreditarem que vale a pena jogar.

sua estrutura física, com forma, peso e localização espacial no dna. E desta forma seguem-se:

> "a genética na verdade **não é a abstrata,** pelo contrário, pra mim na biologia é a parte mais... é a biologia mais **concreta** que tem, você pode **ver o gen ali no gel**, o dna. Você **tá vendo** o dna" (Caio, e2).
> "o cara metendo a mão na **massa** ele vai entendendo aquilo" (Caio, e2).
> "ainda mais em genética molecular, tem muita coisa **espacial**" (Caio, e2).
> "Vamos falar agora sobre a **maquinaria** de reprodução da célula" (Caio, prática teórica).
> "Botar a mão na **massa** pra fazer um experimento" (Caio, e5).
> "Vamos colocar a questão do plasmídeo[14] de uma **forma ontológica**" (Caio, prática teórica).
> "Você tem que **pegar a mão**. A gente fala pegar a mão daquela metodologia, né? Você **pega habilidade de fazer aquilo** num grau mais refinado. **Isso aí só a prática dá** entendeu!" (Caio , e5).
> "**Motor** da transcrição" (Caio, prática teórica).
> "Porque ela é reconhecida por diferentes **maquinarias de transferência**" [sobre a expressão Ori-T] (Caio, prática teórica).

Percebe-se nos trechos acima uma recorrência a metáforas sobre a materialidade do gen, sua concretude, algo que existe como matéria e se encontra em um locus[15]. A biologia como **concreta**, o gen como **massa visível**, que localiza-se em um **espaço** determinado. Existe um local específico para o gene, se não há gene ali, houve uma mutação. O gene é concreto, podemos vê-lo, manipulá-lo, modificá-lo.

Caio vê a matéria, o corpo materializado e concreto do gene. Sua visão de ciência e do corpo parece eleger a manipulação da matéria orgânica como traço essencial da biologia molecular. Para além das noções já apresentadas de corpo manipulável, passível de ser construído, modificado, o que a biologia molecular na visão deste pesquisador indica, é a manipulação molecular do orgânico, assentada em uma ontologia genética da matéria de que somos constituídos. Bachelard em *O Novo Espírito Científico* (2000) critica a postura materialista,

---

14 Molécula de dna circular presente em muitos microrganismos, como bactérias e leveduras, capaz de se duplicar autonomamente.

15 Locus em genética corresponde ao sítio ou lugar onde se situam genes específicos.

> O materialismo, com efeito, procede de uma abstração inicial que parece dever mutilar para sempre a noção de matéria. Esta abstração (...) é a localização da matéria num espaço preciso. Num outro sentido, o materialismo tende ainda a limitar a matéria: recusando-lhe qualidades a distância pela proibição de agir onde ela não está (Bachelard, 2000:59).

Identifico a visão e a prática científica de Caio como materialistas. Primeiro, porque busca a manipulação da matéria orgânica, segundo, porque localiza a matéria em um espaço preciso, ele diz ver a matéria, mas a matéria estática, sem movimento. Transcrevo abaixo um trecho em que Caio me explica sobre a conjugação[16] nos plasmídeos, e que também pode elucidar sua postura.

> **Rodrigo:** Tem uma expressão: "Ori-T promíscua". Porque "promíscua"?
> **Caio:** Porque ela é reconhecida por diferentes maquinarias de transferência. Promíscua no sentido de... enfim, isso foi usado provavelmente quando eu tava dando aula de conjugação, falando de conjugação, que uma Ori-T pode ser reconhecida por diferentes maquinarias TRA de transferência, diferentes grupos de TRA podem reconhecer aquela Ori-T, entendeu?
> **Rodrigo:** Promíscua no sentido de...
> **Caio:** Ela funciona com diferentes maquinarias. Diferentes maquinarias de conjugação são capazes de reconhecer aquela Ori-T como uma Ori-T. É reconhecida por maquinarias diferentes (Caio, e5).

Percebe-se que, antes de ser um traço único de Caio, essa postura materialista que funda os fenômenos em realidades estáticas e localizadas espacialmente, é perspectiva de toda uma disciplina científica[17]. O trecho acima mostra como a substancialização, o materialismo impede de dar contornos dinâmicos às interpretações sobre o processo de transmissão de caracteres hereditários. Quando uma Ori-T (origem de transferência) é reconhecida

16 "Processo de transferência de DNA de uma bactéria para outra, envolvendo o contato entre as duas células (descoberta por Tatum & Lederberg, 1946). A conjugação está associada à presença de plasmídeos de natureza F. Estes plasmídeos contêm genes que permitem a transferência do DNA plasmidial de uma célula para outra ou, em outras palavras, a capacidade conjugativa". Fonte: <http://www.unb.br/ib/cel/microbiologia/genetica/genetica.html#conjugacao> Acesso em:15 jul. 2006.

17 Não se deveria abusar das generalizações dessa forma, contudo, com tal afirmação quero relevar o acordo tácito sobre certos conteúdos e habilidades consideradas necessárias para se pesquisar em uma determinada área.

por muitas maquinarias de transmissão, chama-se essa origem de transferência de promíscua, demonstrando todo o peso dessa visão substancialista, que busca fenômenos estáticos. Ori-T é o lugar, no gene, de onde se inicia a transferência do material genético. Quando duas células entram em contato, e uma delas tem um plasmídeo chamado de plasmídeo F, inicia-se a transferência de material genético, que sempre começa pela Ori-T. A Ori-T promíscua, como o gene, tem existência física, corpórea: ela é uma região do gene. A Ori-T promíscua não é uma anomalia dentro de um modelo, é uma das possibilidades apontadas pelos estudos para iniciar uma transferência de material genético. O que indica que a metáfora "promíscua" tem a ver com uma postura substancialista que vê nas relações mais dinâmicas, um problema, senão resolvido, já definido dentro do arcabouço do conhecimento maior da área: a Ori-T é promíscua quando estabelece relações com diversas maquinarias de transferência.

Quando Caio diz "Vamos colocar a questão do plasmídeo de uma forma ontológica", ele está acentuando a identidade dos processos moleculares que ocorrem tanto em uma bactéria, como em um ser vivo qualquer. Segundo ele, a referência à questão ontológica tem a ver com sua visão da genética. Caio dá um exemplo de seu materialismo ontológico citando uma pesquisa que está realizando: "Uma bactéria simbionte num vertebrado marinho que produz um composto que pode ser usado num tratamento anticâncer. Aí você vê, quer dizer isso é biologia marinha, é microbiologia, é zôo?" (Caio, e5). Para ele a genética pode e deve dialogar com outras ciências. Diz ele,

> A genética dentro da Biologia como um todo. Não só a genética em genética, mas como a genética pode ser vista dentro da Ecologia, da zoologia... Essa é uma preocupação que eu tenho. Mostrar a genética não só pela genética em si, mas como uma grande ferramenta para poder responder perguntas diárias, a princípio não relacionadas à genética, mas no fundo tudo tá relacionado. Eu acho que a compartimentalização da biologia tem esse problema. Se um cara gosta de ecologia ou zôo, fala: eu odeio genética. Mas isso não cabe, porque a genética é uma grande ferramenta para responder questões aparentemente de zoologia ou de ecologia (Caio, e5).

Nas aulas de Caio, a explicação sobre os processos de transmissão de material genético, são sempre de forma muito detalhada. Ele desenha várias vezes um mesmo processo, um mesmo momento deste processo,

e acredita que os alunos ganham mais com seus desenhos, do que vendo um vídeo animado ou lendo um livro sem antes ter ouvido sua explicação. Segundo ele "O visual é fundamental. Ainda mais em genética molecular, tem muita coisa espacial, muito desenho que explica o processo" (Caio, e2), ou também, quando diz

> Eu uso muito o quadro. Eu gosto de usar o quadro porque a gente vai explicando a coisa, desenhando na velocidade que o cara tá olhando ali e absorvendo aquela informação. E quando você tá desenhando no quadro significa que você tá apresentando a coisa de uma forma que o aluno sabe, tá copiando o que você tá fazendo no quadro, sabe como alocar aquela informação pra ele, entendeu (Caio, e2).

Assim, nas aulas de prática teórica, Caio desenha diversos processos moleculares no quadro, e sua explicação é sempre no sentido de realçar os movimentos de cada elemento constituinte daqueles desenhos. Como na explicação de Descartes para o funcionamento da circulação do sangue no corpo, Caio também decompõe os elementos constituintes de seu desenho em formas simples: cada elemento de seu desenho tem uma função, uma forma, uma localização e a partir do momento em que o processo se inicia, todos os elementos têm sua "tarefa" ajustada, bem definida, senão bem definida, pelo ao menos esperada. Descartes é o precursor desta visão mecânica do corpo, de acordo com ele

> Do mesmo modo que um relógio feito de rodas e pesos observa, não menos cuidadosamente, todas as leis da natureza, tanto quanto é mal fabricado e não indica direito as horas, quanto quando satisfaz de todos os votos de seu artífice; assim também, se considero o corpo do homem como um mecanismo feito de ossos, nervos, músculos, veias, sangue e peles, ajustado e composto de tal maneira que, mesmo que nele não existisse nenhuma mente, ele teria, contudo, todos os movimentos que nele agora não procedem nem do império da vontade e, nem, portanto, da mente, mas somente da disposição dos seus órgãos, facilmente reconheço que lhe seria tão natural, se fosse, por exemplo, hidrópico, sofrer de secura na garganta, - que costuma significar à mente a sensação de sede, ficando em conseqüência disso disposto a mover seus nervos e suas outras partes para tomar uma bebida que, neste caso, aumentará seu mal, em prejuízo, pois, dele mesmo, - quanto é natural que, não havendo

> nele tal vício, seja levado pela secura da garganta a tomar uma bebida que lhe é útil. (apud Monteiro, 2005:68).

Monteiro(2005) destaca a importância do mecanicismo para a concepção de corpo biotecnológico.

> A ruptura operada por Descartes de certa forma tornou possível o 'corpo biotecnológico', exatamente por tornar a matéria ontologicamente diferente do espírito. Pois as ciências experimentais, libertas de amarras de cunho religioso e outros, puderam ver na matéria as regras universais da física, realizando cada vez mais o ideal cartesiano de uma explicação única que reduziria todos os fenômenos complexos a princípios simples. Com o advento da genética, o corpo informacional regulado pela bioquímica torna-se a realidade principal do corpo na ciência institucional. Ou seja, sem a separação ontológica entre matéria e espírito seria impossível a compreensão atual do corpo como conjunto complexo de reações químicas reguladas pelo DNA, sem intervenção nenhuma do espírito. A explicação cartesiana para a matéria, feita exclusivamente a partir da compreensão do choque entre partículas, atinge na biologia atual o seu ápice e talvez a sua superação (Monteiro, 2005:64).

Frezzatti Jr. (2003) já indica que Descartes foi o precursor de uma série de visões mecanicistas, e que o mecanicismo não pode ser apreendido de forma simplista. Vários outros cientistas desenvolveram visões específicas sobre o mecanicismo cartesiano[18]. Estando fora dos objetivos deste trabalho discutir as várias abordagens mecanicistas, apenas destaco algumas características das perspectivas mecanicistas discutidas por Frezzatti Jr. De acordo com ele, em Descartes encontram-se três princípios fundadores do mecanicismo na biologia: a mesma lei mecânica explica máquinas e humanos; a causa da ação das partes está dentro do próprio corpo; mantidas as condições de manifestação do fenômeno as respostas são as mesmas. Ao longo dos anos o mecanicismo foi identificado com o determinismo causal dos fenômenos vitais, o qual dizia que tais fenômenos seguem uma ordem determinada de acontecimento. Por sua vez, em 1869, Helmholtz prega a redução dos fenômenos orgânicos aos processos físico-químicos. Loeb diz que o corpo é uma "máquina química", mas que não deve ser entendida somente neste

18 La Mettrie (1748), Schwann (1839), Helmholtz (1847), Bunge (1887), Klebs (1903), Loeb (1913).

aspecto, e que ao estudo dos processos físico-químicos deve-se agregar um estudo sobre sua estrutura e organização (Frezzatti Jr, 2003:438-440).

Fica claro que Caio apresenta uma visão de corpo, de certa forma, típica do mecanicismo. Ele enfoca a matéria em sua realidade substancial, o que não quer dizer que, nas várias formas em que ele transmite os diversos processos moleculares, ele não fale também de aspectos relacionais. Mas suas atenções são direcionadas, para "fazer aparecer" o dna, o gene. Contudo, tais metáforas que ele usa nas aulas de prática teórica e de laboratório, e também para dialogar sobre biologia molecular, devem ser vistas, antes, como uma linguagem específica da área em que ele pesquisa, e não somente como um traço particular dele. É assim que ele fala "você pode ver o gen ali no gel, o dna. Você tá vendo o dna". São claras as metáforas mecânicas em expressões do tipo: "maquinaria de transferência", "maquinaria de reprodução", "a transferência de todo um dna vai depender de quão estável é o casal: a célula receptora e a doadora. Se o pareamento se estabilizar...", "Isso é um emaranhado de regulações que se entrelaçam", "Para cada proteína regulatória você tem uma sequência específica", "a capacidade de edição do Dna Polimerase II, é sempre no sentido 5', 3' [cinco linha, três linha]", "Gente isso aqui é uma hipótese sobre a entrada de dna em uma célula por uma maquinaria de competência natural", "Motor da transcrição".

E assim seguem-se aquelas que fazem aparecer o dna, o gene: "Botar a mão na massa pra fazer um experimento", "[...]a genética na verdade não é a abstrata, pelo contrário, pra mim na biologia é a parte mais... é a biologia mais concreta que tem, você pode ver o gen ali no gel, o dna. Você tá vendo o dna", "Você tem que pegar a mão. A gente fala pegar a mão daquela metodologia, né? Você pega habilidade de fazer aquilo num grau mais refinado. Isso aí só a prática dá entendeu!", "o cara metendo a mão na massa ele vai entendendo aquilo", "mas essa molécula é rígida", "Vamos dar um zoom no gen "x" e ver a cara dele", "todo tRNA tem uma sequência espacial idêntica, mas pode ter sequências diferentes de seus elementos"[19].

A trajetória de Caio foi marcada pelo contato com três diferentes áreas da biologia (biologia marinha na graduação, ecologia no mestrado e genética no doutorado). Isso lhe dá uma visão ontológica sobre os processos moleculares dos corpos orgânicos. E é justamente nesta visão ontológica que Caio julga ver a dinâmica. De acordo com ele

19 Trechos retirados das entrevistas 2 e 5, das aulas de prática teórica e das conversas informais que tivemos nas visitas que fiz ao laboratório onde Caio pesquisa.

> O genoma é uma coisa muito dinâmica. Em que sentido? Existem recombinações, o genoma não é uma coisa estática, surgiu uma espécie a acabou, mas é uma coisa muito dinâmica e existem processos de transferência de gens na natureza, inúmeros. A última parte do curso eu resumo em uma frase, falando com que os alunos entendam que o ambiente é um reservatório de gens. Mais do que um reservatório de espécies, ele é um reservatório de gens. Quando você fala em um reservatório de gens dá noção... dá noção de que existe um potencial no meio ambiente acumulado ali dentro. Que é o potencial de que, com o tempo, a cada momento surgir coisas novas (Caio, e2).

Dessa forma, os genes continuam sendo, através de sua corporalidade aparente, o veículo que possibilita tanto a existência como a transmissão das características hereditárias. Recombinam-se genes, o ambiente é um reservatório de genes, os genes são potencialidades. Ora, esta idéia de dinâmica recombinante (idéia construída, em parte, pelos cientistas) aplicada ao meio ambiente, postula uma explicação legítima das relações entre diversos seres vivos: humanos, plantas, insetos, bactérias, etc. A despeito disso, essa visão de dinâmica recombinante entre as espécies, não deixa de localizar o fenômeno no gene, mas ao contrário, o defende de forma contundente, haja vista, ser necessário postular a existência do gene dentro dos processos corporais em nível molecular, construindo, para isso, sua corporeidade. É preciso construir o que se considera ser o material genético a ser transmitido e como ele se transmite. A forma encontrada para explicar este processo é o gene.

Todavia, se com a genética clássica a herança biológica já pode ser vista como informação, na biologia molecular radicaliza-se esta posição. Os processos de replicação, transcrição e tradução da fita de dna são concebidos como modelos de transmissão de informação/material genético. Santos denuncia essa apropriação do biológico como informação

> O homem não é mais a medida de todas as coisas, porque ao privilegiarmos o plano da informação, ao tomá-la como referência última, passamos a valorizar o molecular o infra-individual, comprometendo a noção de indivíduo e questionando a de organismo. Quando nos damos conta de que na ótica do biotecnólogo uma planta, um animal ou até mesmo um ser humano reduz-se a um pacote de informações – porque o que interessa é o agenciamento de suas informações genéticas – percebemos melhor a mudança de perspectiva (Santos, 2003:86).

A simbologia presente nos desenhos que Caio apresenta nas aulas de prática teórica indica que, se por um lado pode-se falar em mecanicismo devido aos movimentos, funções, estruturas e materialidade do que se chama gene, por outro, estão estreitamente ligados à idéia de o que acontece ali, são processos de transmissão de informação genética, que, explicados pelo formalismo matemático computacional também invocam descartes e o mecanicismo. O simbolismo na biologia molecular, encontra na bioinformática, o desenvolvimento de modelos que permitem interpretar a grande quantidade de informação necessária aos biólogos para compreender os processos celulares. Assim, a biologia molecular também sofre os efeitos da matematização de que Bourdieu fala em *Para uma Sociologia da Ciência* (2004b). Ora, a biologia molecular não abandona o simbolismo da genética clássica, mas desenvolve todo um sistema de símbolos que, do ponto de vista do biólogo molecular, se apresenta como lógico e coerente.

Grosso modo, o modelo informacional, segundo Monteiro, tem sua base em Wiener e Shannon. O primeiro introduz a noção de informação como o conteúdo da permuta que o indivíduo faz com o mundo em um processo contínuo de ajustamento neste mundo. O segundo introduz a separação entre informação e significado, mas diz ser o significado irrelevante para a engenharia, o que importa é a seleção de uma dada informação dentre um rol de mensagens possíveis (Monteiro, 2005:81-3). A radicalização destes modelos cibernéticos é explicitada, por Sibilia. Segundo ela,

> A linguagem decifrada a menos de cinqüenta anos é universal: todas as células de todos os seres vivos contém um "manual de instruções" escrito no mesmo código, o que lhes permite reproduzir-se conservando intacta a sua informação genética. O código é idêntico para todos os seres vivos, enquanto as instruções nele escritas variam para cada espécie: em cada caso, elas conformam um conjunto específico de informações chamado *genoma*. Assim, o tão alardeado Projeto Genoma Humano, que contribuiu grandemente para a popularização dos termos e de toda retórica ligada à biologia molecular e à engenharia genética, apresenta o corpo humano como uma sorte de programa de computador a ser decifrado. Nesse código aparentado como o software, uma diferença mínima nas instruções da seqüência – um erro na programação genética – pode determinar a presença ou a ausência de uma determinada doença ou de um traço da subjetividade (Sibilia, 2002:75-6).

A bioinformática, segundo Sibilia, chega mesmo a apresentar a dicotomia cartesiana entre mente e corpo: sendo a informação o substrato que daria forma e vida aos seres, postula-se o rompimento entre corpo e informação, de outra forma, postula-se ser possível transferir a informação para um outro suporte que não o corpo, tornando o corpo obsoleto (Sibilia, 2002:55-6).

