VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

PATRÍCIA JERÓNIMO

ALEXANDRA MARIA RODRIGUES ARAUJO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alexandra Maria Rodrigues Araujo; Enoque Feitosa Sobreira Filho; Patrícia Jerónimo – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-504-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Inspiração realista. 3. Processo Judicial. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho subordinado ao tema "Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico", inserido no VII Encontro Internacional do CONPEDI, que teve lugar nos dias 7 e 8 de setembro de 2017, em Braga (Portugal), em parceria com a Universidade do Minho (UMinho), através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

Enoque Feitosa analisa criticamente o modo como a matriz liberal individualista dos direitos humanos – que marca, desde a formação inicial, os operadores do Direito – condiciona a interpretação e a aplicação que os juízes fazem das normas constitucionais em vigor, não raro com prejuízo para a plena realização daqueles direitos. É assim – observa – com a interpretação do direito de propriedade, que é feita pelos juízes brasileiros com completa desconsideração pela função social da propriedade, o que, no entender do autor, muito contribui para que a questão do acesso à terra seja um problema secular no Brasil. Da análise da prática judicial brasileira, o autor conclui que prevalece um entendimento eminentemente privatista do direito de propriedade, "que desconsidera sua interpretação a luz da Constituição" e que deve ser ultrapassado para que se possa finalmente resolver a questão agrária, indispensável a uma democracia plena no Brasil.

Germano Henrique Roewer analisa o modo como o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem vindo a transmutar-se no seu papel de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, perante a frequente (e, não raro, deliberada) inércia do legislador. Convocando os argumentos esgrimidos pela doutrina brasileira e estrangeira sobre a tensão entre separação de poderes e ativismo judicial, o autor observa que a Constituição brasileira de 1988 dotou o poder judiciário de uma série de mecanismos processuais de controlo sobre as políticas públicas e que foi essa assunção de responsabilidade pela resposta aos anseios sociais que fez com que o poder judiciário assumisse um protagonismo mais político do que jurídico na construção das suas decisões, sem estar para isso habilitado. O autor procura encontrar limites negativos à atividade jurisdicional, de modo a que as interpretações extratexto não ofendam direitos fundamentais e não retroajam os avanços alcançados pelo Estado Social, uma preocupação motivada pela recente jurisprudência do Supremo em matéria de acesso a medicamentos.

João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes discute a importância da "consideração do contexto" na interpretação da lei a partir da análise de alguns tipos penais castrenses fixados pelo Código Penal Militar brasileiro, de 1970. Ao autor interessam particularmente as "ambiguidades" decorrentes, para a aplicação do Código nos dias de hoje, do decurso de 47 anos desde a sua entrada em vigor; ambiguidades que, segundo o autor, são potenciadas pelo facto de o Direito fazer uso de uma linguagem natural, comum a todos os membros da sociedade. Alertando para os riscos associados a um literalismo positivista por parte dos juízes, o autor defende uma "interpretação extensiva" – também dita atualista – do Código Penal Militar, em que o intérprete atente nos princípios vigentes e na realidade social existente ao tempo da aplicação das normas. Partindo da obra de Ronald Dworkin e de José Juan Moreso, o autor analisa alguns casos que podem gerar ambiguidades na aplicação do Código Penal Militar nos dias de hoje, como o ingresso clandestino, o ato libidinoso e o fruto praticado durante a noite.

Carla Maria Peixoto Pereira e Jean Carlos Dias discutem os entendimentos distintos de Herbert Hart e Joseph Raz sobre a "regra de reconhecimento" – fundamento da autoridade do sistema jurídico, para o primeiro, e critério de pertinência de identidade do sistema jurídico, para o segundo. Partindo do conceito de sistema jurídico, os autores apresentam o pensamento de Hart e de Raz na sua evolução ao longo do tempo. Apesar de sublinharem o inestimável contributo teórico de Hart para a Teoria do Direito, os autores reconhecem que a teoria hartiana é inaplicável aos Estados de Direito do século XXI, questão esta que - o enriquecedor debate propiciado no Grupo de Trabalho – pode (e deve) implicar em aprofundamentos futuros por parte dos autores do artigo em tela.

Matheus Meott Silvestre e Carina de Castro Quirino partem da constatação de que todos os direitos fundamentais têm custos para os cofres públicos para discutirem as implicações práticas da evolução verificada no Direito Constitucional brasileiro no sentido de alargar o rol de direitos consagrados na Constituição através da defesa da normatividade dos princípios e do papel do poder judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Segundo os autores, estes desenvolvimentos – especialmente notórios no que vem a designar-se por "judicialização da saúde" – têm constrangido o Estado a arcar com custos elevados e obrigações "desarrazoadas". Entre as metateorias da decisão judicial, os autores preferem o pragmatismo jurídico (com as suas dimensões do consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo), por oposição à visão principiológica e garantista da decisão, já que aquele é uma "visão mais atenta às consequências das decisões judiciais" e, por isso, mais adequada ao exercício da função judicial em tempos de crise económica.

