

A RETÓRICA DA HISTÓRIA DO DIREITO: NARRATIVA, FICÇÃO E SISTEMA

THE RHETORIC OF HISTORY OF LAW: NARRATIVE, FICTION AND SYSTEM

BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVEDO*

RESUMO

A pesquisa, em um primeiro momento, irá discorrer sobre o que é a história do direito a partir da metáfora da descrição, a qual imagina o historiador como um narrador. A seguir, se apresentará o contraponto, compreendendo a história do direito como uma reconstrução empreendida pelo historiador. Aqui, o historiador se aproxima do autor de uma ficção. E, em um terceiro momento, se sustentará, como objetivo principal, a tese de que o historiador não é um observador privilegiado da história, capaz de observá-la de fora, o que acarreta uma série de consequências. A mais importante delas, dentre outras, é a de que a história do direito é, em si, um sistema que opera por meio da dicotomia memória/invenção.

PALAVRAS-CHAVE: História. Narrativa. Ficção. Sistema. Paradoxo.

ABSTRACT

The research will first discuss what the history of law is based on the metaphor of description, which imagines the historian as a narrator. Next, the counterpoint will be presented, understanding the history of law as a reconstruction undertaken by the historian. Here, the historian approaches the author of a fiction. Thirdly, the main objective will be to support the thesis that the historian is not a privileged observer of history, capable of observing it from the outside, which has a number of consequences. The most important of these, among others, is that the history of law is, in itself, a system that operates through the dichotomy of memory/invention.

KEYWORDS: History. Narrative. Fiction. System. Paradox.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sobre a perspectiva retórica da história do direito. 3. A retórica da história do direito: dos fatos à narrativa. 4. A retórica da história do direito: do relato à ficção. 5. A retórica da história do direito: do observador ao paradoxo. 6. Conclusão.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The rhetorical perspective of the history of law. 3. The rhetoric of the history of law: from fact to narrative. 4. The rhetoric of the history of law: from report to fiction. 5. The rhetoric of the history of law: from observer to paradox. 6. Conclusion.

* Doutor em Direito pela UFBA (Universidade Federal da Bahia). Professor Associado da Faculdade de Direito da UFBA, Pós-doutor em Direito pela FDV (Faculdade de Direito de Vitória). *E-mail:* bernardomontalvao@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3955-1999>.

“A verdade, ela mesma, é a unidade da diferença que não pode ser observada pela diferença. Em outras palavras, o que chamamos de verdade é, de fato, o ponto cego de toda observação. E nisso reside o potencial democrático, inclusivo e interdisciplinar da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, na medida em que ela nos convida a observar a sociedade a partir da complementariedade das diferentes observações. Bem-vindo à sociedade moderna!”. AZÊVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **A pandemia do coronavírus observada a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: breves considerações.** Revista CEJ, Brasília, Ano XXIV, n. 79, p. 20, jan./jul. 2020.

1. INTRODUÇÃO

O problema da presente pesquisa é: o que é a história (do direito)? Observe-se que o problema, assim colocado, estabelece, de imediato, um paradoxo. Afinal, toda pergunta que começa com a partícula “*o que*” almeja alcançar a essência de algo. E se por essência, como quer a tradição platônica, se entende algo imutável, para captura-la, se é que isso é possível, seria preciso admitir, hipoteticamente, que o historiador do direito observa a história de fora da história, como um observador privilegiado. Mas será que ele realmente o é? É essa indagação que se pretende aprofundar aqui, a partir de uma perspectiva retórica.

Muitas foram, ao longo do tempo, as diferentes respostas que foram atribuídas a pergunta sobre o que é a história do direito. Uma delas compreende o historiador do direito como um *narrador*, alguém que descreve ou conta fatos ou episódios juridicamente relevantes do passado com a mais absoluta riqueza de detalhes. Para uma segunda compreensão, também muito difundida, o estudioso da história do direito constrói um relato juridicamente importante a partir de indícios ou vestígios do passado por ele selecionados, aproximando, assim, a história da *ficção*. Mas a hipótese aqui sustentada é que o historiador do direito sempre que observa a história, a observa a partir dela e, por isso, de dentro dela, o que leva a uma compreensão totalmente distinta das duas anteriores.

Para lidar com essas diferentes possibilidades de resposta sobre o que é a história (do direito), é preciso lançar mão de uma metodologia que pressuponha o dissenso, na medida em que ele ajuda o historiador do direito a suspender o juízo (*epoché*), a se autocolocar em dúvida, e levar a efeito a *isostenia* (a equivalência ou o equilíbrio dos argumentos antitéticos em um debate filosófico). Por isso, o viés metodológico adotado aqui, porque em consonância com a perspectiva retórica, é o do *dissoi logoi*, inspirado na lição do sofista Protágoras de Abdera, que parte da premissa de que, inclusive na seara jurídica e histórica, é possível manter posições contrárias (*dissoi logoi*) acerca de qualquer assunto (no caso, sobre a história do direito), uma vez que o homem é a medida de todas as coisas¹.

1 ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do direito – retórica realista, argumentação**

Em respeito à metodologia aqui empregada, a pesquisa, em um primeiro momento, irá discorrer sobre o que é a história do direito a partir da metáfora da descrição, a qual imagina o historiador como um narrador. A seguir, se apresentará o contraponto, compreendendo a história do direito como uma reconstrução empreendida pelo historiador. Aqui, o historiador se aproxima do autor de uma ficção. E, em um terceiro momento, se sustentará, como objetivo principal, a tese de que o historiador não é um observador privilegiado da história, capaz de observá-la de fora, o que acarreta uma série de consequências. A mais importante delas, dentre outras, é a de que a história do direito é, em si, um grande paradoxo, da identidade entre memória (identidade) e invenção (diferença)² e, por conta disso, é preciso abandonar o princípio da razão suficiente. Contudo, antes de aprofundar a abordagem sobre cada uma das retóricas da história do direito, é preciso esclarecer o que se entende aqui por perspectiva retórica e, por consequência, como ela impacta sobre o estudo da história do direito.

2. SOBRE A PERSPECTIVA RETÓRICA DA HISTÓRIA DO DIREITO

A retórica realista, aqui tomada como premissa, está alicerçada em três pilares: i) ela é uma filosofia, não apenas um conjunto de estratégias; ii) ela não se reduz à arte de ornamentar o discurso ou a estratégias para enganar auditórios; e iii) ela não se reduz à persuasão e às três vias propostas por Aristóteles: *ethos*, *pathos* e *logos*³. Mas envolve tudo isso. Ao se adotar a retórica realista como perspectiva de observação do conceito de história, observa-se a lição Nietzsche, de acordo com a qual a retórica tem três níveis: o da retórica material, o da retórica estratégica e o da retórica analítica⁴.

Em um primeiro plano está a retórica material, existencial ou dinâmica (*dynamis*, *δύναμις*), a qual se constitui pelas narrativas que se impuseram como dominantes em determinado contexto, aquilo que o senso comum denomina “os fatos” ou “o mundo real”. Essa predominância é temporária, pois a interferência de outras narrativas incompatíveis modifica continuamente a percepção do que o senso comum denomina como “realidade”.

A retórica prática, estratégica ou técnica (*téchne*, *τέχνη*) são os relatos normativos, isto é, aqueles que procuram dizer não o que o mundo é, mas sim o que deve ser na opinião do orador. Nesse sentido não se compõe de discursos empíricos, mas sim de convicções que visam orientar as condutas para o futuro, narrativas que se pretendem tornar dominantes.

e erística. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023, p. 12.