Monteiro (2005) ao realizar pesquisa sobre marcadores moleculares para câncer de próstata (os *microarrays*[20]) no Instituto de Matemática e Estatística da USP e no Instituto Ludwig/Hospital do Câncer, se depara com diferentes visões sobre o corpo. Diz ele,

> Entre conversas, entrevistas e tempo passado nos laboratórios e corredores das instituições, alguns pontos comuns entre os pesquisadores se mostraram claramente perceptíveis e uniformes, sendo reforçados, não obstante as raras exceções a esses padrões que foram encontradas. O ponto central foi poder avaliar, de forma bastante segura, o quanto a dicotomia entre corpo/mente, calcada na tradição cartesiana (Descartes, 1999; ver também Des Chene, 2001 e Donatelli, 2000), mesmo que em convivência com outros tipos de concepção do corpo, ainda permeia o imaginário e o discurso dos pesquisadores (Monteiro, 2005:108-9).

Monteiro demonstra que a dicotomia cartesiana corpo-mente, no caso de seu objeto, aparece, por exemplo, "quando vários dos pesquisadores mencionavam que o limite para as explicações objetivas do corpo era a mente quando indagavam da impossibilidade de quantificar o pensamento, ou ainda quando questionavam sobre como elaborar modelos que explicassem de forma satisfatória os processos mentais" (Monteiro, 2005:111-2).

Monteiro relata que existem desentendimentos entre biólogos e bioinformatas, que disputam a importância de suas contribuições para o desenvolvimento dos marcadores moleculares. Os primeiros dizem ser eles que proporcionam os "dados", que experienciam, que tem o contato com o empírico. Os que se vinculam à bioinformática[21], por se basearem na ma-

---

20 "O *microarrays* é uma técnica de medição da expressão gênica, de uma forma comparativa, a partir da quantidade de mRNA que foi produzido por cada gene" (Monteiro, 2005:116).

21 "A bioinformática, segundo Setúbal (2003), tem dois problemas, que auxiliam a entender a relação entre matemática e biologia, relação essa que fundamenta os embates em torno dos usos e aplicações das tecnologias: 1) interpretar o DNA

temática e na computação, destacam o papel que a construção de modelos matemáticos tem no desenvolvimento de explicações que comportem o funcionamento "real" do organismo. Todavia, Monteiro deixa claro que não é o caso de se falar em

> substituição de uma visão por outra, ou de uma evolução linear que leva necessariamente de um tipo de corpo a outro. Pode-se, a partir dos dados levantados, articular o debate que ocorre na ciência em torno dos biomarcadores como um debate também sobre como se deve pensar a prática clínica e o corpo. Ou seja, pode-se compreender melhor os processos conflituosos e múltiplos que articulam uma visão com outra(s) emergente(s). As novas tecnologias abrem espaço para uma gama de novos acessos ao corpo, e as possibilidades assim engendradas levam a conflitos em torno da definição de quais seriam as melhores formas de lidar com as mesmas (Monteiro, 2005:115).

E aqui invoco Bourdieu, que lembra que essas disputas que acontecem nos contatos entre ciências, revelam *habitus* diferenciados. As disputas, segundo Bourdieu, devem-se à composição do capital de uns e outros: "nas equipas que reúnem físicos e biólogos, os primeiros, por exemplo, dispõem de forte competência matemática, os segundos de maior competência específica, simultaneamente mais livresca e prática (...)" (Bourdieu, 2004b:63). E a formalização matemática ao invés de opor bioinformatas e biólogos servirá como princípio unificador "ao impor a incorporação de regras que presidem à sua utilização (protocolos de utilização)"[22]. É dessa forma que Monteiro diz que, a despeito das diferentes visões do corpo que encontrou ali, todos crêem estar contribuindo para a compreensão "da realidade do funcionamento do corpo" (Monteiro, 2005:113).

Monteiro acentua que estas novas leituras sobre o corpo têm buscado mais do que a representação do corpo e de seu funcionamento, "no sentido de um modelo explicativo que fosse a reprodução exata do real. O modelo explicativo atualmente vem se confundindo com o real, atravessando a matéria, e as representações a respeito do corpo são cada vez mais parte do corpo ele mesmo" (Monteiro, 2005:111). Ora, uma prática que visa, como

como linguagem, ler a informação dos genes; 2) entender os efeitos da informação genética" (Monteiro, 2005:111).

22 Ibidem: 94.

disse anteriormente, "fazer aparecer o gene", constrói esse gene, dá existência corporal ao gene, física. De outra forma, a prática do geneticista molecular não visa somente construir modelos interpretativos do funcionamento do organismo, das células, do dna, do gene, das proteínas, ela constrói o gene, o gene é o resultado da(s) prática(s) que busca(m) fazê-lo aparecer. O discurso de Caio é produto de interpretação, de visão de mundo. Ao mesmo tempo essa visão de Caio interfere, intervém na corporeidade de seus objetos de pesquisa através da manipulação da matéria orgânica dos mesmos, construindo materialidades orgânicas adaptadas à sua visão, à sua interpretação do que seja a "realidade" ou "verdade" do funcionamento de tais organismos.

Mesmo que alguns procedimentos laboratoriais de Caio, possam vir a destacar o aspecto matemático-formal, por meio da aparelhagem, por exemplo, Caio só acentua o aspecto mecanicista vinculado às funções, aos ajustes, à maquinaria, ao motor. É dessa forma que a genética ou biologia molecular apresenta uma visão mais realista da realidade, porque fundada em crenças e instrumental técnico que buscam fazer aparecer a realidade, neste caso, os genes.

Retomando Bourdieu, diria que as disputas entre biólogos e bioinformatas dizem respeito à característica mais geral do campo científico, a saber, a disputa pelo monopólio da autoridade científica, ou seja, pelo monopólio de poder discursar sobre o mundo de forma legítima, válida. Bourdieu (2004b) demonstra que a matematização foi um dos fatores que contribuíram para o fechamento do campo científico sobre si-mesmo. Quando Bioinformatas reclamam para si o reconhecimento da importância dos marcadores moleculares para desenvolver a pesquisa em câncer, eles estão ao mesmo tempo, legitimando os modelos formais, matemáticos, de interpretação da realidade. Os biólogos também reclamam para si o reconhecimento, mas embasados em esquemas práticos, manuais, na manipulação da matéria orgânica. Não seria o caso de discutir qual visão é mais legitima que a outra, mas de destacar o movimento que vem contribuindo para unir especialidades diferentes, áreas adjacentes, como o caso da biofísica, bioquímica, neuroquímica, neuroendocrinologia, etc. Nestes casos percebe-se que o sujeito da ciência, como diz Bourdieu, não são os cientistas enquanto indivíduos, mas sim o campo científico "como universo das relações objectivas de comunicação e de concorrência (...)" (Bourdieu, 2004b:99).

Bachelard identifica no mecanicismo cartesiano o exemplo de ciência materialista. A esta visão de ciência opõe uma ciência do movimento, uma ciência dialética. Sobre a ciência nos moldes cartesianos diz:

> Não somente Descartes crê na existência de elementos absolutos no mundo objetivo, mas ainda pensa que estes elementos absolutos são conhecidos em sua totalidade e diretamente [...] a evidência aí é completa precisamente porque os elementos simples são indivisíveis. Vemo-los completos porque os vemos separados. Assim como a idéia clara e distinta é totalmente depreendida da dúvida, a natureza do objeto simples é totalmente separada das relações com outros objetos (Bachelard, 2000:126).

É assim que a noção de gene como "coisa" concreta, com massa, estrutura física, materialidade, corporalidade vincula-se a uma ciência que substancializa fenômenos. A biologia molecular, orientada por uma ontologia materialista apoiada na química, substancializa os fenômenos moleculares em realidades físicas qualitativamente distintas que são vistas como causadoras dos fenômenos (Bachelard, 2000:62). Abaixo veremos com Solha e Silva (2004) que o gene passou de um momento em que era visto como construção teórica para um outro momento em que passa a ter existência material.

> Desde Mendel até os dias atuais, é inequívoco que as definições de gene têm se modificado. Os genes, que no início eram pares de fatores mendelianos, constituíam-se desta forma, em objetos construídos, sendo sua existência material só entendida dentro de uma teoria. Estes pares de fatores começaram a ganhar materialidade com a teoria cromossomial da herança, como "contas em um colar", até que a elucidação da estrutura do DNA lhes deu um corpo molecular. É assim, que estes pares de fatores ganham materialidade. A perspectiva molecular parecia destinada a uma menor instabilidade (Solha; Silva: 2004: 65).

Esse momento da materialização dos genes, segundo Solha e Silva, está sendo superado por correntes dentro da própria genética que estão incorporando a noção de processo na conceituação do gene, desta forma, o gene pode novamente se desmaterializar, sendo entendido não como uma entidade, mas como um processo, como um fenômeno construído por uma lógica dialética. De acordo com os autores isso só acontecerá,

> Com a adoção de uma lógica que permita uma visão mais ampla e aberta, que reconheça o gene como um processo, que assuma a contradição

> e a totalidade, a mediação recíproca e o movimento; que enxergue a realidade dos fenômenos e não das coisas. Em síntese, uma lógica dialética; percebendo que o gene volta às suas origens, ou seja, só pode ser entendido como objeto construído racionalmente. Sua real existência é dependente dos modelos teóricos que lhe dão sentido. Fora destes modelos este objeto não se sustenta. Sua utilidade teórica se dissipa. (Solha; Silva, 2004).

Para finalizar, destaco algumas aproximações e diferenças entre as visões de mundo de Beatriz e Caio. Beatriz demonstra toda a força de sua perspectiva relacional e dessubstancializadora, ao falar de cruzamentos. Ela mostra como seu objeto é concebido na relação.

> Porque o que você vê é a pessoa ou o cachorrinho, ou a drosóphila né, é aquele individuo que vai cruzar com aquele outro, por isso que a gente trabalha com isso, com cruzamentos. Na biologia molecular é uma coisa diferente, porque pode chegar extrair, pegar um pouco de sangue aqui, extrai, você tem aí o gene. E aqui você não tem. Isso aqui [apontando para um desenho que representa o genótipo de um ser qualquer] é o que você está imaginando, o que está por trás daquele individuo que você tá vendo. Você tem que fazer cruzamentos (Beatriz, e3).

> Se você for AA ou bb, eu só vou saber disso se você cruzar com uma mulher e ai dependendo dos filhos que vocês tiverem eu possa inferir que o seu genótipo é aquele, como a gente fez com as drosophilas (Beatriz, e3).

Em um primeiro momento pode-se pensar que ela ainda substancializa, porque parte da identificação dos fenótipos[23], mas a manipulação dar-se á na seleção, no cruzamento. Da mesma forma, o uso da matemática e da estatística fortalece a simbologia dos genes, dando ênfase em aspectos relacionais e enfraquecendo a concepção da matéria em termos substanciais. A ciência de Beatriz é abstrata porque ela não lida diretamente com seu objeto: os cromossomos. Ela lida com os seres vivos, utilizando os cruzamentos e a identificação do fenótipo da prole para se chegar aos genótipos dos parentais. Contudo, Beatriz faz questão de destacar a identidade entre

23 Conjunto de características observáveis, aparentes, de um indivíduo, de um organismo, que exprime tanto fatores hereditários (genótipo) como também modificações trazidas pelo meio ambiente.

a genética clássica e a biologia molecular "Porque uma coisa depende da outra, porque quando eu falo: dna ou cromossomo ou gene ou cruzamento, no final a gente tá falando da mesma coisa né. A matéria é a mesma, às vezes com abordagem diferente" (Beatriz, e3). Como indicaram Solha e Silva, o gene como corpo molecular (material) é um traço comum dentro da disciplina científica biologia molecular, no entanto, segundo os autores, existem correntes que estão trazendo para o conceito de gene a lógica dialética. Neste caso, digo que Caio está vinculado à perspectiva que ainda vê os genes dentro de um conceito estático, localizado em um espaço determinado, com funções definidas e/ou esperada.

Vê-se que Beatriz e Caio trabalham com a idéia de uma ontologia da matéria de que são formados os seres vivos e dos processos de transmissão da hereditariedade. A explicação, nestes casos, vale tanto para uma drosophila, uma bactéria, um ser humano ou uma ovelha, por exemplo. É isso que Caio quer dizer quando diz tratar dos plasmídeos de uma forma ontológica. É claro que a manipulação que Beatriz opera não se confunde com a manipulação que Caio realiza diretamente no que eles consideram ser a chave para desvendar a existência, funcionamento e transmissão das características hereditárias: os genes. Enquanto para Beatriz a manipulação acontece, principalmente, na seleção dos casos e nos cruzamentos, em Caio ela acontece acessando a matéria, construindo um fenômeno material, dando existência corpórea aos genes, ao dna, através dos diversos experimentos de manipulação molecular. O simbolismo também é um aspecto que as duas disciplinas (genética clássica e biologia molecular) herdaram do processo de autonomização do campo (Bourdieu, 2004b:70). No entanto, Beatriz tem na estatística e na teoria da probabilidade, grande parte de seu poder de explicação e previsão, enquanto que a Caio prioriza as técnicas e procedimentos que possibilitem construir materialmente os genes, fazer os genes aparecer[24].

Enfim, essa busca maximinimizada[25] pela decomposição do corpo em entidades isoladas, concretas, aproxima a genética dos modelos da física mecânica. De acordo com mudanças que vêm sendo realizadas no conceito

24 Contudo, nada impede que um outro docente-pesquisador qualquer, se for lecionar o módulo biologia molecular, possa enfocar, por exemplo, a bioinformática. Relevando, dessa forma, os símbolos e as operações matemáticas que possam equilibrar a balança das perspectivas material e relacional.

25 O conceito diz respeito ao desenvolvimento de métodos, técnicas e de uma visão sobre o objeto que privilegia a dimensão molecular nas análises. Maximinimizar quer dizer: a existência de uma crença de que no molecular, no aspecto físico-químico está o segredo do domínio da vida, assim, constitui-se todo um aparato teórico que dê sustentação a esta crença. Concomitantemente ocorre a construção de estruturas cada vez menores e mais complexas (o desenvolvimento de chips é exemplar neste caso) e desenvolvimento de aparelhos que analisem a matéria em nível molecular.

de gene, talvez o modelo mecânico de corpo (daí a maquinaria de reprodução da célula), seja suplantado por um modelo quântico: novo paradigma para a biologia molecular. Com efeito, cabe aos cientistas sociais antecipar esta mudança de movimento, antecipando também o debate a respeito das implicações éticas envolvidas em pesquisas que tomam o corpo como objeto, para, quem sabe, nos livrar da ética *a posteriori* que tem dominado esse campo de conhecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A visão de mundo de Caio e Beatriz, que emergiu nas práticas teóricas e de laboratório, nas entrevistas, e nas visitas que fiz aos laboratórios onde pesquisam, demonstra que ambos têm visto o corpo como algo que pode ser manipulável. Se Beatriz apresenta mais elementos discursivos que indicam a força dessa visão de corpo manipulável, construído, através da seleção das proles e dos cruzamentos, Caio demonstra vincular-se a uma perspectiva que busca construir o corpo material do gene, através de técnicas que buscam "fazer aparecer" o gene. As metáforas que ambos utilizam para definir o corpo indicam, por um lado, que o discurso sobre o corpo tem se tornado cada vez mais abstrato (os desenhos que Caio apresenta, ou os símbolos que Beatriz utiliza para definir os indivíduos demonstram isso) e, por outro, que a manipulação tem sido cada vez mais influenciada por uma visão mecanicista, materialista. Visão de corpo que não fica somente na dimensão de representação, mas que tem se mostrado cada vez mais uma visão intimamente vinculada a uma perspectiva de intervenção na matéria orgânica. Por isso o corpo está sendo cada vez mais construído a partir de nossas interpretações/representações (sociais) de homem.

Como disse anteriormente, sendo o laboratório um local onde é exercido um controle minucioso das operações, processos, e dos que ali se encontram, o corpo que emerge na visão de corpo dos pesquisadores, será um corpo sujeito ao controle, portanto, um corpo construído entre os procedimentos experimentais e os esquemas de teóricos que dão sustentação a estes procedimentos. Aqui tem todo o sentido falar de fato científico, mas não como Latour, que o reduz a sua dimensão textual. O corpo, de fato, que emerge na prática e no discurso de Caio e Beatriz é o próprio fato científico. Mas o fato não se reduz ao corpo construído, diz também respeito à dimensão textual, teórica, de que Latour fala. E não seria esse corpo manipulado que Beatriz apresenta em suas drosophilas com asas pequenas, resultado de uma longa

seleção dos casos? Ou quando Caio apresenta os processos moleculares da célula na forma de um construto mecânico com ênfase em "fazer aparecer os genes", em construir sua corporeidade através de uma série de processos de interpretação, seleção, depuração química, espectrometria?

A genética tem oferecido uma prática asséptica aos indivíduos, por meio da seleção e/ou exclusão de traços ou evidências genéticas ou na construção de uma corporeidade orgânica (o gene, por exemplo). Construção que, possibilitada pelas técnicas atuais de manipulação da matéria orgânica em escala molecular, se dá cada vez mais de acordo com nossas representações do que deva ser o corpo. E aqui percebe-se que, na genética, e em especial na genética ou biologia molecular, as representações e a matéria estão de tal forma entranhadas que o laboratório se apresenta como o local onde a representação do corpo, e o corpo construído a partir dessa representação, cada vez mais se confundem.

REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. *O Novo Espírito Científico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000.

_____. *A formação do Espírito Científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOURDIEU, Pierre. O Campo Científico. In: *Bourdieu: Sociologia.* ORTIZ, Renato (org.). São Paulo: Ática, 1994.

_____. Introdução a uma sociologia reflexiva. In: *O Poder Simbólico.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

_____. *Os Usos Sociais da Ciência: por uma sociologia clínica do campo científico*. São Paulo: Unesp, 2004a.

_____. *Para uma Sociologia da Ciência*. Lisboa: edições 70, 2004b.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *Ofício de Sociólogo: preliminares epistemológicas.* Petrópolis: Vozes, 2005b.

DESCARTES, René. *Discurso do Método.* Rio de Janeiro: Ediouro, 1960.

DOUGLAS, Mary. *Pureza e Perigo*. São Paulo: Perspectiva, 1976.

_____. *Símbolos Naturales: exploraciones en cosmologia*. Madrid: Alianza, 1978.

DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*

Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FREZZATTI Jr, W. A. *Haeckel e Nietzsche: aspectos da crítica ao mecanicismo no século XIX*. Revista *Scientiae Studia*. São Paulo: USP, Vol. 1, No. 4, out.-dez. 2003.

GRIFFTHS, Anthony. J. F. et al. *A Genética Moderna*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

LATOUR, B; WOOLGAR, S. *A Vida de Laboratório: a produção dos fatos científicos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

MAUSS, Marcel. *Ensaios de Sociologia.* São Paulo: Perspectiva, 2001.

_____. Técnicas Corporais**.** In: *Sociologia e Antropologia*. São Paulo, Cosac & Naify, 2003.

MONTEIRO, Marko. S. A. *Os dilemas do humano: reinventando o corpo numa era (bio) tecnológica*. Tese (doutorado em ciências Sociais) São Paulo: UNICAMP, 2005.

SANTOS, Laymert G. *Politizar as Novas Tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

SIBILIA, Paula. *O Homem Pós-Orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

SOLHA, Gustavo. C. F; SILVA, E. P. *Onde Está o Lugar do Conceito de Gene*. Revista Episteme. Porto Alegre: v. 19, 45-68, jul-dez 2004.

SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA E RAIMUNDO FAORO: DOIS CLÁSSICOS DO PENSAMENTO NACIONAL

Leila Borges Dias Santos[1]

INTRODUÇÃO

Para compreender a realidade brasileira e as causas da miserabilidade, desigualdade, corrupção e concentração de renda, os estudos de Sérgio Buarque de Holanda e de Raimundo Faoro auxiliam no esclarecimento da peculiaridade do capitalismo periférico no Brasil.

O ensaio intitulado *Raízes do Brasil*, publicado em 1936, inseriu Holanda na categoria de formulador da história social local. Nesse trabalho, é encontrada a noção de *homem cordial*, traço formador do caráter nacional, nela haveria a necessidade de estabelecer familiaridade em todas as situações, deixando clara a dificuldade em travar relações impessoais e abstratas características do capitalismo moderno, além do rechaço ao espírito de associação e à noção de coletividade.

A *cordialidade* seria herança do personalismo português e do ambiente patriarcal e rural do Brasil colônia, que, após o gradual processo de urbanização pelo qual passou, teria se enfraquecido, mas seria ainda presente. Não se deve, porém, supor que a *cordialidade* encerra apenas aspectos negativos. Na visão de Holanda, a mesma corresponde a uma contribuição original do Brasil às relações humanas.

Já em *Os Donos do Poder*, obra publicada por Raimundo Faoro em 1958, destaca-se a análise do *patrimonialismo*. A obra trata da evolução política portuguesa e seu reflexo no processo congênere brasileiro, desde D. João I até Getúlio Vargas. Faoro vasculhou os primórdios da mistura entre as esferas pública e privada existentes na política brasileira, para entendê-la.

1 Doutora em Sociologia pela UnB e professora adjunta da Faculdade de Letras da Universidade Federal de Goiás.

Considerando Portugal um Estado patrimonial e não feudal, o autor apontou a origem deste processo no centralismo político português. Concentrando em suas mãos tanto as rédeas políticas quanto econômicas, o monarca português teria agido como se fosse de sua absoluta propriedade toda a riqueza do país, reduzindo a sociedade à condição de súdita a serviço da corte. Portugal teria se mantido aquém das transformações empreendidas pelas burguesias de outros países europeus. O personalismo e a apropriação do público como se fosse privado foram a maior herança deixada por Portugal no âmbito da política.

No presente artigo, portanto, apresento a perspectiva dos dois autores brasileiros. Em cada um, encontram-se distintas interpretações da realidade nacional, mas, em seu conjunto, percebe-se um perfil esclarecedor a respeito do passado brasileiro.

A INTERPRETAÇÃO DE SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA SOBRE AS ORIGENS SOCIAIS BRASILEIRAS

Imbuído do espírito modernista que envolvia a intelectualidade da época e ainda sentindo a presença de cores vivas e originais da Semana de Arte Moderna de 1922, Holanda não fugiu ao movimento moderno de valorização das origens e peculiaridades nacionais.

O Brasil, sociedade advinda da miscigenação étnica e cultural, fruto da colonização lusa, foi o alvo de sua dedicação intelectual. O destaque de elementos formadores da visão de mundo, os valores e a maneira de encarar a vida, fazem parte de sua análise. Ele intentava "determinar os obstáculos que se colocam no caminho da modernização brasileira e que comprometem as possibilidades da democracia no país" (Esteves, 1998, p. 97), além de "compreender a sociedade brasileira a partir da questão da existência ou não de um *tipo próprio de cultura*." (Avelino Filho, 1990, p. 6)

O autor de *Raízes do Brasil*, de influência weberiana, criou um tipo ideal próprio - *o homem cordial* - o que permitiu reconstituir a forma do brasileiro lidar com as instituições políticas, bem como as relações hierárquicas, religiosas e pessoais. Seu surgimento adviria do caráter expansionista de Portugal, e numa sociedade de frágeis relações hierárquicas, ou como disse o próprio autor; "terra de barões", Portugal - primeiro país a se tornar Estado moderno na Europa do século XIII, tendo passado por uma unificação sob mãos burguesas sem grandes dissensões sociais -, não sofreu rupturas na mentalidade medieval vigente. A burguesia que ascendia lá, não careceu

da imposição de uma nova visão de mundo para se estabelecer, "procurou antes associar-se às antigas classes dirigentes, assimilar muitos dos seus princípios, guiar-se pela tradição, mais do que pela razão fria e calculista." (Holanda, 1997, p. 36)

A "tendência para o nivelamento das classes" forjariam valores característicos de nobres, e não de burgueses. Tal postura levaria a "valores (...) universais e permanentes." (Holanda, 1997, p. 37)

Nasce desta flexibilidade social, o personalismo, de caráter individual, auto-suficiente e de conquistas aventurosas, associado à desvalorização de atividades que exigissem esforço metódico de resultados a médio ou longo prazo. A solidariedade dar-se-ia no nível afetivo entre amigos ou familiares, daí a origem do *homem cordial*.

Sendo ele fruto da união entre a cultura personalista da fidalguia portuguesa e da "socialização nos meios rurais e patriarcais" presentes na colonização brasileira. (Avelino Filho, 1987, p. 37). Tal tipo se manifestaria como uma maneira peculiar de se relacionar com os demais indivíduos. Ele é

> a síntese de todo esse processo. A herança ibérica, específica dentro da Europa, consegue manter-se estruturada enquanto visão de mundo, passando ao largo das grandes transformações que abalaram a sociedade européia, como a Reforma protestante e as revoluções científicas, e apontaram para o caminho de uma maior racionalização das relações sociais. Tal caminho é francamente distinto daquele trilhado pela cultura da personalidade. (Avelino Filho, 1990, p. 7)

Nas relações que deveriam ser impessoais, pois desprovidas de elementos familiares e emotivos, habitariam os laços baseados na afetividade. Essa é a postura assumida pelo *homem cordial*.

Escrito por Antonio Candido, o prefácio destaca, na análise de Holanda, os conceitos polares utilizados pelo autor para desenvolver sua análise. Dos pólos contrários como "Trabalho e aventura; método e capricho; rural e urbano; burocracia e caudilhismo; norma impessoal e impulso afetivo – são pares que o autor destaca no modo-de-ser ou na estrutura social e política, para analisar e compreender os brasileiros." (Holanda, 1997, p. 13). Há, ainda, que se destacar a existência de dois tipos de ética que auxiliam na compreensão do desenvolvimento das sociedades: da aventura e do trabalho.

> Os dois conceitos nos ajudam a situar melhor e a ordenar nosso conhecimento dos homens e dos conjuntos sociais. E é precisamente nessa extensão superindividual que eles assumem importância inestimável para o estudo da formação e evolução das sociedades. (Holanda, 1997, p. 45)

A própria colonização do Brasil comprovou a presença da ética da aventura. O espírito conquistador dos portugueses foi o impulso inicial para a ocupação. As dimensões continentais, o clima, a fauna e flora brasileiros, muito contrastavam com o velho mundo, dificultando a atuação colonizadora. Entretanto, tais adversidades não foram suficientes para impedir o advento da conquista. Fruto da civilização ibérica, o Brasil foi construído por aventureiros conquistadores adeptos do espírito cruzadístico luso. Se dependesse, então, apenas da ética metódica do tipo trabalhador, talvez o Brasil não fosse este enorme território e não tivesse uma cultura tão rica e original com as mais variadas matizes regionais. Advinda da ética da aventura, a plasticidade dos portugueses constituiu-se na capacidade de adaptação às condições inóspitas que lhes foram apresentadas. Já que buscava resultados a curto prazo, arriscando-se por própria conta e risco. Tal plasticidade convergia com o tipo de economia desenvolvida no Brasil, caracterizado pelo latifúndio e pela mão-de-obra escravista e monocultura. Atividades essas, denominadas por Sérgio Buarque de Holanda como "feitorização". Colonização envolveria projeto, o que não se encaixa com o espírito de fidalguia do português. (Esteves, 1998, p. 96). Ou seja, a plasticidade se caracterizaria como a

> capacidade de adaptação e identificação com a nova terra e seus nativos, de forma a pouco interferir em seu cotidiano e ser capaz de repetir sua rotina. Foi esta capacidade plástica a razão de seu sucesso frente a um meio rural desconhecido, e teria sido a ausência desta capacidade o motivo do fracasso da tentativa de colonização holandesa no Nordeste. (Avelino Filho, 1990, p. 6)

Paradoxalmente, a postura indômita do aventureiro gerou a total renúncia do próprio personalismo, devido à obediência cega às instituições que lhe são coercitivas e das quais ele não contribuiu para sua consecução. Daí, a exterioridade da relação que apenas reconhecia a autoridade imposta e externa ao indivíduo. Sendo essa a "única alternativa para os que não

concebem disciplina baseada nos vínculos consentidos, nascida em geral da tarefa executada com senso do dever." (Holanda, 1997, p. 14). Ou seja, "A vontade de mandar e a disposição para cumprir ordens são-lhes igualmente peculiares (aos ibéricos).

As ditaduras do Santo Ofício parecem constituir formas tão típicas de seu caráter como a inclinação à anarquia e à desordem." (Holanda, 1997, p. 39). Enfim, o casamento entre personalismo tradicional caráter expansionista e latifúndio escravista legaram-nos "um cenário basicamente rural, de propriedades relativamente autárquicas, governadas de forma imperial por seus respectivos proprietários." (Esteves, 1998, p. 96)

A influência da família patriarcal se refletiu na estrutura política e administrativa brasileira, por extensão, palcos rurais do grande proprietário. Prova disso, teria sido a prática de relações afetivas e de comportamento, transpostas do ambiente familiar para o ambiente público. Verificou-se, nesse processo, "padrões de relacionamento tipicamente privados (...) e avessos a qualquer tipo de abstração por meio de normas racionais e impessoais." (Esteves, 1998, p. 96)

O que remete a aversão da ética católica às relações impessoais e abstratas do capitalismo. Neste sentido, convergem o *homem cordial* e a ética católica. Ambos não sustentam a impessoalidade do capitalismo, apontando a tendência ao imobilismo português, apegado às relações anteriores à modernidade. Que, por sua vez, remete à postura relativamente inovadora da ascendente burguesia lusa que levou Portugal à unificação territorial após a Revolução de Avis. É perceptível como os processos históricos mantêm elementos explicativos presentes nos valores de uma sociedade através dos tempos.

A sociedade produzida teria dois elementos basilares formados no passado colonial: o ruralismo e o patriarcalismo. A família patriarcal, modelo de organização social utilizou da mão-de-obra escrava. A divisão social entre senhores e escravos sedimentou, também, a organização política e administrativa que obstaculizou qualquer forma de associação e organização tendente à construção democrática.

Formas de poder extraídas do patriarcalismo geraram o patrimonialismo, o nepotismo e o paternalismo assistencialista e clientelista do caudilhismo. Tal processo foi o resultado da "incapacidade de abstração, discriminação e planejamento (...) numa sociedade desorganizada, agitada apenas por pendências entre facções e famílias." (Avelino Filho, 1990, p. 6)

A família inserida no ambiente agrário, dirigida pela figura do patriarca latifundiário e escravista, desenvolveu um tipo de obediência cega. Entre

os indivíduos e a autoridade, nascia, então, uma relação hierárquica e autoritária semelhante a relação entre o Estado e seus comandados. A única autoridade reconhecida advinha do seio familiar agrário, legitimada pelas relações de poder patriarcais.

Tendo a relação familiar - e não o Estado - como base de formação de nossas instituições, Holanda construiu, em *Raízes do Brasil*, o tipo de racionalidade, aqui, desenvolvido. Segundo ele, "Só pela transgressão da ordem familiar e doméstica é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão... e responsável, ante as leis da Cidade". (Holanda, 1997, p. 141). O *homem cordial* teria, assim, dificuldades de se adaptar ao processo de racionalização característico do desenvolvimento capitalista.

Como observa Avelino Filho (1990, p. 5), em sociedades estruturadas na família patriarcal, a transição para uma sociedade moderna baseada na civilidade, "expressão de sociabilidade em sociedades urbanas e modernas" fica em muito prejudicada, pois o individualismo e a competição não se manifestarão como regra, devido a nossa constituição social sustentada no "tipo primitivo de família patriarcal". (Holanda, 1997, p. 145)

Foi a família o elemento fundador das relações sociais, sendo que "as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós". (Holanda, 1995, p. 146). O brasileiro, *homem cordial*, é o inverso do protestante ascético, assemelhando-se ao confuciano, devido à determinação externa e tradicional de comportamento que levaria a uma maior adaptação ao mundo. No modelo confuciano, a ação é ritualizada de fora para dentro: normas ritualizadas de comportamento induzidas socialmente se contrapõe à ética de dentro para fora: o imperativo ético é imposto à consciência individual do protestantismo.

Devido à sua emotividade, o *homem cordial* jamais se sentirá sozinho, individualizado, como que dominado por regras abstratas e impessoais dentro da sociedade. "Sua maneira de expansão para com os outros reduz o indivíduo, cada vez mais, à parcela social". Tamanha a sua "aversão ao ritualismo social". (Holanda, 1997, p. 147). Tenderíamos a um profundo sentimento e necessidade de contato pessoal mesmo em relações hierárquicas. O contato impessoal e absolutamente profissional nos causaria desconforto. Seria uma herança portuguesa o apego a "títulos e sinais de reverência". Nossa ética seria de "fundo emotivo". Facilmente percebido em nossa relação com o catolicismo que promove intimidade com os santos.

Um bom exemplo seria o da apropriação do nome de Santa Teresa, que passou a ser *Santa Terezinha*, como se rompêssemos qualquer barreira

com o transcendental. Trata-se, então, de uma ligação religiosa amável e quase fraternal, diminuidora das distâncias. A origem desse tipo de relação é observada por ele com a decadência da religião palaciana e individual, que daria início a um sentimento singelo, doméstico e familiar.

Essa postura se estenderia às demais relações entre as pessoas. Caracterizou, assim, o traço mais específico do espírito brasileiro - fugir das distâncias, mesmo nas relações que, em regra, não seriam em nada pessoais. "No Brasil é precisamente o rigorismo do rito que se afrouxa e humaniza". (Holanda, 1997, p. 149). Tal frouxidão do rito impediria a existência de um sentimento mais profundo e consciente. "O nosso culto sem obrigações e sem rigor, intimista e familiar... que dispensava do fiel todo o esforço... toda tirania sobre si mesmo" foi "o que corrompeu pela base o nosso sentimento religioso." (Holanda, 1997, p. 150).

Teríamos, assim, uma religiosidade "de superfície", que teria se apegado a festejos e pompas das cerimônias. A efetiva moral social se relativizaria, assim como a ordem imposta ao mundo e às suas relações. Sérgio Buarque de Holanda descreveu essa atitude como desprovida de razão e cheia de sentimentos.

A herança católica teria se feito presente nessas atitudes. E, se atentarmos ao seu desejo de reconquista espiritual refletida na "exaltação dos valores cordiais" (Holanda, 1997, p. 151), obteríamos um componente tradicional apegado às regras pessoais e emotivas, o que configuraria um impeditivo ao avanço de práticas capitalistas.

Entretanto, a cordialidade passou por um gradual processo de esmaecimento a partir de 1888. A Abolição da escravatura, uma das principais bases de sustentação de seu universo agrário e personalista, resultou na urbanização do país. Com a utilização da mão-de-obra assalariada, a sociedade e as relações econômicas se tornam mais complexas. Nesse processo, as camadas médias urbanas podem ser um bom exemplo de ruptura da dicotomia social entre senhores e escravos. Ainda, assim, mantiveram-se os valores da cordialidade. Pelo fato de permanecerem os mesmos atores políticos do cenário anterior. Foram eles os que lideraram a marcha política.

"À desagregação dos pressupostos sociais da herança ibérica não correspondia uma nova mentalidade capaz de impulsionar definitivamente o novo sistema. (...) as mudanças naquela estrutura condenavam o antigo tipo de sociabilidade sem lograr substituí-lo" (Avelino Filho, 1990, p. 8)

O que substituiu, mesmo que parcialmente, o *homem cordial*, e qual a sua contribuição no processo de modernização do país? Holanda e Avelino

se questionam sobre esta figura que ainda não foi construída para sintetizar este novo personagem que representaria o perfil nacional. Após o processo de urbanização e industrialização brasileiros, o enfraquecimento do ruralismo e do legado ibérico à nossa sociedade, a civilidade se tornou mais presente.

Porém, olhando para o passado e para o presente, ainda se pode ver a permanência da figura do *homem cordial*. Ele ainda não desapareceu. Tampouco tem de desaparecer. Holanda critica a noção de único modelo de sociedade moderna e atenta para a valorização da cordialidade. Neste sentido, indaga sobre a sua contribuição na formação de uma sociedade mais moderna e democrática. A valorização da cordialidade como veículo de conquista de uma efetiva sociedade democrática e moderna, faz-se-ia urgente. Seria a proposta viabilizadora da convergência entre *o Brasil legal e o real*. O que seria possível por meio da descoberta e da valorização do passado. Claro que com visão crítica e progressista.

Se nos convencermos de que a única forma de emancipação possível da herança antidemocrática é construirmos uma sociedade com os valores advindos da civilidade, então criaríamos uma sociedade bem resolvida, ciente de sua identidade, detentora de uma proposta original e bem sucedida.

A civilidade é componente do processo de racionalização ou *Gaiola de Ferro* de Max Weber, das relações sociais. A cordialidade seria um antídoto para a crueza fria e metálica da racionalização. Um componente mais humano, já que constituído de afetividade. O *desencantamento* do mundo proveniente da racionalização, da qual a civilidade faz parte, apresenta-se no Brasil com um colorido mais ameno, humanizado.

"A cordialidade, enquanto manifestação de nossa 'verdadeira realidade', coloca a possibilidade de uma alternativa em relação ao processo clássico de racionalização / impessoalização sofrido pelas culturas européias." (Avelino, 1990, p. 9)

O modelo importado tal qual ele se desenvolveu na Europa, não caberia no Brasil. Deveria haver caminho e modelo de desenvolvimento próprios, coerentes com o passado para que sejam viáveis no presente e no futuro. O aproveitamento da cordialidade (herança ibérica e do ruralismo colonial) seria a mediação efetiva do processo de modernização brasileira. E se diferente for, configuraria o que Holanda chamava de proposta intelectualista. Ou seja, diversa da realidade, incoerente, rica em formas e vazia em conteúdo. Amante do diletantismo e avessa à profundidade - anti-científica e não-utilitarista.

Paulo L. M. L. Esteves (1998, p. 104), observa na crítica ao modelo único de modernidade elaborada por Holanda que no Brasil as tentativas de modernização e democratização nunca foram populares. Desenvolvidas por intelectualistas, sempre foram incoerentes e impostas "de cima para baixo", visando a modificação da "feição social" os reformadores brasileiros, que possuiriam "apenas modelos legais, extraídos de seus manuais".

Para Holanda um projeto de modernidade realizável depende desta convergência entre *o Brasil real e o legal*. Há que se buscar a coerência neste projeto através do passado, e não por meio de modelos importados. Porém, *Raízes do Brasil* não estabelece um fecho na proposta que instaura. Já, na observação de Esteves, com a qual concordo, é a de que "ainda assim, é possível perceber uma preocupação que atravessa toda a obra: qualquer que seja o caminho da modernização, este, para ter sucesso, deve levar em conta os aspectos particulares da tradição." (Esteves, 1998, p. 105)

Segundo George Avelino Filho, em *Raízes do Brasil* são destacadas tanto a deterioração da cordialidade quanto sinais de sua sobrevivência. Mescla de cordialidade (herança) e civilidade (em construção), tal processo não é para Holanda uma derrota, pois pode produzir "as mais diversas formas sociais e políticas". Sérgio Buarque de Holanda procura o equilíbrio entre ambas, "possível entre as duas tradições éticas (...) entre o caráter abstrato regulamentado da prática democrática, aquele mínimo de impessoalidade necessário, e a garantia da expressão da espontaneidade nacional (Esteves, 1998, p. 105)

A cordialidade é o vínculo entre o indivíduo, valores e códigos de conduta existentes na sociedade da qual ele nasceu. Mas, como lembra Paulo L. M. L. Esteves (1998, p. 106), este elo não é o único. Aos valores, à cultura, agregam-se as relações de trabalho e "as mais diversas formas de convívio social", projetando a coerência entre o Brasil legal e o real. Conferindo, a partir desse processo, uma "reconciliação com o passado, com a tradição e não, a sua negação".