Já Celso Luiz Braga de Castro e Flora Augusta Varela Aranha partem da observação de que o conceito de sanção continua a ser prevalecente na teoria da norma, mau grado todos esforços no sentido de repensar o positivismo jurídico, para discutirem qual a função social do caráter punitivo da sanção para a teoria da norma jurídica na atualidade, em vista do reconhecido papel das sanções premiais, e qual a influência que a teoria dos sistemas poderá ter sobre a releitura da sanção no estudo do Direito, o que – como evidenciaram – implicou e implica em uma nova e diferenciada abordagem do problema.

Matheus Pelegrino da Silva discute as críticas feitas por Luhmann à teoria do Direito de Kelsen, concluindo que estas críticas não são válidas, já que têm subjacente a rejeição da natureza normativa do Direito e – segundo o autor – não é possível elaborar uma apresentação teórica do Direito sem que se observe a normatividade enquanto característica essencial do Direito, ainda mais como instrumento garantidor de uma sociabilidade jurídica de carater democrático, o que se evidenciaria de per si no Direito moderno, dogmaticamente organizado.

Rafael Lazzarotto Simioni e João Paulo Salles Pinto analisam as propostas decisionistas da obra de Carl Schmitt à luz do seu contexto histórico-político, chamando a atenção para o facto de estas terem representado, ao tempo, uma das críticas mais contundentes ao positivismo jurídico então ascendente. Ao criticar a redução do Direito à lei, Schmitt havia chamado a atenção para a contingência da realidade empírica, o que, juntamente com o seu conceito de soberano como aquele que decide em situação de exceção, passou a estribar a sua construção teórica. Segundo os autores, apesar de terem sido para o contexto específico da crítica contra o positivismo na Alemanha de Weimar, as visões schmittianas de soberano e contingência podem servir de referencial teórico para explicitar ecos de decisionismo (baseados, sobretudo, na ideia de exceção) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o que ilustram através da análise de várias decisões recentes.

Diego de Paiva Vasconcelos discute a construção concetual apresentada como nova modalidade de tutela dos direitos fundamentais e de controlo da constitucionalidade – o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) –, analisando a sua evolução, os termos em tem vindo a ser apresentada e o modo como encaminha o Direito em direção a outros sistemas e abordagens no que concerne ao trato dessa problemática central que é aquela que se refere a uma das questões mais relevantes de uma sociedade democrática, qual seja o controle democrático e popular da vivência social sob a égide do Estado de Direito.

A fase conclusiva das apresentações do Grupo de Trabalho foi deixada aberta à avaliação dos participantes, os quais destacaram a relevância científica das produções apresentadas ao

Encontro e o enriquecedor debate e contribuições acadêmicas havidas no âmbito da relevante atividade intelectual desenvolvida no Grupo de Trabalho por professores, estudantes e pesquisadores presentes, oriundos de instituições brasileiras e estrangeiras da maior relevância, no centro sediado na Universidade do Minho.

Prof.ª Doutora Patrícia Jerónimo – UMinho

Prof. Doutor Enoque Feitosa Sobreira Filho – UFPB

Doutora Alexandra Rodrigues Araújo – UMinho

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A SANÇÃO NA TEORIA DA NORMA JURÍDICA: UMA REDESCRIÇÃO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS.

THE SANCTION IN THE THEORY OF THE LEGAL NORM: A REDESCRIPTION IN THE LIGHT OF THE SYSTEMS THEORY.

Celso Luiz Braga de Castro [1]
Flora Augusta Varela Aranha [2]

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a semântica da sanção jurídica à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Para tanto, serão analisadas as concepções esposadas por Kelsen e Bobbio, em razão da sua grande recepção pelo sistema jurídico. Espera-se lançar uma observação de segunda ordem sobre esta tradicional ideia mobilizada pelos teóricos e práticos do direito, ante a necessidade de conjugar o sistema jurídico posto às demandas sociais, cuja possibilidade é vislumbrada através do estudo do pensamento luhmanniano.

Palavras-chave: Teoria do direito, Teoria da norma jurídica, Sanção, Teoria dos sistemas

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the semantics of legal sanction in light of Niklas Luhmann's systems theory. To that end, the conceptions handcuffed by Kelsen and Bobbio will be analyzed, due to their great reception by the legal system. It is hoped to make a second-order observation about this traditional idea mobilized by the theorists and practitioners of law, in view of the need to combine the legal system with social demands, the possibility of which is envisaged through the study of Luhmann's thought.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of law, Theory of the legal norm, Sanction, Theory of systems

---

[1] Bacharel e Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto e do Programa de Pós- Graduação em Direito da UFBA.

[2] Bacharel e Mestre em Direito Público pela UFBA. Doutoranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Professora Assistente da UFBA.

1. Introdução

A teoria geral do direito, notadamente no campo dos conceitos jurídicos fundamentais, é, em grande medida, o resultado do arcabouço teórico e ideológico positivista, cujo ápice se deu com o normativismo kelseniano, que trouxe em sua agenda o estudo do fenômeno jurídico adstrito à compreensão da norma em moldes analítico-estruturais (estática jurídica), de inspiração kantiana, somado à concepção do direito enquanto sistema de normas, fechado e hierarquicamente organizado (dinâmica jurídica), responsável por sua própria criação, compondo uma entidade própria, autônoma em relação aos demais sistemas sociais e mesmo ao próprio Estado.