2 VESTING, Thomas. *Teoria do direito – uma introdução*. 1ª edição. Tradução: Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015, p.263.

3 ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 15 e 310.

4 NIETZSCHE, Friedrich. *Da retórica*. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1ª edição. Lisboa: Editora Vega, 1995, p. 38-43.

Em um terceiro plano, a retórica analítica, científica ou epistêmica (epistême, ἐπιστήμη) é um conjunto de enunciados que objetiva compreender e explicar como funcionam as mútuas interferências entre as retóricas estratégica e material, de modo tentativamente distanciando e observador, sem compromisso ou interesse imediato com os diferentes relatos.

A fonte dessa tripartição é a *Retórica* de Aristóteles⁵, que foi retomada por Friedrich Nietzsche⁶ e, posteriormente, por João Maurício Adeodato⁷.

Importa destacar que a retórica material é o mais próximo que a filosofia retórica realista chega daquilo que o senso comum designa “realidade”, em sua tentativa de afastar o preconceito ontológico da própria palavra, em cuja etimologia está a palavra “coisa” (*res*). Mas esta é somente uma analogia, pois as ontologias entendem o mundo exatamente como formado por “coisas”, que estão “colocadas adiante” (*ob-jetos*), ao passo que a retórica considera exclusivamente relatos que constroem o cenário de vivência. Isso porque as relações dos seres humanos com o mundo estão em constante mutação e são muito diferentes entre si: os relatos se enfrentam, se combinam e seu amálgama constitui uma “realidade” que nada tem a ver com coisas, objetos, fatos ou verdades.

O relato vencedor não é necessariamente resultado de enfrentamentos e competições. Em determinados contextos é possível que o consenso predomine, ainda que haja outras estratégias mais comuns e eficientes, como a ameaça, a dissimulação, a bajulação e demais estratégias erísticas. Porque o consenso demanda um sem-número de pré-condições que dificilmente estão presentes.

O segundo plano da retórica, o estratégico, é o que mais se assemelha ao entendimento comum sobre a palavra retórica, qual seja, a arte de bem falar, envolver, persuadir um auditório por meio do discurso. A retórica estratégica utiliza as vias aristotélicas da persuasão e do convencimento, mas também todos os meios erísticos para fazer prevalecer uma versão.

Seu objeto, por assim dizer, é a retórica material, toda estratégia sugerida pretende constituir o relato dominante. Nesse sentido, a retórica estratégica é uma metalinguagem, uma linguagem prescritiva sobre a retórica material que todo ser humano desenvolve naturalmente desde a tenra infância. Ela é mais ou menos eficiente em função da perspicácia de cada pessoa, do contexto etc., porém é uma arte que pode ser cultivada e ensinada.

A retórica material nasceu com o *homo sapiens*, é uma de suas características antropológicas decisivas, constitui a comunicação. A retórica

5 ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2011, p. 50-56.

6 NIETZSCHE, Friedrich. *Da retórica*. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1ª edição. Lisboa: Editora Vega, 1995, p. 42-45.

7 ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 36-41.

estratégica se desenvolve instintivamente, com base nessa característica também antropológica de tentar impor os próprios relatos aos circunstantes⁸.

No que toca à divisão tripartite aqui apresentada, essa retórica estratégica forma a metalinguagem em relação à retórica dessa linguagem que cria o ambiente ao tentar desestruturá-lo por meio de um processo de aprendizagem em que os relatos têm mais sucesso nesse contexto. Todos desenvolvem essas estratégias de forma instintiva, com mais ou menos eficiência, dependendo do seu talento, mas também podem ser estudadas e repassadas. Assim nasceu a retórica estratégica reflexiva e pedagógica de Córax e Tísias na Sicília, Magna Grécia, cujos ensinamentos foram levados adiante pelo embaixador em Atenas, o sofista e filósofo Górgias.

A retórica analítica não parece tanto fazer parte de uma “natureza” humana como as retóricas material e estratégica, que nasceram com a comunicação e a linguagem. Tudo indica, pelo menos a partir das obras que chegaram até hoje, que foi criada por Aristóteles, cuja *Retórica* inaugura uma atitude descritiva e científica diante da retórica, enquanto fenômeno, objeto do conhecimento⁹. De uma perspectiva tentativamente neutra, epistemológica, ela procura explicar e compreender como os relatos da linguagem humanas interferem e constituem o ambiente comum. Como meta-metalinguagem, a retórica analítica não participa dos embates estratégicos, pretende examiná-los sem tomar partido, mesmo sabendo das dificuldades que envolvem uma abordagem descritiva. A retórica analítica parte de duas suposições básicas: primeiro, admite que procurar um acordo sobre o que o mundo é já é tarefa suficientemente complexa para a teoria do conhecimento; depois, que só a partir dessa análise será viável discutir sobre como o mundo deve ser.

A teoria da linguagem já há muito criou a dicotomia linguagem/metalinguagem ou linguagem-objeto/linguagem, respectivamente, para ressaltar o papel da linguagem na filosofia e na observação do mundo em geral¹⁰. A despeito de sua importância, essa dicotomia não destaca que a metalinguagem dessa observação envolve duas ordens diferentes: pode ser dirigida à ação para modificar a linguagem-objeto ou “realidade”; e pode se colocar como espectadora, sem avaliar, concordar ou discordar diante das situações observadas.

Pois bem, é a partir de tais considerações preliminares e necessárias sobre a retórica que se irá, nos itens a seguir, empreender uma análise sobre a história. Momento no qual três retóricas sobre a história – que são entre si retóricas

8 GEHLEN, Arnold. *Moral e hipermoral – uma ética pluralista*. Tradução: Margit Martincic. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1984, p. 136-140.

9 SCHLIEFFEN, Katharina von. *Iluminismo retórico – contribuições para uma teoria retórica do direito*. 1ª edição. Tradução: João Maurício Adeodato. Curitiba: Alteridade Editora, 2022, p. 197-204.

10 VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 192 s.

estratégicas – serão apresentadas: a da narrativa, a da ficção e a do sistema. O objetivo é que, a partir do confronto entre elas, seja possível edificar uma retórica analítica sobre a história. O que só pode ser feito, uma vez que se tenha consciência sobre a retórica material e o seu papel para construção da “realidade histórica”. É hora, então, de adentar na retórica da história ilustrada pela metáfora da narrativa.

3. A RETÓRICA DA HISTÓRIA DO DIREITO: DOS FATOS À NARRATIVA.

A Grécia Antiga já conhecia a dicotomia transcendente e imanente, mas não o conceito de história como a linha de continuidade dos acontecimentos¹¹. Contudo, parece que, com o passar dos séculos, sobretudo a partir do século XVII, quando a ciência se separou da filosofia, afirmando a sua autossuficiência, essa diferença caiu em esquecimento. E esse esquecer implicou em uma hegemonia do discurso transcendental, em especial no campo das ciências nascentes, como, por exemplo, a sociologia de August Comte, no século XIX. O que também se viu ecoar sobre os domínios da história, notadamente, sobre a compreensão transcendental de historiador, como aquele que pode observar a história de fora da história¹². Não por acaso, como assinala Schmitt, assim como o Estado quis tomar para si o papel que outrora era da igreja¹³, também a ciência do século XIX pretendeu ser uma nova religião, na medida em que imaginou alçar o homem da condição de criatura para criador.