A proposta inaugurada por Holanda, mesmo sem um fecho que a conclua, é para Paulo L. M. L. Esteves contribuição valiosa rumo à construção própria de modelo de sociedade. Já, para George Avelino Filho, constitui-se em proposta ambígua, pois o próprio *homem cordial* seria, para ele, conceito ambíguo e incompleto.

Discordo da opinião de George Avelino Filho, pois sendo um tipo ideal e uma categoria teórica, como poderia o *homem cordial* de Holanda abranger toda uma realidade social? Por mais interessante que seja, nenhuma

análise se presta a isso. A ausência de desfecho na proposta de modernização aberta por Sérgio B. Holanda em nada lhe diminuiu o brilhantismo. O *homem cordial* serviu e serve para identificar parte da mentalidade e comportamento do homem brasileiro. Por outro lado, concordo com a necessidade atentada por George Avelino Filho (1990, p. 26) de confrontar o Brasil com sua própria modernidade, no sentido de que não há como negligenciar esse passado, nossas peculiaridades, integrando-as ao moderno e ao universal. Pois "é nítido que não caminharemos apenas com a cordialidade e com o espírito do pré-capitalismo, mas que não chegaremos a parte alguma sem considerá-los."

O que se observa no artigo de Avelino Filho (1990, p.13) é "um amalgamento entre a cordialidade e as instituições liberais" levando "a uma utilização bizarra destas últimas." Não teria havido, até hoje, tradição democrática. E se não a possuímos, "o que significa esta idéia de cultura democrática? Em termos abstratos ela pressuporia a existência histórica da civilidade e do processo de racionalização que lhe é característico."

Não haveria no Brasil a *existência histórica da civilidade*. Mas se isto for encarado como um obstáculo intransponível, não se chegaria a lugar nenhum. Não existe linearidade no desenvolvimento das sociedades. Afirmar isso seria concordar com a imposição de um modelo único, sendo o mundo, porém, caracterizado pela diversidade.

A proposta de Holanda em construir uma sociedade democrática, não representa a substituição da cordialidade pela civilidade, muito menos "um equívoco intelectualista" como o afirmou George Avelino Filho.

Assim como civilidade e cordialidade são originários de processos distintos, a urbanização não matou a cordialidade do brasileiro, pois "não determinava a hegemonia da civilidade entre nós." (Avelino, 1990, p. 13)

Esta é a prova de que não é possível àquela a imposição de um modelo único. George Avelino Filho afirma que não se trata de equilibrar cordialidade e civilidade. Nisso constitui-se *Raízes do Brasil*. Aponta, ainda, "o caráter aberto da obra, onde a realidade é produto de uma tensão entre os dois conceitos. Evitar o intelectualismo é apreender como esse processo vai se resolvendo, de maneira diversa, na vida prática." (Avelino, 1990, p. 13). Se dependesse disso a contribuição da cordialidade para a modernização, não se sabe. Mas é um primeiro passo, uma luz que entrecorta a esfumaçada tentativa de desvendar a realidade, apontando alternativas viáveis. Pois, ainda, não se efetivou a proposta em aberto de Holanda.

RAIMUNDO FAORO E O PATRIMONIALISMO

Mas para entender o patrimonialismo existente no Brasil, há que se buscar suas origens em Portugal, pois o mesmo determinou uma ordenação "peculiar, relações bastante específicas entre homem e poder. Ao patrimonialismo se atrelaria uma ordem burocrática, que superpunha o soberano ao cidadão, numa relação semelhante à existente entre chefe e funcionário." (Mota (org). Souza, 1999, p. 337)

A obra de Raimundo Faoro em questão, *Os donos do poder*, foi comentada por Laura de Mello e Souza em *Introdução ao Brasil*: um banquete no trópico. A autora afirma que para entender melhor o que seja patrimonialismo, faz-se necessário conhecer o conceito de estamento, que é o grupo formador do patrimonialismo.

Esse grupo não se constituiria em classe social. "A diferença entre um e outro reside no fato de" a classe social "ser determinada economicamente, enquanto" estamento é "uma camada social: 'os estamentos governam, as classes negociam' ", afirma Laura de M. e Souza, citando Faoro.

A peculiaridade maior do estamento é que o mesmo faz parte de um grupo "qualificado para o exercício do poder – e que se caracteriza pelo desejo de prestígio e honra social." Sendo próprio de sociedades de tipo feudal ou patrimonial, este último, o caso de Portugal. "Contudo, encontra-se também, de forma residual, nas sociedades capitalistas. Representa um freio conservador, voltado para si mesmo e preocupado em assegurar as bases do poder ". (Mota (org.) Souza, 1999, p. 338)

É esta a preocupação deste sub-título: apresentar de maneira mais próxima à realidade, a noção de patrimonialismo em seu contexto histórico. No caso, seu desenvolvimento desde os princípios do Estado português, até os dias de hoje, no Brasil. Importante lembrar que se trata de uma análise que não se pormenoriza historicamente, trata-se de uma questão conceitual.

Faoro, no prefácio da segunda edição, afirma que sua obra permeou conceitos como "patrimonialismo, estamento e feudalismo". E que, o mais importante, "este livro não segue, apesar de seu próximo parentesco, a linha de pensamento de Max Weber. Não raro, as sugestões weberianas seguem outro rumo, com novo conteúdo e diverso colorido." (Faoro, 1991, XI)

O que não significa que Faoro não tenha sido influenciado pelo pensador alemão. Ele seguiu rumos diferentes. Entretanto, a influência é visível. Pois sua análise assemelha ao tipo de compreensão weberiana. Ele se utiliza de conceitos que também foram desenvolvidos pelo estudioso de Erfurt. Além

de relacionar o processo de evolução português com a presença influente da Igreja Católica no país.

Ou seja, sua abordagem também envolve a importância dos valores nos destinos de uma dada sociedade, bem como a importância de analisar a "concepção religiosa do mundo, (...) de uma atitude com relação à existência por parte dos homens que interpretavam sua situação a partir de certas crenças." (Aron, 1995, p. 502)

A contribuição de Max Weber na leitura que fez, por exemplo, da relação de afinidade entre o espírito do capitalismo e a ética protestante,

> torna inteligível o modo como uma forma de conceber o mundo pode orientar a ação. O estudo de Weber permite compreender de forma positiva e científica a influência dos valores e das crenças nas condutas humanas. Mostra a maneira como opera, através da história, a causalidade das idéias religiosas. (Aron, 1995, 502)

Para melhor esclarecer o assunto, faz-se necessária a apresentação de conceitos como estamento, classe social e casta.

Segundo o *Dicionário de Sociologia Globo* (1977, p. 122-123), estamento é menos fechado que a casta, sendo menos segregado que aquela. Existe também no estamento, o ideal muito forte de honra, o que determina o "modo de viver materialmente, mas também a admissibilidade de certas atividades, assim como a maneira de exercê-las."

O estamento permite, além disso, a mobilidade social, o que não ocorre na casta, que se caracteriza por ser "hereditária e endógama, cujos membros pertencem à mesma raça, etnia, profissão ou religião. (...) Ao contrário da classe social, a casta é uma camada social fechada (...) com pouca ou nenhuma comunicação com outros grupos." (Dicionário de Sociologia Globo 1977, p. 59)

A classe social não é hereditária e possui mobilidade. Seus integrantes são considerados "socialmente iguais em virtude de semelhanças de nível econômico, profissional e educacional, e ainda atitudes morais, afiliação política e religiosa, (...) qualidade e quantidade de consumo simbólico (...) são permeáveis". (Dicionário de Sociologia Globo 1977, p. 66). Importante também ressaltar, mesmo que em breves palavras, as noções de tipos (ideais) de poder desenvolvidos por Weber, quais sejam: o Poder Legal, o Poder Tradicional e o Poder Carismático. No caso, apenas os dois primeiros nos interessam. O Poder Legal vincula-se à sociedade moderna, e é fun-

damentado na legitimidade de aspectos jurídicos que garantem a função do detentor do poder. Sua forma de efetivação é a administração advinda da burocracia. Seus cargos advêm do arcabouço hierárquico composto de funções de competência, ou seja, impessoais.

No entanto, o Tradicional tem por fundamento o teor sagrado do poder. Não advindo de um corpo de leis, mas da tradição, ou do que é considerado justo e verdadeiro pelo fato de ter "sempre" existido. Seu aparelho administrativo é o patriarcal. As relações não são impessoais, misturando as funções com seus respectivos detentores. Assim, a ligação hierárquica torna-se pessoal. (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1992, v.2. p. 940)

Inicio, portanto, a apresentação da evolução do Estado português e suas implicações na política brasileira.

Portugal, apesar de ter sido o país pioneiro na formação dos Estados Nacionais - século XIII - e um dos precursores das expansões marítimas do século XVI, não acompanhou as mudanças tecnológicas e econômicas de outros países europeus nos Séculos XVIII e XIX. Seu império estendia-se pela costa africana, parte da Ásia e do Novo Mundo. O que lhe conferiu segurança e altivez.

A burguesia portuguesa não inovou. Manteve-se subordinada ao rei, não modernizando o país e a economia, afidalgando-se. A mesma era aliada do Estado, um "fator do poder". A monarquia se impunha tanto sobre a burguesia quanto sobre a nobreza. (Mota (org. Souza, 1999, p. 338). Não havia equilíbrio de poderes, mas concentração ao redor da figura do rei.

Os valores da burguesia portuguesa eram os de tempos passados, apegados às glórias memoriais e a uma mentalidade que não se adaptava bem à Europa das ciências naturais e da Reforma. Tal visão de mundo, alimentada pela Igreja Católica e pela formalidade da filosofia teológica, negligenciava inovações e questionamentos.

De mentalidade mercantilista, não era de seu interesse o avanço de técnicas econômicas e da maquinofatura, que garantiria o abastecimento do mercado interno. Os metais nobres brasileiros proporcionavam o luxo que a todos fascinava.

A vida aristocrática, o diletantismo e uma ausência de espírito prático, além da não valorização ao trabalho contínuo e de resultados demorados, prevaleceram.

O poder real, incontestável, não contava com intermediários entre si e os súditos. Como disse Faoro (1991, p. 5), "acima dele, só a Santa Sé". Ao redor do reino, formava-se uma vasta camada de funcionários, que

dependiam da nomeação do próprio reinol. Em tudo, subordinavam-se à arbitrariedade e aos humores do rei.

Dado interessante é o que atesta a teoria de Alexandre Herculano que está presente na obra de Faoro. Nela, os países que não testemunharam o feudalismo estariam à margem do desenvolvimento do capitalismo. Portugal, então, não teria passado pela realidade feudal, e sim, patrimonial.

"Há insuperável incompatibilidade do sistema feudal com a apropriação, pelo príncipe, dos recursos militares e fiscais" (Faoro, 1991, p. 18). Não haveria, então, os aspectos contratuais presentes na aliança de obediência, fidelidade e reciprocidade entre suserano e vassalo do chamado feudalismo clássico, nem mesmo os múltiplos focos de poderes locais.

No Portugal patrimonialista,

> A terra obedecia a um regime patrimonial, doada sem obrigação de serviço ao rei, não raro concedia coma expressa faculdade de aliená-la. O serviço militar, prestado em favor do rei, era pago. O domínio não compreendia, no seu titular, autoridade pública, monopólio real ou eminente do soberano. (...) Estado patrimonial já com direção pretraçada, afeiçoado pelo direito romano, bebido na tradição e nas fontes eclesiásticas (Faoro, 1991, p. 20)

Os subalternos do rei ficam "enroscados" na rede do patriarcalismo, nada mais fazem que representar o poder real. "A economia e a administração se conjugam para a conservação da estrutura." Segundo Faoro (1991, p. 20), o feudalismo "não pôde (...) se fixar no reino português, voltado, desde o berço, para um destino patrimonial, de preponderância comercial."

Por isso poder afirmar que Portugal e, por extensão, o Brasil, tenham sido no passado nações mercantilistas. A aristocracia portuguesa, - nobreza territorial e burocrática - toda a serviço do rei, vangloriava-se da condição de ociosa, improdutiva.

"A estrutura patrimonial portuguesa somou-se (...) ao sistema colonial; sobre este, montou o aparelho de sucção do Estado, controlando as exportações e o comércio, orientando a ordem social das classes. A conseqüência foi a dependência permanente." (Mota (Org.) Souza, 1999, p. 340)

Os destinos do reino, como define Faoro (1991, p. 21), são definidos pela prática do comércio, outrora provedor da reconquista e da soberania. Portugal abandonava a diversificação da economia, preferia a facilidade de simplesmente importar. "A atividade comercial e marítima que resultou da

modalidade do povoamento da consta e da exploração do mar é que representa o elemento decisivo que define o gênero de vida nacional português".

O príncipe torna-se o centro da audácia empresarial do comércio. Esta é, como denomina Faoro, a semente do capitalismo de Estado politicamente orientado. A burguesia permanecia "sufocada (...) na sua armadura mental, pela supremacia da coroa." (Faoro, 191, p. 21). Encaminhando o país ao imobilismo, o patrimonialismo "permitirá a expansão do capitalismo comercial, fará do Estado uma gigantesca empresa de tráfico, mas impedirá o capitalismo industrial." (Faoro, 1991, p. 21)

Em certa altura de sua análise, Faoro se refere à obra de Tübingen na qual haveria que se rever a tese de Max Weber sobre a inter-relação entre capitalismo e protestantismo.

Creio que uma coisa não elimina a outra. O próprio pensador prussiano afirmava que esta relação é apenas um elemento de compreensão da realidade que nunca é monocausal. O próprio Faoro atesta a tese weberiana no decorrer de *Os donos do poder*, pois o autor indiretamente concorda com a essa metodologia ao relacionar o catolicismo presente em Portugal com o seu atraso econômico e político.

Os portugueses, na luta pela reconquista, eram amalgamados, principalmente, pela religião.

> A religião no século XV, em Portugal, era a expressão ardente da causa nacional, da independência e da missão do reino: elo que congregava não apenas o homem a Deus, mas o homem à pátria. (...) Todos colaboraram na grande arrancada, submissos, famintos de honras e de saques, ávidos de lucros, ardentes de fé. (Faoro, 1991, p. 56)

A força monárquica, por si só centralizava as diretrizes comerciais, talhando "o perfil do capitalismo monárquico português, politicamente orientado." (Faoro, 1991, p. 57). Toda a administração era entregue - mas não dada - temporariamente aos seus funcionários.

O rei não abriria mão do posto de comando. As terras descobertas eram propriedade inalienável do monarca. Toda a economia girava em torno de seus quereres. "Portugal crescia assim, pela ocupação militar, pela exploração mercantil e pela evangelização." (Faoro, 1991, p. 58)

O estamento burocrático, justificado pelo patrimonialismo do rei, mantido em nome da centralização, congestiona o reino de sugadores improdutivos do tesouro real. Era a maneira de perpetuar o centralismo. O

tesouro português, enriquecido pela exploração de suas conquistas, a tudo arcava. "No país, os cargos são para os homens e não os homens para os cargos." (Faoro, 1991, p. 58)

Não haveria em Portugal o alcance ao capitalismo industrial que chegava a outros países europeus. Lá, manteve-se o capitalismo politicamente orientado, ligado às regiões de economia moderna por meio dos empréstimos contraídos para cobrir rombos aqui e ali de um sistema combalido, anacrônico, mantido pela imperícia e descaso à mudança.

"Não haure energia íntima para se renovar, tornar-se flexível e ensejar a empresa livre" (Faoro, 1991, p. 59). A iniciativa privada é mal vista, como um concorrente indesejado. E a burguesia comercial, subalterna do rei, mantinha-se carregada pelos "vínculos tradicionais". Como o ponto mais alto da escala social era o de fazer parte do estamento burocrático, não se perseguia outro ideal de vida. A ausência de pensamento inovador seja nas ciências, seja na filosofia, sedimentava o atraso.

Portugal não buscou postos de equiparação econômica, visando a estabelecer produção interna satisfatória para suprir seu mercado interno e externo, pois havia colônias para alimentar suas reservas de capitais e países que entregavam os manufaturados prontos, além do mais, a fé católica teria determinado os destinos das práticas econômicas, moralizando-as. A ética medieval teria sobrevivido em meio a "aventura ultramarina. Ela explica que o reino expulse, de golpe, a riqueza judaica, em nome de valores obsoletos, não ajustados à ativa mercancia do século XVI." (Faoro, 1991, p. 61)

Até mesmo o mercantilismo só conquistaria Portugal no século XVIII, quando já ultrapassado pelo avanço econômico e tecnológico de países da vanguarda econômica como Inglaterra, Holanda e França.

O estamento, então, é alimentado pelo poder central e mantendo o ócio e a opulência da ostentadora nobreza, seja aristocrática ou burocrática. O centralismo político, administrativo e econômico do rei, avoluma-se em detrimento de qualquer tipo de localismo.

Eis o quadro político e econômico de Portugal, bem pintado por Faoro:

> Atrás da enxurrada de funcionários, militares e pensionistas está a ruína. (...) há ricos e opulentos, as pensões devoravam o Estado, para o proveito ostentatório da fidalguia (...) encasulada no cargo público. Esta, a vida da empresa patrimonial, sem apoio da produção doméstica, só ela capaz de se expandir na indústria. Outras nações ocuparão o vácuo, na esteira das caravelas – Portugal continuará de pé, cevando-

> se do Brasil, congelado, arcaicamente, na sua arquitetura barroca. (Faoro, 1991, p. 84)

> A típica burocracia forjada por meio do aparelho patrimonial, não é aquela impessoal, proveniente do aparelho racional. É a da concessão de privilégios, da ineficiência, do favor, da apropriação do cargo, do imobilismo social. Uma relação de dependência com ares paternais é o que se desenvolve entre o príncipe e o povo, o que me faz lembrar de algumas figuras da política nacional atual. Em que até hoje a preocupação não é com a emancipação do indivíduo alçado à condição de cidadão e de homem independente, mas com a manutenção de uma massa de dependentes do clientelismo, do assistencialismo barato que, efetivamente, em nada vai minimizar a miserabilidade.

No Portugal em questão, a "nobreza funcionária (...) mumifica-se com a própria carne. (...) Nem o açúcar do Brasil, nem o escravo africano, nem o ouro de Minas Gerais – nada salvará este mundo, condenado à mansa agonia de muitos séculos." (Faoro, 1991, p. 85)

O sistema que um dia gerara a riqueza de Portugal, agora, gerava sua ruín, devido ao seu imobilismo. A Revolução de Avis teria estacionado Portugal no tempo, congelado pelas suas próprias mãos, enquanto a Igreja legitimava tal letargia. "A burguesia (...) não subjuga e aniquila a nobreza, senão que a esta se incorpora, aderindo à sua consciência social." (Faoro, 1991, p. 176)

A burguesia portuguesa, afidalgando-se, perpetuou o patrimonialismo.