Com efeito, a teoria pura do direito consagra a sanção como parte integrante e principal da norma jurídica, base de sua estruturação lógico-formal, cujo elemento distintivo das demais normas existentes na sociedade é sua natureza punitiva, negativa, que retrata o uso da força empregado pelo Estado de modo organizado. Assim, os sujeitos são compelidos a obedecer à norma, diante da ameaça que esta representa em caso de descumprimento, pela aplicação do aparato sancionador punitivo pela autoridade estatal competente.

A par das teorias que permeiam o pensamento jurídico contemporâneo, que se propuseram a repensar o positivismo jurídico e estabelecer um novo paradigma que concebe o direito como um sistema aberto, calcado em princípios e mais atento à dinâmica social, para conferir maior efetividade às normas criadas, permanece ainda inalterada a prevalência do conceito de sanção na teoria da norma. Desta feita, o problema a ser levantado no presente artigo é: qual a função social do caráter punitivo da sanção para a teoria da norma jurídica? Como a teoria dos sistemas pode influenciar à releitura da sanção no estudo do direito, especialmente no que diz respeito ao papel das sanções premiais?

Decerto que o molde normativista, estabelecido como parâmetro para a ciência do direito, revela ser impossível conceber a norma jurídica pelo viés não punitivo. Entretanto, a teoria dos sistemas no direito, cujo principal teórico é Niklas Luhmann, que aborda o direito como um sistema social dentre os demais sistemas presentes na sociedade, caracterizado como cognitivamente aberto e operacionalmente fechado, permite um estudo diferenciado da norma jurídica, como um ato comunicativo que traz em seu bojo uma dada expectativa social, a ser realizada. Neste sentido, a sanção adquire contornos mais amplos, podendo apresentar-se ora como punições, ora como prêmios. O estudo da teoria dos sistemas aplicada ao direito

possibilita uma análise funcional da norma jurídica, permitindo observações que escapam às análises apegadas apenas ao seu aspecto estrutural.

O objetivo do presente artigo é observar sociologicamente a construção da ideia de sanção pela teoria geral do direito, mediante a análise da sua semântica tradicional, de matriz normativista, a partir das lentes da teoria dos sistemas. A metodologia aplicada consiste na utilização do método funcional-comparativo, com exploração bibliográfica nos campos da sociologia e da teoria do direito.

2. A sanção na teoria geral do direito

Discorrer sobre a sanção na teoria geral do direito é tratar, a um só tempo, do conceito de direito, de norma e o elemento distintivo da norma jurídica face às demais espécies normativas presentes no tecido social, qual seja a sua coercitividade, dado o caráter da sanção, a ser potencialmente aplicada em caso de descumprimento do preceito.

Ricardo Maurício Freire Soares (2013), ao tratar didaticamente das normas jurídicas e sua natureza, tem-se que são mais coercitivas que as normas morais, atuando no psiquismo do seu destinatário de modo mais contundente pela incitação do temor que a aplicação de uma sanção jurídica pode causar em sua vida, ora interferindo em seu patrimônio, ora em sua liberdade, aflição maior que a causada pela aplicação de uma sanção moral. As sanções impostas pelas normas jurídicas são organizadas, porque o Estado detém o seu monopólio de aplicação, previsto institucionalmente no direito positivo, podendo ser conhecido de antemão seu conteúdo pelos agentes sociais.

No caso, a sanção é descrita sempre como uma consequência *desagradável* da ofensa a um dever ético, cujo fim é prevenir a violação ou, no caso em que a violação seja verificada, eliminar as consequências nocivas do ato infrator. O fim da sanção seria a eficácia da normatividade social, ou, em outras palavras, a sanção seria um expediente para conseguir que as normas sejam menos violadas ou que as consequências da violação sejam menos graves[1]. Ora, este caráter desagradável da consequência jurídica de uma infração revela, de antemão, seu aspecto punitivo por excelência, em resposta à prática do ilícito, associando o significado de coerção (elemento psicossocial) com o sentido de coação (emprego da força),

figurando a coerção como modalidade de violência simbólica na condição de elemento considerado mais eficaz de adequação comportamental (SOARES, 2013, p. 104).

O normativismo kelseniano, no âmbito do positivismo jurídico, foi a corrente que se debruçou à elaboração de uma genuína teoria geral do direito nos moldes científicos, como uma teoria do direito positivo em geral, voltada ao conhecimento exclusivo do seu próprio objeto, qual seja o dever ser do direito. Uma proposta de "pureza" que pretendeu excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito, para evitar um sincretismo metodológico que poderia obscurecer a essência da ciência jurídica e diluir os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto (KELSEN, 1998).

O direito no normativismo é definido como uma ordem normativa da conduta humana, sendo a norma um juízo de dever-ser, e o ato de vontade de que ela constitui o sentido (a produção legislativa, por exemplo) é um ser (KELSEN, 1998, p.04). O ser que dá origem à norma jurídica é o ser fático do ato de vontade; o dever-ser é extraído deste ato de vontade, qual seja a norma como sentido do ato, permitindo, proibindo ou autorizando condutas:

