ANA CAROLINA CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE

A SANÇÃO JURÍDICA DA SOCIEDADE

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. DR. CELSO FERNANDES CAMPILONGO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2015

ANA CAROLINA CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE

A SANÇÃO JURÍDICA DA SOCIEDADE

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2015

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

ALBUQUERQUE, Ana Carolina Cavalcanti. A Sanção Jurídica da Sociedade / Ana Carolina Cavalcanti de ALBUQUERQUE; orientador Celso Fernandes Campilongo -- São Paulo, 2015. xi; 175 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

1. Sistemas Sociais. 2. Sanção. 3. Poder. 4. Procedimento Judicial. 5. Memória. I.

Campilongo, Celso Fernandes, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

NOME: Ana Carolina Cavalcanti de Albuquerque

TÍTULO: A Sanção Jurídica da Sociedade

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo

Aprovada em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Celso Fernandes Campilongo

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

À Minha tia Fernanda Cavalcanti de Albuquerque
Por tornar tudo possível, todos os dias da minha vida

AGRADECIMENTOS

(ou a memória da tese)

A produção de uma tese é um trabalho longo. Durante esses três anos muitas pessoas passam por nós e, de algum modo, contribuem para o trabalho. Mas a memória é traiçoeira. Ela não cuida apenas de lembrar, está mais ocupada em esquecer. Esquecer para poder aprender. Queria poder me lembrar de todas as contribuições que recebi nesses três anos, mas não conseguirei. Por isso, sempre começamos agradecendo a Deus, em quem está toda a contingência. Nele estão todos os que nos ajudaram. Os agradecimentos nominais a seguir são aqueles que a memória me deixou lembrar.

Primeiro, à minha família, por ter tornado tudo possível, com as pequenas contribuições do dia-a-dia. Minha tia Fernanda e meu tio Paulo. Meus tios Luiz e Beth, Minhas primas de São Paulo, Eliza e Luiza e minha prima Monica, na pessoa de quem agradeço a todos, grandes e pequenos, membros da minha família na Paraíba.

Depois, a meu orientador, Celso Campilongo, pela paciência, conselhos e, sobretudo, por acreditar em meus projetos, seja esta tese sejam os outros esforços acadêmicos. Também à minha “família acadêmica”, meus irmãos de orientação: Pythagoras Lopes de Carvalho Neto, cujos comentários foram essenciais para a tese; Cynthia Sato, que partilhou comigo as angústias da pós-graduação, os projetos, as aulas, a formatação do trabalho, tudo; Luiz Rosa, também contemporâneo de trabalhos e excelente colega; Caio Santiago, que assumiu a missão de cuidar dos alunos de Introdução ao Estudo do Direito; Sérgio Mendes Filho, Gladston Viana, Thais Smylgs, companheiros das aulas de Introdução ao Estudo do Direito e das discussões sobre Teoria dos Sistemas.

Ao meu companheiro, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis, por me acompanhar na jornada, partilhar experiências, incentivar, elogiar, esperar enquanto não poderíamos ficar juntos, para que eu pudesse escrever este trabalho. Por falar quando foi necessário e ouvir quando nem precisava. Sutilmente presente em todo o meu progresso na pós-graduação.

À família Falcão Pimentel dos Reis e aos Rodrigues Mendes, por todo o apoio durante estes três anos. Por todas as risadas compartilhadas, mesmo quando havia motivo para lágrimas. Por toda a força que me serviu de inspiração.

Aos amigos, calouros e veteranos. As queridas Fernanda, Lívia, Elisa, Adriana, Ingrid e Belisa. Aos sempre divertidos Rodrigo, Ricardo, Adriano, Luiz, Romanoff, Prince. Aos veteranos Eduardo, Maira, Érico,

Hector. Por todos os dias em que estivemos perto, que me derem energia, e pela paciência enquanto estive longe, que me deu segurança.

À equipe do Curso Sapientia, Priscila Amaral Zillo, Anariá Recchia, Aline Eller, Ana Paula Lima e a todos os professores do curso pela parceria, compreensão e estímulo.

Aos monitores de Introdução ao Estudo do Direito. Alunos brilhantes cuja dedicação me inspirou todas as vezes que me senti desanimada. Também aos alunos de Introdução do Estudo do Direito, por todo o estímulo.

Vocês são a memória deste trabalho. Ele não me deixa esquecê-los.

*Power is of two kinds.
One is obtained by the fear of punishment and the other by acts of love.
Power based on love is a thousand times more effective*

M. Gandhi

RESUMO

ALBUQUERQUE, Ana Carolina Cavalcanti. A Sanção Jurídica da Sociedade. 2015. 175 fls. Tese. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo 2015.

A teoria dos sistemas sociais autorreferenciais é uma teoria sociológica inovadora. Na verdade, trata-se de uma superteoria baseada em premissas construtivistas que se pretende universal, ou seja, capaz de descrever qualquer fenômeno social, incluindo as teorias rivais. O criador da teoria, o sociólogo alemão Niklas Luhmann, escreveu obras sobre uma grande variedade de temas: desde do Direito até a Arte; de uma teoria geral dos sistemas sociais até uma teoria abrangente da sociedade. Como uma teoria de base construtivista, a teoria dos sistemas sociais autorreferenciais observa observações, mais especificamente, observa comunicações. A teoria adota, assim, um fundamento teórico singular que exige novas descrições dos fenômenos sociais, ainda que já tenham sido exaustivamente estudados. Esse é o caso de sanções legais. Luhmann, contudo, não fornece uma descrição sistêmica das sanções legais. Ao invés disso, usa o termo de maneiras diferentes em seus estudos. As sanções a que ele se refere em seus estudos sobre o sistema político parecem estar mais relacionadas à violência física do que aquelas que ele mencionou ao descrever o sistema jurídico. Esta indefinição é, provavelmente, fruto do que chamei "noção comum de sanção". A noção comum, menos do que um conceito de sanção, é o acumulado de séculos de esforços para definir medidas de controle social. Portanto, além de vaga, a noção comum de sanção é baseada em premissas que são estranhas à teoria dos sistemas sociais. Assim, é necessária uma nova descrição dos fenômenos sociais associados à noção comum de sanção, a fim de expandir as possibilidades da teoria dos sistemas sociais. A observação desses fenômenos do ponto de vista da teoria dos sistemas sociais autorreferenciais resultou na descrição de não apenas uma, mas de quatro estruturas sociais diferentes. A primeira foi identificada como sanção simbiótica e pode ser tanto negativa - se associada ao uso da violência - como positiva - se associado à satisfação das necessidades. A segunda é o programa do sistema jurídico que cumpre a função de memória no sistema, mantendo assim as expectativas normativas.

A terceira estrutura é uma variação da segunda; são programas oriundos dos processos legais que também cumprem função de memória. Estes programas diferem das sanções simbióticas na distância do uso da violência física. Enquanto a sanção simbiótica demonstra claramente a sua conexão com a violência frente à desobediência, os programas apontam para outros programas sancionatórios antes de se referirem à violência física. De um modo muito diferente, o quarto tipo de estrutura social, os programas sancionatórios de exclusão, identificados com as penas privativas de liberdade, estão intimamente ligados à violência física. Estes programas, embora realizem também a função de memória, cumprem outra função: a gestão de exclusão na sociedade moderna.

Palavras-chave: 1. Sistemas Sociais. 2. Sanção. 3. Poder. 4. Procedimento Judicial. 5. Memória.

ABSTRACT

ALBUQUERQUE, Ana Carolina Cavalcanti. The legal sanction of society. 2015. 175 fls. Thesis. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo 2015.

The theory of self-referential social systems is an innovative sociological theory. In fact, it is a super theory based on constructivist premises that claims to be a universal theory, meaning, being able to describe any social phenomenon, including rival theories. The creator of the theory, German sociologist Niklas Luhmann, wrote works on a great variety of themes: from Law to Art, from general social systems theory to a comprehensive theory of society. As a constructivist based theory, Self-referential social systems theory observes observations, more specifically, observes communications. The theory adopts, thus, a singular theoretical background that demands new descriptions of social phenomena, no matter if already thoroughly investigated. That would be the case of legal sanctions. Nonetheless, Luhmann does not provides a systemic description of legal sanctions. Instead, he uses the term in different ways on his studies. The sanctions to which he refers in his studies on the political system seem to be more related to physical violence than those he mention while describing the Legal system. This vagueness is most probably due to what I have called “common notion of sanction”. The common notion, less than a concept of sanction is the gathering of many efforts to define social order generating measures. Therefore, besides vague, the common notion of sanction is based upon premises that are strange to the self-referential social systems theory. A new description of the social phenomena associated with the common notion of sanction is therefore required in order to expand the theory's possibilities. The observation of these social phenomena from the viewpoint of the self-referential social systems theory resulted in the description of not just one, but four different social structures. The first one is to be called symbiotic sanction and may be both negative – if associated with the use of violence – as positive – if associated with the satisfaction of needs. The second one is a legal

system's program that fulfills memory function in the system, thus retaining normative expectations. The third structure is a variation of the second one; a program originated from legal processes that also fulfills memory function. These programs differ from the symbiotic sanctions in the distance from the use of physical violence. While the symbiotic sanction clearly demonstrates its connection with violence when contradicted, the programs point to other sanction programs before refer to physical violence. In a much dissimilar way, the fourth type of social structure, exclusion sanction programs, identified with detentions, are closely linked to physical violence. These programs, although capable of memory function, fulfill yet another function: managing exclusion in modern society.

Keywords: Social Systems, Sanction, Power, Legal Process, Memory

ZUSAMMENFASSUNG

ALBUQUERQUE, Ana Carolina Cavalcanti. Die Sanktion der Gesellschaft. 2015. 175 fls. Doktorarbeit. Juristische Fakultät, Universität São Paulo, São Paulo 2015.

Die Theorie der selbstreferentielle soziale Systeme ist ein bahnbrechende soziologische Theorie. In der Tat ist es eine Super-Theorie, die sich auf konstruktivistischen Voraussetzungen gründete, und die Universalitätsansprüche erheben, das ist, in der Lage jede soziale Tatsache, einschließlich rivalisierenden Theorien zu beschreiben. Der Errichter der Theorie, deutscher Soziologe Niklas Luhmann, schrieb Werke auf einer großen Vielfalt an Themen: von Recht zur Kunst, von der allgemeinen Theorie sozialer Systeme zu einer umfassenden Theorie der Gesellschaft. Als konstruktivistischen Theorie, die Theorie der selbstreferentielle soziale Systeme beobachtet Beobachtungen, genauer gesagt, beobachtet Kommunikationen. Die Theorie nimmt somit eine einzigartige theoretischen Grundlagen, die neue Beschreibungen von sozialen Phänomenen erfordert, auch wenn sie vollständig nachgedacht worden sind. Das ist der Fall der Sanktionen, dennoch Luhmann keine systemische Beschreibung der rechtlichen Sanktionen bietet an. Stattdessen verwendet er den Begriff auf verschiedene Weise auf seine Werke. Die Sanktionen, zu dem er in seinen Studien über das politische System bezieht sich zu scheinen im Zusammenhang mit körperlicher Gewalt zu sein. Die Sanktionen, die im Anschluss an die Generalisierung normativer Erwartungen sind, scheinen auf mehr abstract Phänomenen zu verweisen. Diese Unbestimmtheit beruhen wahrscheinlich auf dem, was ich als "gemeinsame Auffassung der Sanktion" bezeichnet. Diese gemeinsame Vorstellung, weniger als ein Konzept der Sanktion ist das Sammeln von vielen Bemühungen um soziale Ordnung schaffende Maßnahmen zu definieren. Die gemeinsame Auffassung der Sanktion beziehen aus Vorsetzungen, die fremd der Theorie sozialer Systeme sind. Eine neue Beschreibung der sozialen Phänomene, die mit dem gemeinsamen Auffassung der Sanktion verbunden sind, ist deshalb erfordert, um Möglichkeiten der Theorie zu erweitern. Die Beobachtung dieser sozialen Phänomene führte zu der Beschreibung der

nicht nur eine, sondern vier verschiedene soziale Strukturen. Die erste ist, um symbiotische Sanktion bezeichnet zu werden und können sowohl negativ sein - wenn mit dem Einsatz von Gewalt verbunden sind - positiv - wenn mit der Befriedigung von Bedürfnissen verbunden. Das zweite ist ein Programm des Rechtssystem, die Gedächtnisfunktion erfüllt im System, so behalten normativen Erwartungen. Die dritte Struktur ist eine Variante der zweiten; ein Programm entstand aus rechtlichen Verfahren, die auch Gedächtnisfunktion erfüllt. Diese Programme unterscheiden sich von den symbiotischen Sanktionen in der Entfernung von der Anwendung von Gewalt. Während die symbiotische Sanktion zeigt deutlich den Zusammenhang mit Gewalt, wenn widersprochen, die Programme weisen auf andere Sanktionsprogramme vor Gewalt beziehen. In einer sehr unterschiedlichen Art und Weise, die vierte Art von Sozialstruktur, Sanktionsprogramme für Exklusion, mit Festnahmen identifiziert, sind eng mit physische Gewalt verbunden. Diese Programme, auch wenn in der Lage, Gedächtnisfunktion, erfüllt noch eine weitere Funktion in der modernen Gesellschaft: Exklusionverwaltung.