A "emancipação das classes nunca ocorreu (...) A ambição do rico comerciante, do opulento proprietário não será possuir mais bens (...) senão o afidalgamento." (Faoro, 1991, p. 203). O Estado patrimonialista e seu estamento burocrático é, então, veículo de ascensão econômica e social e não de emancipação popular, de auxílio ao desenvolvimento e à organização da sociedade civil.

> O que realmente fomos: nulos graças à monarquia aristocrática! (...) acostumando o povo a servir, habituando-o à inércia de quem espera tudo de cima, obliterou o sentimento instintivo da liberdade, quebrou a energia das vontades, adormeceu a iniciativa (Faoro, 1991, p. 87)

O destino de Portugal assim estava se selando e, junto dele, o de seu herdeiro no Novo Mundo, o Brasil. "O estamento, quadro administrativo e estado-maior de domínio, configura o governo de uma minoria. (...) A minoria exerce o governo em nome próprio, não se socorre da nação para justificar o poder" (Faoro, 1991, p. 88-89)

Acompanhando este movimento que se mantinha imóvel e congelado, estava o Brasil dos portugueses que se configurava como "uma terra nova" porém, onde não se criava algo novo, mas permeado por uma "moral de (...) sociedade velha." O Brasil se formava como "colônia presa, acorrentada e sugada pela economia barroca do tempo." (Faoro, 1991, p. 154)

No Brasil, a política que se instaurou engendraria uma realidade ausente de vínculos entre o Estado e a população, que seriam antes, dois universos que não se tocam. "A soberania popular só existiu na forma de farsa." (Mota (org.) Souza, 1999, p. 355)

"O Estado não é sentido como o protetor dos interesses da população (...) Ele será (...) monstro sem alma, o titular da violência, o impiedoso cobrador de impostos, o recrutador de homens para empresas com as quais ninguém se sentirá solidário." (Faoro, 1991, p. 165). Ressentido, sem condições de organizar e mobilizar a maioria, o inconfidente seria o protótipo da insatisfação.

Bernardo Sorj, na obra *As sete faces da sociedade brasileira*, segue o problema do patrimonialismo na atualidade. Segundo ele (2000, p. 13), patrimonialismo é a noção que remete à "apropriação privada dos recursos do Estado, seja por políticos ou funcionários públicos, seja por setores privados."

Apesar de ser um termo geralmente associado às comunidades ibéricas e mediterrâneas, pode existir em qualquer país. Difere apenas na intensidade. Sorj observou que o patrimonialismo "deve ser situado historicamente", daí a referência anterior, à dependência de peculiaridades temporais e espaciais.

Uma explicação do que seja patrimonialismo que se encaixa bem às sociedades contemporâneas é a de que ele "está presente, em maior ou menor grau, em todas as sociedades onde a distribuição de riqueza e poder é desigual." (Sorj, 2000, p. 13)

No Brasil, o patrimonialismo se relacionaria à péssima distribuição de renda, à insuficiente atenção dada a políticas sociais, e à impunidade da elite política e econômica (Sorj, 2000, p. 13). O que agrava drasticamente tal fenômeno no Brasil.

A sociedade teria evoluído a ponto de se chocar com as práticas pré--modernas que não se adaptam às democracias atuais. Isso devido aos ideais de cidadania, e às constituições elaboradas em meio ao avanço das legislações e da história.

Como lembra Holanda, a cordialidade se modificou diante do avanço urbano e industrial. O mesmo ocorreu com o patrimonialismo. Com novas roupagens, em um novo cenário ele se manteve vivo. Em virtude da cumplicidade de interesses entre o Estado e os grupos dominantes,

> a impunidade e o descontrole da máquina governamental, (...) transformou em grande parte o sistema repressivo e jurídico num instrumento de violência contra os grupos mais pobres e de impunidade dos mais ricos. (Sorj, 2000,p. 15)

O elemento mais grave, neste processo, é o que Sorj chama de "colonização do Estado por interesses privados" levando a "perda do sentido público, afetando a eficácia e a autonomia necessária da máquina governamental para planejar as ações com uma visão que transcenda os interesses particulares." (Sorj, 2000, p. 15)

Essa mescla entre o público e o privado constitui-se em uma de nossas mais sérias mazelas. É o que caracteriza o patrimonialismo que tanto nos agride como cidadãos. Do qual o Brasil é herdeiro e que se manifesta por meio de seus representantes.

Desde D. João I, passando por D. Pedro II e chegando em Getúlio Vargas, a obra de Raimundo Faoro, permite-nos perceber elementos como o paternalismo e a separação em dois mundos distintos, quais sejam; o palácio do governo e a realidade popular. O que impediu em larga escala, a conquista da cidadania, mantendo os indivíduos na menoridade.

Na figura do líder político - mesmo que em forma de um simples vereador disfarçado de pai, cheio de preocupações com seus filhos - os indivíduos lesados da condição de cidadãos, entregam-se à esperança de ver seus problemas resolvidos pelas hábeis capacidades de seu tutor. Nas palavras de Raimundo Faoro, como se fosse um taumaturgo. Na verdade, estes "salvadores" se colocam em outra posição: tão próximos do poder, mas tão distantes dos que nele votaram.

Em nosso país, ainda - claro que com exceções -, presencia-se a prática da utilização dos cargos políticos como meio de enriquecimento e ascensão social. Seja por meio de eleições e nomeações. Manteve-se, na atitude de

grande parte dos políticos brasileiros, a velha prática dos primeiros conquistadores portugueses, desprovida de qualquer zelo construtor de uma sociedade organizada.

Na sua acepção original, o termo patrimonialismo designava o Estado que o governante dirigia como sua empresa pessoal no bojo do capitalismo mercantil. A corrupção termina por se disseminar a partir daí, neutralizando a iniciativa dos produtores. Numa visão atual, diz-se "patrimonialista o modo pelo qual governantes de qualquer nível, do presidente ao simples funcionário se valem do bem comum para sua vantagem privada". (Janine Ribeiro, 2001, p. 38)

Atualmente, o Patrimonialismo, refere-se principalmente, às práticas de parcelas da camada política que se apropria dos recursos públicos, espalhando a desgraça a inúmeros brasileiros. Não lhe ocorrendo o fato de que se apropriar de recursos públicos consiste em desvirtuar a finalidade a que se propôs: atender a comunidade que representa.

Na visão de Bernardo Sorj, o patrimonialismo na atualidade brasileira ocorre pela permanência da apropriação privada dos recursos do Estado (Sorj, 2000, p. 13). Sabemos que muitas das políticas públicas nacionais são voltadas para a concentração de renda, como os privilégios fiscais e creditícios concedidos a grandes grupos econômicos no contexto da chamada *Guerra Fiscal* entre os estados federativos brasileiros.

Sorj argumenta que

> Uma das particularidades do moderno patrimonialismo brasileiro está na sua associação com uma extrema desigualdade social, a impunidade de suas elites e o abandono dos setores mais pobres da população. Países tão diversos como o Japão, Israel ou mesmo a França possuem fortes traços patrimonialistas, mas que não implicam em forte desigualdade social ou falta de solidariedade. (Sorj, 2000, p. 13)

Nessa distorção, mesclam-se os interesses públicos (oficiais) e os privados, da pessoa do agente. E é o que descaracteriza em parte, o Estado moderno e racional-legal.

Daí, a reduzida preocupação com a instauração de igualdade de oportunidades -somos o país campeão em desigualdade social. O sistema fiscal concentrador de riquezas impõe tributos iguais para rendas absurdamente desiguais. Acumulam-se, então, o clientelismo, o assistencialismo, o estúpido acúmulo de cargos – parasitários - que se aglomeram em torno dos agentes

que só "trabalham" em proveito próprio, onerando os cofres públicos com seus desvios e gastos inúteis, injustificados.

Em síntese, desde os portugueses, passando pelo período colonial e pelas Repúblicas, o patrimonialismo sobreviveu a passagem dos tempos. Raimundo Faoro avalia de forma contundente as diversas matizes do poder:

> A nação e o Estado, nessa dissonância de ecos profundos, cindem-se em realidades diversas, estranhas, opostas, que mutuamente se desconhecem (...) O poder – a soberania nominalmente popular - tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. (...) o povo (...) oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política (...) A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou. (Faoro, 1989, p. 743 e 748)

O patrimonialismo nutre-se dessa distância entre o povo e as instituições governamentais. Provavelmente o grande antídoto para a superação do patrimonialismo seja justamente a diminuição do abismo entre governantes e governados por meio da participação popular e do aprofundamento da vida democrática brasileira, caminho que estamos trilhando desde a redemocratização ocorrida a partir de 1985, apesar de ainda insatisfatório.

CONCLUSÃO

Na interpretação de Buarque de Holanda nosso país seria um produto do modelo civilizatório português, caracterizado pela ética da aventura, o personalismo, a fé católica, a plasticidade lusa e a permanência destes modelos na realidade colonial agrária e patriarcal do Brasil. A combinação da civilização lusa com o nosso mundo colonial resultou no homem cordial brasileiro.

A base formadora de nossas instituições seriam as relações familiares, e não o Estado. Segundo Holanda é este o tipo de racionalidade brasileira e a fonte da dificuldade de nossa adaptação à racionalização do desenvolvimento capitalista. O Estado se caracterizaria mais pelas práticas patrimoniais que pelas modernas, devido à emotividade presente, por exemplo, em relações hierárquicas que deveriam ser impessoais. Este tradicionalismo nas relações seria um dos principais obstáculos ao desenvolvimento capitalista.

A *cordialidade* foi o elo entre o que Holanda denominou de Brasil legal e real, ou veículo de democratização efetiva, servindo como alternativa viável ao processo clássico de racionalização. Por meio da valorização do nosso passado, Holanda propôs um direcionamento coerente para o nosso desenvolvimento, afirmando que não existe um modelo único de sociedade moderna.

Raimundo Faoro, por sua vez, apresentou o *patrimonialismo* como elemento de explicação da realidade brasileira, analisando tanto o processo de concretização do Estado português com o advento da Revolução de Avis de 1385, quanto a nossa evolução política que percorre o período colonial até o governo de Getúlio Vargas (1930-1945).

O arcabouço administrativo e político de Portugal foi encarado como de propriedade pessoal do rei, daí o *patrimonialismo*. Todos os esforços portugueses se erguiam em nome do rei e da Igreja Católica, definindo um tipo de *capitalismo politicamente orientado* (Faoro, 1991). A burocracia que surge deste processo de política patrimonialista foi a dos privilégios e da ineficiência em relações hierárquicas paternais. E são essas instituições as responsáveis pela transposição da realidade social portuguesa para o Brasil.

Hoje, tais relações são representadas pela perversa distribuição de renda, pelas insuficientes políticas sociais e pela impunidade das autoridades políticas (Sorj, 2000, p. 13). Ou seja, o *patrimonialismo* ainda está presente, pois no cenário público persistem *vícios privados* e isso descaracteriza, em parte, o Estado brasileiro como moderno.

O *patrimonialismo*, como mecanismo de apropriação dos recursos públicos por parte de uma elite privilegiada, contribuiu, assim, para a assimetria existente entre o desenvolvimento econômico e os indicadores sociais dentro da sociedade brasileira.

O Brasil, herdeiro da civilização portuguesa, organizou-se, originariamente, pela aliança entre Estado e Igreja. A Contra-Reforma Ibérica se estabeleceu no seio da sociedade brasileira. A obediência à Igreja e ao Estado português foi a norma primeira a ser seguida pela iletrada população que se formava. O ensino elitista implantado pelos jesuítas garantia a obediência do numeroso e inculto rebanho.

As principais virtudes a serem conservadas pela sociedade eram as da obediência, resignação e contemplação. O Brasil se formava contando com o analfabetismo e o conservadorismo.

Sem dúvida a sociedade brasileira foi e, ainda, é oriunda da Contra Reforma. Mas, trata-se de um fenômeno histórico cultural complexo, uma

vez que a contribuição ibérica não foi a única a deitar raízes em nosso solo. O processo de industrialização e o próprio crescimento do capitalismo brasileiro trouxeram novos ingredientes à mentalidade nacional, alterando, em parte, velhos hábitos mentais.

Acredito que para combater o patrimonialismo, faz-se necessário reforçar o caráter público do Estado cuja reforma deve ser orientada não no sentido do seu afastamento da economia ou diminuição do seu papel. A reforma do Estado brasileiro, com a reorientação de suas políticas públicas no sentido da universalização dos benefícios sociais e diminuição das nossas desigualdades, não pode prescindir da regulamentação do mercado.

Uma simples *diminuição* do tamanho do Estado não resolverá a problemática, brasileira. Ameaçando, desta maneira, perpetuar a desigualdade social existente. A reforma do Estado desejável é aquela em que o mesmo se torne um instrumento para o apoio às iniciativas comunitárias e associativas, com políticas públicas de resgate social.

A emancipação de vastas camadas do povo brasileiro não virá, muito menos, do assistencialismo rasteiro com que se revestem muitas políticas públicas.

Cabe afirmar que o desenvolvimento deve ser entendido não somente em sua dimensão quantitativa, como por exemplo, valendo-se de números absolutos sobre o tamanho do Produto Interno Bruto ou o volume das nossas exportações. Essa visão economicista, que não leva em conta a dimensão humana, enxerga a sociedade como mero acúmulo de índices de crescimento.

A promoção do desenvolvimento é também uma questão de promoção de valores. Deve-se lembrar que parte significativa da camada dirigente brasileira ainda permanece ligada ao passado e ao atraso, demonstrando mais continuidades que rupturas em relação ao período colonial.

REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Traduzido por Sérgio Bath. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. 357 p.

AVELINO FILHO, George. As raízes de Raízes do Brasil. Novos Estudos, São Paulo, nº 18, p. 33-41. set. 1987.

_____. Cordialidade e civilidade em raízes do Brasil. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, nº 12, p. 5-27, fev. 1990.

BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, Vol. I, 4ª ed. Traduzido por Carmen C.Varriale, Gaetano lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: EDUnB, 1992. 530 p.

ESTEVES, PauloL.M. L. Cordialidade e familismo: os dilemas da modernização.

Revista brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, nº 36, p. 95-107, fev. 1998.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Volume I. 9ª ed. São Paulo: Globo, 1991. 397 p.

_____ *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Volume II. 8ª ed. São Paulo: Globo, 1989. 750 p.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26 ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. 220 p.

MOTA, Lourenço Dantas (Org.). *Introdução ao Brasil*. Um banquete no trópico. 3ª ed. São Paulo: Editora SENAC, 2001. 420 p.

RIBEIRO, Renato Janine. *A república*. São Paulo: Publifolha, 2001. 89 p.

SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CONHECIMENTO TÁCITO E MECANISMOS DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

Frederico Henrique G. C. da Rocha[1]

INTRODUÇÃO

Os mecanismos de proteção à propriedade intelectual, na medida em que possibilitam retornos a quem empreendeu algum esforço inovativo e funcionam como dispositivos de divulgação da inovação gerada, são propostos como instrumentos para incentivar o desenvolvimento e difusão tecno-científica.

A existência de um conhecimento tácito nos campos científico e tecnológico impõe alguns desafios aos mecanismos tradicionais de transferência de conhecimento. Se há informações e práticas que permanecem implícitas e, portanto, não passíveis de serem explicitadas em "peças de conhecimento codificado" (Ribeiro, 2008), alguns dos aspectos que embasam as principais justificativas para manutenção da proteção de bens intelectuais podem ser questionados.

Neste artigo, primeiramente será abordada a informação como bem, integrante de um *commons* intelectual e ao qual se impõe artificialmente direitos de propriedade. Dentro dessa tipificação, está o conhecimento científico e tecnológico, sujeito a elementos tácitos especialmente em áreas menos maduras com atividade altamente inovadora, tal como a biotecnologia. Seguindo essa lógica Janet Hope (2007) propôs alguns questionamentos aos direitos à propriedade intelectual na biotecnologia, os quais são tomados como centrais na discussão a ser empreendida aqui.

A partir da visão sociológica do conhecimento e de estudos recentes a respeito do conhecimento tácito, testa-se a validade dos principais argu-

1 Mestre em Sociologia pela UFMG e professor do ICJ-UNIFAN.

mentos e as implicações dos conceitos apresentados pelo arcabouço teórico adotado para a propriedade intelectual.

A INFORMAÇÃO COMO UM BEM

A produção e transferência de informações, especialmente aquelas relacionadas ao conhecimento científico e tecnológico, possui papel fundamental na contemporaneidade. Para descrever uma nova sociedade que se constrói e reconstrói permanentemente sobre a *informação*, disseminada em veículos cada vez mais eficazes e integrados globalmente, emergem atributos como sociedade de rede (Castells, 2005), sociedade de risco (Beck, 1992) – risco que é medido justamente conforme interpreta-se a informação –, sociedade do conhecimento (Drucker, 1993) ou mesmo sociedade da informação (Machlup, 1962), sinalizando a centralidade desse bem.

Deter e gerir informações chaves do ponto de vista social e mercadológico, seja em forma de conhecimento, *know how*, por meio de artefatos técnicos etc., já não se constitui um diferencial competitivo, mas uma forma vital de se legitimar como ator da rede e, consequentemente, garantia de sobrevivência. E a todos os sobreviventes dessa sociedade, como organizações, governos, universidades ou mesmo indivíduos, a falta ou insuficiência no acesso à informação não arrebata simplesmente para a margem, mas já implica exclusão.

O bem denominado informação possui certas peculiaridades que o fazem uma espécie, por natureza, diferente daqueles bens tradicionalmente negociados no mercado. Deter-nos-emos primeiramente sobre esses. Os bens materiais, são consumidos quando utilizados ou, no mínimo, passam de um detentor a outro. Nesse sentido, o conceito de propriedade desenvolve instrumentalmente uma relação entre usuário/consumidor e proprietário, impedindo – ou pelo menos visando impedir – o uso desse bem sem alguma forma de procedimento contratual formal ou informalmente estabelecido. Sendo assim, "a propriedade é essencial para o funcionamento dos mercados tradicionais" (Simon; Vieira, 2007, p. 65).

Porém, há outro tipo de relação entre os homens e os bens tangíveis que não a propriedade. Isso se dá em relação a recursos utilizados em comum por uma determinada comunidade, sem necessidade de permissões de acesso. Para que tal realidade se dê sustentavelmente, são convencionadas regras de uso responsável. Esses recursos são classificados como *commons* clássicos,

sendo baseados em bens *rivais* – o meu uso rivaliza com o seu uso (Hess & Ostrom, 2007; Simon; Vieira, 2007).

Mas também há *commons* baseados em bens *não rivais*, não sendo passíveis de escassez por meio do uso excessivo. Pode-se dizer até mesmo o oposto: quando são utilizados, multiplicam-se. E é justamente nessa categoria que se enquadra a informação, especialmente a parcela relacionada ao conhecimento científico e tecnológico, ou seja, o *commons* intelectual: "[determinado conhecimento] pertence à pessoa que entrou em contato com ele, mas nem por isso deixa de existir em sua fonte original" (Simon; Vieira, 2007, p. 67)[2]. Nas palavras de Hope (2007. p. 82), a informação, portanto, "não é consumida pelo uso [...]. Pelo contrário, ela cresce com o uso, e seu valor social se fortalece por meio da disseminação".

O aparato social, econômico e tecnológico que proporciona uma difusão massiva de *commons* não rivais a um custo cada vez menor e a grande valorização social dos bens intelectuais, especialmente se comparados aos bens materiais, propiciaram a ascensão de um verdadeiro mercado de informações (Hope, 2007). E é nesse contexto que os direitos à propriedade intelectual aparecem como alternativas para facilitar tanto a geração quanto a difusão do conhecimento.