> "[...]No entanto, este dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação. Diz-se: um ser pode corresponder a um dever-ser, o que significa que algo pode ser da maneira como deve ser. Afirma-se, por outro lado, que o dever-ser é 'dirigido" a um "ser". A expressão: "um ser corresponde a um dever-ser" não é inteiramente correta, pois não é o ser que corresponde ao dever-ser, mas é aquele "algo", que por um lado "é", que corresponde àquele "algo", que, por outro lado, "deve ser" e que, figurativamente, pode ser designado como conteúdo do ser ou como conteúdo do dever-ser. Também podemos exprimir isto por outras palavras dizendo que um determinado *quid*, especialmente uma determinada conduta, pode ter a qualidade de ser ou a qualidade de dever-ser. Nestas duas proposições: a porta será fechada e a porta deve ser fechada, o "fechar a porta" é, no primeiro caso, enunciado como algo que é e, no segundo caso, como algo que deve ser. A conduta que é e a conduta que deve ser não são idênticas. A conduta que deve ser, porém, equivale à conduta que é em toda a medida, exceto no que respeita à circunstância (*modus*) de que uma é e a outra deve ser. Portanto a conduta

> estatuída numa norma como devida (como devendo ser) tem de ser distinguida da correspondente conduta de fato. Porém, a conduta estatuída na norma como devida (como devendo ser), e que constitui o conteúdo da norma, pode ser comparada com a conduta de fato e, portanto, pode ser julgada como correspondendo ou não correspondendo à norma (isto é, ao conteúdo da norma). A conduta devida e que constitui o conteúdo da norma não pode, no entanto, ser a conduta de fato correspondente à norma (KELSEN, 1998, p.05).”

A sanção no pensamento de Hans Kelsen encontra-se logicamente presente nos conceitos de direito e de norma jurídica. Segundo Kelsen, uma ordem jurídica pode prescrever uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem, com a aplicação de uma pena no sentido mais amplo da palavra. Assim, tal conduta apenas pode ser considerada como juridicamente prescrita na medida que o seu oposto é pressuposto de uma sanção (no sentido estrito), que traz como condição a ação proibida, sendo a conduta oposta a conduta prescrita.

O ser-devido da sanção inclui em si o ser-proibido da conduta que é o seu pressuposto especifico e o ser-prescrito da conduta oposta. Na medida em que o mal que funciona como sanção – a pena no sentido mais amplo da palavra - deve ser aplicado contra a vontade do atingido e, em caso de resistência, através do recurso à força física, a sanção tem o caráter de um ato de coação (a coação é o emprego do uso da força, para compelir o destinatário da norma a obedecê-la) (KELSEN, 1998, p.p. 17-18) e, a um só tempo, integra o cerne lógico-formal da norma jurídica (“dado I, deve ser S”, sendo ‘S’ a sanção).

Assim, a ordem jurídica em Kelsen traz como normas primárias as sanções, ora na forma de atos coercitivos, entendidos estes como reações hipotéticas e previstas contra condutas venham a se opor aos comandos normativos (entendidos estes como normas secundarias, o *facti species*), mais os atos de coação, traduzidos como o emprego material da sanção, mediante o uso da força.

A coação apresenta-se como elemento essencial porque implica na resposta do direito às situações que reputa indesejáveis, ilícitas, com a imposição de um mal aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física. As sanções estatuídas por uma ordem jurídica são diferenciadas porque socialmente organizadas.

Tal organização decorre da racionalidade normativa e do caráter sistemático do direito, que tanto prevê aos sujeitos envolvidos seus direitos e obrigações quanto às formas de reação ao ilícito mediante as sanções. O ato de coação normado faz referência à unidade da ordem jurídica, explicado como resposta da comunidade jurídica contra uma situação de fato considerada socialmente nociva e, quando esta situação de fato é uma determinada conduta humana, como sanção, essencialmente punitiva (KELSEN, 1998, p. 23).

Por outro lado, Hans Kelsen considera que modernas ordens jurídicas também contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações, mas que não constituem característica comum a todas as ordens jurídicas e não integram a essência teleológica desses sistemas, qual seja a de funcionar como ordens de coação, de maneira que as sanções premiais estariam a desempenhar um papel subalterno, secundário no direito (KELSEN, 1998, p.24).

Carlos Santiago Nino (2010, p.p. 94-95) a respeito do tema, pontuou que embora, teoricamente, as normas jurídicas pudessem ser premiadoras, a técnica que o direito escolheu, na maioria dos casos, é a da sanção negativa, sendo tão raros os casos em que se estabelecem prêmios para estimular determinados comportamentos nas pessoas, que são desconsiderados pela ciência jurídica, para fins de explicação teórica do direito. A sanção jurídica em Kelsen constitui um ato coercitivo, de força real (coação) ou potencial (coerção propriamente dita) que consiste na privação de algum bem, executado por um indivíduo autorizado para tal, em decorrência de determinada conduta.

É sabido que a teoria pura do direito de Kelsen guarda profunda relação com a filosofia kantiana, seja pelo aspecto formal e analítico desenvolvido na *Crítica da Razão Pura*, em que Kant definiu a razão humana e, consequentemente a teoria do conhecimento a partir do método analítico, no qual desenvolveu a noção de pureza, quanto na concepção do direito enquanto ordem coativa, cujas normas se distinguem e não se relacionam com as normas morais.