Stichworte: Soziale Systeme, Sanktion, Macht, Rechtsverfahren, Gedächtnis,

LISTA DE SIGLAS

Sigla	Título do Livro correspondente
GG	La Sociedad de la Sociedade
SS	Social Systems
RS	Sociologia do Direito
GLU	Glosario sobre la teoria de Niklas Luhman
TPD	Teoria Pura do Direito

Siglas em Geral	
TSA	Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais (a Teoria dos Sistemas de Luhmann)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1. MÉTODO E OBJETIVOS	18
2. PLANO DA TESE	23
CAPÍTULO 1: DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA	24
I.1. FORMA E DIFERENÇA	27
I.2 OBSERVAÇÃO	30
I.3. SISTEMAS SOCIAIS	34
I.3.1. SENTIDO	35
I.3.2 DUPLA CONTINGÊNCIA	37
I.3.3. COMUNICAÇÃO	38
I.3.4. ESTRUTURAS E MEMÓRIA	42
I.4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	49
CAPÍTULO 2: NOÇÃO COMUM DE SANÇÃO	52
II.1 NOÇÃO COMUM DE SANÇÃO	54
II.2. AÇÃO: ORDEM E RACIONALIDADE	62
II.2.1 O PARADIGMA DA AÇÃO	65
II.2.2 O PARADIGMA POSITIVISTA	67
II.2.3 O PARADIGMA IDEALISTA	71
II.3. SANÇÃO E ORDEM SOCIAL	74
II.4. CONTRAPOSIÇÃO ENTRE A NOÇÃO COMUM E A TSA	77
II.4.1 O PROBLEMA DA ORDEM	78
II.4.2. RACIONALIDADE E CAUSALIDADE DA AÇÃO	82
II.5. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	85
CAPÍTULO 3. A SANÇÃO JURÍDICA DE LUHMANN	87
III.1. SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA.	88

III.2. SANÇÃO DA SOCIEDADE. INTRODUÇÃO	94
III.2.1 SANÇÃO DO SISTEMA POLÍTICO	100
III.2.2 SANÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO	104
III.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	112
<u>CAPÍTULO 4: SANÇÃO DA SOCIEDADE</u>	<u>113</u>
IV.1. SANÇÕES SIMBIÓTICAS	115
IV.2. PROGRAMAS SANCIONATÓRIOS COMUNS	122
IV.3. PROGRAMA SANCIONATÓRIO PROCEDIMENTAL	126
IV.3.1. CONFLITOS	127
IV.3.2. PROCEDIMENTO JUDICIAL	129
IV.3.3. PROGRAMAS SANCIONATÓRIOS PROCEDIMENTAIS	134
IV. PROGRAMA SANCIONATÓRIO DE EXCLUSÃO	136
IV. 5. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO	147
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	<u>149</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	<u>162</u>

INTRODUÇÃO

Durante o ano em que este trabalho foi encerrado uma série de eventos chamou a atenção nos jornais. No começo do ano, um presídio no estado brasileiro do Maranhão foi identificado como local de tortura entre os próprios presos e, ao mesmo tempo, origem de ataques simbólicos ao governo do Estado por meio de incêndios em ônibus¹. No meio do ano, os Estados Unidos e a União Europeia anunciaram represálias à Rússia por conta da intervenção na crise ucraniana². No final do ano, também nos Estados Unidos, protestos eclodiram, primeiro no Missouri e depois na cidade de Nova Iorque, acusando a força policial de abusos³. De algum modo, todos esses acontecimentos tão diferentes estão ligados a sanções jurídicas.

¹ Refiro-me aos acontecimentos no presídio de Pedrinhas, no Maranhão. A situação foi amplamente noticiada e cito, apenas como referência, a matéria do jornal O Estado de São Paulo. A. RODRIGUES. 'Isso aqui vai explodir' diz mulher de detento. **O Estado de São Paulo**, São Paulo. 08 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,isso-aqui-vai-explodir-diz-mulher-de-detento-imp-,1115979>>, acesso em dezembro de 2014.

² As sanções aplicadas pela União Europeia incluem congelamento de bens de oficiais russos e ucranianos; proibição para compra e venda de ações de bancos russos ou de companhias de energia e de defesa; embargo importação e exportação de material militar; restrição de exportações de equipamentos relacionados a energia e denegação de permissão de exportação de equipamento para exploração de petróleo em águas profundas; suspensão de investimentos e da assinatura de atos de cooperação econômica. Ver: UNIÃO EUROPEIA. EU sanctions against Russia over Ukraine crises. Disponível em: <http://europa.eu/newsroom/highlights/special-coverage/eu_sanctions/index_en.htm> acesso em dezembro de 2014.

Os Estados Unidos impuseram sanções na forma de restrições de viagem a indivíduos; restrições a investimentos e proibições à exportação de equipamentos para exploração de petróleo em águas profundas. Ver: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DEPARTMENT OF STATE. Ukraine and Russia Sanctions. Disponível em <<http://go.usa.gov/e8uV>>, acesso em dezembro de 2014.

³ Os protestos eclodiram após a absolvição de um policial, acusado de ter provocado a morte de homem afrodescendente durante uma ação da polícia. O policial teria usado técnicas não permitidas pela corporação (enforcamento). Uma análise da estrutura policial nos Estados Unidos foi publicada pela revista britânica *The Economist*. Ver AMERICA's police on trial. **The Economist**, Londres. 13 de dezembro de 2014. Disponível em <http://www.economist.com/news/leaders/21636033-united-states-needs-overhaul-its-law-enforcement-system-americas-police-trial?frsc=dg%7Cd>

A noção de sanção jurídica é ampla e está relacionada à ideia de ordem social. O problema da ordem social é um dos principais objetos da sociologia, da ciência política e do direito há séculos. Conforme a interpretação do que seja ordem social e de como as ações dos indivíduos podem ser orientadas ou controladas, a sanção recebe maior ou menos importância. Mais ainda, conforme essas ciências ampliaram a ideia de ordem social – da simples relação entre o Estado e seus cidadãos para as organizações e relações interpessoais – a noção de sanção precisou ser ampliada, até um ponto em que abrange praticamente qualquer medida que promova a ordem: sejam sanções positivas ou negativas; civis ou penais; concentradas ou difusas; jurídicas ou morais. Não é sem motivo que quase todas as notícias do ano podem estar ligadas à sanção!

Os eventos acima selecionados, todos relevantes para a compreensão da sociedade atual, podem ser objeto de estudo da Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais (TSA). Essa teoria, proposta pelo sociólogo alemão Niklas LUHMANN é uma das mais avançadas e complexas teorias sobre a sociedade que existem atualmente. Mesmo sem a presença de seu criador, a teoria continua se desenvolvendo, levada adiante por discípulos diretos ou indiretos de LUHMANN. Não obstante a riqueza de conceitos e a complexidade de suas hipóteses, a teoria não tem, ainda, uma descrição própria da sanção jurídica. Esse espaço em branco não poderia ser preenchido pela vaga noção comum de sanção que, como visto acima, inclui desde intrincados métodos de pressão internacional até o simples evento de um policial reprimindo uma contravenção. Esta tese se propõe, então, a descrever a sanção jurídica a partir da Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais.

1. Método e objetivos

Esta tese pretende oferecer uma contribuição à Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais (TSA). Isso significa que os esforços intelectuais aqui desenvolvidos não são uma contribuição imediata nem à Teoria Geral do Direito nem à Dogmática jurídica. Ligam-se à sociologia do direito. Em termos da própria teoria dos sistemas, trata-se de uma observação externa ao sistema jurídico, feita pelo sistema científico, e não de uma auto-observação. Essa limitação exige uma curta explicação.

Para a TSA, o sistema jurídico e o sistema científico são partes de um sistema maior, a sociedade. Esses sistemas são capazes de realizar observações, de teorizar a respeito de si mesmos ou dos outros sistemas da sociedade. LUHMANN situa, assim, a dogmática jurídica e a teoria geral do direito como internas ao sistema jurídico, como parte de seu funcionamento. São auto-observações. A sociologia, e, com ela, a Teoria da Sociedade, que ele desenvolveu, situam-se no sistema científico, são modos de esse sistema observar os outros sistemas sociais⁴.

A dogmática jurídica é uma instância de abstração do sistema jurídico. As teorias da dogmática jurídica organizam o material da prática do direito. São teorias baseadas na prática jurídica e são capazes de dotar o sistema de consistência, além de orientar decisões. Realizam abstrações a partir das decisões – tanto leis quanto decisões judiciais – descartam aquelas interpretações que são inconsistentes com as teorias, valores e princípios do sistema já estabilizados, mantendo as que são consistentes⁵. Muitas vezes tomam a forma de manuais: Direito civil, direito penal, direito processual, direito internacional, etc. Esta tese irá abordar temas de interesse dessas teorias, mas não fará uma contribuição direta a elas. Não poderá resolver, imediatamente, problemas da prática jurídica.

⁴ N. LUHMANN. *El derecho de la sociedad*. trad. Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad iberoamericana, 2002. pp 61-70

⁵ N. LUHMANN. *El derecho...* op.cit. pp 61-63

A teoria geral do direito é uma instância de reflexão do sistema jurídico. Por meio dela o sistema jurídico identifica a si, descreve-se, indica a unidade de sua diferença. São textos autológicos que não necessariamente orientam as decisões, antes, representam, no próprio sistema, sua unidade, sua função e sua autonomia⁶. Também não é esta a pretensão deste trabalho. Uma observação da sanção jurídica não é capaz de indicar a unidade do sistema jurídico a partir do próprio sistema. Em lugar disso, realiza uma observação externa que fará proveito de observações internas do sistema jurídico. A teoria geral do direito será, assim, parte do objeto de estudo da tese, mas não seu produto.

Este trabalho seguirá as premissas teóricas da TSA, declara-se parte dela. Esta tese, então, é uma contribuição à sociologia do direito. Uma vez que a singularidade do paradigma científico adotado pela teoria dos sistemas faz parte do problema central da tese, uma descrição breve das premissas e conceitos fundamentais da TSA será feita no primeiro capítulo. Restrinjo-me, então, a resumir o problema: apesar de indicar a sanção jurídica como elemento de estruturas sociais relevantes da sociedade, como o poder ou o próprio sistema jurídico, LUHMANN não forneceu uma definição sistêmica de sanção. A singularidade da teoria dos sistemas, sua distinção das instâncias reflexivas dos sistemas parciais, seu estatuto teórico já exigiriam isso. O problema, contudo, se agrava. O termo “sanção” não é unívoco e, mais ainda, está associado a um grande conjunto de definições e abstrações a que chamei noção comum de sanção. Estudos desenvolvidos a partir da TSA que tivesse como objeto as referidas estruturas sociais poderiam tentar utilizar essa noção comum de sanção, mas, ao fazê-lo, decretariam seu insucesso. A noção comum de sanção é fruto de séculos de contribuições filosóficas e científicas ao problema da ordem social. Formou-se a partir de linhas conflitantes e, mais ainda, como se verá adiante, nenhuma delas tem premissas plenamente compatíveis com a TSA. Há, portanto, necessidade de descrição, nos termos da própria TSA da sanção jurídica.

⁶ N. LUHMANN. *El derecho...* op. cit. p 569-572.

Outra parte do problema reside nos próprios trabalhos de LUHMANN. Em dois momentos ele menciona o termo sanção: ao estudar o poder e ao estudar o sistema jurídico. Essas menções, contudo, como será explicado, não parecem indicar o mesmo fenômeno. Ao tratar das sanções relacionadas ao poder, LUHMANN fala da violência física e, principalmente, afirma que a exposição dessa violência implica decréscimo da confiança – aqui entendida como termo técnico da teoria, um mecanismo de redução de complexidade – e fragiliza o poder político. Ao tratar das sanções no sistema jurídico, posiciona-as como essenciais para o cumprimento da função do sistema: a generalização congruente das expectativas normativas. A primeira sanção parece muito menos corriqueira e muito mais concreta do que a segunda. Novamente, a noção comum de sanção não ajudaria aqui, exceto para explicar um possível motivo pelo qual o próprio LUHMANN pareceu não se preocupar em distinguir as sanções, porque já estamos habituados à amplitude de situações relacionadas à noção comum de sanção.

Uma primeira barreira surge dessa pequena inconsistência na TSA. Como desenvolver estudos a respeito do aumento ou diminuição da confiança no poder político? Indicando apenas repressões policiais, ações violentas de agências estatais? Ou as sanções mais simples: multas, advertências, indenizações também deveriam ser incluídas? Parece absurdo dizer que multas de trânsito podem derrubar governos, então, se as multas não devem ser incluídas em um estudo sobre a fragilidade do poder? Por que há sanções que parecem ser mais “tóxicas” para o poder do que outras? E, do outro lado, seria possível descrever o sistema jurídico como dependente do sistema político para generalizar as expectativas normativas, embora isso enfraqueça o fechamento operacional do sistema, mas haveria um novo problema ao somar as descrições dos dois sistemas. Se o sistema jurídico precisa das sanções, portanto, do poder para sua função, então, a cada vez que aplica uma sanção – generaliza uma expectativa – está reduzindo o poder e, então, fragiliza suas próprias operações! Parece mais razoável supor que LUHMANN não estivesse fazendo referência aos mesmos

fenômenos quando descreveu as duas sanções. Do que falava ele, então? Esta pergunta, até simplória, foi o guia humilde do trabalho.

Ao longo da pesquisa identifiquei não apenas uma, mas quatro estruturas sociais que estão ligadas à noção comum de sanção jurídica. Dessas estruturas, apenas uma delas foi estudada com mais atenção por LUHMANN, a sanção relacionada à violência física que faz parte da estrutura do poder político. Esse tipo de sanção, sozinho, não podia explicar como a sanção jurídica – a sanção identificada com comunicações jurídicas – atuava dentro do sistema jurídico. Não parecia condizente com a prática jurídica nem com o fechamento operacional do sistema jurídico. Como a generalização congruente das expectativas normativas poderia depender tanto de comunicações do sistema político?⁷ Conclui, então, que deveria tratar-se de programas específicos do sistema jurídico. Isso me permitiu perceber que esses programas estão mais distantes do poder político do parecia a primeira vista. Identifiquei um tipo mais geral de programa, que, ante o descumprimento de uma norma gera o que a Teoria do Direito identifica como obrigações: uma multa, uma advertência. Essas obrigações são novos programas, o uso da violência ou da ameaça não são necessários! Algo semelhante ocorre dentro dos procedimentos judiciais, mas esse tipo de programa tem mais especificidades, dada a relevância do procedimento como espaço para a argumentação jurídica e para a evolução do direito. Mais ainda, ambos os tipos de programa realizam a função de memória no sistema jurídico, orientando o que deve ser lembrando e, especialmente, o que deve ser esquecido.

O quarto tipo de sanção não poderia deixar de ser mencionado na tese, ainda que mereça mais estudos a respeito. São as penas privativas de liberdade estudadas pelo direito penal, pela sociologia, pela criminologia. É um campo vastíssimo no qual a TSA ainda não exigiu seu espaço. Nesta

⁷ LUHMANN já indica que isso seria impossível. “La unidad del código binario – derecho/no derecho –, no se deve gödelizar, no se deve dissolver mediante uma externalización, sino que debe desplegarse al interior del derecho.”. N. LUHMANN. *El derecho...* op.cit. p 346 Voltarei a esse tema no capítulo a respeito das sanções. Ver infra item IV.2 e IV.3

tese pode descrever apenas a ponta do *iceberg*, a pena privativa de liberdade como um programa que determina a exclusão. Isso forçará – imagino – as teorias do direito que se inspiram na TSA a reformular a noção de que as sanções penais apenas reafirmam a expectativa normativa⁸. Essas penas desempenham uma função muito mais ampla do que apenas generalizar as expectativas normativas, embora não cheguem a realizar, sozinhas, a ressocialização ou a reintegração dos indivíduos condenados. Nesse programa, a função de memória não é cumprida do mesmo modo que nos outros porque estigmatiza o condenado. Contudo, os esforços de reintegração e ressocialização – talvez sejam acoplamentos estruturais com o sistema educacional – poderiam ativar a função de memória de modo que a pessoa deixasse de ser lembrada como um criminoso.