A essa altura do raciocínio, emerge um problema colocado por Simon e Vieira (2007, p. 72): "todo bem que passa a ser protegido pela propriedade intelectual deixa de integrar com liberdade o *commons* intelectual". Evoluindo sob essa problemática, busca-se na próxima sessão aprofundar sobre o conceito de direitos à propriedade intelectual.

A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Segundo Simon e Vieira (2007), a principal característica da ideia de propriedade é a possibilidade de excluir pessoas do direito de acesso a um determinado bem. Isso é facilmente entendido no caso dos bens rivais, pois o uso ou ocupação por parte de alguns implica escassez para outros. Porém, no caso de bens não rivais, como o uso não implica escassez, a exclusão não seria, *a priori*, uma consequência desse uso. O que a propriedade de um bem não rival faz é criar a escassez com a premissa de garantir a comercialização de um determinado recurso e, portanto, o incentivo a produção de

2 Os autores ainda falam sobre bens *anti-rivais*, como, por exemplo, aqueles produtos relacionados ao fenômeno do *open source* (e.g. *softwares* livres): o meu uso e contribuição incentivam e são incentivados pelo uso e contribuição de outras pessoas.

novos bens. Os autores enxergam isso como uma desvantagem, dado que "desvia para o uso privado bens que, de outra forma, teriam uso público; torna bens naturalmente abundantes em artificialmente rivais e, portanto, escassos" (Simon e Vieira, 2007, p. 73).

Dado o exposto, sugere-se que os dispositivos que garantem a propriedade de bens não rivais, tal como a propriedade intelectual, seriam mecanismos capazes de impor, à lógica de mercado, elementos que, a princípio, possuiriam em si obstáculos às formas convencionais de acumulação e geração de riqueza. Mas isso é tudo? Seriam os direitos à propriedade intelectual, incluindo patentes e direitos autorais, apenas meios de defender interesses particulares? Seriam meras formas de favorecer alguns às expensas de outros? Não é tão simples. Outras tantas questões emergem ao perceber que os direitos à propriedade intelectual são tecnologias sociais complexas (Hope, 2007). Explorando essa ótica, busca-se levantar algumas das principais justificativas instrumentais que embasam o direito à propriedade intelectual, especialmente no foco proposto: o campo das biotecnologias.

Entre os argumentos de defesa da propriedade intelectual, estão aqueles que a defendem como um direito natural, equivalente à propriedade de bens materiais. Tais argumentos são de cunho moral, negando um caráter pragmático ou histórico da propriedade, que seria simplesmente o reconhecimento de um direito absoluto do produtor sobre sua produção intelectual. Simon e Vieira (2007) ressaltam que, nessa visão, a naturalidade de um direito implica que ele não deve ser limitado com vistas ao bem comum.

Numa perspectiva construtivista mais moderna, autores como Collins e Pinch (2010a, 2010b) contestam a ideia de que há alguma objetividade ou normas naturais na construção do conhecimento. Sistemas de proteção seriam, portanto, como qualquer outra instituição social: socialmente construídos. Seriam construções humanas não advindas diretamente de alguma verdade natural, mas estabelecidos conforme um cálculo ou uma resposta em vista de determinados fins. Isso implica que a finalidade e as leis de propriedade intelectual deveriam ser julgadas a partir do bem que as constituiu: a sociedade (Simon e Vieira, 2007). Seria ela quem as legitimaria ou não.

Segundo Hope (2007), essa visão construtivista da ciência sugere que os direitos à propriedade intelectual não seriam, necessariamente, nem um inimigo e nem um mecanismo benigno para a produção e difusão científica. Isso depende de como, em qualquer momento da história, se entende o progresso científico e quais são as práticas tomadas como mais adequadas para alcançá-lo. Tais argumentos, somados à preponderância do bem estar

social em detrimento do individual, são suficientes para abalar os pontos de vista favoráveis à propriedade intelectual cujo alicerce reside numa norma ou moral natural da humanidade ou da ciência.

Porém, em se tratando de cunhar justificativas para os direitos de propriedade intelectual, é o campo econômico aquele ao qual mais se recorre. A primeira e mais imediata explicação é a garantia de retorno suficiente para cobrir os gastos com inovação. No caso das patentes, o seu detentor teria direitos de exclusividade temporário para recolher os bônus propiciados pela inovação. Após o término desse período – geralmente dez anos –, o direito para explorar o conhecimento seria entregue ao domínio público. Diretamente ligado a esse argumento, está o fato de que, protegido por mecanismos de propriedade, o detentor pode divulgar suas invenções ao invés de mantê-las em segredo. No caso de inovações cumulativas, quem por ventura se interessar por explorar aquela nova possibilidade, pode então requerer um licenciamento. Portanto, essa dinâmica permitiria a valorização do conhecimento gerado por meio de sua disseminação, produzindo retornos à fonte inovadora e possibilidades de outras inovações correlacionadas à comunidade científica.

No caso da biotecnologia, Jasanoff (*apud* Hope, 2007) sustenta que direitos à propriedade intelectual, principalmente as patentes, possuem um papel fundamental. Primeiramente, pois tornam passíveis de serem submetidas a direitos de propriedade, "coisas" anteriormente não possuidoras de tal característica, fazendo com que adquiram valor de mercado, possam ser comercializadas e tenham sua produção incentivada. Em segundo lugar, considerando que nos primeiros estágios do desenvolvimento de uma tecnologia as indústrias de biotecnologia não possuem produtos comercializáveis, permitem justificar investimentos presentes tendo em vista retornos no futuro. E por último, propiciaria uma complexa e expansiva rede de invenção a partir da competição.

Hope (2007), ao analisar as bases desses argumentos mais recorrentes, enumera três premissas básicas que os sutentam. São elas:

a. A informação tecnológica é fácil de ser copiada, o que resultaria numa falta de incentivos para a inovação;
b. O mercado é, por excelência, o meio mais adequado para a troca de informação tecnológica;
c. Uma coordenação centralizada das atividades de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) pelo detentor de uma determinada

patente é mais eficiente do que uma inovação descentralizada empreendida na ausência de direitos de propriedade intelectual.

A partir dessa enumeração, Hope (2007) desfere um verdadeiro ataque, por várias vertentes, a tais premissas. Em sua conclusão, após tal iniciativa, sustenta que enquanto os direitos à propriedade intelectual, como estratégia regulatória para encorajar a inovação, forem cruciais para o desenvolvimento de uma biotecnologia industrial independente, tenderão a gerar um efeito contrário. Tal constatação se desenvolve em dois eixos principais:

a) As políticas de propriedade intelectual seriam dominadas por atores para quem a inovação não é o primordial.

b) As leis de propriedade intelectual seriam falhas ao levar em consideração a realidade

da pesquisa científica e do desenvolvimento como atividade cumulativa, socialmente cooperativa e alimentada pela larga troca de informação não codificada.

A análise de uma das dimensões desse segundo eixo tomará, a partir de então, lugar central nesse artigo, a saber, a transferência de informações não codificadas. Primeiramente será abordada a perspectiva oferecida pela própria autora e, em seguida, explorar-se-á a questão com auxílio de recentes estudos da sociologia do conhecimento científico sobre a codificação de informações e o conhecimento tácito.

A CODIFICAÇÃO DA INFORMAÇÃO E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Partindo de uma perspectiva mais construtivista e de questões referentes aos custos de transação econômica de informações, Hope (2007), em seu livro *Biobazaar*, defende o seguinte argumento: em áreas cuja tecnologia ainda não foi devidamente codificada, os próprios custos e dificuldades inerentes à apropriação da informação seriam suficientes para inibirem iniciativas de cópia, mesmo na ausência de proteção por meio de patentes.

Para entender essas implicações econômicas, é necessário perceber a visão da autora a respeito do conceito da codificação de uma informação. Segundo Hope (2007), codificação seria a formalização da aprendizagem, em outras palavras, o conhecimento organizado segundo padrões e, em última instância, incorporado a um objeto tangível. Nesse sentido, o montante de informação tecnológica e científica existiria distribuído num *continuum*, onde numa extremidade estariam informações altamente codi-

ficadas e tangíveis, e do outro, idéias ainda não desenvolvidas e *know* how não formalizado. Segundo Mandeville (apud Hope, 2007), embora a maior parte da informação permaneça em algum lugar entre esses dois extremos, a parcela relacionada à atividade inovativa ocorreria em torno da extremidade não codificada.

Além da perspectiva do *continuum*, é claramente sugerido um caráter processual e evolutivo onde as informações, na medida em que se empreendem esforços ao longo do tempo sob um determinado campo do saber, tornar-se-iam passíveis de serem codificadas:

> A proporção de tecnologia que permanece não codificada em algum campo, num determinado momento, é determinada tanto pela novidade tecnológica quanto por sua complexidade inerente. Geralmente, enquanto mais velha ou mais madura a tecnologia, mais ela tende a ser codificada. Uma nova indústria baseada em novas tecnologias – tal como a biotecnologia – está em uma situação fluida onde as mais relevantes informações tecnológicas ainda têm de ser codificadas (Hope, 2007, p. 83).

Segundo a autora, a facilidade, a rapidez e os diferentes modos para que uma informação tecnológica seja difundida, transferida ou imitada dependeriam do quanto ela esteja codificada. Assim, informações altamente codificadas seriam comunicadas sem a necessidade de interação pessoal, e, em contrapartida, informações não codificadas seriam mais bem comunicadas pessoalmente por meio de prática e de *learning by doing*. Portanto, haveria custos bem maiores em se tratando da atividade de se copiar uma tecnologia cujo conhecimento ainda esteja insuficientemente codificado. A partir dessas considerações, Hope (2007) retorna às três premissas, enumeradas anteriormente, que embasam os direitos à propriedade intelectual. Quanto à alegação de que é fácil se copiar uma informação tecnológica, a propriedade intelectual aplicar-se-ia apenas à extremidade codificada do *continuum*, pois, para tecnologias não codificadas, os custos da informação e do usuário inibiriam, por si só, a imitação, mesmo na ausência de proteção por meio de patentes. O fato de que mecanismos não mercadológicos – tais como transferência hierárquica dentro das empresas, redes de comunicação e de mobilidade pessoal, publicações abertas, colaboração entre fornecedores de tecnologia e entre usuários e fornecedores – seriam, nesses casos, frequentemente mais eficientes, também sugere que os mercados não poderiam

ser os meios mais eficientes para coordenar-se a produção e distribuição de informações não codificadas. Considerando a inovação um processo cumulativo, coletivo e interativo, cuja gênese dependeria da fluência da informação entre inovadores do presente e do futuro, mecanismos como patentes bloqueariam a livre adoção, imitação ou melhoria de

ideias protegidas sem o consentimento do seu detentor. Neste sentido, até mesmo cópias não autorizadas entre empresas concorrentes poderiam beneficiar a inovação tecnológica como um todo devido a sua parte no processo de transferência e aprendizado (Hope, 2007). Assim, a centralização das atividades de P&D poderiam implicar prejuízos para o processo inovativo e, portanto, não ser necessariamente mais eficiente que sua descentralização.

Outra questão posta por Hope (2007) é que a superação dos efeitos de bloqueio gerados pelas patentes por meio de licenciamentos e outros arranjos contratuais seriam também menos convincentes no que diz respeito à tecnologia não codificada. A autora acrescenta:

> Mesmo se um detentor de patentes desejasse licenciar a tecnologia para todos os que chegassem, temos visto que acordos de licenciamento entre agentes de curta distância no mercado podem ser uma forma mais lenta e mais custosa de transferir informações do que mecanismos não mercadológicos. Quanto menos passível de codificação a tecnologia, maiores os custos de transação associados a tais arranjos. Enquanto teorias convencionais supõem que os efeitos restritivos das patentes podem ser justificados se, em última instância, encorajam a produção de novas informações, tal como um *trade-off*, isso não faz sentido no campo da informação não codificada porque não há clara distinção entre produção e uso (Hope, 2007, p 86).

A autora ressalta que as patentes podem não causar muitos danos na indústria madura, onde grande parte da tecnologia relevante já foi codificada, mas "nas indústrias novas e altamente inovativas, como a biotecnologia, onde uma grande proporção da tecnologia permanece não codificada, direitos a patentes podem causar impactos negativos significantes na inovação" (Hope, 2007, p. 86).

Dados esses argumentos, Hope (2007) tenta explicar a racionalidade da propriedade intelectual pela lógica do jogo do conhecimento (*Knoledge Game*). Seria, em sua visão, esse jogo, que envolve questões de poder e de cunho econômico, que alimentaria sua manutenção e desenvolvimen-

to. Porém, como já explicitado, tal desfecho não é o objetivo do presente trabalho, mas sim até que ponto os argumentos com relação à codificação da informação são vistos como plausíveis na prática, especialmente no caso do desenvolvimento da biotecnologia. Espera-se com isso elucidar algumas questões em torno da codificação de informações, seus limites e possibilidades. Para isso, passamos a debater o conceito de conhecimento tácito.

O CONHECIMENTO TÁCITO

Polanyi (1958) foi o primeiro autor a inserir o conceito de um conhecimento tácito. Discutindo as raízes do conhecimento científico, o autor foi o responsável pela popularização do conceito, tornando célebre sua máxima "sabemos mais do que podemos dizer". Reside ainda nessa particularidade do conhecimento, e por associação, à informação como um todo (Oliveira, 1996) a divisão entre o que se pode ou não ser articulado por meio de códigos.

Dessa divisão, surge na literatura a dicotomia clássica amplamente difundida: conhecimento tácito e conhecimento explícito. O conhecimento explícito corresponde àquela parcela do conhecimento que pode ser codificada, ou seja, explicado por meio de linguagem formal ou códigos e, portanto, passíveis de serem impressos, digitalizados, convertidos em sinais, semafóricos e algoritmos. O conhecimento tácito se daria, então, simplesmente quando ocorresse o inverso: não houvesse meios de codificá-lo. Porém um fato intrigante se deu quando, com o avanço da tecnologia, grande parte do que se considerava tácito veio também a se tornar-se codificado e reproduzido, inclusive por meio de máquinas. Até mesmo o célebre exemplo de equilibrar-se sobre uma bicicleta, dado por Polanyi (1958), foi impiedosamente imitado por um robô. Atividades antes feitas somente por homens extremamente habilidosos e treinados são hoje executadas por máquinas e computadores de forma bem mais satisfatória. Mas não somente o tradicional conceito de conhecimento tácito foi colocado em xeque. Notou-se que a transferência do conhecimento explícito, que a princípio se daria de maneira fácil por se tratar de mera comunicação de grandezas físicas e sensoriais, como o acesso a um manual, a leitura a um livro ou mesmo um sinal de fumaça, não era tão simples quanto pensavam. Alguns problemas ocorridos na própria ciência chamaram a atenção de estudiosos que se dedicaram a tais questões.

Alguém que merece atenção especial por ter tratado ostensivamente o tema é Harry Collins, que se tornou um dos principais autores da área. Em

"*The TEA-set, tacit knowledge and scientific networks*" (Collins, 1974), tratando da transmissão do conhecimento científico, o autor observou que, para a construção de um determinado equipamento de emissão de raios *laser*, as publicações e patentes geradas não foram suficientes para laboratórios que desejavam replicá-lo. Algumas passagens desse relato são interessantes para a discussão. Segundo Collins (1974), o processo de construção dos primeiros *TEA-lasers* não consistia da acumulação lógica de "pacotes" de conhecimento, mas de uma atividade pragmática de tentativas e erros em face de convicções verbalizadas e escritas de como o princípio poderia não funcionar. Mesmo após o funcionamento do *laser*, a publicação de artigos e consecução de patentes, os próprios construtores possuíam dúvidas sobre como alguns dispositivos se interagiam ou deviam funcionar de maneira adequada nos primeiros estágios da tecnologia. Num primeiro momento da história dos *TEA-lasers*, alguns laboratórios tentaram construir modelos superiores, ou mesmo idênticos, com base nas publicações, mas eles não funcionavam. O autor conclui, então, que habilidades não podem ser transferidas por meio de palavras escritas. Collins (1974, p. 176), assim, relata:

> De fato, até agora, ninguém com quem eu tenha conversado teve sucesso em construir um *TEA-laser* usando fontes escritas (incluindo ensaios [*preprints*] e relatórios internos) como única fonte de informação, embora várias tentativas sem sucesso tenham sido feitas e exista, agora, uma literatura considerável sobre o assunto.

Depois, Collins (1974) conta que, apesar do interesse comercial, membros dos laboratórios que detinham equipamentos em funcionamento publicaram artigos fornecendo detalhes sobre seus *lasers*, participaram de conferências e venderam direitos para produção de variantes do *laser*. Mesmo assim não havia resultados satisfatórios. Aqueles que detinham algum sucesso construíam, no máximo, *lasers* inconstantes que operavam durante um dia e ficavam vários outros sem funcionar. Na fase final do estudo, o autor conta que alguns laboratórios haviam aprendido a construir modelos funcionais do *laser*, mas não sem muito esforço. Tal aprendizado se deu por meio de visitas aos laboratórios de origem, ligações telefônicas e transferência de pessoal. Collins (1974) relata que, ao conceder licenças, os detentores da tecnologia forneciam, além de projetos de engenharia, consultoria contínua. Embora tal aparato fosse dado, mesmo com visitas em atmosfera aberta, sem manter segredos, algumas falhas ocorriam. Entre

as razões citadas como justificativa para tais problemas está o fato de que alguns parâmetros do dispositivo não eram compreendidos sequer pelo laboratório fonte. Além disso, Collins (1974) alega haver falta de cooperação entre universidades. Mesmo com mecanismos de proteção e contratos de licenciamento, táticas como fornecer informações somente quando solicitadas, mas não voluntariamente, eram amplamente empregadas. Segundo o autor, além da tendência de alguns laboratórios fornecerem informações somente quando se houvesse possibilidade de retorno e a forte influência de relações de amizade antecedentes, vários deles pareciam temer a monopolização dos avanços permitidos pelo laser por organizações mais poderosas. Numa das verbalizações, um pesquisador entrevistado diz assim:

> Um pequeno laboratório como este tem que ser bem cuidadoso com o que diz a outras pessoas que tenham vindo de grandes laboratórios e possuam mais facilidades, porque eles podem pegar nossas ideias e são capazes de avançar mais rapidamente, e nós encontramos esse tipo de barreira operacional. Não há nada que eu gostaria mais do que poder dizer tudo a todos (Collins, 1974, p. 181).

Dadas essas evidências, Collins (1974, p. 184) levanta a necessidade de, ao se estudar o conhecimento científico, reconhecer a importância "não somente de elementos formais e informais, mas o político, o persuasivo, o emotivo, e mesmo o intangível e o indizível". Ao concluir, o autor afirma que um participante fluente em determinado conhecimento não é simplesmente um "transportador" de pacotes de informação, mas uma parte e um disseminador de uma cultura científica e, citando Ravetz, argumenta que a investigação científica é uma atividade artesanal que depende de um corpo de conhecimento informal e parcialmente tácito. Até o momento, tal caso empírico já traz muitos elementos que podem auxiliar na compreensão da transferência de conhecimentos não codificados e sua relação com os direitos à propriedade intelectual. Porém, há ainda uma curiosidade sobre esse mesmo caso. Collins continuou a acompanhar a história do *TEA laser*, e conforme relata que os cientistas tinham sido capazes de tornar explícito grande parte do conhecimento que antes era tácito. Com algumas instruções escritas, alguém treinado e socializado na cultura do "*TEA set*" já era capaz de construir um *laser* (Collins, 1995). Isso traz a tona algo relatado por Hope (2007): que em áreas cuja tecnologia já se encontra mais madura, o conhecimento pode se tornar passível de codificação, e, portanto, sua transferência

se daria mais facilmente. Porém, para além dos problemas relacionados aos fatores políticos e comportamentais, estudos sobre o conhecimento científico e tecnológico têm apontado que nem tudo o que é tácito é passível de codificação com o passar do tempo. A questão é que um código ou qualquer tipo de símbolo que se proponha a descrever algo só fará sentido em um contexto onde se atribuam significados comuns. Assim como a descrição de uma atividade só resultará numa prática dita adequada onde a forma de aplicar e julgar suas normas for compartilhada. O fato de um conhecimento ser codificado, escrito ou transformado em um artefato técnico não implica que este seja compatível com todos aqueles que tenham acesso a tais materiais. Por exemplo, apesar de ser um elemento codificado de um conhecimento já estabelecido, um manual escrito em japonês dificilmente ajudará um brasileiro a operar uma máquina, a não ser que este saiba ler a escrita japonesa. A pergunta que se deve fazer é: codificado para quem? O conhecimento é explícito para quem?