Talvez essa tradição transcendental tem construído raízes na formação da cultura predominante dos séculos XVIII e XIX na Europa Continental, por conta da larga disseminação da cultura católico-cristã oriunda da Idade Média¹⁴. Se é certo que a Era Moderna rompe em grande medida com as amarras da Era Medieval, não é menos certo que nem tudo é moderno na Era Moderna. E, se é assim, é possível inferir que, mesmo na Era Moderna, há, ainda, vestígios do discurso medieval. O mais importante deles, talvez, seja a persistência, a difusão e a pretensão de hegemonia do discurso transcendental¹⁵. Assim como o Deus cristão observa a história de fora, de igual modo, no imaginário do historiador do século XIX, também o historiador a observa. E o livro da história, assim como a bíblia, traça uma descrição fiel acerca dos fatos.

11 VESTING, Thomas. *Teoria do direito* – uma introdução. 1ª edição. Tradução: Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 265.

12 HOBBSBAWN, Eric. *Sobre história*. Tradução: Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 13-21.

13 SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Traducción: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 88-89.

14 FOSSIER, Robert. *As pessoas da idade média*. Tradução: Maria Ferreira. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2018, p. 242-249.

15 *Ibidem*, p. 299-302.

Tal percepção sobre a história e sobre o historiador, como aquele que tudo vê, opera como pano de fundo daquilo que Michael Stolleis discorre sobre o “olho da lei” nos últimos três séculos. O olho vigilante se torna símbolo central de uma corrente, a qual ainda recorda a trindade cristã, mas intenta assegurar a criação de uma nova ordem autônoma. Antes a Igreja, agora o Estado. Antes Deus, agora o historiador. Por força disso, uma sequência de símbolos passa a figurar em primeiro plano, a qual substitui a Santa Trindade pelo conhecimento científico¹⁶, pela construção piramidal da sociedade, pela unidade dos estratos sociais no conceito de nação e pelo lugar de senhor da verdade ao cientista e, por consequência, ao historiador.

Compreender a história como uma narrativa de fatos passados resultante de um observador privilegiado, pressupõe, sem dúvida, uma certa compreensão de linguagem. Se o historiador é apenas um narrador dos fatos, então, o pressuposto é que a linguagem é capaz de capturar de modo preciso os fatos e retrata-los com exatidão. Neste sentido, a linguagem representaria a realidade. E ela, a realidade, teria a sua existência independente da linguagem. Donde se segue a seguinte pergunta: e se é assim, qual seria a origem da língua? Duas respostas surgem como alternativa. A primeira, Deus. A segunda, uma convenção, um contrato¹⁷. Em comum entre elas, mais uma vez, a ideia da transcendência. Mas será que é possível falar sobre a língua, ou sobre a sua origem, a partir de algum lugar de fora da língua? Dito de outro modo, será que é possível falar da língua e de sua origem sem recorrer a própria linguagem?

Como se depreende a partir da lição de Platão, há, pelo menos, duas concepções de linguagem¹⁸. Uma, que a compreende de modo representativo ou substancial. Outra, que a entende como uma convenção ou nomeação. A primeira, pressupõe que a realidade tem uma essência e que a linguagem é capaz de apreendê-la. Logo, o significante – cadeira – retrataria com fidelidade o significado, objeto destinado a se sentar. E, por isso, cada palavra teria um único sentido. Do que se depreende que a linguagem seria estática. Já para segunda concepção, a língua resulta de uma convenção entre os interlocutores. O sentido das palavras não decorre de uma essência inata à realidade, mas do uso que os falantes fazem dela. O que implica em uma compreensão dinâmica que lança mão do conceito de “jogos de linguagem”¹⁹.

16 STOLLEIS, Michael. *O olho da lei – história de uma metáfora*. Tradução: Thiago Saddi Tannous. Belo Horizonte: Editora Doyen, 2014, p. 68.

17 NIETZSCHE, Friedrich. *Da retórica*. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1ª edição. Lisboa: Editora Vega, 1995, p. 94.

18 PLATÃO. *Diálogos VI – Crátilo (ou da correção dos nomes); Cármides (ou da moderação); Laques (ou da coragem); Íon (ou da Ilíada); Menexeno (ou oração fúnebre)*. Tradução: Edson Bini. Bauru-SP: Edipro, 2010, p. 35-37.

19 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2ª edição. Tradução: Marcos G. Montagnoli. Revisão da tradução: Emanuel Carneiro Leão. Petrópolis-RJ: Editora Vozes,

Onde, o sentido não preexiste à língua, mas é construído a partir dela, em cada contexto comunicativo, a depender do uso. Não é difícil perceber, então, que a retórica da história que recorre à metáfora do historiador como um narrador, toma como ponto de partida a concepção representativa ou substancial da linguagem. O historiador é o mecânico que maneja com precisão a ferramenta da linguagem. O curioso é que o “mecânico” tem algo de beato ou sacerdote, dada a confiança que deposita na linguagem e nos seus lugares comuns (*topoi*). A crença nas palavras e na sua capacidade de “espelhar” a realidade, talvez seja a religião mais bem-sucedida da história da humanidade²⁰.

Independentemente da concepção de língua que se adote, é preciso ressaltar que ambas pressupõem a transcendência. O que se reflete, por sua vez, sobre as concepções ilustrativas de história. Seja a que sustenta uma imagem cíclica. Seja a que a ilustra como uma linha. Cíclica porque não tem início nem fim²¹ e porque pressupõe que o futuro repete o passado. Linear, pois admite as ideias de origem e término, e porque imagina o futuro como algo diferente do passado. A primeira, típica de autores da Era Medieval e dos séculos XVI e XVII. Exemplo disso, Nicolau Maquiavel²². A segunda, própria da Era Moderna.

Como assinala Michael Stolleis, enquanto alguns se entendem como “sacerdotes de Clio” e, com o postulado “aprender com a história”, reivindicam um poder de ordenar para o futuro, outros reagem a isso como se fossem alérgicos e afastam de si a pretensão de “orientação” ou de “dotar de sentido”²³. Em comum entre elas, uma vez mais, a ideia de transcendência. É dizer, admitir como premissa que é possível observar a história de fora da história. Onde o historiador, como observador “isento” dos fatos, é capaz de dizer a “verdade” sobre os episódios do passado.

Ora, se o historiador é esse observador privilegiado da história, fácil é concluir que ele poderá “identificar” padrões existentes no transcurso do tempo. Nasce, assim, a ideia de que a história é regida por “leis”. Constantes invariáveis que, se bem percebidas, poderão auxiliar o historiador a entender o

1994, p. 53.

20 AFGSBERG, Ino. Fé e conhecimento no direito. In: CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel; FORTES, Pedro. **Teorias contemporâneas do direito – o direito e as incertezas normativas**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2016, p. 221-236.

21 “...podemos conceber hoje o *big-bang* como um evento associado a uma instabilidade, o que implica que ele é o ponto de partida de nosso universo, mas não o do tempo. Enquanto o nosso universo tem uma idade, o meio cuja instabilidade produziu este universo não a teria. Nesta concepção, o tempo não tem início e provavelmente não tem fim!”, cf. PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas – tempo, caos e as leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996, p. 13.

22 MARTINS, Carlos Estevam. Vida e obra. In: MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000, p. 12.

23 STOLLEIS, Michael. **Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?** Tradução: Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 18.

comportamento da história e, quiçá, prever o futuro ou, pelo menos, apontar uma tendência. Aparece ter sido esse o projeto da dialética de Hegel²⁴, movida entre teses, antíteses e sínteses. Com o que Karl Marx parece, mesmo que às vezes, concordar, afinal, ousou prever como necessária a sociedade sem classes e sem Estado, como resultado final da revolução do proletariado²⁵.