Na Metafísica dos Costumes (KANT, 2013), por exemplo, Kant discorre que em toda lei, seja interior (calcada aprioristicamente na razão) ou exterior, existem dois elementos: um que representa objetivamente como necessária uma ação que deve ocorrer, fazendo desta um dever (que constitui o imperativo categórico, no qual o dever está intrinsecamente ligado à ação), e outro caracterizado por um móbil que conecta subjetivamente o fundamento de

determinação do arbítrio para esta ação à representação da lei, figurando a lei como um móbil para a realização do dever (a norma jurídica, como representação objetiva e direcionamento da ação em torno de um dever). No kantismo, a diferença existente entre ética e direito, portanto, é a de que

> "[...]aquela legislação que faz de uma ação dever, e desse dever, simultaneamente, um móbil, é *ética*. Mas aquela que não inclui o último na lei e, portanto, também admite um outro móbil que não a ideia mesma do dever, é *jurídica* [...] A mera concordância ou discrepância de uma ação com a lei, sem consideração ao móbil da mesma, denomina-se *legalidade* (conformidade à lei), mas aquela em que a ideia do dever pela lei é ao mesmo tempo o móbil da ação se chama *moralidade* (eticidade) da mesma (KANT, 2013, p.p.24-25)."

Assim, toda lei jurídica é externa ao agente, e seus deveres não guardam qualquer exigência com a noção interna de dever moral, presente na razão. Assim, o conceito kantiano de direito repousa na influência externa da lei sobre as ações humanas, em que duas esferas de arbítrio comungam e conciliam-se, segundo uma lei universal de liberdade. O direito figuraria como um instrumento garantidor das liberdades individuais, estando a coerção por desempenhar importante papel à consecução de tal objetivo, figurando como obstáculo ou resistência a que a liberdade fora do direito aconteça (KANT, 2013, p.37).

A liberdade estabelecida pela esfera jurídica, em Kant, necessita conferir aos sujeitos um estado de segurança e estabilidade que não dependam de juízos morais, com precisão e objetividade. A estreita relação entre norma jurídica e sanção punitiva decorre desta necessidade – a sanção se presta à garantia da manutenção da ordem jurídica e consequentemente da paz social, independentemente da observância dos indivíduos aos preceitos morais, internos e totalmente desprovidos de controle.

Para Norberto Bobbio (2010, p.152), a sanção jurídica distingue-se da moral por ser externa, e também da sanção social por ser institucionalizada, regida pelas mesmas fontes de produção das regras jurídicas primárias (que estabelecem os preceitos). Sanções são as respostas externas e institucionalizadas às violações das normas primárias; é o tipo de sanção

que diferencia a norma jurídica das demais normas sociais, de maneira que, com base nesse critério, tem-se por jurídicas as normas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada, a saber, pelo Estado.

Ainda de acordo com os escritos de Bobbio no tocante ao tema, o principal efeito da institucionalização da sanção é conferir maior eficácia às normas respectivas, e segundo critérios racionais de elaboração, quais sejam o da correlação direta com a regra primária violada, para que se tenha a certeza da resposta estatal; a medida da sanção, para se conferir proporcionalidade; e o estabelecimento de autoridades competentes encarregadas de sua execução, para fins de imparcialidade. Tais limitações, juntas, têm o objetivo comum de aumentar a eficácia das regras institucionais, considerando-se como jurídicas as normas que, em virtude da sanção, portam eficácia reforçada (BOBBIO, 2010, p.153).

Gianluigi Palombella (2005, p.p. 164-167), ao analisar a teoria kelseniana, mormente quanto à colocação em primeiro plano do caráter sancionador do direito, verifica que a norma é destinada a prever sanções por ilícitos, compondo a prescrição de uma sanção ou, eventualmente, de um comportamento que consiste na sua irrogação. Sendo o conteúdo da prescrição a sanção, o direito revela-se como ordenamento da força, figurando como reais destinatários das normas primárias não os cidadãos, mas as autoridades (funcionários), sobretudo os juízes. Além disso, com a separação entre fatos e normas, entre direito como sistema e conteúdos materiais, tem-se a formação de um hiato entre o método jurídico e o método sociológico, entre ciência jurídica e ciência factual, em nome de uma impessoalidade atributiva à estrutura do direito, conquistando este a racionalidade abordada por Weber que alcança, para além do desempenho coativo, uma forma que não se baseia em nenhuma vontade pregressa, não se apoia em discursos de justiça, tampouco por um poder titular da soberania. Um sistema de normas regulador da sua própria criação. Em Kelsen, pois, direito e Estado coincidem, assumem uma mesma acepção jurídica – o Estado como personificação do ordenamento jurídico.

Ocorre que a concepção de norma jurídica centralizada na sanção punitiva, presente na teoria pura do direito, pode ser objeto de observações de segunda ordem guiadas pela teoria dos sistemas. Com efeito, a partir das lentes desta teoria, é possível redescrever a semântica da teoria normativa, com o objetivo de apresentar as limitações de uma noção de sanção jurídica centrada apenas em sua dimensão punitiva.

3. A teoria dos sistemas e o direito

No tocante à teoria dos sistemas sociais, tem-se como teórico expoente Niklas Luhmann, que inicialmente a elaborou inspirada nos estudos de Talcott Parsons, somado à forte influência do pensamento sistêmico de Maturana e Varela, passando pelos estudos matemáticos de George Spencer-Brown. Com efeito, Luhmann concebe a sociedade como um sistema autopoiético que se reproduz comunicativamente. Nesta teoria, o elemento chave, a matéria-prima é a comunicação, responsável pelo desenvolvimento social e capaz de distinguir a sociedade do ambiente que a circunda (SOARES, 2016).