Fazer algo de maneira "correta", portanto, vai muito além de seguir um grupo de regras formais, envolve também como fazer coisas que puderam ser aprendidas algum tempo antes (Collins, 1974) dentro de um determinado contexto. Para a perspectiva moderna da sociologia do conhecimento e tecnológico, isso seria uma questão de "forma de vida" (Wittgenstein, 1958). Em outras palavras, tais conhecimentos seriam apreendidos de uma cultura compartilhada via socialização. E segundo Wittgenstein (1958), as regras seguidas dentro de uma forma de vida não possuiriam regras para a sua própria aplicação. Portanto, se não há, em última instância, regras objetivas, não haveria possibilidade de codificar as normas que fundamentam uma forma de vida, mas tão somente sua contrapartida comportamental[3] (seja ela um movimento ou fenômeno físico ou uma lógica interna, como cálculos matemáticos), ou seja, a parte que corresponde à realização das intenções humanas. Nesse ponto, está se sugerindo que, dentro da ideia de conhecimento tácito, há dois corpos distintos: um passível de codificação e outro que permaneceria ainda implícito.[4] Tentando evoluir nessas questões, em estudos posteriores (Collins, 1992, 2001), Collins chega a dividir esse

3 Ver Collins e Kuch, 2010.

4 Collins e Kuch (2010) denominam as ações passíveis de codificação de mimeomórficas, onde as circunstâncias e as conseqüentes respostas seriam fechadas, e as que não seriam passíveis de codificação de polimórficas, às quais, apesar de serem "regidas por regra", de tal forma que há possibilidade de se reconhecer quando elas são feitas de forma incorreta, não haveria como oferecer uma receita de como executá-las corretamente, a não ser para alguém que tenha conhecimento da sociedade na qual elas estiverem inseridas.

conhecimento tácito em algumas tipologias, onde cada uma das diferentes classificações possuiria certas características que influenciariam diretamente, mas de modo diverso, a transferência e construção do conhecimento. Ribeiro (2008), à luz do conceito de formas de vida e de seguir uma regra wittgensteiniana, organiza as tipologias oferecidas pelo autor, sintetizando-as em uma só com três tipos principais de conhecimento tácito. Esses últimos serão explorados, bem como suas implicações para a codificação e transferência de conhecimento, pois ajudarão a entender melhor sua relação com a discussão iniciada acerca da propriedade intelectual.

OS TIPOS DE CONHECIMENTO TÁCITO

Os vários tipos de conhecimento tácito trazidos pela bibliografia foram separados por Ribeiro (2008) em três grandes grupos: aqueles que são tácitos devido ao funcionamento do corpo e do cérebro humanos – conhecimento tácito somático; aqueles que são tácitos devido ao desenvolvimento histórico de um domínio técnico ou por matérias de contingência – conhecimento tácito transiente; e aqueles que são tácitos devido à imersão numa sociedade – conhecimento tácito coletivo.

O conhecimento tácito somático, portanto, se refere às habilidades que capacitam alguém a executar a parte comportamental de uma ação. É adquirido por meio de imersão física em uma prática, repetição e/ou tentativa e erros. Segundo Ribeiro (2008, p. 63), sua aquisição requer "habilidades que são adquiridas de maneira inconsciente devido à interação com o mundo físico dentro de uma forma de vida. Tais habilidades funcionam como um *background*, influenciando como as ações são realizadas". O conhecimento tácito transiente compreende aqueles conhecimentos que estão incorporados nas práticas de uma forma de vida e que permanecem tácitos, mas que, a princípio, podem ser codificados no futuro. O caso do *TEA laser* possui um exemplo claro desse tipo de conhecimento. O *laser* só funcionava se os capacitores fossem localizados por sobre ele, configuração que resultava numa curta distância duas importantes partes do aparato e que, por sua vez, assegurava seu funcionamento. Isso veio a se tornar explícito somente alguns anos depois (Collins, 2001). Portanto, a aquisição deste tipo de conhecimento tácito se dá por meio de imersão numa forma de vida, de modo a "fazer como tradicionalmente se faz". Tão logo esse conhecimento seja codificado, poderá ser transferido por meio de instrumentos como manuais e procedimentos operacionais.

O conhecimento tácito coletivo é aquele relacionado a habilidades que permitem alguém ser considerado membro de uma determinada forma de vida. Ribeiro (2008) enumera quatro habilidades essenciais: seguir regras, formular ou alterar regras, efetuar reparos ou correções e fazer julgamentos. Conforme Wittgenstein (1958), já que uma regra não contém as regras para sua própria aplicação, seguir uma regra implica em saber interromper uma regressão das regras. Pode-se utilizar como exemplo o entendimento de uma palavra. A palavra "campo" possui vários significados, mas não há regras suficientes para descrever como atribuir o significado correto. Se alguém fala que quer ir ao campo, pode estar querendo assistir a um jogo de futebol, visitar um local fora da zona urbana ou, se for um acadêmico, ir ao seu local de pesquisa empírica. Além disso, seguir uma regra é também reconhecer o que é "a mesma situação" para aplicação das regras, antecipar ações e reações dentro de contextos sociais, julgar violações no seguimento de regras e saber quando e como quebrar uma regra de modo aceitável (Ribeiro, 2008). A habilidade de formular ou alterar regras, portanto, é possuída somente por membros de uma coletividade. Ribeiro (2008) cita como exemplo a maneira como o conhecimento científico é construído e modificado ao longo do tempo. Uma discussão pode ser fechada ou novamente aberta conforme os argumentos apresentados por alguém. Novas tolerâncias podem vir a ser estabelecidas com a emergência de novos padrões e conceitos. Quanto à habilidade de reparar, estão relacionadas às capacidades de corrigir erros e lidar com ambiguidades. Um exemplo clássico desse caso é o fato de vermos no visor de uma calculadora de bolso, durante um cálculo financeiro, o número 6,999996 e entendermos 7 (Collins; Kush, 2010). Em outros casos, tal reparo seria inadmissível, e, portanto, cada situação exigiria entendimento do contexto social que a envolve. Nesse ponto, já se entrou na definição prática da habilidade de julgar. Ribeiro (2008, p. 75) a descreve como "a habilidade de localizar (novos) fatos, artefatos e pessoas dentro da história atual ou passada de uma dada forma de vida". Segundo o autor, é essa capacidade que permite alguém atribuir valores e priorizar alguns elementos de uma situação em detrimento de outros, além de agir de maneira natural e adequada em situações completamente inéditas. Ribeiro (2008) ainda explica que a habilidade de julgar pode atuar de duas formas: por um lado, é utilizada para analisar o quanto determinadas regras podem se ajustar a casos particulares; por outro, o quanto um caso particular pode se ajustar a um conjunto fixo de regras. No sistema legal americano, por exemplo, vemos o primeiro caso, onde decisões tomadas em casos anteceden-

tes auxiliam novas tomadas de decisão. O segundo uso do julgamento pode ser ilustrado em uma linha de produção, onde há regras fixas para atender a critérios de qualidade, e todo o dimensionamento e controle visa deixar o sistema funcionando dentro dos parâmetros estabelecidos por tais regras.

Conforme Ribeiro (2008), tais habilidades só seriam adquiridas por meio de imersão em uma forma de vida, e, mesmo com o passar do tempo, não seriam passíveis de codificação. Collins e Kuch (2010) relacionam o conhecimento tácito coletivo à habilidade de executar ações polimórficas (ver nota 3).

REVISITANDO OS ARGUMENTOS CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Tendo em mente tais conceitos, ao retornar-se à questão da transferência de conhecimento, levantam-se algumas questões importantes. No caso do conhecimento tácito somático, sua codificação dependeria de que algum conjunto de códigos pudesse representar uma ação ou mesmo que uma tecnologia fosse capaz de reproduzir a parte comportamental almejada pela intenção humana. É fácil prever que nem todas as ações, por mais simples que sejam, possuem maneiras fiéis de representação ou imitação por uma máquina. Mas isso não significa que não poderão vir a possuir. Se alguém quiser construir uma máquina que aplique injeções em humanos, não haveria barreiras, pelo menos teóricas, pois tudo se trata de habilidades físicas e sensoriais – isso se considerarmos apenas o ato de introduzir a agulha e aplicar o conteúdo da seringa no lugar adequado e esquecêssemos de todo o esforço requerido para lidar com crianças ou pessoas que tenham medo de agulhas. Podem existir dificuldades e barreiras tecnológicas a serem vencidas, mas essas poderiam ser resolvidas com o tempo ao se despender investimentos. Porém, até que se consiga desenvolver tal aparato, a habilidade de aplicar injeções continuará sendo, em parte, tácita[5]. Mas se em vez de construir tal máquina, se decida apenas escrever um manual de como aplicar injeções em humanos? Não seria difícil imaginar um manual eficiente para tal finalidade. Todavia, esse manual ainda precisaria contar com bastante conhecimento

5 Nenhuma enfermeira se preocupa em qual a força em Newtons deverá aplicar por sobre a injeção de modo a introduzir o medicamento ou qual a grandeza física que lhe faz diferenciar, por exemplo, uma veia de uma cicatriz – cor, volume etc. Ou seja, a enfermeira continuará aplicando uma injeção de forma tácita. Tais problemas seriam enfrentados por aqueles que se aventurarem a construir tal máquina.

tácito coletivo previamente compartilhado entre escritor e usuário para sua aplicação de forma "adequada". Em relação à sua transferência, enquanto não houver uma máquina que se possa comercializar, deve ser feita tendo como premissa a existência de um conhecimento tácito coletivo compartilhado. Caso esse já exista e seja suficiente, pode-se optar pela utilização de um manual. Em relação ao conhecimento tácito transiente, como a própria definição diz, é tácito, mas o é apenas temporariamente. Aqui, diferentemente do caso anterior, não é uma mera questão de se querer escolher codificar. Ainda restam coisas a serem entendidas, pois se encontram implícitas na tradição. Na construção do *TEA laser* até se descobrir que a posição funcional do eletrodo era importante, ninguém determinaria que não pudesse ser modificada. Com o tempo isso se tornou claro e, obviamente, muito fácil de ser descrito em um manual. O problema é que um projeto com informações suficientes para que um cientista da área construa um *TEA laser* não ajudaria alguém como o autor desse artigo, que nada entende do campo, a fazê-lo. Aquele projeto só será entendido dentro da forma de vida em que sua linguagem for compartilhada. Em outras palavras, há necessidade de conhecimento tácito coletivo para utilizá-lo.

Até aqui, claramente se percebe que, em se tratando da transferência de tecnologias mais maduras, com altíssimo índice de codificação – onde há situações em que os tipos de conhecimento somático e transiente já foram largamente codificados –, há ainda a necessidade de uma base sólida de conhecimento tácito coletivo compartilhado entre aquele que as detém e aquele que irá adquiri-las. Em relação aos argumentos utilizados para desafiar a propriedade intelectual, o que se revela aqui é o fato de que, onde há conhecimento codificado em grande proporção, esse só é explícito entre aqueles que de fato compartilham os meios utilizados para codificá-lo. O fato de não ser suficiente que o conhecimento tenha sido explicitado, mas que, além disso, o código deva ser compartilhado, desloca o problema mais para difusão que para a codificação. Ou seja, importa menos o quanto o conhecimento a respeito de uma tecnologia é codificado, e mais, o quanto ele é difundido. Nesse sentido, a princípio, os direitos à propriedade intelectual realmente não se justificariam no caso da inovação, não somente pelo fato de que conhecimentos implícitos ainda não foram codificados, mas principalmente pelo fato de que as práticas não tiveram tempo de serem difundidas.

Quanto ao argumento de fácil cópia, se um conhecimento é compartilhado, ou seja, se houve difusão – seja ele codificado ou não –, não só será fácil efetuar a transferência, como, também, será fácil copiar tecnologias.

Por outro lado, se ainda não há difusão, dificilmente alguém conseguirá replicar a tecnologia em questão.

Uma variável que deve ser considerada nessa dinâmica é o tempo necessário para que haja difusão considerável da tecnologia, ou seja, para que ela seja socializada. Denominando esse período de Tempo de Socialização (TS) e ao tempo necessário para obter os retornos necessários para compensar a atividade inovativa de Tempo de Retorno (TR), teríamos a seguinte relação:

- Quando TS for maior que TR, o produtor da inovação teria retornos monopolísticos que compensariam seu esforço inovativo, sem a necessidade de mecanismos de propriedade intelectual.
- Quando TS for aproximadamente igual a TS, o produtor da inovação apenas receberia recursos capazes de cobrir, aproximadamente, os custos com o esforço inovativo. Tal situação pode vir a inibir economicamente o surgimento de iniciativas inovadoras.
- Quando TS for menor que TR, a tecnologia desenvolvida poderá ser replicada e comercializada antes que o produtor da inovação alcance o retorno almejado ou mesmo antes de recuperar os custos despendidos com o esforço inovativo. Tal situação comprometeria altamente o surgimento de iniciativas inovadoras.

A princípio, o contra-argumento de Hope (2007) se aplicaria totalmente apenas no primeiro caso, ou seja, quando TS fosse maior que TR. Nos demais casos, a propriedade intelectual pode ser uma garantia de fortalecer o processo inovativo. Porém, essa dinâmica entre TS e TR é muito mais complexa, pois dependerá muito da área em que a inovação se der, do número de atores envolvidos e de interessados na nova tecnologia, dos recursos empregados para difusão e codificação e, até mesmo, de valores culturais e pessoais. No que se refere ao contra-argumento de que iniciativas não mercadológicas seriam mais eficientes para transferir o conhecimento não codificado, também emergem algumas questões. Observando novamente as práticas alternativas descritas por Hope (2007), percebemos que algumas delas também estão sujeitas a limitações relacionadas à questão dos valores culturais e pessoais. Transferência hierárquica dentro das empresas, redes de comunicação e de mobilidade pessoal, publicações abertas, colaboração entre fornecedores de tecnologia e entre usuários e fornecedores só se constituirão meios eficientes de transferência quando os indivíduos partilharem

uma cultura de disseminação. Outro aspecto relevante é que o mercado também oferece meios que possibilitam, direta ou indiretamente, a transferência da informação tácita, tais como convênios de pesquisa, consultorias, *joint-ventures*, fusões,

dentre outros. É lógico que tais alternativas mercadológicas oneram em muito a atividade de transferência, mas ao mesmo tempo, na medida em que pudessem garantir retornos suficientes ao produtor de inovação, poderiam incentivar o esforço inovativo. Na ótica de Hope (2007), como já mencionado, esses custos de transação associados a tais arranjos seriam necessariamente desestimuladores. Reconhece-se que há muito que se analisar em se tratando da questão financeira, principalmente quando se considera a questão dos gastos jurídicos relacionados à propriedade intelectual, porém, como dito anteriormente, não é esse o foco do presente estudo. Mesmo assim, na próxima sessão, algumas considerações importantes ainda serão fornecidas pelos especialistas entrevistados.

Para o contra-argumento de que esforços de P&D descentralizados trariam maiores benefícios para a inovação em áreas como a biotecnologia, Hope (2007) toma como premissa a inovação como processo cumulativo, coletivo e interativo. A autora também afirma que a realidade da pesquisa científica e do desenvolvimento não é naturalmente cumulativa, socialmente cooperativa e alimentada pela larga troca de informação não codificada. Sendo assim, percebe-se um conflito inerente: a inovação depende de uma realidade que, por natureza, a prejudica. Dessa forma, não seria suficiente reconhecer que a centralização traz um prejuízo para a transferência de conhecimento não codificado, mas que, para superar a realidade do monopólio, é necessário trabalhar os valores da coletividade. Como indicado por Collins (1974) no caso do *TEA set*, por mais que se buscasse favorecer a transferência de conhecimentos via socialização entre os laboratórios, havia comportamentos de resistência entre os pesquisadores.

Como se pode perceber, o deslocamento do problema da codificação para a difusão, a heterogeneidade das áreas de pesquisa científica e tecnológica ou mesmo a heterogeneidade das atividades dentro de uma mesma área, a influência de fatores políticos, sociais e pessoais na questão da transferência e a necessidade de se analisar as implicações financeiras envolvidas de forma mais atenta criam uma complexidade não visualizada anteriormente nos casos estudados.

REFERÊNCIAS

BECK, U. *Risk society*: towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

COLLINS, H. *Changing order*: replication and induction in scientific practice. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

COLLINS, H. PINCH, T. *O Golem à solta*: como pensar sobre tecnologia. Belo Horizonte: Fabrefactum, 2010b.

COLLINS, H. PINCH, T. *O Golem*: como pensar sobre ciência. Belo Horizonte: Fabrefactum, 2010a.

COLLINS, H. *Tacit Knowledge, trust and the Q of sapphire*. *Social Studies of Science*, p. 71-85, n. 31, v.1, 2001.

COLLINS, H.; KUSCH, M. *A forma das ações*. Belo Horizonte: Fabrefactum, 2010.

COLLINS, H.; KUSCH, M. *Homo artificiosus*: how human and machines mix. 1995. No prelo.

DRUCKER, P. *Post-capitalist society*. Oxford: Butterworth Heinemann, 1993. HESS, C.; OSTROM, E. *Understanding Knowledge as a commons*: from theory to Practice. Cambridge: The MIT Press, 2007.

HOPE, J. *Biobazaar*: the open source revolution and biotechnology. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

MACHLUP, F. *Knowledge production and distribution in the United States*. Princeton:

OLIVEIRA, V. P. *O conhecimento tácito na transferência de conhecimento científico*: Mr.Data aprende a dançar. Disponível em: www.ige.unicamp.br/site/publicacoes/dpct/ Texto-31.doc. Acesso em: 10 set. 2012.

POLANYI, M. *Personal knowledge:* towards a post-critical philosophy. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1958. Princeton University Press, 1962

RIBEIRO, R. *Knowledge transfer*. Cardiff: Cardiff University, 2007. Tese (Ph.D.) – School of Social Sciences, Cardiff University, 2008.

SIMON, I.; VIEIRA, M. S. A propriedade intelectual diante da emergência da produção social. *In*: Villares, F. (org.). *Propriedade intelectual:* tensões entre o capital e a sociedade. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

WITTGENSTEIN, L. *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell, 1958.