Esse modo de observar a história tem sérios impactos sobre o Direito. Um deles, deveras conhecido, é a tese do jusnaturalismo. É dizer, imaginar, a um só tempo, a existência de um direito que não é criado pelo homem, que é imutável e universal e que prevalece, em caso de conflito, sobre o direito positivo²⁶. Novamente, a ideia de transcendental é a tônica. Como se o homem fosse atravessado por uma insegurança atávica e, por isso, precisasse, a todo momento, recorrer à ideia de um Deus, ou algo parecido. Mas a transcendência tem muitas faces. É chegado o momento de olhar a outra.

4. A RETÓRICA DA HISTÓRIA DO DIREITO: DO RELATO À FICÇÃO

Mas, e se o que se conhece por fatos forem, na verdade, relatos, como fica a história? Essa é a outra retórica que se pode se ter sobre a história. Nela, a metáfora da narrativa dá lugar à ficção. O historiador deixa de ser um narrador isento dos fatos para se tornar um construtor de versões a partir de relatos. Onde as suas pré-compreensões e ideologias podem interferir no modo como a reconstrução do passado é levada a efeito. Sobretudo, quando se toma consciência de que provas são *topoi*. Isto é, não são demonstrações empíricas, mas, quase sempre, lugares comuns da argumentação. Historiador e poeta criam a partir do “poço profundo do passado”, como diz Thomas Mann na primeira frase de “José e seus irmãos”. Ambos elaboram, a partir do material da memória e com a mediação da linguagem, um texto imaginativo²⁷.

Tal modo de compreender a história aparenta ser imanente. Contudo, padece também do traço da transcendência. A aparência da imanência decorre, talvez, do seu viés cético, ao sustentar a história como uma reconstrução seletiva a partir de relatos convincentes, o que levaria à ideia de ficção. Contudo, se bem compreendida, toda crítica pressupõe uma observação privilegiada, um olhar melhor do que o do outro. O que remete, por mais uma vez, à ideia de transcen-

24 HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 19-26.

25 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 1ª edição. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009, p. 53-56.

26 ADEODATO, João Maurício. *Introdução ao estudo do direito – retórica realista, argumentação e erística*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023, p. 61.

27 “Escritor de história e contador de estórias são irmãos de espírito”, cf. STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução: Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 54.

dência. Ficção pressupõe inventar. E inventar toma como premissa criar a partir do nada. Onde o nada é a ausência de história, ou algum lugar fora dela. O grau zero da linguagem. O ponto privilegiado da observação. Mas será possível criar a partir do nada? Ou seria o nada, em si, mais um paradoxo? A tentativa da linguagem de dizer sobre a falta de algo, que, porque é dita, já não é mais falta. Ou, em outros termos, o ausente, que porque é ausente, já se faz presente.

É preciso redobrar o cuidado com isso que se denomina como crítica. Não raro ela se apresenta como um duplo, um espaço de duas dimensões. É dizer, sustentando que há um campo no qual não é possível alcançar a verdade e um outro no qual ela seria alcançável. E, por isso, tudo seria um problema de metodologia. Aplicado tal raciocínio à história, isso implicaria dizer que ela, ora se apresenta como narrativa, ora se veste como ficção. E que tais domínios não podem ser confundidos, sob pena de se incorrer em um salto metodológico. Mas o certo é que tal crítica é, a rigor, um novo dogmatismo. Afinal, na medida em que separa os domínios, trata de deixar um deles à salvo das críticas. Toda crítica que não se submete a crítica é um dogma disfarçado²⁸ e que recorre ao discurso transcendental.

Como assevera Michael Stolleis, a escrita da história nunca supõe um acesso direto a uma realidade existente “atrás” da linguagem²⁹. Não se falando mais sobre o passado ele desaparece. Os objetos, sejam eles lá qual forem, múmias, ossos, fósseis, dentes ou esqueletos, são mudos. Não falam por si, carecem sempre de interpretação. A história é cheia de fábulas, falsidades e narrativas de legitimação fingidas³⁰, cujo estudo é tão fascinante, justamente porque mostra como o homem constrói o seu mundo, como o conforma por meio da linguagem, como sempre volta a “nomear” novamente, assim como fez Adão no paraíso³¹. Sem a produtiva imaginação, não é possível completar corretamente, assegura Stolleis, as palavras ditas descuidadamente em um documento ou as inscrições parcialmente destruídas em uma pedra, nem seria possível sequer lê-las³².

O historiador não tem acesso imediato ao passado, salvo por meio da linguagem ou dos objetos interpretados por ela. O estudioso da história, por meio da interpretação, decifra uma rede de comunicações pertencentes ao

28 ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Tradutor: Idalina Azevedo da Silva, Erika Gude, Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro, Editora Tempo brasileiro, 1976, p. 131-133.

29 STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução: Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 48.

30 *Ibidem*, p. 51.

31 “Gênesis”, 2, 19-20: Deus levou “todos os animais do campo e todas as aves do céu (...) antes do homem, para que ele visse como os chamava; já que cada animal vivente tinha o nome que o homem lhe dera. E o homem pôs seu nome a cada gado e pássaro no céu e cada animal no campo” (BÍBLIA SAGRADA, 1979, p. 27).

32 *Ibidem*, p. 57.

passado. A ciência da história compreende as palavras e as imagens somente de forma contextualizada. Fazer ciência histórica, neste cenário, é renunciar a fins descaminhados como a “verdade histórica”. O historiador não trabalha na arqueologia de “fatos”. A língua não é um espelho da realidade pretérita, mas o texto “é” essa realidade passada³³. Daí, mais uma vez, a importância da interpretação. Ela que é, a um só tempo, um ato de construção e de imunização de sentido.

Os “atos de fala”, no sentido de John L. Austin, mudam o mundo, restauram ou rompem relações humanas, mas vão além disso. Também o mundo passado na história, só pode ser entendido e criticado, se necessário, por meio da sua estrutura linguística³⁴. Por isso, o que sempre se constate ou declare sobre a história, permanece ligado de volta à mediação linguística^{35 36}.

Compreender a história como uma ficção é perceber que palavras não são fatos. Eventos são singulares e únicos. A língua é genérica e abstrata. Logo, há sempre um abismo separando os eventos dos pensamentos, bem como esses últimos da linguagem. Não há, portanto, uma correspondência exata entre eventos e pensamentos, nem muito menos entre os pensamentos e a linguagem. Donde se depreende que fatos são relatos convincentes³⁷. Mas aí, mais uma vez, parece brotar uma percepção transcendental sobre a língua. Afinal, se a língua é a “bolha” na qual a humanidade vive, e por meio dela cria a história, como é possível ao homem sair de tal “redoma” para observá-la de fora, e fazer uma crítica da linguagem e, a partir dela, da história?

Por isso, se a história é uma ficção bem empreendida pela retórica material, a partir de relatos convincentes, ideologicamente selecionados, a história, neste cenário, talvez seja como no Mito de Sísifo. A pedra que é empurrada morro acima, mas que teima em cair, para ser arrastada novamente, uma vez progresso não se confunde com evolução e essa última não dá saltos. Onde a montanha é o mundo dos humanos e Sísifo é a humanidade³⁸. Mas cada subida e descida são únicas, e não meras repetições. O problema deste mito é que ele pressupõe, mais uma vez, e miseravelmente, um observador externo, talvez Zeus, que vê de fora como tudo se passa e se deleita com o sofrimento alheio. Não seria interessante,

33 *Ibidem*, p. 35.