Com efeito, a noção primaz de sistema em Luhmann traz a noção de encadeamento das partes compondo um todo. Refere-se às noções de parte, etapa, momento, conjunto, coleção, articulação, processo, desenvolvimento, manutenção, transformação, equilibração, coerência, autonomia, complexidade, contingência, autopoiese, circularidade, autorreferência, fechamento operacional, comunicação. A conceituação de sistema e seu arcabouço teórico tem sido empregada em contraposição às práticas científicas e epistemológicas calcadas no método analítico, haja vista que um sistema sempre é vislumbrado como uma unidade, uma totalidade dinâmica, dotada dos seus próprios mecanismos de funcionamento. Neste caso, um sistema, enquanto unidade operativa, assim o faz através de fluxos de interações auto-organizadas com o seu entorno, num constante movimento, interação esta que é processada por suas estruturas singulares e diferenciadas, tornando-o autorreferente em relação ao meio (RODRIGUES e NEVES, 2012, p.p.20-22)

Durante a década de oitenta, a teoria da *autopoiesis*, pertencente ao domínio das ciências biológicas, pela mão de Niklas Luhmann ganhou uma nova dimensão, ao adentrar nas ciências sociais. Graças a este pensador, tal teoria deixou de ser concebida unicamente como uma teoria explicativa da vida e do conhecimento para se tornar num modelo teórico geral aplicável aos fenômenos sociais: para Luhmann, auto-referência e circularidade constituem o "princípio vital" não apenas de células, sistemas nervosos, ou organismos biológicos vegetais ou animais em geral, mas igualmente dos próprios sistemas sociais, passando a *autopoiesis* assumir o estatuto de modelo explicativo de base de todo e qualquer sistema, dos sistemas biológicos aos sistemas sociais, dos quais se inclui o direito (TEUBNER, 1993, p. IX-X).

Quanto à conceituação do direito como sistema autopoiético, tem-se que é o sistema voltado à generalização e estabilização temporal, social e material das expectativas de

comportamento, imunizando-as simbolicamente mediante normas e procedimentos, ou seja, estabelecendo um modelo de orientação das condutas. A redução da complexidade do ambiente operada pelo direito consiste em absorver a contingência da intersubjetividade humana, com a generalização e padronização das expectativas da conduta. Tal função é exercida comunicativamente, através da adoção do código binário lícito/ilícito, na qualidade de juízos de dever ser. Neste caso, o direito se constitui mediante a criação de procedimentos e programas decisórios, os quais condicionam e organizam as suas normas – operando com seu próprio código, o direito destaca-se dos demais sistemas sociais e constitui-se como tal por meio das suas unidades procedimentais, capazes de conferir-lhe autonomia, ao tempo em que realiza, com estes, o acoplamento estrutural, em nome da sua própria reprodução (SOARES, 2016, p. 32).

A este respeito, Marcelo Neves (2014,p.p.129-134) aborda os princípios constitucionais e sua relação com as regras no ordenamento jurídico, figurando a Constituição e seus princípios como base para o denominado acoplamento estrutural entre direito e política, caracterizado por mecanismos reflexivos em relação às regras, prestando-se ao balizamento, à construção, ao desenvolvimento, à fortificação ou, ao revés, o enfraquecimento, à restrição ou ampliação de seu conteúdo. Desempenham os princípios a função de adequação social do direito, em particular nos casos controversos mais complexos, no processo de concretização constitucional.

Segundo Günther Teubner (1993, p.70), a chave para a compreensão da autonomia do sistema jurídico e sua reflexividade reside na relação tripartida entre auto-observação, auto-constituição e auto-reprodução, visualizada na comunicação jurídica sobre a distinção básica legal/ ilegal, que ao diferenciar-se da comunicação social geral torna-se inevitavelmente auto-referencial e é compelida a tematizar-se a si mesma no quadro de categorias intrinsecamente jurídicas, o que explica a sua operacionalidade fechada. Isto implica que o sistema jurídico é forçado a descrever os seus componentes utilizando as suas próprias categorias e estabelecendo as normas reguladoras das suas próprias operações, estruturas, processos, limites, meio envolvente e até da sua própria identidade

Se, por um lado, o direito produz o seu modelo interno do mundo externo, de acordo com o qual orienta as respectivas operações, através de informação internamente selecionada, por outro lado as interferências externas entre o direito e o meio social são responsáveis pelo estabelecimento do acoplamento (ou articulação) estrutural entre eles. É a combinação destes

dois mecanismos que toma possível a regulação social através do direito, ainda que sob formas extremamente indirectas e até incertas. A sua reflexividade se faz persente no momento que orienta as respectivas normas e processos em função dessa situação social, otimizando assim a sua eficácia regulatória; a par disso, o direito mantém-se um sistema autopoiético operando num universo de outros sistemas sociais autopoiéticos, igualmente fechados, sendo por isso impossível pensar em romper com esta clausura interna do sistema (TEUBNER, 1993, p.p. 195-196).