Uma preocupação ao longo do desenvolvimento deste trabalho foi manter sua unidade. Isso implicou a busca por um equilíbrio na apresentação das quatro estruturas. A conclusão mais relevante do trabalho é, justamente, a complexidade, a multiplicidade de estruturas que podem estar ligadas à noção comum de sanção e não o estudo aprofundado de nenhuma delas. Realizar estudos aprofundados sobre cada uma das estruturas tornaria o trabalho muito extenso e pouco coeso. Isso pode decepcionar os leitores mais preocupados com determinado tipo de sanção: os práticos do direito processual civil podem ressentir-se de não ler mais sobre como os programas sancionatórios permitem que o direito adquira consistência. Os criminologistas certamente acharão que pouco foi dito sobre a função social da pena, sobre o papel das prisões na sociedade contemporânea. De certo modo, a tese provoca a todos e não agrada a ninguém. O lado positivo dessa ausência é, justamente, a provocação. O ganho científico que este trabalho pretende trazer é a abertura de possibilidades de pesquisa a partir da TSA.

⁸ O autor mais conhecido por adotar a TSA como inspiração no direito penal é Gunther JAKOBS. Ver, e.g. G. JAKOBS. ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas. 2003.

2. Plano da tese

Para apresentar o problema central e a proposta de solução, esta tese foi dividida em quatro capítulos. O primeiro capítulo deverá ambientar o leitor no intrincado vocabulário da teoria dos sistemas. Servirá também para indicar quais pressupostos da TSA não são plenamente compatíveis com a noção comum de sanção. O segundo capítulo foi destinado a explicar o que chamei de noção comum de sanção e como essa noção está relacionada à evolução do pensamento sobre a ação e a ordem social. Também será o momento em que será demonstrado como o paradigma científico no qual a TSA está inserida não é plenamente compatível com essa noção comum. O terceiro capítulo retornará à obra de LUHMANN, mas em um nível de concretude maior. Nele mostrarei com mais detalhes como as descrições feitas por LUHMANN a respeito da sanção no sistema político e no sistema jurídico não são idênticas. Por fim, no quarto capítulo, serão apresentadas as propostas de descrição das quatro estruturas sociais associadas à noção comum de sanção, restringindo o campo de pesquisa às sanções jurídicas, sanções que envolvam comunicações jurídicas. As considerações finais do trabalho retomarão o raciocínio desenvolvido e darão exemplos de como as descrições das diferentes “sanções” poderão ser aproveitadas em pesquisas futuras.

CAPÍTULO 1: DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Esta tese pretende oferecer uma contribuição ao já rico e intrincado paradigma da Teoria dos Sistemas Sociais. O contato inicial com a obra de Niklas LUHMANN causa no estudioso, em geral, uma sensação de perplexidade. A multiplicidade de temas abordados pelo autor parece não ter fim. A sensação é reforçada pela riqueza de conceitos, pelo vocabulário próprio da teoria e, em última análise, por um modo de pensar singular. Essa perplexidade do leitor iniciante é compartilhada por todos aqueles que se aprofundam no estudo da Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais, tanto é que, não raro, a teoria é associada à simbologia do labirinto, de uma série de caminhos pouco óbvios⁹. Grande parte dos trabalhos desenvolvidos a respeito da teoria criada por LUHMANN ainda tentam apenas entendê-la. Há, no entanto, aqueles que procuram ampliar os horizontes da teoria. Esta tese buscará, de modo bastante específico, contribuir para o avanço da Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais (TSA)¹⁰.

⁹ Assim o faz o próprio LUHMANN: “thus the theory’s design resembles a labyrinth more than a freeway off into the sunset” (“Deste modo, o desenho da teoria se parece mais com o de um labirinto do que com uma estrada em direção ao pôr-do-sol”. Tradução livre). N. LUHMANN. Preface to the German Edition in *Social Systems*. Stanford: Stanford University press. 1995. p. Lii. No mesmo sentido, J.P. Bachur deu a seu livro o título “às Portas do Labirinto” (J.P. BACHUR. *Às portas do Labirinto: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.). Um ponto curioso é que o simbolismo do Labirinto é identificado não só com algo altamente complicado, mas, sobretudo, com a viagem iniciatória. Também é o símbolo para restrição do acesso a determinada informação (segredo). Esse último significado é especialmente válido para a teoria de LUHMANN, que não é imediatamente acessível aos estudiosos, mas requer paciência e perseverança no estudo. V. J. CHEVALIER. *Dicionário de símbolos: mitos sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números*. 9ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio. 1995.

¹⁰ Doravante referida pela sigla

O ponto específico com o qual este trabalho pretende contribuir é o conceito de sanção. Busca-se demonstrar, nas páginas a seguir, que na obra de LUHMANN a noção de sanção utilizada, sobretudo, para desenvolver o conceito sistêmico particular de poder e para explicar o funcionamento do sistema jurídico não é clara. As descrições parecem ser diferentes, o que não é inesperado, considerando a amplitude de situações a que se refere a noção comum de sanção. Essa insuficiência impede que a TSA aumente a complexidade das próprias descrições. Ao se formular um novo conceito de sanção a partir das premissas e conceitos mais abstratos da TSA, a teoria poderá solucionar inconsistências e expandir – ainda mais – seus horizontes temáticos. Adianto que, ao longo da pesquisa, essa proposta provou-se frutífera: foram identificadas não uma, mas quatro estruturas relacionadas ao termo “sanção”. Contudo, antes de apresentá-las, é preciso elucidar o motivo pelo qual o uso da noção comum de sanção limita os horizontes da TSA. Para tanto servirão estes dois primeiros capítulos.

Para que o leitor compreenda a relevância do tema aqui proposto, deve-se contextualizar a singularidade científica da TSA. A teoria desenvolvida por LUHMANN insere-se em uma mudança radical de paradigma científico: o desenvolvimento da Teoria dos Sistemas. Este capítulo irá, então, destacar as singularidades da Teoria Geral dos Sistemas e, especificamente, da Teoria dos Sistemas Sociais, de modo a contextualizar o problema proposto nesta tese. O capítulo seguinte irá contrapor essa singularidade ao que chamei de noção comum de sanção, por intermédio das ideias de racionalidade da ação e de ordem social.

Ressalte-se que será feito, neste momento, apenas um breve resumo dos pontos da TSA relevantes para o raciocínio aqui desenvolvido. Uma apresentação prolongada seria incompatível com o escopo deste trabalho. A obra de LUHMANN foi desenvolvida ao longo de mais de 30 anos de trabalho; reúne, aproximadamente, 400 artigos e por volta de 70 livros, inclusas nessas coletâneas de artigos, isso sem mencionar publicações póstumas e os trabalhos desenvolvidos por seus discípulos. Além da grande

quantidade de textos, há uma variedade considerável de temas abordados por LUHMANN em seus estudos, que vão desde os trabalhos iniciais com sociologia do Direito até estudos sobre a Arte na sociedade, passando por Economia, Política, Religião, História, Ciência, Poder, Dinheiro, Amor, sem falar nos estudos mais abstratos sobre sistemas sociais¹¹. Este capítulo fará, então, apenas uma revisão breve dos conceitos essenciais para que o leitor acompanhe o raciocínio proposto¹².

Neste capítulo serão revisados os conceitos mais abstratos da TSA. LUHMANN insistia na circularidade de sua teoria, no fato de que seus textos poderiam ser lidos sem que a ordem dos capítulos fosse obedecida¹³. Contudo, há uma escala de abstração na teoria, uma escada, por assim dizer, em que no topo estão os conceitos mais abstratos e cada degrau abaixo aproxima-se da concretude. A sugestão aqui é começar pelo alto da escada. Serão brevemente revistos, então, os conceitos abstratos essenciais da teoria dos sistemas em geral: (i) os conceitos de forma e de diferença; (ii) o conceito de sistema baseado na diferença; e (iii) a noção de observação, de auto-observação e de observação de segunda ordem. Ainda nesse capítulo proponho descer mais um degrau e relembrar os conceitos mais básicos da teoria dos sistemas sociais: (i) o Sentido; (ii) a dupla contingência; (iii) a comunicação como elemento da sociedade; e (iv) as estruturas sociais. Os próximos níveis poderão ser deixados para o terceiro capítulo, que tratará das descrições de LUHMANN sobre a sanção.

¹¹ Sobre a biografia de LUHMANN e um panorama geral de suas obras ver, e.g.,: A. ARNAUD e P. GUIBENTIF, *Niklas LUHMANN observateur du droit*, Paris: Librairie Générale de droit et jurisprudence, 1993; G. BECHMANN, N. STEHR, Niklas LUHMANN, in *Tempo social, revista de sociologia da USP*. São Paulo, 13(2): 185-200, novembro de 2001

¹² Desde já indico como “cânone” da teoria três livros: N. LUHMANN, *Introducción a la teoria de Sistemas*. Mexico: Universidad Iberoamericana. Barcelona: Anthropos, 1996 (doravante *Introducción*); N. LUHMANN. *La Sociedad de la Sociedad*. Mexico: Herder, 2007 (doravante GG) e N. LUHMANN. *Social Systems*,. Stanford: Stanford University Press. 1995 (doravante SS). O cânone é, ao sabor da teoria, contingente e poderia incluir outros livros. Esses, contudo, são essenciais para a compreensão dos fundamentos da TSA.

¹³ H.G. Moeller. *The Radical LUHMANN*. Nova Iorque: Columbia University. 2012.

1.1. Forma e diferença

A Teoria Geral dos Sistemas representou uma mudança de paradigma científico. Seja no sentido atribuído por T. KUHN, seja no sentido particular usado por LUHMANN¹⁴, a Teoria Geral dos Sistemas inovou ao rejeitar a definição de sistema como um todo composto por partes (chamada “mecanicista”) para adotar a noção de sistema como fruto de uma diferença entre sistema e ambiente (chamada por vezes de “orgânica”¹⁵). Essa definição surgiu com Ludwig VON BERTALANFFY no campo da biologia, mas alcançou um nível de abstração tão grade que pode ser transformada em superteoria – uma teoria de teorias. A teorias dos sistemas sociais é, assim, apenas parte de um movimento científico maior no qual se inserem a cibernética, a teoria dos conjuntos, a teoria da informação, dentre muitas outras¹⁶.

A transição da noção mecanicista de sistema para o paradigma da teoria dos sistemas alterou radicalmente o modo como a ciência relaciona-se com a realidade. Ocorre, nos termos de LUHMANN, uma substituição da diferença todo/partes pela diferença sistema/ambiente. O mais relevante na substituição dessa diferença é a evidência da diferença em si. A teoria dos sistemas, ao definir seu objeto como uma diferença entre sistema e seu ambiente deixou de buscar unidades, elementos últimos, totalidades, para buscas diferenças. Sistema/ambiente, meio/forma, interno/externo. Mesmo os outros paradigmas científicos foram descritos pela teoria dos sistemas

¹⁴ LUHMANN considera que a mudança representada pela Teoria dos Sistemas foi a alteração da diferença orientadora das teorias científicas. Uma diferença orientadora é uma “*distinction that steer the theory's possibilities of processing information.*” (N. LUHMANN. SS op. cit. p 4). Ao lado desse conceito, LUHMANN apresenta o de superteoria, uma teoria com pretensões de universalidade. Quando uma superteoria organiza uma diferença orientadora de modo que todas as informações (científicas) sejam processadas de acordo com essa diferença, essa diferença torna-se um paradigma dominante. E se a superteoria com paradigma dominante centraliza a aplicação da diferença orientadora, há uma mudança de paradigma. Naturalmente ele considera a Teoria dos Sistemas uma superteoria capaz de realizar essa mudança de paradigma.

¹⁵ Essa distinção tem origem no idealismo alemão. Ver Cap. II. Ver T. PARSONS. *Estrutura da ação social: Um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes*, vol I e II. Trad. Vera Joscelyne Petrópolis: Vozes, 2010

¹⁶ N. LUHMANN. SS p. 4-8; L. VON BERTALANFFY. *Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*, 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008 p. 30-44

em termos de diferenças: fins/meios, todo/parte, perfeição/imperfeição. O traço marcante das teorias que adotam o paradigma sistêmico é, então, a descrição da realidade por meio da exposição dos dois lados da diferença.

A noção de diferença decorre dos trabalhos de G. SPENCER-BROWN a respeito da Forma. SPENCER-BROWN desenvolveu cálculos algébricos, distantes da biologia ou da sociologia, mas suas conclusões essenciais foram relevantes para a formação do paradigma sistêmico mais amplo. A forma é uma diferença entre um espaço demarcado (dentro) e um espaço não demarcado, um “todo-o-resto” (fora). Não há forma sem diferença, não há “dentro” sem “fora”, porque, ao indicar o que é “dentro”, indica-se, inevitavelmente, o que não está dentro: um efeito colateral! E não se pode estar dentro e fora ao mesmo tempo. A diferença sistema/ambiente deriva dessa noção de forma. O sistema (“dentro”) pressupõe o ambiente (“fora”) e sempre que há um sistema, há um ambiente, porque indicar um sistema implica o efeito colateral de indicar também um ambiente¹⁷.

Diferenças têm algumas propriedades. Primeiramente, são totais, o que significa que meras oposições ou distinções entre elementos não são diferenças no sentido usado pela Teoria dos Sistemas. Lado de Dentro/lado de fora é uma diferença. Quente/frio não é. Uma forma (diferença) implica a indicação de um espaço demarcado (*marked space*) e a decorrência de um espaço não demarcado (*unmarked space*). Não é possível observar o espaço não demarcado – observá-lo seria criar uma nova forma – por esse motivo são totais. Além disso, é possível recriar a mesma diferença dentro da diferença. Haverá, então, um lado de dentro no lado de dentro¹⁸ e um lado de fora no lado de dentro. Essa propriedade é chamada re-entry ou reentrada da forma. A figura a seguir representa graficamente essa ideia¹⁹.

¹⁷ N. LUHMANN, SS op. cit. p 16-20; N. LUHMANN, *Introducción...*, op. cit., p 69; N. LUHMANN, *System as Difference in Organization*, vol. 13, nº 1, 2006

¹⁸ Ao arrepio dos gramáticos, a repetição é proposital.

¹⁹ Há um desenho semelhante em N. LUHMANN. *Introducción...op.cit.* p 64

Fig. 1 Reentrada

Ao leitor pouco familiarizado com a TSA isso pode parecer desconectado da realidade. Contudo, a noção de diferença pode ser abstraída para a própria cognição humana. Conhecemos o mundo por meio de formas. Mesmo os conceitos que desenvolvemos são diferenças que geram, ao serem enunciados, categorias residuais²⁰ – aquilo que não é o conceito. Mais ainda, a reentrada explica como se formam, muitas vezes, paradoxos: a negação do conceito dentro do conceito.

A Teoria dos Sistemas em geral e a Teoria dos Sistemas Sociais especificamente adotam a diferença como sua orientação principal. Sistemas autorreferenciais são definidos como a reentrada da diferença entre sistema e ambiente no sistema. Pensar em termos sistêmicos é, então, pensar que sempre há um outro lado da forma. Essa premissa permite à teoria lidar melhor com paradoxos e tautologias. Também permite trabalhar de modo semelhante uma grande variedade de conceitos, desde que tratados como diferenças. É o caso da diferença meio/forma.