PARTE II

Entrevistas e Resenhas

O SOBERANO E A EXCEÇÃO

Entrevista com Cássio Benjamim

Em visita a Goiânia, onde ministrou o curso "Introdução ao pensamento de Carl Schmitt", o professor Cássio Benjamin, Doutor em Ciência Política pela UFMG e professor adjunto da Universidade Federal de São João del-Rey, falou à revista Novos Direitos sobre o legado intelectual de um dos juristas mais controvertidos do século XX, autor de textos seminais como *A ditadura*, *Teologia Política* e *O conceito do político*. Carl Schmitt, nascido em 1888 e falecido em 1985, já era um professor e jurista alemão mundialmente conhecido quando aderiu ao Partido Nacional-Socialista a convite do filósofo Martin Heidegger, tendo ocupado posições de destaque no regime entre 1933 a 1936, ano em que caiu em desgraça por conta das suspeitas da SS quanto às suas ideias. Com o fim da Segunda Guerra, foi preso pelos aliados por dois anos e nunca mais voltou a ocupar qualquer cargo universitário.

Novos Direitos – Ultimamente, muitos pesquisadores têm resgatado o pensamento de Carl Schmitt. O autor de *O conceito de político* continua sendo um pensador atual?

Cássio Benjamin – Eu penso que a importância de Schmitt em grande medida é porque ele tem uma visão bastante estruturada, baseada na tradição do pensamento político ocidental, que coloca desafios para nosso modo de pensarmos a democracia, a política e o direito nos dias atuais. Nesse sentido, uma relação crítica com Schmitt é sempre interessante. É sempre importante nos defrontarmos com um pensamento conservador, um crítico da democracia, um pensador do direito e da política dessa envergadura para tentarmos entender a nossa própria democracia.

Novos Direitos – Carl Schmitt é um conservador?

Cássio Benjamin – Com certeza Carl Schmitt é um conservador. É um conservador na medida em que é um crítico do liberalismo, como um sujeito que tenta retomar certos traços de uma tradição teológica de pensar o Estado, o direito e a política. Ele tenta retomar certas ideias, dentro de uma visão teológica cristã, por isso ele fala de teologia política quando discute temas como a soberania dos Estados.

Novos Direitos – Muitos pensadores veem Schmitt como um pensador da exceção, principalmente por causa da frase famosa, que abre a sua *Teologia Política*, que diz que "o soberano é aquele que decide no momento da exceção". Carl Schmitt estava fazendo a apologia da exceção?

Cássio Benjamin – Essa frase abre o texto da *Teologia Política,* mas o soberano decide sobre o estado de exceção ou sobre a própria exceção visando instaurar a ordem. Então o soberano aí é a figura que instaura a ordem. Só que como pensador da ordem - e aí vemos certa semelhança com Thomas Hobbes –, Schmitt é muito arguto e muito preocupado com o conflito, com a desordem. A exceção faz parte disso. A exceção surge com o reconhecimento de algo além do direito, mas visando retomar a ordem. Então o soberano decide sobre o estado de exceção, mas pra retomar a ordem no fim do processo.

Novos Direitos – Carl Schmitt também é um pensador polêmico que teve a sua vida associada ao nazismo. Como você responde aos críticos de Schmitt que apontam essa ligação entre esse pensador e o nazismo?

Cássio Benjamin - Essa é uma questão bastante polêmica em Schmitt. E de fato ele teve uma ligação com o nazismo e participa do regime por um período. E tem escritos desse período que buscam justificar o nazismo. Então é uma polêmica que acho que não vai terminar nunca sobre a relação da teoria de Schmitt com o nazismo. Só que, anteriormente a essa adesão, existe um conjunto de obras, as que tornaram o Schmitt mundialmente conhecido, como *O conceito do político*, a *Teologia política*, a *Teoria da Constituição* e outras, que não estão ligadas ao nazismo. Estão ligadas, isto sim, a uma tradição da teoria conservadora e, como estou insistindo aqui, cristã e teológica. Em que medida essas obras escritas anteriormente, suas obras mais relevantes, justificam ou preparam o Schmitt nazista é uma discussão sem fim.

Novos Direitos - Alguns pensadores mais à esquerda têm procurado resgatar o pensamento de Carl Schmitt. Você está por dentro dessas formulações? O que você acha de autores como Giorgio Agamben (autor de *Estado de Exceção*) e Chantal Mouffe (autora de *O regresso do político*), que de certa forma, tentam fazer uma leitura de esquerda de Schmitt?

Cássio Benjamin – Aí temos que discutir o que é esquerda. Mas de todo modo, eu não sou muito simpático a algumas apropriações pela esquerda das ideias de Schmitt, porque claramente, como eu estou insistindo, Schmitt tem um pensamento conservador, alicerçado numa tradição conservadora, então ele tem que ser entendido dessa forma. A única coisa cabível, como queira, do ponto de vista da esquerda, é que ele é um ótimo pensador para ser criticado. Mas apropriação de esquerda de Schmitt é difícil. Acho problemática para o próprio Schmitt. Vai ficar uma salada de frutas estranha. Porque trata-se de um pensador claramente conservador. Não sei em que medida ele poderia ajudar a esquerda. A não ser do ponto de vista crítico.

Novos Direitos – Outro ponto importante e muito mal compreendido da obra de Carl Schmitt é a sua visão sobre a política, ancorada numa relação entre a amizade e a inimizade. Gostaria que o senhor esclarecesse um pouco mais sobre essa visão do Schmitt da política como relação amigo/inimigo.

Cássio Benjamin – Antes de tudo, gosto de pensar esta visão de Schmitt como algo realista. Política envolve acordo e conflito. Como ele diz, associação e dissociação. Então o que ele está querendo dizer com amigo/inimigo é que política envolve esses dois, essas duas esferas, que são necessariamente unidas. Ou tem acordo ou tem desacordo. Se você faz parte de um grupo, você é contra o outro grupo. Amigo e inimigo são os dois extremos dessa relação.

Novos Direitos – Num dos seus livros mais provocativos, intitulado "A Ditadura", Carl Schmitt argumentou que todo governo capaz de uma ação decisiva deve incluir um elemento ditatorial na sua Constituição. Schmitt está fazendo um elogio da ditadura?

Cássio Benjamin – Se for pensada em termos estritamente técnicos é exatamente isso. Você tem o momento de ditadura. Mas aí a ditadura tem que ser compreendida no seu conceito clássico. Em Roma, o ditador é aquele que diante de uma desordem tem a incumbência clara de solucionar o problema e retomar a ordem. Trata-se de um pensamento con-

servador. Carl Schmitt não está dizendo que todo governo tem que ser ditatorial. A ditadura é o momento da exceção. O Carl Schmitt quer a volta à norma. Mas se for necessário um momento de exceção, ele tem que ser levado em conta, que é o momento da ditadura. Ele estava tentando dizer que o presidente, no caso, na República de Weimar, momento em que ele escreveu este livro, deveria ser um ditador comissário, com poder para retomar a ordem.

Novos Direitos – Schmitt era um pensador muito crítico em relação ao parlamento, com uma atitude muito desconfiada em relação a esta instituição. O que Schmitt diria se pudesse assistir às sessões do Congresso Nacional Brasileiro?

Cássio Benjamin – Acho que ele não diria coisa muito diferente do que disse em vários momentos da sua obra. Para Schmitt, o principal problema do parlamento é não poder representar o que considerava como a representação da totalidade. O parlamento era o local dos particularismos e da falta de publicidade, pois os acordos que realmente interessam são decididos secretamente. Embora o parlamento brasileiro hoje obviamente tenha especificidades, o problema do parlamento atravessa todo século XX e o início do século XXI. É a mesma coisa, nesse sentido. Ele diria o que sempre disse. Ele não acreditava que o parlamento no fundo pudesse representar. Por isso, sua aposta era na figura do presidente.

Novos Direitos – Schmitt manteve uma atitude muito polêmica com um dos seus adversários intelectuais, o austríaco Hans Kelsen. Pode nos falar alguma coisa sobre as divergências entre Schmitt e Kelsen? Especialmente a famosa divergência sobre o Guardião da Constituição?

Cássio Benjamin – Kelsen é um adversário permanente do Schmitt por várias razões. A principal delas talvez fosse a própria concepção do direito, o modo de abordar o jurídico, já que para Schmitt você tem que sempre pressupor a política antes do direito. E, em outro patamar, você teria que sempre colocar uma decisão antes da norma, exatamente o contrário do que Kelsen argumentava. Para Schmitt, Kelsen não conseguia compreender a efetividade do direito e da política. Kelsen também poderia dizer que Schmitt nunca entendeu verdadeiramente o direito. No caso do Guardião da Constituição, é o mesmo problema que volta: enquanto Kelsen defendia como Guardião da Constituição um tribunal jurídico como os atuais tribunais constitucionais, Schmitt defendia como Guardião da Cons-

tituição o próprio presidente, o presidente do Reich, a pessoa que decide no momento de dúvida. Então isso sempre levou a uma diferença muito grande na visão dos dois pensadores, um liberal e outro conservador. No entanto, há proximidades, que podemos designar como certo "decisionismo", já que tanto a ideia de uma norma fundamental em Kelsen quanto a decisão do soberano em Schmitt apontam para um momento arbitrário que não pode ser evitado.

"MISSA NEGRA – RELIGIÃO APOCALÍPTICA E O FIM DAS UTOPIAS"[1], UM LIVRO DE JOHN GRAY

Arnaldo Bastos Santos Neto[2]

O valor de um intelectual deveria ser medido pela quantidade de gente a quem consegue desagradar. Neste item, ninguém melhor, nos dias que correm, que o filósofo inglês John Gray. Com uma argumentação coerente e límpida, Gray ataca, em *Missa Negra – Religião Apocalíptica e o Fim das Utopias* (Record, 2008), os fundamentos filosóficos e culturais das grandes correntes políticas da modernidade, dedicando um número equitativo de páginas para espinafrar jacobinos, marxistas, nazistas, liberais, integralistas islâmicos, trabalhistas ingleses e neoconservadores norte-americanos. Pouca gente escapa das agulhadas de Gray, preocupado em demonstrar que o regime teocrático iraniano fundado por Khomeini, os totalitarismos do século XX e as políticas agressivas e imperialistas de George W. Bush, nada mais são que manifestações de uma leitura apocalíptica da história, cuja teleologia foi descoberta e explicitada sob a forma de doutrinas políticas preocupadas em alterar a própria natureza humana. Na origem de tudo encontram-se mitos fundadores do próprio Ocidente cristão, comunicados também a outras culturas pela difusão do Iluminismo.

Vistos pelo pano de fundo de tais mitologias apocalípticas, os modernos movimentos revolucionários constituem uma continuidade das religiões por outros meios, o que Max Weber denominou de religião laicizada. Para demonstrar tal proposição, Gray remonta às visões milenaristas que periodicamente manifestam-se na história, dos tempos bíblicos aos atuais, pregando alguma variante escatológica de fim do mundo (ou da própria história), com o advento de uma era de ouro marcada pela prosperidade e pelo progresso

1 Missa negra: ritual sacrílego no qual a missa cristã é rezada de trás para frente.

2 Professor do ICJ – Unifan e da Faculdade de Direito da UFG, Doutor em Direito Público pela Unisinos-RS.

infinito. Tais crenças messiânicas, que estão na base do cristianismo, foram mitigadas por pensadores como Santo Agostinho (354-430 d.C.) que duvidou da capacidade humana de eliminar o mal do mundo. Baseando-se numa antropologia negativa, que acreditava que os seres humanos são irremediavelmente imperfeitos, Agostinho reforçou nesta tradição do cristianismo um forte conteúdo realista, propondo que o fim dos tempos fosse percebido em termos puramente espirituais. Com base em tais premissas, argumenta Gray, esta doutrina "conferiu ao cristianismo uma disposição antiutópica que ele nunca perdeu completamente, sendo os cristãos poupados da desilusão que se abate sobre todo aquele que espera mudanças muito profundas nas questões humanas".

Se, por um lado, a visão de Agostinho sobre o cristianismo constitui uma das correntes profundas sob as quais corre o fluxo da História Ocidental, por outro lado, as crenças messiânicas no advento da sociedade perfeita e depurada dos vícios humanos nunca nos abandonaram, constituindo outra constante no pensamento e ação da humanidade, reaparecendo primeiramente sob a forma de milenarismos, como a revolta ocorrida na cidade de Münster, em 1534. O fim do mundo aproximava-se, pregavam os exaltados da época, e o próprio planeta soçobraria antes da Páscoa. Somente Münster seria salva, na qualidade de uma Nova Jerusalém.

Tais expectativas logo converteram-se em ações bárbaras, como a proibição de todos os livros, com exceção da Bíblia. Bockelson, o líder da rebelião autoproclamado como rei, deu início a uma prática moderna, imitada pelos jacobinos, renomeando as ruas e inaugurando um novo calendário.

Estavam presentes os ingredientes da fé milenarista: a ideia de que a salvação não é individual, mas coletiva, que pode realizar-se na terra e não num distante reino celestial e de que é iminente, total, abrangendo todos os aspectos de uma vida humana tornada perfeita, além de miraculosa. Como ironia histórica, foram os jacobinos, mesmo com o seu pronunciado secularismo, que abraçaram com força total as crenças milenaristas, inaugurando uma forma moderna de ver a política baseada num otimismo pensado filosoficamente pelo Iluminismo: a humanidade poderia livrar-se de seus males de forma definitiva, desde que lançando mão do conhecimento baseado nos ideais iluministas.

O terror jacobino, com seu séquito de cabeças cortadas após julgamentos sumários, nasce desta pretensão de depurar de forma definitiva o corpo social de suas imperfeições. Não por acaso, em todas as utopias modernas subsiste a ideia de deixar os conflitos habituais da vida humana no passado,

como se fosse inescapável um gradual aperfeiçoamento de toda a humanidade que validaria obedeceria, universalmente, aos mesmos valores políticos, num uníssono ausente de discordância.

Contra tais pretensões, Gray argumenta em sentido contrário. Para o pensador inglês, o conflito é uma característica universal da vida social. Na própria natureza humana parece subsistir o desejo de coisas incompatíveis entre si: "emoções e vida tranquila, liberdade e segurança, verdade e uma imagem do mundo que seja lisonjeira para seu senso da própria importância. Uma vida livre de conflitos é impossível para os seres humanos, e onde quer que isso seja tentado, o resultado é intolerável para eles". A utopia carrega em seu ventre, após o fracasso sempre evidente de tentar suprimir o conflito da vida social, a semente do seu contrário, a distopia: "as utopias são sonhos de libertação coletiva que na vigília se revelam pesadelos".

Nada melhor para ilustrar tal afirmação que a comprovação de que já em 1921, por volta de 80% dos prisioneiros nos campos de concentração soviéticos eram operários e camponeses. Para nos afastarmos de tais perigos, escreve Gray, melhor nos concentrarmos justamente no pensamento distópico, em autores como Orwell, Huxley, Wells, Dick, Zamiatin, Nobokov, Burroughs ou ainda Ballard.

Neste ponto, Gray segue de perto uma das suas referências filosóficas principais, o também britânico (embora de origem russa) Isaiah Berlin, que propunha um liberalismo de feição agonística que aceitava o conflito como inerente à nossa capacidade de escolha. Berlin insistia na tese de que os valores humanos fundamentais são muitos e frequentemente estão em conflito, pois as próprias necessidades humanas alteram-se com o tempo, trazendo incertezas que só podem ser resolvidas por decisões radicais.

Dos sonhos de uma humanidade depurada surgiram movimentos como o nazismo, que pretendia apoiar-se na ciência para construir uma sociedade de vencedores, selecionados pela evolução darwinista da espécie. Em sua base, encontramos a ideia de que a sociedade poderia ser recriada como uma comunidade imaculada, também despida de conflitos. Gray retoma a tese da Escola de Frankfurt de que o nazismo surgiu como desdobramento lógico do pensamento iluminista e sua razão instrumental. Mais que isso, o nazismo também surgiu de certa forma de "racismo liberal" que louvava a missão civilizatória europeia em sua ação de conquista imperialista de povos tidos como "atrasados" e "primitivos". O próprio racismo aparece como um produto do Iluminismo, que abria as possibilidades de destruição

compulsória de outras culturas. O genocídio com as bênçãos da ciência e da civilização, sentencia Gray.

O mesmo espírito missionário e salvacionista, podemos detectar no discurso dos falcões do neoconservadorismo norte-americano (com a variante inglesa proposta por Blair). Também esta maneira bastante contemporânea de ver o mundo possui vínculos ancestrais com correntes profundas do pensamento fundador da nação norte-americana. Há um fio condutor que liga a ideia da "excepcionalidade americana" e seu "destino manifesto" e o discurso da Doutrina Bush de "Guerra ao Terror", que fala em "destruir Satã" (representado pelo terror islâmico). Gray lamenta a existência de um ponto que distingue os EUA dos outros países, ou a "persistente vitalidade da crença messiânica e a intensidade com que continua a influenciar a cultura pública". Como resultado, além da busca pelo controle das fontes de petróleo do Golfo Pérsico, a Guerra do Iraque teve como um dos seus motivos uma fantasiosa estratégia neoconservadora de impor ao povo iraquiano um modelo de democracia representativa similar ao que Francis Fukuyama pretendeu consagrar como forma última de Estado, em seu ensaio sobre o "Fim da História".

Alguns teóricos mais delirantes do Departamento de Estado norte-americano escreveram que a "guerra ao terror" era apenas um capítulo de uma "revolução democrática global". Como o neoconservador Michael Ledeen, citado por Gray, que sintetiza esta linha de pensamento advogando que os norte-americanos não devem alimentar dúvidas quanto à sua capacidade de "destruir tiranias": "É o que sabemos fazer melhor. É um talento natural, pois somos o único país verdadeiramente revolucionário do mundo, e o temos sido há mais de 200 anos. A destruição criativa é para nós uma segunda natureza (...). Em outras palavras, chegou mais uma vez a hora de exportar a revolução democrática".

O discurso utópico é sempre sedutor e carismático, pois ativa emoções profundas contidas na psique humana. Tenta suprir a necessidade de dar significado à vida. Para os grupos políticos que se mobilizam em torno de tais propostas, tanto melhor que sua legitimação possa ser obtida por meio de uma semântica tão carregada. Quem quer que se coloque contra a utopia de uma sociedade perfeita não merece crédito, revela uma má-fé evidente, um conservadorismo desprezível.

Ao inimigo público, que carrega toda a infâmia de surgir como dissidente, mesmo que ainda compartilhe a mesma visão de mundo de seus algozes, será negado qualquer direito. Aquele que busca revestir suas pre-

tensões de poder com a túnica do discurso utópico fala sempre de um lugar inatingível aos demais. Seus crimes serão perdoados e interpretados como erros, como experiências fracassadas, que podem ser até mesmo repetidas, como propõem intelectuais filo-violentos como Slavo Zizek, que escreve compulsivamente textos elogiando o uso do terror como mecanismo para a obtenção de uma sociedade melhor, numa obsessão que somente a psicanálise (lacaniana?) pode tentar explicar.

A experiência histórica nos leva a esta conclusão, bastante evidente, de que melhor que atentar para as visões idílicas de uma terra sem males, nossa atenção deve estar voltada para o potencial de barbárie que repousa no cerne de nossa experiência civilizatória. A civilização é frágil e insegura. Seus diques podem ser rompidos, a qualquer momento, e as guerras, morticínios e explosões de violência estão longe de pertencerem a um passado remoto. De boas utopias, certamente, está cheio o caminho do inferno.

Em apoio à sustentabilidade, à preservação ambiental, a Asa Editora Gráfica / Kelps, declara que este livro foi impresso com papel produzido de florestas cultivadas em áreas não degradadas e que é inteiramente reciclável.

Este livro foi impresso na oficina da Asa Editora
Gráfica/ Kelps, no papel: pollen soft 80g,
composto na fonte Times New Roman, corpo 11.
Novembro, 2012

A revisão final desta obra é de responsabilidade dos autores