Com base nesta breve apresentação da teoria do direito luhmanniana, é pertinente trazer à baila observação de Marília Muricy (2002, p.109), que ao contextualizar a emergência deste pensamento e sua repercussão na teoria do direito contemporânea, pontifica que as raízes histórico-sociais da Teoria Pura do direito de Hans Kelsen podem ser localizadas na crise do projeto emancipador do liberalismo iluminista, engolido pela ideologia positivante de um direito do Estado. Já a teoria de Luhmann é contemporânea da segunda crise da modernidade capitalista, a crise do Estado social, que revelou-se incapaz de responder satisfatoriamente ao estágio atual das relações Estado/sociedade e direito. O sistema jurídico teorizado por Kelsen tem como pano de fundo o primeiro pacto entre capitalismo e modernidade, criador das bases epistemológicas do Estado *gendarme*, do direito mínimo; o ambiente político em que se produz a teoria luhmanniana do sistema jurídico exige respostas para o esgotamento do Estado intervencionista e de seu instrumental jurídico, diante do conjunto de transformações econômicas e sociais, sobretudo a partir dos anos 1970, indicativas de uma tendência para a global desregulação da vida econômica e sociopolítica.

Nota-se, portanto, que a teoria sistêmica apresenta-se mais apta à compreensão do Estado regulador e da produção jurídica a este concernente, ao tempo que apresenta uma mudança paradigmática na teoria do direito, a qual concebe o direito como um sistema que, embora cerrado estruturalmente, limitado em termos normativo-procedimentais e em seu espectro comunicativo no código lícito/ilícito, traz uma abertura cognitivo-dialógica aos demais sistemas sociais e as demandas típicas da experiência social, essencialmente dinâmica. A norma jurídica passa a ser vislumbrada em seu aspecto funcional, qual seja o de estabilizar as expectativas de comportamento, em termos contrafáticos (LUHMANN, 1983, p.57), numa acepção mais ampla que a do estabelecimento da ordem e controle social por meio da coação, prelecionado pela teoria kelseniana.

4. A norma jurídica e a sanção pela teoria dos sistemas

Na teoria do direito brasileira, Tercio Sampaio Ferraz Jr (2003, p.p.98-100) figura entre os expositores da teoria do direito com inspiração Luhmanniana. Ao tratar da norma jurídica, preleciona que os comportamentos humanos são fenômenos empíricos, doadores de significado; estando a norma a integrar este universo, tem-se que é um ato comunicativo, doador de um sentido. E, apesar de a maioria dos juristas enxergarem a *norma como proposição*, a ditar como deve ser o comportamento (juízo lógico de dever ser), e fruto de uma vontade (*norma como prescrição*), uma vez promulgada tendo uma existência própria, a concepção da norma que se baseia no fenômeno complexo da comunicação permite, desta feita, que ambos os lados desta relação sejam considerados: os atributos do prescritor e dos sujeitos que receberão a mensagem, sua própria qualificação como sujeito e a receptividade a esta prescrição (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p.101).

Assume a norma jurídica, no âmbito do discurso, uma ação linguística sui generis, a um só tempo dialógica – quando os comunicadores figuram como argumentantes e intérpretes – e monológica – quando os comunicadores aparecem como autoridade e sujeito. Esta ambiguidade amplia consideravelmente os seus contornos, pois a normatização jurídica pode apresentar-se como hipotética ou imperativa; ora interpretável, em múltiplos sentidos, ora imponível sem discussões, impondo-se como premissa para as discussões (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p.p.46-47).

Na perspectiva sistêmica, as normas jurídicas manifestam expectativas sociais cuja durabilidade é garantida por uma generalização não adaptativa, ou seja, permanece ainda que seja frustrada, com o descumprimento do preceito (caráter contrafático das normas jurídicas), exercendo o importante papel de conferir estabilidade à sociedade, em seu contínuo processo de desenvolvimento e transformação (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p.104).

A análise da sanção enquanto elemento necessário da norma jurídica pressupõe uma ordem jurídica coativa, voltada ao estabelecimento da ordem e a restrição à liberdade de um indivíduo para preservar a liberdade de um outro – tal concepção, como já mencionado alhures, remonta ao contexto do Estado liberal do século XIX, em que a presença do Estado deve ser mínima. Ocorre que o escorço histórico trouxe à tona outros perfis assumidos pelo Estado, como fruto das transformações econômicas e sociais, culminando na contemporaneidade, onde a presença estatal ora intervém no domínio econômico, ora exerce tarefa regulatória em determinados setores. Nesse caso, a tese da essencialidade da sanção,

enquanto um castigo, ganhou novos contornos com a criação das sanções premais, em que o Estado prestigia o encorajamento de um ato em detrimento do seu desencorajamento mediante a imposição de um temor (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p.p.120-121).

Norberto Bobbio, a respeito do tema, trouxe um interessante raciocínio, no qual pontifica que a sanção jurídica consiste numa reação à violação, qualquer que seja esta – econômica, social ou ainda moral – e o uso da força é, em última instância, utilizado, como garantia do cumprimento da sanção e não como a essência do ato sancionador. Neste caso, o uso da força, em última instância, poderia até ser utilizado como garantidor do cumprimento de uma sanção positiva, vez que se apresenta ao destinatário da benesse uma pretensão à sua execução (2007, p.p.28-29).