34 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2ª edição. Tradução: Marcos G. Montagnoli. Revisão da tradução: Emanuel Carneiro Leão. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1994, p. 95.

35 KOSELLECK, Reinhart. *História dos conceitos* – estudo sobre a semântica e a pragmática da linguagem política e social. Tradução: Markus Hediger. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2020, 107.

36 “Quando os jogos de linguagem mudam, há uma modificação nos conceitos e, com as mudanças nos conceitos, os significados das palavras mudam também” (WITTGENSTEIN, 2000, p. 31).

37 ADEODATO, João Maurício. *Introdução ao estudo do direito* – retórica realista, argumentação e erística. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023, p. 74-75.

38 *Ibidem*, p. 22.

então, tentar compreender a história a partir de uma perspectiva imanente? O que resultaria a partir daí? Esse é o tema do próximo item.

5. A RETÓRICA DA HISTÓRIA DO DIREITO: DO OBSERVADOR AO PARADOXO.

Para empreender uma compreensão imanente sobre a história e tentar oferecer uma nova resposta à pergunta - o que é a história? – é preciso partir do problema da observação. Para o construtivismo radical, a realidade constitui-se a partir da experiência do observador. A realidade é construção do observador, faz parte de seu campo experimental. Assim, o conhecimento sobre o mundo transforma-se em conhecimento sobre o observador, e a percepção do objeto, na percepção sobre si mesmo. As consequências para a teoria clássica do conhecimento e para a história são imensas e drásticas: constrói-se uma fusão intrínseca entre objeto (dados empíricos colhidos pelo historiador) e sujeito (historiador). Em outras palavras, o observador (o historiador) é entendido como parte do mundo que observa³⁹. Não existe observador (historiador) exclusivamente externo⁴⁰. Objetividade é a ilusão de que as observações poderiam ser efetuadas sem um observador⁴¹.

O observador (o historiador), enquanto realidade, constrói realidade. Tanto o objeto (os documentos que pretendem registrar a história, por exemplo), como aquele que o conhece são empíricos e se confundem. Um não existe sem o outro. Não se pode falar em elevação sobre a realidade ou correspondência entre conceito e objeto. As duas partes, sujeito (historiador) e objeto (e os dados empíricos por ele analisados) são reduzidas a um único denominador comum, uma única operação. Se, para saber o que é a realidade (os dados empíricos percebidos pelo historiador), deve-se observar o observador (o historiador), então, a distinção sujeito/objeto, proposta por Immanuel Kant, torna-se completamente inútil. Tudo depende dos critérios e das estruturas do observador (historiador), e de que o conhecimento sobre o mundo é, a rigor, resultado de seu campo de experiência⁴², ou da recursividade de suas operações internas.

Este processo permite descolar o problema da percepção do historiador para o interior do sistema. Como assinala Foerster, a informação não aguarda passivamente ser ‘apanhada’. A informação só passa a ser tal quando se pode agir

39 GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais – direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

40 FOERSTER, Heinz von. Heinz von Foerster pioneiro da cibernética. In: PESSIS-PASTERNAK, Guitta. *Do caos à inteligência artificial: quando os cientistas se interrogam*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993, p. 199.

41 GLASERSFELD, Ernst von. *Construtivismo radical – uma forma de conhecer e aprender*. Tradução: Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 130.

42 *Ibidem*, p. 38.

sobre ela. Informação nenhuma é ‘exterior’, ela se encontra em nós mesmos⁴³. Ela não pode ser determinada pelo ambiente, mas é produto de um sistema que concentra, em si, observador e observado. Esse sistema é a história.

A percepção não provém da objetividade do saber, mas de uma operação do sistema (a história) que remete à sua experiência de compreensão, isto é, que recorre a uma operação anterior interna da percepção. O sistema (a história) constrói uma memória individual – fruto da experiência de suas operações, que se transforma no pressuposto de produção de novas percepções, experiências e operações. Este processo de autoprodução da percepção e, portanto, das operações, é denominado como autopoiese por Maturana e Varela⁴⁴. Sendo assim, a história, entendida como um sistema autorreferencial ou autopoietico, é capaz de organizar e mudar a sua estrutura a partir de suas referências internas, produzir seus elementos e determinar as suas próprias operações.

O historiador do racionalismo moderno, ligado ao que aqui se denominou como a retórica da história a partir da metáfora da narrativa, parte do pressuposto de que todos os sujeitos observam, por meio de uma única razão, o mesmo mundo. Caso contrário, não se entenderia o sentido do termo objeto. Autopoiese, por sua vez, significa que cada sistema produz, somente para si, o pressuposto da cognição, isto é, suas operações. É dizer, o sistema da história produz, para si e apenas para si, as premissas de que parte para produzir isso que se chama conhecimento histórico. De acordo com a teoria dos sistemas autorreferenciais, o mundo real (as observações do historiador) se realiza somente quando existe um observador (historiador). E é um mundo peculiar daquele observador e de nenhum outro. Não existe um único mundo ou uma única razão, mas diversos mundos e múltiplas razões⁴⁵.

Compreender a história à luz do construtivismo radical é admitir, no plano da semântica, uma pluralidade de possibilidades. Essa pluralidade é resultado do reconhecimento da variedade de observações, cada uma delas com experiências diferenciadas. Ao invés de pressupor o historiador que toma como ponto de partida a unidade universal da razão, pressupõe-se, agora, uma diversidade de pontos de vistas autônomos. Ao conjugar sujeito e objeto, historiador e mundo da história, observador e observado, a perspectiva do construtivismo radical lança um olhar inédito sobre a distinção estrutura social/semântica⁴⁶. A estrutura social é, para o construtivismo radical, construção do

43 *Ibidem*, p. 203.

44 MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento – as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 32.

45 GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais – direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40.

46 GLASERSFELD, Ernst von. *Construtivismo radical – uma forma de conhecer e aprender*. Tradução: Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 224.

observador (da semântica que constrói o historiador e o seu lugar de fala). Ambos os lados interferem um sobre o outro.

Quando a semântica da história se fundava em centros de certeza – Deus ou Razão –, atrelava as possibilidades históricas a uma única observação, a de um historiador privilegiado. Isso acarretava um descompasso entre estrutura social – que se transforma constantemente, como o rio de Heráclito – e semântica – que permanecia com pretensões normativas, de universalidade e transcendentais. Ao definir a realidade a partir de diferentes unidades de observação, o construtivismo radical abalou a percepção de uma ordem estática estabelecida pelas leis universais e fragmentou o princípio racional absoluto ou da razão suficiente. A semântica do único olhar ou do olhar privilegiado, como as das metáforas da narrativa e da ficção e suas respectivas retóricas da história, representam, a rigor, a semântica da violência, da opressão das possibilidades. Cabe à história, e mais ainda à história do direito, entendida como sistema, iluminar os paradoxos ocultados pelo iluminismo kantiano ancorado na dicotomia sujeito/objeto, historiador/mundo da história. É preciso quebrar com tais dicotomias e inaugurar outras formas de observação além dos processos da consciência ou psíquicos⁴⁷.

O construtivismo radical não ignora a existência de especificidade em cada observação. A realidade histórica (o relato sobre os episódios do passado) é construída pela experiência específica de cada observador (historiador). Entretanto, não existe, em meio às análises do construtivismo, preocupação com a identificação de formas diferentes da consciência (do historiador). É dizer, só o historiador ocupa o papel de observador. A ausência desta preocupação tem uma justificativa teórica muito precisa. O construtivismo radical desenvolveu-se no âmbito das chamadas ciências cognitivas. Sua atenção concentrou-se no problema da aprendizagem do conhecimento, ou seja, no processo de produção do conhecimento sobre a realidade. Como esse processo é, a rigor, resultado da percepção do observador (do historiador), os teóricos construtivistas dedicaram-se ao estudo da consciência humana, ao modo como a mente cria a realidade (o relato que faz sobre a percepção) a partir de generalizações (a linguagem), apesar de partir de especificidades (o osso, a carta, o diário, o fóssil etc.).