A diferença meio/forma é quase tão relevante para a teoria dos sistemas quanto a sistema/ambiente. Meios são considerados conjuntos de elementos acoplados de maneira flexível (*loose coupling*), enquanto formas têm os elementos acoplados de maneira rígida. Os meios podem tomar diversas formas, mas não são perceptíveis, apenas as formas o são. Um exemplo – físico – simples é a luz. A luz, como energia, é um meio que nos

²⁰ A noção de categorias residuais é explorada por PARSONS. Ver. T. PARSONS. *Estrutura...* vol I op.cit. p. 47-53

circunda, mas que não é captado diretamente pelos nossos olhos²¹. Quando se reflete em algo, podemos vê-la como uma forma: árvore, carro, prédio, nuvem. Outro exemplo, talvez mais claro, é o som. Mecanicamente o som pode ser descrito como uma forma – onda – que existe no meio ar²². Na teoria dos sistemas sociais essa diferença será especialmente relevante para a compreensão do meio sentido, cujas formas são as comunicações e os pensamentos.

I.2 Observação

A preocupação com a diferença não dispensa a preocupação com a unidade. Unidades são, elas mesmas, diferenças ocultas, mas um conceito é capaz de explicar a unidade de qualquer diferença: o observador. O observador é, ele mesmo, um sistema, cujas operações indicam e criam diferenças por meio de referências a um lado de dentro e a um lado de fora da forma observada. Assim, a unidade da diferença sistema/ambiente pode ser a teoria dos sistemas, como sistema de observação de diferenças, ou os próprios sistemas observados. Nesse caso, fala-se em sistemas capazes de auto-observação. Em termos mais gerais, são sistemas capazes de referirem-se a si, ou seja, autorreferenciais. Os sistemas sociais estudados por LUHMANN são sistemas desse tipo²³.

Observar é indicar e distinguir. Trata-se de uma operação que indica alguma coisa e a distingue de todo o resto, portanto, cria uma diferença. As formas são, então, formas para um observador. E o observador é ele mesmo um sistema, distinto de seu ambiente. As formas encontradas por um observador são operações internas do observador, não eventos externos. A forma “árvore” pode corresponder a alguma coisa no ambiente, mas só existe dentro da mente que vê a planta. As formas não são aleatórias,

²¹ Exceto por um raio direto e, mesmo assim, em um espectro reduzido.

²² N. LUHMANN, GG, op. cit. p 149-155, N. LUHMANN, *Introducción...* op. cit. P 172-174. Ver ainda N. LUHMANN, *La política como sistema*, México: Universidade Iberoamericana, 2004, p 115 et ss

²³ N. LUHMANN, GG op. cit., p 21-27, 689-697; N. LUHMANN, *Introducción...op. cit.* p 116. N. LUHMANN, *Modernity in Contemporary Society* in N. LUHMANN, *Observations on Modernity*, Stanford: Stanford University, 1998, p 18-21

dependem de alguma relação com ambiente e indicam alguma redução da complexidade que ocorre no ambiente. Ainda assim, as diferenças são relativas aos sistemas observadores, não ao ambiente.

O conceito de observação insere a teoria dos sistemas no paradigma construtivista. Realidades são construções dos observadores²⁴. Com isso, LUHMANN acredita ter escapado ao dilema entre subjetivismo e objetivismo. Isso permite também à TSA observar teorias internas aos sistemas parciais ou mesmo teorias da sociedade não como erros ou como descrições falhas da realidade. Antes, são construções de realidades diferentes. Isso não impede LUHMANN de criticar seus antecessores. A construção de sua teoria pretende ser uma descrição que consiga captar a complexidade dos sistemas sociais e da sociedade de forma mais adequada e, para isso, é capaz de descrever como as teorias anteriores observaram a realidade²⁵.

Alguns sistemas sociais podem observar a si mesmos. São capazes de indicar e distinguir o “eu” do ambiente. Esses sistemas são chamados autorreferenciais. Essa noção de autorreferência foi já uma mudança dentro do paradigma sistêmico, uma superação do problema a respeito de serem os sistemas fechados ou abertos. Ao compreender os sistemas como autorreferenciais, LUHMANN pode dizer que os sistemas sociais são operativamente fechados – reconhecem suas operações – e cognitivamente abertos – reconhecem o ambiente. A autorreferência sistêmica cria, então, uma reentrada na forma: dentro do sistema há uma imagem do que é (sistema) e do que ele não é (ambiente). Essa reentrada, no plano dos sistemas sociais, pode aparecer por meio de paradoxos que, como

²⁴ O exemplo mais conhecido – e talvez o de mais fácil compreensão – é a frase de Heinz von FOERSTER: “(...) ‘out there’ there is no light and there are no colors – there are electromagnetic waves” (“lá fora” não existe luz e não existem cores – existem ondas eletromagnéticas. Tradução livre) H. Von FOERSTER. *Understanding understanding: essays on Cybernetics and Cognition*, New York: Springer, 2003. p 233. O mesmo vale para observações mais abstratas. Todos os sistemas sociais são construções da sociedade. Daí os títulos dos livros de Luhmann – e esta tese o imita – serem “Direito da Sociedade”, “Política da Sociedade” e, como grande autodescrição, “A Sociedade da Sociedade”. São referências ao fato de que aqueles sistemas são parte da realidade dentro da própria sociedade.

²⁵ N. LUHMANN, “De qué se trata el caso” y “qué es lo que se esconde detrás”: Las dos sociologías y la teoría de la sociedad in *Introducción... op. cit.* p 251 ss

mencionado, não serão execrados pela teoria dos sistemas, mas recebidos como efeito decorrente da construção da forma. Dentro do paradigma da Teoria Geral dos Sistemas, a TSA encontra, então, um espaço ainda mais específico. Não apenas adota a noção de sistema, mas a de sistemas autorreferenciais.

Sistemas podem, ainda, observar as observações de outros sistemas. Essa operação é chamada observação de segunda ordem. Se observações são operações que indicam e distinguem, as observações de segunda ordem são observações que indicam operações de observação. A relevância dessa “fila” de observadores está na percepção de pontos cegos. O observador não consegue se perceber como criador das diferenças que observa, não consegue, por exemplo, perceber-se como auto-observador. O observador de segunda ordem, ao observar observações, percebe a unidade nas diferenças. Assim, formula-se um exemplo simples. Relata-se uma história, por exemplo, o mito do labirinto de Creta, que serviu de mote para a apresentação da TSA. Ao relatar essa história, o narrador usa uma infinidade de diferenças, como, por exemplo, narrador/narração, passado/presente, verdade/mentira, sem precisar expô-las durante o relato. Contudo, alguém que observa o narrador pode perceber essas diferenças. De fato, o exemplo acaba de fazê-lo. Também o leitor, neste momento, enquanto analisa esta tese, pode realizar uma observação de segunda ordem²⁶.

O conceito de observação e suas decorrências permitiram à Teoria Geral dos Sistemas superar alguns problemas decorrentes da diferença entre sistema e ambiente. Inicialmente a teoria dos sistemas prendeu-se à distinção entre sistemas fechados – que não se relacionavam com o ambiente - e sistemas abertos, capazes de alguma relação. A Teoria Geral dos Sistemas acabou voltando-se para os sistemas abertos e passou a

²⁶ N. LUHMANN, *Introducción...op.cit.* p 116-121, C. BARALDI G. CORSI E. ESPOSITO. *Glosario sobre La teoria Social de Niklas Luhmann*, Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. P. 119 (doravante GLU), N. LUHMANN, *Modernity in Contemporary Society op.cit.*, p 18-19

estudar os modos como esses relacionavam-se com o ambiente, chegando ao esquema *input/output*. O próprio LUHMANN trabalhou durante algum tempo os sistemas sociais usando esses conceitos. Contudo, a noção de auto-observação e de autorreferência permitiu à Teoria Geral dos Sistemas e, obviamente, à Teoria dos Sistemas Sociais compreenderem a relação entre sistema e ambiente como sendo muito mais complexa, simultaneamente aberta e fechada.

Os sistemas capazes de autorreferência são a um só tempo fechados e abertos. São fechados porque suas operações – sejam reprodução da vida, de pensamentos ou de comunicações – só acontecem dentro do próprio sistema. Sua continuidade está vinculada à referência básica a outras operações do sistema à nova operação. A vida surge somente da vida; pensamentos originam-se apenas de outros pensamentos; comunicações são seguidas unicamente por outras comunicações. Não há operações de vida isoladas (uma célula não surge por geração espontânea; não há pensamentos soltos no espaço; não há comunicações isoladas²⁷). Contudo, os sistemas são sensíveis ao ambiente no qual se inserem. Ao realizarem a autorreferência percebem o ambiente, isto é, ao indicar uma diferença entre ele mesmo, sistema, e o outro lado, o ambiente, o sistema cria, dentro de si, uma referência ao lado de fora. As operações do sistema continuam acontecendo dentro do sistema e a única coisa que acontece nos sistemas são suas operações básicas – por exemplo, pensamentos apenas criam pensamentos, não criam vida – contudo, há uma percepção do ambiente que pode afetar, em maior ou menor medida, as operações do sistema²⁸. Esses

²⁷ É possível que o leitor pouco familiarizado com a teoria dos sistemas comece a se perguntar a respeito da origem: quando surgiu a primeira célula? E o primeiro pensamento? Não faz parte da lógica da TSA essa busca pelas origens.

²⁸ N. LUHMANN, *SS* op. cit., p 46-49; N. LUHMANN, *GG* op. cit., p 68; N. LUHMANN, *La clausura operacional de los sistemas psíquicos y sociales* in H.R. FISCHER, A. RETZER, J. SCHWEIZER (orgs.) *El final de los grandes proyectos*, Barcelona: Gedisa, 1997.117-118. A medida da sensibilidade é dada pelo próprio sistema por meio dos chamados “acoplamentos estruturais”, que sensibilizam os sistemas a certo acontecimentos no ambiente. Um exemplo corriqueiro é o olho humano, que sensibiliza o organismo (e o sistema psíquico) a estímulos luminosos em determinado espectro da luz. O sol – e outras estrelas – emitem luz em outros comprimentos de onda – de infravermelho a micro-ondas, incluindo ondas de rádio –, mas o acoplamento “olho” só sensibiliza o sistema a uns poucos comprimentos de onda (espectro visível da luz). Embora ondas de rádio atinjam a atmosfera terrestre, os olhos humanos permanecem

conceitos são aplicáveis a qualquer sistema, mas os sistemas sociais têm ainda mais algumas especificidades.

1.3. Sistemas Sociais

LUHMANN situa os Sistemas Sociais em uma escala de abstração da Teoria Geral dos Sistemas. Veem-se, nessa classificação, distintos níveis de abstração da teoria, partindo do mais abstrato para o mais concreto²⁹. Um nível mais amplo e abstrato é o da Teoria Geral dos Sistemas, que descreve os sistemas em geral, portanto, precisa alcançar um nível altíssimo de abstração. Um segundo nível são as teorias dos organismos, das máquinas, dos sistemas psíquicos e dos sistemas sociais. A Teoria dos Sistemas Sociais, desenvolvida por LUHMANN, situa-se nesse nível de abstração porque engloba todos os tipos de sistemas sociais. Há alguns tipos de sistemas sociais por ele estudados: interações, organizações, conflitos, movimentos sociais e a Sociedade. O nível seguinte de concretude é a Teoria da Sociedade, *Magnum opus* de LUHMANN. Por fim, as teorias específicas dos sistemas parciais da sociedade, como a Teoria Geral do Direito ou da Economia, especificam ainda mais a teoria da sociedade.

Os sistemas sociais distinguem-se dos demais sistemas autorreferenciais por seu elemento: a comunicação. Sistemas sociais são sistemas formados por comunicações. Do mesmo modo que pensamentos, comunicações são formas de sentido, mas isso não implica dizer que seres humanos sejam o elemento da sociedade. Seres humanos são demasiado complexos: um sistema biológico acoplado a um sistema psíquico. Bilhões deles! Esses sistemas psíquicos geram comunicações, mas são elas, e não os sistemas psíquicos, que formam a sociedade. Antes de repassar o conceito de comunicação de LUHMANN, será preciso deter-se um instante sobre a noção de Sentido.

alheios a elas e, não fossem nossos instrumentos mecânicos, também as mentes humanas as ignorariam.

²⁹ N. LUHMANN. SS op. cit. p 2

I.3.1. Sentido

Sentido (*Sinn*) é o meio no qual tomam forma as comunicações e pensamentos. Não é possível chegar a definições mais específicas do que esta – todas as definições são formas de sentido e não é possível definir o “não-sentido” – apenas observar algumas propriedades do Sentido. Primeiro, há uma diferença básica no meio entre atual/possível. Formas de sentido são formas atuais em meio a infinitas possibilidades. Segundo, o Sentido pode ser subdividido, para fins meramente analíticos, em dimensões: a dimensão temporal, a material e a social. Cada dimensão do sentido é indicada entre horizontes ou, também se pode dizer, é constituída por uma diferença. Respectivamente são: passado/futuro; interno/externo; e alter/ego. As comunicações tomam forma entre esses horizontes, que dizer, têm sentido nessas dimensões³⁰.

A diferença atual/possível permite compreender porque o Sentido aumenta constantemente. Formas de sentido, como mencionado, são formas atuais em meio a possibilidades. Relembrando a premissa das diferenças: sempre pensar os dois lados. A cada vez que algo tomar forma de sentido – uma ideia, uma comunicação – será criada uma diferença: atual/possível. Isso significa que cada forma nova de sentido expande as possibilidades! Há mais possibilidades a cada forma. Para cada coisa que é, várias outras poderiam ser. Um exemplo simples pode ajudar. Se eu afirmo que *LUHMANN escreve de modo difícil*, essa ideia tomou forma de sentido – tanto na comunicação como na minha mente e na do leitor –, portanto, é uma atualização do sentido. No mesmo momento, ainda que sem que os sistemas psíquicos envolvidos – leitor e autora – tenham imediata consciência, o sentido foi ampliado: LUHMANN poderia escrever de modo simples, LUHMANN poderia não escrever. Não conseguimos rastrear todas as possibilidades, exatamente por elas estarem do lado “invisível” da forma. E

³⁰ GLU op. cit. , pp 146-148 ; N .LUHMANN, *GG* op. cit. p 30-31; N. LUHMANN, *Introducción...* op. cit. , p 174-176

a cada uma delas que identificam, novas surgem despercebidas: LUHMANN poderia escrever de modo mais difícil ainda!³¹

O sentido, então, é um meio de alta complexidade. Complexidade, no vocabulário da TSA, significa que há mais combinações possíveis entre os elementos do que se pode realizar³². Os sistemas do meio sentido são altamente complexos: há mais combinações possíveis e a cada nova forma, as possibilidades aumentam. Os sistemas existem, então, porque não se dissolveram na complexidade do ambiente³³. Qualquer sistema precisa reduzir a complexidade para permanecer diferenciado do ambiente. Essa redução de complexidade é obtida por diversos meios como a seleção das relações entre elementos ou como as expectativas de ligações recorrentes entre os elementos.