Neste contexto, a sanção premial, influenciada pelos estudos da sociologia jurídica luhmanniana, possibilita uma observação de segunda ordem sobre teoria da norma – visto que o ponto de partida do estudo da norma jurídica deixa de ser a coação, a sanção punitiva (presentes na filosofia do direito moderna, em Jhering e Austin, e posteriormente na teoria pura do direito) cedendo espaço à *comunicação* voltada a um resultado socialmente útil, traçado pelo sistema, mormente com a interface presente entre o direito e outros sistemas sociais, o qual enseja uma produção normativa condizente com as necessidade do presente, sendo insuficiente que uma norma jurídica seja lógica e formalmente válida – a exigência de efetividade tem migrado de um patamar mínimo para um patamar máximo.

Ana Carolina Cavalcanti de Albuquerque (2015), em tese de doutorado dedicada ao estudo da sanção na teoria sistêmica aponta que a sanção do sistema jurídico, nos moldes da teoria dos sistemas autopoiéticos, não tem por finalidade o controle social, nem a resolução de conflitos, mas a *generalização de expectativas normativas*, que é a função precípua do sistema jurídico.

De acordo com a pesquisadora, esta função consiste em tornar determinadas expectativas normativas iguais para todas as pessoas (dimensão social), a todo o tempo (dimensão temporal) e em qualquer situação (dimensão material), sendo a sanção o meio mais expressivo para se alcançar a dimensão temporal – no caso, estaria ligada à normatização de estratégias de processamento de desapontamento das expectativas normativas, podendo operar-se pelo escândalo ou diálogo. Para Luhmann, a relação existente entre norma e sanção *não é ontológica, e sim funcional*, visto que o ato sancionador marca a resistência à frustração da expectativa normativa (ALBUQUERQUE, 2015, p.109), visto que o direito é determinado

não mediante certo tipo de normas, e sim como uma forma de uma função geral de estabilização, pertencente ao seu sistema (LUHMANN, 2016, p. 181)

Neste caso, em que pese o ordenamento jurídico conter mais sanções punitivas, às sanções positivas ou premiais podem ser atribuídas a mesma juridicidade, por estarem a serviço da manutenção das expectativas normativas, por meio de outra estratégia utilizada pela autoridade estatal: a técnica de estímulos ao comportamento desejado por recompensas, figurando o recurso à força como uma possibilidade de concretização do comando (e não a principal). Tanto as sanções negativas quanto as sanções positivas são sanções jurídicas, integrantes da compreensão da norma, porque integram a funcionalidade do sistema; ainda que por meios distintos, ambas as espécies de sanção guardam o desiderato de processar as frustrações das expectativas normativas, imunizando-as, seja pelo temor e castigo, seja pelo oferecimento de recompensas, em resposta à obediência espontânea do preceito.

No sistema brasileiro, sanções premiais são visíveis em áreas de intervenção ou regulação do Estado na economia, a exemplo do direito econômico e direito tributário, e atualmente adquiriu notoriedade no direito penal. Também na tutela dos interesses difusos, como no direito ambiental. No direito administrativo, tal técnica se faz presente, além da atuação do Estado regulador, bem como nas hipóteses que ensejam realização do princípio da eficiência administrativa, onde a técnica de encorajamento mediante estímulos ao comportamento desejado guarda melhores resultados que o uso da coação, a exemplo das licenças-prêmio concedidas a servidores públicos e gratificações por desempenho de função.

5. Conclusão

Nos moldes da metodologia proposta, o objetivo do presente trabalho foi alcançado, ao ter sido desenvolvida uma análise comparativa da sanção na teoria da norma jurídica, entre o normativismo kelseniano, base da dogmática jurídica ortodoxa, com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, seus delineamentos gerais e sua aplicabilidade ao direito. Concluiu-se que, à luz da perspectiva sistêmica, a coação não é elemento essencial da norma jurídica, e sim a sua funcionalidade enquanto ato comunicativo generalizador de expectativas normativas – de maneira que são consideradas sanções jurídicas tanto as punições quanto os prêmios. A teoria dos sistemas de Luhmann retira o protagonismo da coação no direito, deslocando-o ao aspecto funcional da norma jurídica no sistema. Através do código binário lícito/ilícito, mais o aparato procedimental, gravita o sistema jurídico em torno da tarefa de estabilizar e generalizar as expectativas das relações sociais por meio do direito positivo.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti; revisão da tradução por Silvana Cobucci Leite. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010 (Justiça e Direito)

_____. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. São Paulo: Manole, 2007

DE ALBUQUERQUE, Ana Carolina Cavalcanti. **A sanção jurídica da sociedade**. Tese (doutorado – Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015 Orientação prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo). Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01022016-092051/pt-br.php. Acesso em 30/03/2017, 23:05

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013

KUNZLER, Caroline de Morais. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: http://seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144. Acesso em 29/03/2017, 22:19

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: edições tempo brasileiro, 1983

_____. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016

MURICY, Marília. **Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos** / organizadores Carlos Eduardo de Abreu Boucault, José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2002

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2 ed. São Paulo: WNF Martins Fontes, 2014

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino. São Paulo: Martins Fontes, 2010

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Tradução Ivone C. Benedetti; revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2005 (Justiça e direito)

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. **A teoria dos sistemas sociais e o direito: tópicos para o estudo do pensamento de Niklas Luhmann**. Salvador: Dois de Julho, 2016, p.p.13-15

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