Se o construtivismo radical reduziu o processo de observação, e, portanto, de fazer história, a uma única operação, a consciência, leia-se, o historiador, Niklas Luhmann, ao deslocar o problema para o estudo da sociedade, estabeleceu uma alternativa de operação de observação, que pode ser muito útil ao estudo da história. Para o sociólogo alemão, o importante é descrever a possibilidade de construção da ordem social. Para o campo da história, o importante seria

47 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª edição. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 23.

descrever como a história se torna história. Para isso, a análise das consciências (do que pensam os historiadores e os indivíduos em geral) tem pouca relevância para compreender a construção da história, pois se dirige à individualidade dos sistemas psíquicos (isto é, o que pensa cada indivíduo e, o pior, sem garantia nenhuma sobre isso, uma vez que não é passível de verificação). É preciso um outro tipo de operação que admita a coexistência de muitos sistemas da consciência⁴⁸. Luhmann identificou, no conceito de comunicação, a unidade operativa do sistema social⁴⁹. E é a partir daí que se pode inferir que, assim como a sociedade, também a história, entendida como sistema, não conta com um único observador (o historiador) e deve também tomar a comunicação como a sua unidade básica operativa.

A teoria dos sistemas autorreferenciais se organiza em torno da noção de diferença. Por tal palavra entenda-se a ideia de fronteira, que, a um só tempo, separa, mas também conecta, o que está dentro (o sistema) com o que está fora (o ambiente). Esta mudança de perspectiva possibilitou o fechamento do sistema – aqui entendido como a história – em relação ao ambiente – a não-história (tudo que se passa na sociedade que não interessa à história) – e estabeleceu recursividade e circularidade como suas características fundamentais. Tal estratégia permitiu a resposta à pergunta: o que é um sistema? Os sistemas são capazes de organizar e mudar suas estruturas a partir de suas referências internas, produzir seus elementos e determinar suas próprias operações⁵⁰. Em suma, eles se autoproduzem. O que se aplica por completo à história, entendida aqui, repita-se uma vez mais, como um sistema.

Esta virada à autorreferencialidade, por um lado, solucionou o problema da identidade dos sistemas, mas, por outro, ressuscitou o problema da abertura: como imaginá-la a partir da lógica da autorreferência? Dito de outro modo, se o sistema se funda a si mesmo, se a história se cria e se recria a si mesma, como ela se abre para o ambiente, para o que ainda não é história, mas que pode vir a ser? A resposta é paradoxal e explica como opera o sistema da história: o fechamento do sistema é a condição de possibilidade da abertura. Em outras palavras, porque o sistema se fecha, isto é, é capaz de preservar a sua identidade, ele ganha a habilidade de se abrir para o ambiente. Graças a isso a história conserva, em alguma medida, a sua continuidade, sem comprometer a possibilidade de inovação ou invenção. O que inaugura uma relação entre

48 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria dela società*. 7ª edição. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 23.

49 LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 76.

50 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria dela società*. 7ª edição. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 17.

autorreferência e heterorreferência e elimina a dicotomia sistemas abertos/sistemas fechados⁵¹.

Uma vez que se adote a autorreferencialidade como ponto de partida, a diferença converte-se em fundamento do conceito de sistema. O que só se percebe por meio do conceito de forma⁵², o qual é a operação de indicar e distinguir. Indicar significa, simultaneamente, distinguir, sendo a recíproca também verdadeira. Disso resulta que a forma é o único meio hábil a produzir uma diferença de dois lados: uma dicotomia. Logo, a forma é a operação do sistema que possibilita uma diferença, uma separação, a linha de fronteira que estabelece a distinção de dois lados. A condição de existência de quaisquer dos lados é a presença do outro, em outras palavras, a manutenção da diferença. As operações de uma parte são correlatas e necessárias para a identidade das operações da outra: um lado não é nada sem o outro. A condição de existência é, a rigor, a recíproca diferenciação. Em outros termos: identidade é um lado da dicotomia diferença/identidade. Tais lados, no caso do sistema da história, são memória/invenção.

Indicar o sistema significa, portanto, distinguir um lado de outro: o ambiente. Esta operação estabelece o ponto de partida da teoria de Niklas Luhmann: a distinção sistema/ambiente (a diferença diretriz). No caso da história, ela é o sistema e o seu ambiente é tudo que dela não faz parte, mas se encontra na sociedade, como, por exemplo, os sistemas da economia, da política, do direito, da religião, dentre outros. O que decorre daí, e é vividamente destacado por Niklas Luhmann, é o abandono da ideia de unidade⁵³, como elemento fundador do sistema. No lugar dele, assume agora protagonismo a noção de diferença. O que implica, no caso da história, que, para melhor entendê-la, não são mais satisfatórias as noções de narrativa ou ficção, porque, além de transcendentais, são unitárias. É preciso agora, para melhor compreender a racionalidade dos paradoxos, raciocinar, no caso do sistema da história, por meio da diferença memória/invenção. Ao invés de fugir dela (ou disfarça-la), como o faz as retóricas da narrativa e da ficção, é preciso trabalhar a história a partir dela.

51 LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 78.

52 GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais – direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44.

53 Veja-se o que escreve Luhmann a respeito do assunto, referindo-se ao sistema do direito: “Assim, a unidade de um sistema codificado binário pode ser descrita apenas na forma de paradoxo. De modo operativo, o paradoxo se reproduz permanentemente, mas não pode ser observado no sistema... O paradoxo não pode ser observado, pois para tanto se faria necessária a decisão sobre se a distinção entre legal e ilegal seria legal ou ilegal. No direito, como, de outra maneira, também na lógica, o paradoxo é o ponto cego do sistema, e só esse ponto cego torna possível a operação de observação”, cf. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 234.

A distinção sistema/ambiente, ou memória/invenção, no caso da história, é, deste modo, compreendida de forma paradoxal. Um paradoxo, como assinala Giancarlo Corsi, não tem uma forma do tipo “ $A = \text{não } A$ ”, que representa uma situação contraditória. Um paradoxo deve ser formulado como “ A porque não A ”, em que as condições de afirmação são, ao mesmo tempo, as condições de sua negação⁵⁴. O exemplo mais conhecido de paradoxo, como descreve Corsi, é aquele de Epimenide, que se desenvolve através da afirmação “esta frase é falsa”⁵⁵. É impossível decidir se a afirmação é verdadeira ou falsa, pois as condições de sua falsidade são contemporaneamente as condições de sua veracidade (e vice-versa). Se a frase for considerada verdadeira, nega-se o seu conteúdo. Se, ao contrário, for chamada de falsa, aceitando o seu conteúdo, então é verdadeira. Nota-se, assim, uma aproximação íntima, em nosso sentir, entre os conceitos de paradoxo e isostenia. É dizer, a partir da equivalência ou equilíbrio dos argumentos antitéticos é possível inferir conclusões díspares e iluminar diferentes possibilidades de sentido.