É possível, ainda, estudar o sentido decompondo-o em dimensões. LUHMANN identificou três dimensões, mas não exclui que existam outras. Essas dimensões são caracterizadas por duplas de horizontes. A dimensão temporal é aquela entre os horizontes passado e futuro. A material ou objetiva é aquela entre interno e externo. Finalmente, a dimensão social tem como horizontes Alter e Ego. Alguns conceitos podem ter sentido em mais de uma dimensão – como é o caso da sanção – e outros podem predominar em apenas uma – como os objetos, ou melhor, as formas representativas deles, que se situam na dimensão material. As dimensões de sentido serão retomadas algumas vezes ao longo desta tese, mas, por ora, é relevante fixar-se na dimensão social.

³¹ A bem da verdade, trata-se de uma redundância, porque o modo elaborado como LUHMANN escreve já foi atualizado no sentido por H. MOELLER. *The radical LUHMANN* op. cit.

³² N. LUHMANN, *SS* op. cit., p 23-28; N. LUHMANN, *GG* op. cit., p 100-103

³³ Essa noção é retirada da física e é chamada de entropia: tendência ao aumento de complexidade. O próprio sentido já é uma redução da complexidade do ambiente (físico). Dizer que os sistemas existem porque não se dissolveram é uma tautologia: os sistemas existem porque existem! Contudo, tautologias não são rejeitadas pela TSA.

I.3.2 Dupla Contingência

A dimensão social é especialmente importante para a TSA. Isso porque é nessa dimensão que o problema da dupla contingência emerge. A complexidade do meio sentido, já se disse, é reduzida por meio de seleções. No caso das comunicações, essas seleções acontecem alterando entre os horizontes de Alter e Ego. Alô? Fulano está? Já saiu. Gostaria de deixar um recado? O leitor compreendeu o discurso indireto livre como um diálogo. E apenas compreendeu essa série de seleções como diálogo porque as alternou entre dois polos – horizontes – Alter e Ego. Contudo, nada obriga que a conversa acontecesse desse modo. Alô? Fulano está? Não! E não ligue mais! E poderia ser pior. Alô? São duas e meia. Mataram-me! As seleções de sentido são contingentes. Na dimensão social são duplamente contingentes.

A dupla contingência significa uma dupla percepção de contingência³⁴. Alter e Ego – pense neles como sistemas – percebem as seleções de um e de outro como contingentes. Alter oferece uma seleção: “Alô? Fulano está?” é um estímulo a resposta, a seleção. Mais ainda, um estímulo – na dimensão material – de resposta sobre se Fulano está em não em casa ou no escritório. Ego reage. Responde gentilmente, friamente, agressivamente. Alter não pode ter certeza sobre qual será a reação de Ego, nem pode ter certeza sobre sua reação à reação de Ego. Contudo, a experiência – recorrência de seleções – e as regras de boa educação fazem com que Alter espere, com boas chances de sucesso – que Ego responda “Já saiu. Gostaria de deixar um recado?”.

A dupla contingência é o problema fundamental no paradigma da Teoria dos Sistemas Sociais³⁵. Ela é o problema solucionado pelos sistemas

³⁴ N. LUHMANN, *SS op. cit.* p 103-136; N. LUHMANN, *Introducción...op. cit.* p 233-237

³⁵ HESPANHA faz uma curiosa relação entre o estado de entropia gerado pela dupla contingência e o estado de natureza hobbesiano. De fato, ambos são apresentados como problemas já solucionados e que, provavelmente, nunca chegaram a existir

sociais. As estruturas dos sistemas sociais são formas de reduzir a complexidade e permitir as relações entre sistemas psíquicos não obstante a dupla contingência. De volta ao exemplo. O curto diálogo era a representação daquilo que, para a teoria dos sistemas sociais, é chamado interação. Um sistema como esse, com polos identificáveis, alternância entre Alter e Ego, é o mais simples dos sistemas sociais. E, ainda assim, supera toda a dupla contingência e a complexidade. Do mesmo modo, os sistemas sociais mais complexos superam a dupla contingência.

1.3.3. Comunicação

Sistemas sociais são formados por comunicações. Essa afirmação já não causa mais tanto impacto, considerando a disseminação da TSA, mas LUHMANN inovou ao afastar o ser humano como elemento fundamental da sociedade³⁶. Mais ainda, posicionou o ser humano como ambiente da sociedade, está do lado de fora! A sociedade é formada apenas por comunicações. Obviamente, como as comunicações são produzidas por seres humanos, há uma relação forte entre sistemas psíquicos e sociedade³⁷. Contudo, a operação base dos sistemas sociais é a comunicação. Todos os conceitos anteriores formulados pela sociologia terão de ser descritos novamente a partir desse elemento³⁸.

A comunicação é uma realidade emergente e unitária. Pode-se, no entanto, para fins de estudo, dividi-la em seleções. LUHMANN indica três: seleção de informação (*Information*), seleção de compartilhamento

realmente. Nesse sentido ver. A.M. HESPANHA. *Caleidoscópio do Direito: o direito e a justice nos dias e no mundo de hoje*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina. 2009.

³⁶ Sem esquecer, contudo, que WEBER e PARSONS já encaminhavam a sociologia para o estudo da ação social e não do ser humano. As ciências sociais já haviam iniciado essa ruptura com Kant e as linhas idealistas. Ver. T. PARSONS. *Estrutura...* op.cit.; N. LUHMANN *Come è possibile l'ordine sociale*. Bari: Laterza. 1985.

³⁷ LUHMANN chama essa relação de interpenetração. O acoplamento entre os sistemas psíquicos e a sociedade é, por excelência, a linguagem.

³⁸ N. LUHMANN, SS, op. cit. p 141-144; N. LUHMANN, *Introducción...* op. cit. p 220, 225, N. LUHMANN, *What is communication?* op. cit., p 252,

(*Mitteilung*³⁹) e seleção de compreensão (*Verstehen*). Essa é meramente uma divisão para estudo, não uma sequência de eventos reais. Temporalmente a comunicação acontece com a compreensão, que indica a diferença entre informação e compartilhamento. Não se trata, então, de uma transferência de informação – o que indicaria perda de um lado e ganho de outro. Há apenas uma sequência de comunicações. Retomando o que foi dito sobre a dimensão social do sentido, essa sequência de comunicações não tem os sistemas psíquicos envolvidos como elementos. Na comunicação há polos a que se imputam as seleções.

O exemplo simples poderá ajudar novamente. Alô? Fulano está? Já saiu. Gostaria de deixar um recado? Representa uma interação, um sistema social formado por comunicações. O leitor compreendeu que havia dois polos na comunicação e imputou, como observador, a cada um deles, a compreensão do que o outro havia dito. Não foi preciso que esta comunicação – o texto – indicasse quem disse o que. O leitor pode fazer isso sozinho. No entanto, não há nada ali além do registro fictício de uma sequência de comunicações. Esse exemplo consegue mostrar ao leitor como

³⁹ O termo em alemão *Mitteilung* ou o verbo *mitteilen*, usado na obra de LUHMANN, apresenta diversas traduções. Em inglês foi traduzido para *utterance* (discurso ou manifestação sonora). Em espanhol, Torres Nafarrate, que traduz muitas das obras de LUHMANN para o idioma, opta ora por *dar-a-conocer* (GG), ora por *participar* (Introducción) ora também por *acto de comunicar* (Introducción). Do mesmo modo, os tradutores de *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, advertem em nota (p 41) para os problemas de tradução, elegendo, *participar* como o melhor termo. Em português, tende-se à utilização de “ato de comunicar” (Cf. C. Campilongo, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo. 2002), ou ainda *emissão/elocução* (O. VILLAS BÔAS FILHO, *O direito na teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN*. São Paulo. Max Limonad. 2006).

Em linguagem corrente, *mitteilen* poderia ser traduzido por *informar*, *notificar* ou *comunicar*, mas tais traduções, no discurso da teoria dos sistemas, certamente causariam confusão ou com os outros elementos da comunicação, ou com a operação como um todo. De certo, esta ilusão não é totalmente errada, uma vez que é na seleção *Mitteilung* que está a autorreferência da comunicação, mas, ainda assim, creio que induza mais à confusão do que à compreensão da autorreferência das comunicações. Do mesmo modo, usar as expressões “ato de” pode iludir o leitor quanto à relação da ação com a comunicação. Seria possível também, em português, utilizar o verbo *participar*, no sentido de participar alguém de algo, entretanto, não é um termo corrente na linguagem atual.

Diante dessas dificuldades, elegi *compartilhar* como tradução, com a ressalva que, para a linguagem corrente, seria uma tradução possível, mas pouquíssimo usada. Contudo, ela se ajusta perfeitamente à descrição da comunicação de LUHMANN. A tradução pela expressão “dar-a-conhecer” também capta o sentido do verbo *mitteilen*, mas darei preferência a *compartilhar*.

se pode estudar a sociedade sem recorrer ao ser humano, ainda que ele seja indispensável para a emergência da comunicação como realidade⁴⁰.

O exemplo ajuda a ver, ainda, que a comunicação é um evento altamente improvável. A improbabilidade do normal é outra das marcas da TSA e está presente no elemento básico da sociedade. Os sistemas psíquicos conseguem, por acoplamentos estruturais com os sistemas biológicos, produzir sons, gestos, imagens. Por si só isso já é improvável, mas não é a improbabilidade relevante para uma teoria social. Havendo uma manifestação qualquer, é altamente improvável que outro sistema psíquico tenha acesso a ela, é a chamada improbabilidade de alcance. Tendo acesso, é altamente improvável que seja compreendida, a improbabilidade de compreensão. E sendo compreendida, é altamente improvável que seja aceita, improbabilidade de aceitação. Não nos damos conta dessas improbabilidades porque são compensadas na maioria das vezes pelos sistemas sociais⁴¹. Vez por outra uma improbabilidade ganha, mas há modos de os sistemas sociais retomarem o estado de improbabilidade. Um desses modos é a própria sanção. O estudo da sanção não, então, pode prescindir das soluções para as improbabilidades da comunicação, especialmente para a improbabilidade de aceitação.

Os sistemas sociais existem porque surgiram mecanismos que aumentam a probabilidade do sucesso da comunicação. No caso da improbabilidade de compreensão, existe a linguagem, que também pode ser entendida como um meio no qual formas emergem. A linguagem comum reduz a improbabilidade da compreensão. Um segundo mecanismo reduz a improbabilidade de alcance: é a escrita. Além de permitir que pessoas distantes se comuniquem, também supera a separação temporal⁴². Por fim, a improbabilidade de aceitação da comunicação é superada pelos meios de

⁴⁰ Com algum lirismo pode-se dizer que a sociologia de LUHMANN é a leitura de um gigantesco discurso indireto livre.

⁴¹ N. LUHMANN. SS op. cit., p 157-163; N. LUHMANN, *A improbabilidade da comunicação* in N. LUHMANN, *A Improbabilidade da comunicação*, 4ª Ed., Lisboa, Vega, 2006 p 39-63

⁴² Por exemplo, lemos documentos históricos escritos por pessoas em países distantes e há muitos séculos.

comunicação simbolicamente generalizados. Esses meios de comunicação são de grande relevância para o estudo aqui desenvolvido e serão retomados algumas vezes. Por ora, vou apenas delinear suas características básicas.

Os meios de comunicação simbolicamente generalizados aumentam a probabilidade de aceitação da comunicação⁴³. “Aceitação” aqui tem o sentido de continuidade das comunicações. Não se trata de operações dos sistemas psíquicos, mas de reprodução das comunicações. No exemplo desta seção: Alô? Fulano está? Já saiu. Gostaria de deixar um recado? Percebemos a aceitação da comunicação porque há uma continuidade nas comunicações. A pergunta “fulano está” é uma seleção que pede novas comunicações (está! só um minuto, vou transferir a ligação ou saiu, mas volta logo). Essa proposta foi compreendida e aceita, as comunicações continuaram. Diferente ocorre no outro exemplo Alô? Fulano está? Não e não ligue mais! Nesse caso a proposta de sequência foi negada. É um evento trivial e não foi necessário desenvolver um meio de comunicação completo para que a sociedade sobrevivesse à agressividade das pessoas que atendem ao telefone, mas há casos cruciais, nos quais a aceitação é altamente improvável. É nesses casos que os meios de comunicação simbolicamente generalizados ocorrem.

Algumas comunicações são altamente improváveis. É altamente improvável que uma cerca de madeira impeça seres humanos de entrarem em um grande espaço de terra fértil. É altamente improvável que dois seres humanos resolvam conviver da juventude até o final da vida e suportar juntos as dificuldades de criar sua prole. É altamente improvável que o relato de um ser humano seja encarado por outro como se fosse sua própria experiência. E é altamente improvável que um ser humano obedeça a outro por meio da simples comunicação. Essas são apenas algumas improbabilidades que LUHMANN identificou. Elas passam imperceptíveis

⁴³ N. LUHMANN, SS op. cit., p 159. Esse conceito será retomado no cap. III

por nós porque já estamos habituados aos quatro meios de comunicação que as reduzem: dinheiro, amor, verdade e poder⁴⁴.

1.3.4. Estruturas e Memória

Ao mencionar as soluções para as improbabilidades da comunicação, listei algumas estruturas sociais. Comunicações são elementos dos sistemas sociais, estruturas são os modos recorrentes como essas comunicações se conectam. São, portanto, recursivas, mas não perenes, como diriam os teóricos estruturalistas. Para relembrar o conceito de estrutura, será preciso revisar também como o tempo é descrito pela TSA. Esta subseção será útil também para apresentar rapidamente outro conceito: a memória.

Já foi indicado acima que o tempo é uma das dimensões do sentido. O fluxo do tempo, contudo, é uma criação do observador dentro dessa dimensão. Antes/depois são atribuições do observador. Por meio dessa diferença tem-se um passado, que é irreversível, um futuro, que é contingente, e um presente entre ambos, que é pontual ou atemporal. O observador situa eventos em uma trilha temporal, i.e., temporaliza o sistema. Essa temporalização permite que o observador construa outras relações entre eventos, como, por exemplo, as relações de causa e efeito ou a imputação de sanções. Nessa dimensão do sentido, a comunicação é um ponto atemporal que inclui as diferenças entre antes e depois⁴⁵. Como, então, os sistemas sociais, formados por essas comunicações atemporais, parecem ter longa duração no tempo? E como continuam capazes de identificar comunicações como pertencentes ao sistema? As respostas estão nos conceitos de estrutura e de memória.

⁴⁴ N. LUHMANN, *Introducción...* op. cit., p 230; GLU op .cit, p 106-107; N. LUHMANN, GG op. cit.,p 249-250. N. LUHMANN, Consideraciones Introdutorias a uma Teoria de los Medios de Comunicación Simbolicamente generalizados in *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta,1998. p 110

⁴⁵ N. LUHMANN, *Introducción...* op. cit. , p 157-159; N. LUHMANN, SS op. cit. p 41-52, GLU op .cit , p 155-157

Os sistemas reproduzem continuamente suas operações. Esse é o modo pelo qual a teoria dos sistemas descreve a persistência dos sistemas no tempo. As comunicações fazem referência uma a outra. Não há necessidade que essas comunicações sejam idênticas, apenas que contenham a indicação de estarem ligadas a outra comunicação. As comunicações, formas de sentido, fazem referência, na dimensão temporal, a seu “antes” e propõe a seleção seguinte, o “depois”. Mais uma vez, o exemplo simples: as palavras “já saiu”, que fazem parte da curtíssima interação aqui usada, não teria o mesmo sentido em outras interações. Sozinha ela já parece indicar que há um antes e um depois, ainda que não fossem conhecidos do leitor. Contudo, o sentido delas depende da trilha temporal na qual o observador a inseriu, no caso, a interação “Alô? Fulano está? Já saiu. Gostaria de deixar recado? O antes dessa comunicação é uma pergunta, o depois um complemento. Essa capacidade de os elementos se referirem aos outros foi chamada por LUHMANN também de autopoiese⁴⁶.

Conforme o sistema reproduz seus elementos, algumas referências são recorrentes. Essa recorrência ou recursividade é identificada por um observador como estruturas. Não são formações permanentes, pois, assim como as comunicações, elas não são perceptíveis como meio, apenas como formas de sentido. Enquanto não houver comunicações, não há estruturas. Elas não ficam “esperando”, digamos assim. A estrutura é um evento do presente, assim como as comunicações que ela relaciona. A recursividade, contudo, é perceptível para um observador. Isso significa que o observador, ao perceber a primeira seleção de sentido tem expectativas. As expectativas serão relevantes para compreender não apenas os sistemas sociais, mas a função do sistema jurídico, por isso, oferece-se uma breve explicação inicial, que será retomada adiante.

⁴⁶ O termo autopoiese tornou-se uma marca da TSA, mas logo perdeu seu posto de “porta-estandarte” da teoria. Embora seja, de fato, uma marca de inovação da sociologia de LUHMANN, já a partir da obra *Soziale Systeme* (SS), o termo mal aparece, foi substituído pela Autorreferência. Daí nomear, aqui, a teoria como Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais. N. LUHMANN, *The autopoiesis of social systems* op. cit. p 180, N. LUHMANN, *Introducción...* op. cit., p 90-5.

As expectativas são as estruturas dos sistemas sociais no nível mais básico. Não se trata de operações dos sistemas psíquicos, embora, claro, existam expectativas dos sistemas psíquicos. Expectativas são formas de sentido que condensam referências e indicam qual o sentido virá a seguir. A palavra “Alô”, do exemplo, é carregada de expectativas. Espera-se um novo Alô, um Bom dia, uma identificação, empresa tal, em que posso ajudá-lo?. Essas referências condensadas no sentido de “Alô” são expectativas formada pela recursividade das comunicações que se seguiram à palavra “Alô”.

As expectativas podem ser divididas, conforme o tipo de reação à frustração⁴⁷. Por esse critério, as expectativas podem ser do tipo cognitivo ou normativo. São cognitivas as expectativas que se adaptam à frustração e normativas aquelas que não se adaptam. Naturalmente, a divisão não é ontológica, não é inerente à expectativa, mas uma atribuição feita por observação. Expectativas cognitivas não precisam ceder imediatamente, buscam manter-se por meio da interpretação da frustração como exceção à regra. Expectativas normativas podem adaptar-se depois de uma sequência de frustrações. A distinção é justificada porque, em um momento específico, aquela expectativa foi mantida (como normativa), ou abandonada (como cognitiva).

Há alguma relação entre os tipos de expectativas e os sistemas parciais da sociedade. O sistema científico produz expectativas cognitivas e, por meio dele – e do meio de comunicação simbolicamente generalizado verdade –, o aprendizado com as frustrações é estruturado. O sistema jurídico estrutura a manutenção de expectativas normativas, permitindo que resistam às frustrações. A função do sistema jurídico é identificada como a generalização congruente das expectativas normativas, quer dizer, tornar

⁴⁷ Expectativas formam-se por meio de experiências com a seleção e condensação de sentido. Não pretendo chegar a esse nível de detalhe aqui. Basta que o leitor conheça as expectativas como parte fundamental das estruturas sociais. N. LUHMANN, SS op. cit., p 96-97; 293-294, N. LUHMANN, *Introducción...* op. cit., p 86-87; 243-244

essas expectativas reconhecíveis e utilizáveis em todas as dimensões do sentido. Essa função está relacionada à sanção e será retomada adiante⁴⁸.

Há, ainda, estruturas mais complexas. Combinações de expectativas formam estruturas que permitem aos sistemas lidar com uma maior complexidade – mais possibilidades de combinações de elementos – e que elevam, elas mesmas, a complexidade dos sistemas. Dentre essas estruturas estão os programas, que são orientações para correção ou, no caso dos sistemas parciais, para a aplicação dos códigos binários próprios de cada sistema⁴⁹. Há programas finalísticos, que orientam as comunicações para um fim determinado e programas condicionais, que orientam reações do tipo se/então. Essa distinção é relevante para compreender as normas jurídicas da sociedade contemporânea. A maioria das normas ainda é do tipo condicional, embora haja, contudo, orientações finalísticas, relacionadas ao papel ativo do Estado.

Por fim, cabe relacionar a temporalização do sistema à memória. A memória do sistema não é uma estrutura, é uma função ou um *modus operandi* relacionado à temporalização e à evolução dos sistemas. Não se trata, também, de um repositório de informações sobre o passado. A função de memória consiste em relacionar passado e futuro. É um evento presente e incessante dos sistemas. A memória verifica a consistência das operações, no caso dos sistemas sociais, das comunicações. Mais ainda, a memória relaciona estados do sistema ao lembrar de um dentre vários passados e manter a consistência das operações seguintes do sistema para o futuro. Isso é obtido não apenas ao recordar-se de algo, mas também ao esquecer. A função de memória inclui, assim, dois lados: recordar e esquecer. Boa parte da função da memória está relacionada ao esquecer, deixar de fazer referências a eventos que foram considerados como inconsistentes. Para recordar, o sistema recorre à redundância, operações identificadas como idênticas a outras consideradas anteriores, e à identidade. A Identidade nada mais é do que uma condensação de sentido que facilita as operações

⁴⁸ V. infra. Cap. III

⁴⁹ N. LUHMANN. SS op. cit. p 317-319; GLU op. cit. p 131-132.

que têm função de memória. Do outro lado da forma está o esquecimento. Como o sistema pode esquecer-se de algo, deixar de fazer uma referência ao passado, pode continuamente aprender – aprende e esquece o estado anterior ao aprendido. A memória, assim, existe sempre no presente e para ele. Algumas estruturas, como a Cultura, podem ter função de memória da sociedade como um todo. Nos sistemas parciais, LUHMANN oferece como exemplo operação com função de memória do pagamento, que, uma vez realizado, permite esquecer para que foi usado do dinheiro, enquanto o crédito faz lembrar que o pagamento precisa ser feito⁵⁰.

LUHMANN não aprofundou seus estudos sobre memória, mas relacionou-a à evolução. Ele mesmo afirmou que seria preciso desenvolver uma teoria geral da memória que pudesse servir não só ao estudo da memória social, mas também à dos sistemas neurológicos. Teve contudo, tempo suficiente para relacionar a memória à evolução dos sistemas. Sistemas evoluem, suas estruturas mudam, sem que isso altere necessariamente a identidade do sistema. Isso é conseguido porque a evolução é realizada por meio de operações do próprio sistema. Em uma sequência lógica, surge primeiro uma variação, uma comunicação que contraria a expectativa, provavelmente em virtude de alguma irritação provocada pelo ambiente. A maioria das variações são rejeitadas, mas algumas são selecionadas. Essa seleção acontece dentro do sistema e não no ambiente. A seleção pode ser improvável e não voltar a ocorrer, mas algumas seleções são estabilizadas como estruturas. A memória do sistema participa dessa evolução, primeiro, identificando a variação “Fala aê!” ao invés de “Alô” pode surpreender porque a memória indica que é uma variação, não redundância. Boa parte das variações é logo esquecida pelos sistemas. Contudo, se a variação é selecionada, a memória é novamente ativada: seleções tendem a manterem-se nos sistemas e a função da memória será esquecer ou reter essa seleção. Caso a seleção se integre com as estruturas do sistema, a memória irá reter a seleção e estabilizar a

⁵⁰ N. LUHMANN. *GG op.cit.* pp 455-169; N. LUHMANN. *La política como sistema*, México: Universidade Iberoamericana, 2004. p 207-208; R. De Giorgi. A Memória do Direito in *Direito Tempo e Memória*. São Paulo: Quartier Latin. 2006. Pp 49-74

evolução, além de esquecer o estado anterior. A função de memória faz parte, então, da evolução dos sistemas⁵¹.

1.3.4.1. Estrutura social e Semântica

A TSA apresenta-se como um dentre muitos possíveis observadores da sociedade. Com isso, espera superar a distinção sujeito/objeto. A TSA não precisa arrogar-se o papel de linha mestra, nem desconsiderar as demais abordagens sociológicas⁵². Cada observação da sociedade, cada comunicação sobre a sociedade, pode ter seu valor científico. Dentro dos sistemas parciais, as (auto)observações são a instância de reflexão desses sistemas, são um modo de autorreferência de grande complexidade que permite a esses sistemas distinguirem-se do próprio ambiente⁵³. Pode haver uma diversidade de auto-observações tanto dos sistemas parciais quanto da sociedade como um todo. Algumas observações, contudo, são capazes de se consolidar como formas de sentido reutilizáveis, disseminam-se, orientam comunicações. Essas observações de outros observadores são observadas pela TSA e descritas como semântica, em oposição às estruturas sociais, as observações formuladas pela própria TSA.

A contraposição entre estrutura social e semântica permite à TSA perceber os pontos cegos das outras observações. Esses pontos cegos são as diferenças que as instâncias de reflexão dos sistemas parciais e da própria sociedade utilizam e que não podem observar. Esse tipo de observação de pontos cegos está relacionado ao que LUHMANN chamou de “iluminismo sociológico” (*soziologische Aufklärung*), o estatuto teórico da TSA⁵⁴. Naturalmente, a própria TSA tem pontos cegos, porque é observação.

⁵¹ N. LUHMANN. GG op. cit. p 371-385; 457-462.

⁵² N. LUHMANN, ‘De que se trata el caso...’ op. cit. p 270.

⁵³ N. LUHMANN. SS op. cit. p 455-460; N. LUHMANN. GG op. cit. p 697-708

⁵⁴ GLU op. cit. p 90-91

Também é uma descrição da sociedade, portanto, é semântica da sociedade tanto quanto as demais teorias⁵⁵.

LUHMANN aplica a distinção estrutura social e semântica em seus estudos sobre a evolução social. Dentre os mais conhecidos estão: a coleção Gesellschaftsstruktur und Semantik⁵⁶, o livro Amor como paixão⁵⁷ e os estudos sobre autodescrições da sociedade⁵⁸. Neles, o autor especifica que a estrutura seria uma referência aos primados de diferenciação da sociedade⁵⁹ e semântica uma forma elaborada de cultura, um conjunto de conceitos, portanto, de formas de sentido, altamente generalizados e disponíveis para a comunicação. LUHMANN admite que a semântica seja uma forma de estrutura⁶⁰, assim como é afirmado que a Teoria dos Sistemas Sociais seja uma forma de semântica⁶¹.

Em geral os trabalhos de LUHMANN sobre evolução da semântica social seguem uma estrutura comum. Primeiro, o autor apresenta a estrutura cuja semântica irá tratar, seja o meio de comunicação Amor, seja um sistema parcial como a Política, seja a sociedade. Note-se que essas estruturas são apresentadas em termos da teoria dos sistemas; amor é um meio de comunicação; política é um sistema parcial da sociedade

⁵⁵ GLU op. cit. p 143-145;

⁵⁶ N. LUHMANN. *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. Vol I, 1ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1980

⁵⁷ N. LUHMANN. *Liebe als Passion : zur Codierung von Intimität*. 1ª ed. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1982.

⁵⁸ Por exemplo: N. LUHMANN, GG op. cit. p 708-780

⁵⁹ A sociedade, um sistema social capaz de diferenciar-se internamente, teria uma diferenciação interna em subsistemas ou sistemas parciais. Essa diferenciação interna segue um “primado” ou orientação principal, que permite aos sistemas internos distinguirem-se dos outros. Mais ainda, esse primado teria, por conta do aumento constante da complexidade social, mudado ao longo do tempo. A diferenciação mais antiga seria a segmentária, ligada às famílias e territórios das tribos. Essa diferenciação mudou, no que se costuma chama de Idade Antiga, para uma diferenciação centro-periferia, em que as cidades, como Roma, seriam um centro, rodeado por um mundo todo, a periferia. No período a que chamamos Idade Média a sociedade diferenciava-se internamente em hierarquia. Por fim, na modernidade, a sociedade diferenciou-se conforme funções dos sistemas parciais, primado que vigora ainda hoje. Não obstante o primado funcional, as outras diferenças permanecem, como a diferença segmentária interna ao sistema político – Estados – ou a diferença centro-periferia em alguns sistemas – o jurídico – sem falar na permanência da hierarquia em diversos setores. V. Cap. III.1. Sociedade funcionalmente diferenciada.

⁶⁰ N. LUHMANN, SS p 282

⁶¹ GLU op. cit. p 145

funcionalmente diferenciada; a sociedade é o sistema de comunicações que abarca os demais e pode diferenciar-se conforme um primado de diferenciação. Em seguida, LUHMANN aponta como há uma relação entre a evolução da semântica e a evolução da estrutura escolhida. O meio de comunicação amor evoluiu juntamente com sua semântica; a política criou o conceito de razão de estado; a sociedade mudou sua forma de descrever a natureza. A evolução da semântica é estudada, assim, sempre em referência a uma ou a mais de uma estrutura social

Esta tese, então, constitui apenas um primeiro passo para outras possíveis pesquisas. A TSA não descreve a sanção como uma estrutura social, apenas faz referência a uma noção comum de sanção, presente na semântica – especialmente na semântica do sistema jurídico – e que não permite observações sobre essa semântica. Assim, a descrição das estruturas sociais relacionadas à noção comum de sanção, o objeto desta tese, abrirá a TSA para a complexidade da semântica sobre a sanção, sobre medidas de controle social e sobre a violência estatal de um modo que ainda não era possível. A tese permitirá, assim, ampliar os já largos horizontes da TSA.