É a partir daí que Luhmann constrói a distinção sistema/ambiente e que, se pretende aqui, no campo da história, levar a efeito a dicotomia memória/invenção. O sistema, história, estabelece a sua identidade (a memória) à medida que se diferencia do ambiente (a não-história). Este, por sua vez, reconhece-se como tal desde que o outro lado (o sistema) seja seu parâmetro de distinção. Destas afirmações pode se extrair um primeiro paradoxo: a identidade é formada pela diferença. Ou, em termos históricos, a memória é forjada pela invenção. Esta constatação, contudo, não é uma solução, mas pressuposto de um outro paradoxo: o sistema (a história) deve distinguir-se do ambiente (da não-história) para fixar sua identidade (a sua memória), mas o ambiente, porque depende do sistema para existir, é, na verdade, produto deste. Este é o modo como se fecha a autorreferencialidade. Em resumo, é impossível indicar um dos valores sem indicar o outro (a heterorreferência), o que torna ele, o outro, autocriação (autorreferência).

Pode-se afirmar, assim, que a lógica dos paradoxos constitui o sistema (a história) que é, a um só tempo, fechado (em sua memória) e aberto (em sua inventividade). Ora, se a história é este sistema, simultaneamente, fechado e aberto, então, é possível concluir que os invisíveis no passado, podem se tornar visíveis no presente. E que o historiador, porque não mais visto como observador privilegiado, não é o autor de narrativas ou ficções, nem é o protagonista da peça da história, sendo antes parte do ambiente do sistema da história, porque sistema psíquico. Dito de outro modo, as ideias do historiador A ou B não determinam o que se entende por história. Ela, a história, se ergue a partir das

54 CORSI, Giancarlo. Paradosso. In: *Luhmann in glossário. I concetti fondamentali dela teoria dei sistemi social*. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 171.

55 *Ibidem*, p. 172.

comunicações sociais. Comunicações que não são apenas entre indivíduos, que Luhmann chama de sistemas psíquicos, mas, também, entre instituições ou sistemas. Logo, a memória da história não é determinada pelo relato do historiador, mas pela autopoiese do próprio sistema da história a partir de suas comunicações internas. E tais comunicações são, em grande medida, determinadas pelas tecnologias e meios de difusão (a escrita, a imprensa, os meios eletrônicos e os meios de comunicação de massa)⁵⁶.

Ao operar e manter ativo os dois lados da distinção memória/invenção, o sistema da história trabalha sempre com duas alternativas. Como uma parte não existe somente de *per se*, mas depende da indicação simultânea da outra, a forma não pode estabelecer a sua própria unidade. O que implica, portanto, em afirmar que não existe fundamento superior ou transcendental à distinção memória/invenção. Em outros termos, o sistema da história não se funda em Deus, no historiador privilegiado, na narrativa, na ficção ou em qualquer outra circunstância externa a ele. A construção do sistema da história é paradoxal: para fixar a unidade de cada uma das partes, a forma deve ser uma diferença, não uma unidade. A adoção dessa lógica produziu duas importantes consequências.

A primeira delas é a inexistência de uma unidade-fundamento para história, uma vez que não existe unidade sem distinção. Cada unidade formada é pressuposto de outra diferença. As distinções são, deste modo, produzidas *ad infinitum*. Pense, por exemplo, na distinção homem/mulher. Poder-se-ia afirmar que a unidade desta distinção é o ser humano. Este, contudo, não é observável por meio da respectiva distinção: podem ser vistos somente o homem ou a mulher. Sendo assim, como ver o ser humano? Recorrendo a outra distinção: ser humano/animal. A unidade desta nova diferença será uma outra distinção e assim por diante. Mas, e a distinção memória/invenção? A unidade da distinção memória/invenção é a história. E esta, por seu turno, é o horizonte de todas as possibilidades.

A unidade da distinção é a margem de latência (ou de potência) da própria distinção: não pode ser observável. É o ponto cego da observação. Este ponto é o terceiro excluído de uma distinção. Para voltar ao exemplo acima, é a história no caso da memória/invenção; o ser humano, no caso do homem/mulher; a norma fundamental (de Kelsen), no caso das normas constitucionais/infracostitucionais e assim sucessivamente. Esta perspectiva, como se nota, rompe radicalmente com a ideia de fontes e fundamentos, que são sempre de conotação transcendental. Os fundamentos estão na latência, no fato de não serem vistos e, como são pressupostos de diferenças, também são de si mesmos:

56 MANSILLA, Dario Rodriguez; NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Editorial Herder; Universidad Iberoamericana, 2008, p. 145-173.

os fundamentos autofundam-se⁵⁷. Logo, a história não se funda em nada que lhe seja externo, pois não há nada nem ninguém que esteja para além da história, ou que possa observá-la de fora. A história funda a si mesma. E, se é assim, a história não possui nem início nem fim, como sistema que é.

A segunda consequência galgada a partir da dependência entre unidade e diferença refere-se às suas implicações sobre a própria distinção memória/invenção. A inexistência de uma unidade fundamento para história permite, por um lado, que a distinção se diferencie de outras distinções (lícito/ilícito, por exemplo), mas também autoriza, por outro lado, que ela se distinga de si mesma. Como isso é possível? Basta inverter o raciocínio levado a efeito nos parágrafos anteriores. O lado *memória* da distinção memória/invenção é a unidade latente – o ponto cego e o terceiro excluído – de uma diferença anterior. Não custa lembrar que ele só se converterá em unidade real quando se diferenciar da invenção. Mas, como unidade de uma diferença, significa que, em seu interior, o lado memória é capaz de reproduzir outras distinções a partir de si mesmo: ele se autodistingue. Isso possibilita à memória especificar unidades internas que, obviamente, são diferenciadas entre si.

A memória aplica a si mesma a distinção memória/invenção, o que lhe permite indicar unidades de memória individualizadas e específicas. No interior do lado memória da distinção memória/invenção há memórias parciais que se diferenciam entre si, através da própria distinção memória/invenção. Esta abordagem é uma aplicação de um outro cálculo matemático (o outro foi a noção de forma, já apresentada) de Spencer-Brown: *reentry (a reentrada)* da forma na forma⁵⁸. É o reentrar da distinção memória/invenção na distinção memória/invenção. Esta operação pode ser repetida inúmeras vezes, desde que presentes condições que possibilitem o processo sistêmico de especialização. Assim, subsistemas e, por conseguinte, ambientes (internos) são formados no interior do sistema, sem que isso signifique o surgimento de uma relação hierárquica entre as distinções que se reproduzem. O que explica o aparecimento de subsistemas como a história do direito, a história da filosofia, a história da política, a história da religião, e assim por diante.

Esta também é a conclusão de alguns juristas, ao afirmar que “a história do direito é uma parte da ciência da história. Seu lugar costuma ser as faculdades de Direito, mas suas perguntas centrais são da História”⁵⁹. A história do direito quer saber como funcionava um ordenamento jurídico no passado.

57 GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais – direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

58 MANSILLA, Dario Rodriguez; NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Editorial Herder; Universidad Iberoamericana, 2008, p. 69-71.

59 STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução: Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 17.

Ela se pergunta sobre o surgimento de normas jurídicas por meio do costume ou da legislação, sobre a transmissão de normas a juristas ou cidadãos. Em suma, ela é um subsistema contido dentro do sistema da história, e resulta do processo de especialização interno do sistema (a história), derivado da operação de reentrada da dicotomia memória/invenção sobre si mesma.