I.4. Conclusões do capítulo

Os trabalhos de LUHMANN inserem a sociologia na mudança de paradigma científico provocada pela Teoria Geral dos Sistemas. Ainda que teorias predecessoras, como a de Talcott PARSONS, já aplicassem a noção de sistema à sociologia, foi LUHMANN que desenvolveu, com base nas premissas da Teoria Geral dos Sistemas, da cibernética e do construtivismo, uma teoria capaz de descrever novamente praticamente todos os fenômenos sociais. Não apenas capaz de descrever de um novo modo esses conceitos, a teoria de LUHMANN se impôs a missão de reformulá-los⁶². Neste capítulo, o leitor pode, então, perceber por que esta

⁶² “Una teoría de la sociedad moderna debe estar de tal manera construida conceptualmente, que todos los conceptos deben ser de nuevo formulados (...)” N. LUHMANN, ‘De qué se trata el caso?’ op. cit. p. 270

tese considera relevante uma descrição da sanção que seja realizada a partir do paradigma da TSA: a noção comum de sanção não é plenamente compatível com as premissas da teoria, primeiro, pelas singularidades do trabalho de LUHMANN e, depois, pela vagueza da noção comum de sanção.

Pode-se dizer que a TSA tem uma identidade marcante. Ao aplicar o paradigma singular da Teoria dos Sistemas, LUHMANN precisou escrever novamente toda a teoria social. Trabalhou, com maior ou menor intensidade, cada um dos sistemas sociais por ele identificados. Publicou centenas de artigos e dezenas de livros sobre os sistemas parciais da sociedade, Direito, Economia, Política, Ciência, Arte, Educação, Religião, Família, para citar os mais frequentes. Há, como destacado neste capítulo, um labirinto de conceitos, um vocabulário próprio da teoria. Praticamente nada escapou à “luhmannização”, à tradução para a linguagem da própria teoria. A sanção, acredito, foi uma das poucas exceções.

Acrescente-se a isso o problema que será tratado no próximo capítulo: a vagueza da noção comum de sanção. A noção comum de sanção não pode ser identificada como um único conceito, mas com a generalização amplíssima a partir de vários conceitos formulados ao longo de séculos. O próximo capítulo irá mostrar, ainda que brevemente, como essa noção comum é vaga e, mais ainda, que está relacionada a premissas de pensamento conflitantes.

O próximo capítulo irá tratar ainda da tensão entre a noção comum de sanção e as premissas da teoria dos sistemas. Para tanto, as noções de ação, de racionalidade e de ordem social serão essenciais. Não será possível ainda realizar um estudo aprofundado da história semântica da sanção, ao menos não no estilo luhmanniano de estrutura social e semântica. Para fazê-lo, será preciso, primeiro, descrever as estruturas sociais indicadas como sanção jurídica em termos da teoria dos sistemas. Isso significa que esta tese é o primeiro passo antes de estudos a respeito da evolução do

pensamento sobre a sanção jurídica, o procedimento judicial e os castigos impostos pelo Estado, que deverão ser realizados em trabalhos posteriores.

CAPÍTULO 2: NOÇÃO COMUM DE SANÇÃO

Este capítulo pretende demonstrar como a noção comum de sanção é pouco compatível com as premissas da TSA. A expressão “noção comum de sanção” é propositalmente abrangente. Nesta tese, “noção comum” deve ser entendido como o amplo conjunto de significados atribuído ao termo “sanção”. Chamo a esse conjunto “noção” – e não conceito – porque, como se verá adiante, não há um enunciado consistente que seja fundamento de todas as definições, apenas uma relação entre ações boas ou más que abrange praticamente qualquer aspecto da vida humana. O adjunto “comum” não foi usado para indicar falta de elaboração teórica ou linguagem vulgar. Antes, indica que essa noção é utilizada de modo disperso pelos diversos sistemas parciais. Não posso negar que haja definições específicas de sanção formuladas por alguns teóricos⁶³, mas isso não ocorre na teoria dos sistemas de LUHMANN⁶⁴. Se, como pretendo demonstrar a seguir, a noção comum de sanção tornou-se vaga, isso provavelmente acontece em decorrência da abstração a partir de conceitos elaborados por duas grandes linhas de pensamento conflitantes: o positivismo e o idealismo.

A vagueza e amplitude da noção comum de sanção não são mero acaso. Estão ligadas à evolução das ciências sociais, especificamente ao estudo da ordem social. Diversas linhas de pensamento filosófico, jurídico ou político associam o mesmo termo – sanção – a inúmeros fenômenos: a punições e a prêmios; a normas e a fatos, da esfera civil, da esfera administrativa e da esfera penal; e, até mesmo, à guerra. O modo como a semântica da sociedade relacionou a mesma palavra a tantas ideias

⁶³ O caso mais conhecido, ao menos entre os juristas, é Kelsen. Ver infra item II.1 Noção Comum de Sanção.

⁶⁴ Ver infra cap. III

mereceria um estudo muito mais amplo do que esta tese. Aqui, considerando o escopo do trabalho, não será possível desfilar o cortejo de autores que já trataram do tema diretamente. Preferi, então, apresentar a expansão da noção de sanção por meio de interpretações, elaboradas por autores respeitados, a respeito da evolução das teorias sobre a sanção e a ordem social.

As próximas páginas servirão como medida para constatar o problema central deste trabalho. Ressalte-se novamente, não se poderá, aqui, rastrear detalhadamente e em termos da teoria dos sistemas o modo como a noção de sanção tomou os contornos – ou falta deles – que tem hoje⁶⁵. O que se pretende é mostrar a vagueza dessa chamada noção comum e relacionar essa inconsistência à evolução do pensamento sociológico. Será importante, então, apresentar a amplitude da noção comum de sanção, que está ligada a praticamente qualquer medida de controle social e como as poucas especificidades dessa noção comum são derivadas de premissas que não são compatíveis com a descrição LUHMANNiana de sociedade.

Uma ressalva deve ser feita de início. Não se trata de acusar os pensadores responsáveis pelo desenvolvimento da noção comum de sanção, sejam eles explicitamente mencionados ou não, de incorrerem em erro. Considerando a influência que esses pensadores tiveram sobre a semântica da sociedade, não é possível dizer que não descreviam a realidade. Sob a ótica construtivista, criaram-na! E é justamente por terem ampliado tanto a noção de sanção que mais de uma estrutura social, na acepção luhmanniana, pode ser associada a esse termo⁶⁶. Nesse sentido, a curta apresentação da noção geral de sanção que se segue também servirá de guia para o quarto capítulo, em que serão descritas as estruturas sociais de algum modo relacionadas a estas descrições.

⁶⁵ Um tal estudo poderia ser feito, mesmo com base na teoria dos sistemas, no estilo “estrutura social e semântica”, desenvolvido por LUHMANN. No entanto, para que a teoria dos sistemas possa captar toda a complexidade da semântica relacionada à sanção precisará balizar-se em descrições de estruturas sociais feitas pela própria TSA. Em outras palavras: um estudo da evolução da semântica da sanção pressupõe o trabalho ora apresentado: a descrição das estruturas sociais relacionadas à sanção.

⁶⁶ Como se verá no capítulo IV

Este capítulo terá três momentos. O primeiro deles será um resumo da grande diversidade de fatos e situações identificados com a sanção. Esse acumulado de referências servirá para dar alguma consistência à expressão “noção comum de sanção”, indicando, embora não exaurindo, a diversidade de significados atribuídos ao termo. Essa recapitulação, sozinha, não será suficiente para demonstrar a insuficiência da noção comum de sanção para a descrição das estruturas sociais relacionadas ao termo. Será preciso mais um passo de abstração no raciocínio: mostrar como essa noção comum de sanção está relacionada, na sociologia clássica, ao individualismo e às noções de ação, racionalidade e ordem social. Essas noções foram transformadas por LUHMANN ao desenvolver sua teoria, como será explicado no terceiro momento deste capítulo. As conclusões do capítulo mostrarão, então, como a noção comum de sanção não é suficientemente compatível com a complexidade da Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais.

As descrições a seguir não são ambiciosas. Na verdade, apoiam-se em dois guias, por assim dizer: Norberto BOBBIO e de Talcott PARSONS. A dupla pode parecer, ao leitor, inusitada, mas há um motivo simples para essa seleção. Ambos, cada um em seu campo científico, realizaram trabalhos respeitados ao estudarem pensadores clássicos e encontrarem, na diversidade de ideias, fundamentos comuns. Uma vez que não é o escopo deste trabalho produzir uma análise no sentido da “história das ideias”, não é preciso inovar buscando novos modos de reunir teorias em grandes classificações ou esquemas. Os esforços realizados pelos dois serão suficientes para demonstrar a amplitude da noção de sanção e as premissas a que está ligada no campo sociológico.

II.1 Noção Comum de Sanção

Para mostrar ao leitor a amplitude da noção comum de sanção, recorri à filosofia do direito. Mais especificamente, Norberto BOBBIO foi selecionado como um autor relevante cujo trabalho pode exemplificar como

a noção comum de sanção está ligada a situações extremamente diferentes. Embora os trabalhos de BOBBIO sejam de grande utilidade para a filosofia e para a teoria geral do direito, não são suficientes para a sociologia e, especialmente, não são compatíveis com as premissas da TSA. Aqui ele aparece como um convidado, como exemplo, claro e organizado, do modo como a filosofia e a teoria geral do direito tentam lidar com a vagueza da noção comum de sanção abstraindo os conceitos formulados ao longo de séculos até uma noção amplíssima de medidas de controle social.

Essas medidas de controle social, como se verá ao final do capítulo, são tratadas pela TSA de modo singular. Elas são dissolvidas, na teoria, por uma multiplicidade de mecanismos sociais que aumentam a probabilidade de comunicações altamente improváveis. Esses mecanismos não são entendidos por LUHMANN como um modo de controle da sociedade, mas como meios que permitem as comunicações. Por esse motivo, o uso da noção comum de sanção, mesmo em uma versão sistematizada como foi feito por BOBBIO, não é compatível com a TSA.

BOBBIO tratou a noção de sanção de modo direto, mas abrangente. Considerando a obra de BOBBIO como um todo, pode-se dizer que seus estudos a respeito das sanções – especialmente as positivas – são representativos de uma mudança geral na teoria do direito⁶⁷. O principal texto para o tema da sanção é “As Sanções Positivas”⁶⁸, artigo que faz parte da coletânea Da Estrutura à Função, livro representativo do marco para a separação entre a fase positivista e a fase funcionalista do pensador italiano⁶⁹. O objetivo desse texto é reajustar a classificação das sanções, considerando o grande avanço das sanções positivas devido ao crescimento do direito promocional⁷⁰. Justamente por ser um autor cuja teoria sofreu

⁶⁷ G.M. SALGADO. *A Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio*. 2008. 275 fls. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2008.

⁶⁸ N. BOBBIO. As Sanções Positivas in N. BOBBIO. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole. 2007 p 23-32.

⁶⁹ M. LOSANO. Prefácio à edição brasileira in N. BOBBIO. *Da Estrutura...* op. Cit.

⁷⁰ N. BOBBIO. *Da estrutura...* op. cit. p 23-4

uma transição ligada à sanção, BOBBIO foi escolhido como o guia para expor a amplitude de significados atribuídos ao termo sanção.

Em “As sanções positivas”, BOBBIO desenvolve uma análise comparando propriedades das sanções positivas com as das negativas. São apresentadas classificações da sanção de acordo com (i) a relação entre privação e atribuição; (ii) o mal causado; (iii) a esfera de atuação; (iv) o objetivo da relação; e, por fim, apresenta a própria definição de sanção e uma nova classificação a partir de uma categoria mais ampla, as medidas de controle social. Passo a explicar brevemente cada uma das classificações.

As duas primeiras classificações partem de uma noção tradicional de sanção. A sanção negativa seria uma reação má a uma ação má e a sanção positiva, a *contrario sensu*, uma reação boa a uma ação boa⁷¹. As reações poderiam, então, atingir o efeito (vantagem ou desvantagem) por meio de privações ou atribuições. Em qualquer dos casos as sanções poderiam ser positivas ou negativas. Do mesmo modo, as sanções poderiam atingir diversas esferas da vida humana. As próximas tabelas mostram essa classificação com maior clareza.

Tabela 1: relações entre privação e atribuição		
	...um bem	...um mal
Atribuição de...	Sanção positiva	Sanção negativa
Privação de...	Sanção negativa	Sanção positiva

A tabela nº 1 tem um desenho bastante simples. Sanções, considerando que sejam reações, podem, na modalidade negativa, causar um mal ou privar o agente de um bem. Esse simples quadro já foi suficiente para que houvesse debate, sobretudo no campo da moral, a respeito do que seria causar um mal ou privar de um bem. Do mesmo modo, o prêmio, que também poderia ser a privação de um mal, foi objeto de debate. A solução

⁷¹ Também J.M. GUYAU considera essa uma definição como essencial, embora não chegue a ser essa relação o objeto de sua crítica à sanção. Ver.J. M. GUYAU. *Crítica à ideia de Sanção*. São Paulo: Martins Fontes. 2007

encontrada na ética e na teoria do direito foi ou considerar esses critérios de um ponto de vista chamado objetivo, na verdade, uma ficção generalizante dos valores de bem e mal, ou abstrair totalmente a valoração na definição da sanção⁷².

Na sequência, BOBBIO explica que é possível realizar uma nova distinção. Ainda dentro da chamada definição tradicional, distinguem-se as sanções de acordo com a esfera de atuação. Dessas classificações, aquela apresentada na tabela 3 poderia ser expandida para as sanções positivas. Chamei-as, então, classificação conforme “gênero de mal causado” e conforme a “esfera de atuação”.

Tabela 2: sanções de acordo com o gênero de mal causado	
Gênero de Mal	Exemplos
Material	→ <i>Confisco de patrimônio</i>
Imaterial	→ <i>Censura</i>
Misto	→ <i>Perda de direito (meio para ter vantagens materiais e imateriais)</i>

⁷² M. REALE sintetiza bem essa tentativa de definição abrangente ao propor que a sanção seja “toda a consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento.” Ver. M. REALE. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2000. p 260. Sobre a interpretação objetiva de “bem” e “mal”, H. KELSEN é um exemplo cabal. “Dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário significa que este ato é normalmente percebido pelo destinatário como um mal. Pode, excepcionalmente suceder, no entanto, que não seja este o caso (...) Pode tomar-se como pressuposto que o ato coativo que funciona como sanção é normalmente recebido pelo destinatário como um mal” H. KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. 4ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2000. pp 35-36. (doravante TPD). Também é digno de nota o debate gerado, a partir da impossibilidade de generalizar dos valores “bem” e “mal”, entre H. KELSEN e H.L.A. HART sobre o caráter sancionatório da nulidade do ato jurídico. H.L.A. HART. *O Conceito de direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.p. 42-50

Tabela 3: sanções de acordo com a esfera de atuação		
Esfera de atuação	Sanções negativas	Sanções positivas
Econômica	→ <i>Multa</i>	→ <i>dinheiro ou terras</i>
Social	→ <i>banimento</i>	→ <i>ascensão de status</i>
Moral	→ <i>desonra</i>	→ <i>honrarias</i>
Jurídica	→ <i>perda de capacidades</i>	→ <i>privilégios</i>
Física	→ <i>castigos físicos</i>	→ <i>prazeres físicos</i>

Nas duas tabelas é possível notar o caráter abrangente da noção de sanção. Em primeiro lugar, BOBBIO não trata apenas das sanções jurídicas, mas mostra como as sanções aparecem em quase todas as esferas da vida humana. A variedade de eventos é enorme, começando com uma multa e chegando a prazeres físicos. É interessante notar que a classificação se dá conforme o âmbito da reação e não da ação que gerou a sanção. Portanto, não há nenhuma relação obrigatória – nesse quadro – entre uma ação econômica que viola a ordem e uma multa, ou uma violação a norma jurídica e a perda de capacidades. Precisamente essa falta de relação que torna a noção de sanção comum, i.e., utilizada por qualquer área do conhecimento. Qualquer uma das esferas de ação humana poderia utilizar qualquer uma das sanções, positivas ou negativas. Essa variedade possivelmente deriva do fato de a ordem social ter sido, por muito tempo, compreendida como uma totalidade⁷³.