Daí para o paradoxo segundo o qual aumento é redução de complexidade e redução é aumento de complexidade é um pulo. É por meio deste paradoxo, aplicado também à história, que é possível entender a evolução histórica⁶⁰. Não há certeza ou causalidade. Os sistemas evoluem às cegas e de maneira incontrolável: alteram a si mesmos a partir de suas próprias operações. As formas de evolução realizam-se por meio do processo de diferenciação entre variação/seleção/estabilização⁶¹, também aplicáveis à história.

Por meio da variação, indica-se a produção de elementos sociais, de distinções, de alternativas que, diante da contingência do futuro e da inexistência de certezas, se apresentam como novidade. Da multiplicidade de possibilidades, impõem-se seleções, estruturas redutoras da complexidade a níveis capazes de proporcionar operações. Por fim, as escolhas realizadas e as inovações concebidas se estabilizam de modo a gerar uma identidade – e, por conseguinte, diferença, capaz de resistir temporalmente. É deste modo, portanto, que se dá a evolução histórica. Surge uma variação na semântica da história, que, a seguir, é selecionada e, mais adiante, é estabilizada.

Ao observar este processo, a semântica tradicional o define como um episódio, dotado de início e fim. Não percebe a circularidade e a cadeia de recíprocas implicações que compreende todos os lados da distinção. Toda variação depende de uma estabilização anterior. Esta é a razão do sociólogo alemão preferir o termo reestabilização⁶². Não existem ciclos, mas sequência temporal. Com isso não se sugere a adoção de noções como progresso ou desenvolvimento⁶³: o novo e o inesperado da variação são tópicos fundamentais da evolução sobre a qual não se pretende realizar qualquer tipo de juízo moral. A história se comporta de modo helicoidal, pois, se de um lado, se dá a circularidade entre variação/seleção/estabilização, de outro, cada nova variação, em potencial, pode desencadear um avanço. Mas é preciso frisar o verbo empregado: pode. Não é uma certeza, é uma possibilidade.

60 LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 319-320.

61 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª edição. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 187-221.

62 *Ibidem*, p. 187.

63 LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 333-334.

A ideia, assim, é que por meio do conceito de evolução seja reconhecida a regularidade da incerteza e confirmada a hipótese paradoxal, de acordo com a qual o aumento da complexidade é condição de existência da redução e vice-versa⁶⁴. Dito de outro modo, quanto maior for a complexidade do ambiente da história, é dizer daquilo que se dá na sociedade, mas que dela não faz parte, mesmo que por enquanto, maior será a complexidade interna do sistema da história no afã de proporcionar a redução da complexidade do ambiente (da não-história).

6. CONCLUSÃO

A partir de tudo quanto aqui foi exposto, pode-se concluir que, diante da pergunta sobre o que é a história, há, no mínimo, duas diferentes abordagens, a saber: a transcendental e a imanente. A primeira, dá ensejo às retóricas da narrativa e da ficção. A segunda, provoca o aparecimento da retórica do sistema e sua lógica paradoxal. Em comum a todas elas, o desejo de compreender melhor o que é a história. Contudo, as primeiras abordagens pressupõem um observador privilegiado, notadamente, o historiador. Já a segunda vertente, pretende entender o que é a história a partir de dentro, sem recorrer a qualquer observação externa.

Esta contraposição, por sua vez, leva a diferentes consequências em cada uma das propostas. Uma delas, bem relevante, é a circunstância de que, para perspectiva sistêmica-imanente, compreender o que é a história, é pressupor pontos cegos de observação. E eles, por seu turno, veem à tona com os paradoxos derivados da autofundamentação. Afinal, a história não se funda em nada que lhe seja externo, mas, sim, e apenas, nela mesma, o que faz por meio da dicotomia memória/invenção. Em um processo caracterizado pela incerteza, graças à qual é possível fazer afirmações provisórias, na medida que resistem às refutações em sentido contrário. Surgindo daí uma evolução construída a partir da variação, seleção e estabilização.

Uma vez que a unidade do sistema da história não pode ser observada pelo próprio sistema, ou seja, que a história não pode observar a si mesma enquanto se constitui como história, surge daí o seu paradoxo. É dizer, ela pode ser memória (continuidade) ou invenção (inovação), mas não tem como definir isso por antecipação. Isto porque o paradoxo é o ponto cego do sistema da história, e só este ponto cego torna possível a operação de observação. Se assim não fosse, a observação já estaria pré-condicionada, em outras palavras, a história seria uma constante continuidade, ou uma permanente inovação. Logo, é o ponto cego do sistema da história que permite que os antes invisíveis, tornem-se visíveis, que os oprimidos ou excluídos possam ter os seus relatos

64 LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 340-341.

incluídos nos livros de história e que ela, a história, sempre permaneça como um campo aberto à experimentação.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do direito** – retórica realista, argumentação e erística. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2011.

AUGSBERG, Ino. Fé e conhecimento no direito. In: CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel; FORTES, Pedro. **Teorias contemporâneas do direito** – o direito e as incertezas normativas. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2016, p. 221-236.

ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradutor: Idalina Azevedo da Silva, Erika Gude, Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro, Editora Tempo brasileiro, 1976.

AZÊVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **A pandemia do coronavírus observada a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**: breves considerações. Revista CEJ, Brasília, Ano XXIV, n. 79, p. 20, jan./jul. 2020.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Edições Paulinas, 1979.

CORSI, Giancarlo. Paradosso. In: *Luhmann in glossário. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi social*. Milano: Franco Angeli, 1995.

FOERSTER, Heinz von. Heinz von Foerster pioneiro da cibernética. In: PESSIS-PASTERNAK, Guitta. **Do caos à inteligência artificial**: quando os cientistas se interrogam. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993.

FOSSIER, Robert. **As pessoas da idade média**. Tradução: Maria Ferreira. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2018.

GEHLEN, Arnold. **Moral e hipermoral** – uma ética pluralista. Tradução: Margit Martincic. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1984.

GLASERSFELD, Ernst von. **Construtivismo radical** – uma forma de conhecer e aprender. Tradução: Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais** – direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBSBAWN, Eric. **Sobre história**. Tradução: Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. **História dos conceitos** – estudo sobre a semântica e a pragmática da linguagem política e social. Tradução: Markus Hediger. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2020.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª edição. Milano: Franco Angeli, 1995.

MANSILLA, Dario Rodriguez; NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Editorial Herder; Universidad Iberoamericana, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 1ª edição. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009.

MARTINS, Carlos Estevam. Vida e obra. In: MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

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

NIETZSCHE, Friedrich. **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1ª edição. Lisboa: Editora Vega, 1995.

PLATÃO. **Diálogos VI** – Crátilo (ou da correção dos nomes); Cármides (ou da moderação); Laques (ou da coragem); Íon (ou da Ilíada); Menexeno (ou oração fúnebre). Tradução: Edson Bini. Bauru-SP: Edipro, 2010.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas** – tempo, caos e as leis da natureza. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

SCHLIEFFEN, Katharina von. **Iluminismo retórico** – contribuições para uma teoria retórica do direito. 1ª edição. Tradução: João Maurício Adeodato. Curitiba: Alteridade Editora, 2022.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradución: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução: Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

_____. *O olho da lei – história de uma metáfora*. Tradução: Thiago Saddi Tannous. Belo Horizonte: Editora Doyen, 2014.

VESTING, Thomas. *Teoria do direito – uma introdução*. 1ª edição. Tradução: Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2ª edição. Tradução: Marcos G. Montagnoli. Revisão da tradução: Emanuel Carneiro Leão. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1994.

_____. *Da certeza*. Tradução: António Fidalgo. Lisboa: Edições 70, 2000.

Recebido em: 19/10/2023

Aprovado em: 11/06/2024