BOBBIO admite, ainda, que a noção clássica de sanção poderia ser classificada conforme o objetivo da reação. Nesse caso, distingue-se a sanção que pretende atingir a ação não conforme ou reparar as consequências dela. A tabela 4 apresenta essa divisão:

Tabela 4: sanções de acordo com o objetivo da reação		
	Sanções negativas	Sanções positivas
<u>Atingir a ação</u> não conforme	Retributivas (pena)	Reparadoras (ressarcimento)
<u>Remediar</u> o dano causado	Indenizações	Prêmios (retribuições)

⁷³ Ver N. LUHMANN. *Come è possibile l'ordine sociale*. Bardi: Laterza. 1985. Há, na definição tradicional, uma distinção entre sanções naturais, sociais e morais. Essas, sim, estão relacionadas à ordem normativa violada. V. J.M. Guyau. *Crítica...*op.cit.

Esta distinção é especialmente importante. No direito ela se reflete excluindo a segunda linha do conceito de sanção, justamente por reparar a situação anterior à ação não conforme⁷⁴. Também está presente nos trabalhos de DURKHEIM e influenciaram a sequência dos estudos sociológicos⁷⁵. Também têm relação com a noção de sanção como restauradora da ordem prévia. Contudo, ainda são termos gerais. São comuns às sanções morais, religiosas e jurídicas – como a definição tradicional costuma distinguir – e não identificam a juridicidade de uma sanção.

As tentativas de identificar a juridicidade da sanção jurídica seriam abrigadas em duas grandes linhas de pensamento. A primeira teria o foco na institucionalização, na regulação, por parte do direito, da resposta à violação das normas jurídicas. A outra linha reforça o caráter coativo, o exercício da força, na aplicação da sanção jurídica. BOBBIO não considera as linhas incompatíveis, pelo contrário, poderiam ser reunidas. Um dos autores que realizou essa síntese das duas linhas foi o austríaco H. Kelsen⁷⁶.

KELSEN define o direito como uma ordem social coativa. Essa coação é externa, centralizada e objetivamente válida – fundamentada em uma norma fundamental globalmente eficaz. Nesse ponto, KELSEN, de fato, não se distancia da filosofia clássica, mas reúne as ideias de coação no sentido de exercício da força física com a ideia de validade, distinguindo as

⁷⁴ V. H. Kelsen. TPD op. cit. p 138. O dever jurídico, no caso de dano, é a reparação. A sanção é aplicada apenas no caso de ausência de reparação. Nesse ponto fica clara a relação, na semântica jurídica, entre sanção e autoridade.

⁷⁵ V. infra item II.2

⁷⁶ N. BOBBIO. *Sanções positivas...* op.cit. p 26-27. Os outros autores seriam K. OLIVECRONA e A. ROSS. Há um paralelo interessante entre essas duas linhas identificadas por BOBBIO e as duas grandes linhas de pensamento social trabalhadas por PARSONS: a linha da força física parece estar alinhada com o positivismo (não entendido no sentido de positivismo jurídico, mas no sentido próprio atribuído por PARSONS) e a linha institucional ao idealismo. Eventuais estudos que relacionem a estrutura social e a semântica da sanção jurídica poderiam explorar essa relação.

sanções de outros atos coercitivos por meio da validade conferida pela norma fundamental. Destaco, neste ponto, que pode parecer ao leitor haver uma confusão, na Teoria Pura do Direito, entre o ato violento e a norma que prevê esse ato. A sanção torna-se o dever-ser essencial (o que deve ser é a sanção)⁷⁷. Isso pode levar o leitor a confundir uma ocorrência no plano do “ser” (coação) com uma do plano do dever-ser, o que é incompatível com a rígida divisão traçada pela Teoria Pura do Direito. Kelsen chega a restringir o direito a normas sobre a aplicação da sanção – daí a reunião das duas linhas percebida por Bobbio, instituição e coação – e, nesse sentido, toda norma é, direta ou indiretamente, uma norma sobre sanção. Mais ainda, é a marca de juridicidade: o dever jurídico é identificado pela existência de uma sanção. Contudo, o direito não é formado pela aplicação de sanções e sim por normas sobre a aplicação de sanções⁷⁸.

A questão que Bobbio se propõe a resolver é a identificação das sanções como jurídicas sem recorrer à força física. Sejam elas positivas ou negativas, Bobbio reforça o que já afirmara em sua Teoria da Norma Jurídica: as sanções são reações à violação. A reação física seria apenas um último recurso. Essas reações consistem no surgimento de obrigações secundárias, estas, sim, garantidas pelo uso da força. Essa distinção é ampla o bastante para abarcar sanções não jurídicas. Por outro lado, não obstante a amplitude, é incapaz de conter todos os meios de controle social que visam a encorajar ou desencorajar comportamentos e, por esse motivo, ele esboça uma classificação mais ampla das medidas de controle social.

Bobbio termina, então, seu estudo sobre as sanções positivas com uma classificação das medidas de controle social. Cria uma distinção primária entre medidas diretas e indiretas – entre as medidas que atingem a ação diretamente, como policiais contendo uma multidão; e medidas que

⁷⁷ H. Kelsen. TPD op. cit. p. 133. “devido é apenas o ato coerção que funciona como sanção”. Nesse ponto ele está explicando a distinção entre dever-ser (sollen) e dever jurídico (Plicht). O dever jurídico é a conduta que não gera a sanção.

⁷⁸ H. Kelsen. TPD op. cit. p. 128-133

induzem o comportamento – e expande essa distinção conforme os graus de proximidade da ação. A tabela a seguir resume essa classificação.

Tabela 5: Graus de medidas de controle social

Grau	Momento	Designação	Forma negativa	Forma positiva
1ª grau:	Anteriores à ação	Medidas de constrição ou preclusão	Impedir ação	Promover ação
2ª grau:	Anteriores à ação	Medidas de facilitação ou obstaculação	Desfavorecer um comportamento	Favorecer um comportamento
3º grau	Posterior à ação	Medidas de retribuição ou reparação (sanções propriamente ditas)	Penas	Prêmios

Todo o esforço de classificação realizado por BOBBIO mostra a vagueza da noção de sanção. Em apenas dez páginas – na edição brasileira – ao menos cinco classificações foram encontradas. Cada uma toma um espectro de fatos mais abrangente que o anterior. As sanções são bipolares, digamos assim, podem ser boas ou más. Podem acontecer antes, durante ou depois da ação. Podem restaurar a ordem ou apenas reprová-lo o comportamento. Podem tomar a forma de medidas econômicas, morais, jurídicas ou físicas. Ao final, resta apenas a relação entre duas ações, uma chamada de ação e outra chamada reação, sendo que sancionador e sancionado podem estar em qualquer um dos lados, dependendo da explicação causal apresentada. Se, por um lado, a relação de causalidade está centrada na motivação da ação do sancionado, então, sua ação é uma reação às ações do sancionador, negativas ou positivas⁷⁹. Se, por outro lado, a causalidade é centrada na motivação do sancionador, a sanção será reação⁸⁰. Ainda assim, há algumas características comuns às definições que

⁷⁹ Assim são as teorias que buscam explicar a racionalidade da ação do indivíduo, que reage a ameaças ou estímulos.

⁸⁰ Este é o caso das teorias jurídicas que colocam a ação de aplicar a sanção – positiva ou negativa – como o cumprimento da norma. A confusão entre as situações é

serão relevantes para compreender qual a relação entre a noção comum de sanção e o desenvolvimento da sociologia.

Três são as características gerais comuns a qualquer definição incluída na noção comum de sanção. A primeira característica geral foi descrita acima. Há uma relação subentendida entre ações. As outras características ligam-se a essa primeira. Uma é o fato de a sanção – seja qual for sua polaridade –conectar ações, e, mais ainda, ações individuais. A sanção reage ou espera a reação de um agente, seja indivíduo ou uma personificação (empresa, organização, Estado). O que quero destacar é que as descrições não parecem focar na relação, mas nas ações, por isso as classificações de BOBBIO são possíveis a partir de características das ações e não da própria relação⁸¹. A mais relevante característica geral, neste momento, é a pressuposição de uma ordem. A sanção não é descrita como uma mera reação, mas reação à violação da ordem ou como promoção de valores de uma ordem social. Há, então, uma assimetria na relação subentendida: de um lado está a ordem e do outro, a ausência de ordem. Considerando essas características, a seção seguinte tratará da evolução das teorias sobre a ação e a ordem social.

II.2. Ação: ordem e racionalidade

A noção geral de sanção está vinculada à interpretação da sociedade como ordem formada por ações. A sanção é uma (se não qualquer) medida de controle social das ações, portanto, pressupõe uma ordem, para a qual o controle conduz a ação e uma racionalidade, que permite supor que a ação irá reagir à medida seguir em direção à ordem. Essa relação entre ação e ordem social na história do pensamento sociológico foi explorada por Talcott PARSONS na obra A Estrutura da Ação Social. Aqui o trabalho de

decorrente da simetria existente nessa relação de causa e efeito da ação. Ver infra item II.4.2. Racionalidade e causalidade

⁸¹ Uma exceção seria o próprio Kelsen, que destaca haver uma relação de imputação na aparente causalidade da sanção. Ver. H. Kelsen. TPD op. cit. p 86-91; H. Kelsen. Causalidade e imputação in *O que é justiça ? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 3. ed., 2. tir. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

PARSONS será útil para compreender como a noção comum de sanção tornou-se tão vaga: ela é resultado do conflito entre linhas sociológicas.

É possível dividir a sociologia entre teóricos positivistas e idealistas. Essa divisão foi proposta por T. PARSONS para demonstrar sua tese a respeito de um único paradigma geral – o da ação – que teria se desenvolvido, desde MARSHALL e PARETO até WEBER, passando por DURKHEIM. Haveria, assim, um movimento, o desenvolvimento do paradigma da ação, culminando na Teoria Voluntarista da Ação⁸². Para demonstrar esse desenvolvimento, PARSONS precisou, antes de tudo, teorizar a respeito da ação – para ele a unidade elementar de toda teoria social – e sobre como as variações teóricas ocorrem por meio da mudança na compreensão das propriedades da ação, também elencadas pelo sociólogo americano. A evolução na teoria social teria acontecido no momento em que as teorias positivistas estavam bloqueadas pelo que o autor chamou de “dilema utilitarista” e a sociologia – mais especificamente, WEBER – superou o dilema por meio da incorporação de premissas do paradigma idealista⁸³.

Resumidamente, a distinção entre os dois paradigmas poderia ser traçada deste modo. O paradigma positivista, no qual se insere o utilitarismo, trataria a ação como dotada de um sentido científico positivo. A ação – que visaria a uma alteração no curso natural dos fatos – teria uma racionalidade positiva. O idealismo, por sua vez, nega a possibilidade de investigar diretamente a vontade do agente. Em ambos os casos, o problema da sociologia seria explicar a existência de uma ordem e, dentro do paradigma positivista, a sanção aparece como elemento a ser considerado pelo agente (racional) no momento da ação. Elemento esse que aumentaria, na balança da consciência racional utilitária, o peso da ação em

⁸² T. PARSONS. *Estrutura da Ação Social: um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes*. Vol I e II. Petrópolis: Vozes, 2010. p 12-13; 33.

⁸³ T. PARSONS. *Estrutura...* op.cit. p 103-106

conformidade com a ordem social⁸⁴. Já para as linhas idealistas, cujo ancestral comum é Kant, a sanção teria um papel secundário para a estruturação da ordem social, que se formaria a partir de valores ou de um Espírito comum.

A divisão de PARSONS não é aceita com unanimidade. Em verdade, é criticada por nomes de grande relevância, como A. GIDDENS e R. BOURDON. As críticas variam: a exclusão de Marx do grupo de autores estudados não seria correta; a interpretação de que a ordem é o grande problema dos sociólogos seria enganosa⁸⁵; a aproximação feita entre DURKHEIM e WEBER seria artificial⁸⁶. Não obstante o valor das colocações contrárias, a análise de PARSONS da estrutura da ação social é válida para qualquer estudo da ação – desde que se esteja consciente de suas limitações –, mais ainda, a unidade e a diferença por ele traçadas, a relação entre ação e ordem social, auxiliam a contraposição dos paradigmas que utilizam a noção comum de sanção com a teoria dos sistemas.

Cabe explicitar que a ideia de uma estrutura da ação é, ela mesma, de um modo indireto, uma inquisição sobre o fundamento da ordem social⁸⁷. Esse é o motivo pelo qual o estudo de PARSONS sobre o sistema da ação social leva à conclusão de que a ordem social é o maior problema dos sociológicos. Será possível, então, relacionar as diferentes faces da noção de sanção analisadas acima com a evolução do sistema da ação social. Serão explicados, então, os termos gerais da estrutura geral da ação social e como PARSONS delineou a evolução da teoria social a partir das variações

⁸⁴ T. PARSONS. ESTRUTURA... OP. CIT. Cabe destacar que a divisão feita por PARSONS não chega a ser total, uma diferença nos termos Luhmannianos. Teorias empíricas e behavioristas não fazem parte de nenhum dos dois grandes paradigmas.

⁸⁵ A. GIDDENS. Classical Social Theory and the Origins of Modern Sociology in *American Journal of Sociology*. Vol. 81, nº 4, jan 1976. pp. 703-729.

⁸⁶ R. BOUDON. Ação in R. BOUDON (org.). *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1995. pp 30-31. LUHMANN parece acompanhar essa posição ao afirmar que “PARSONS furza Weber a admitir componentes sistémicos, y a Durkheim, los correspondientes a la acción”. V. N. LUHMANN. Introducción...op.cit. p 32

⁸⁷ N. LUHMANN. *Come è possibile l'ordine sociale*. Bardi: Laterza. 1985. pp 95-103

que ocorreram nessa estrutura⁸⁸. A seção seguinte fará o confronto desse esquema da ação com os pressupostos da TSA.

II.2.1 O Paradigma da ação

O esquema da ação social foi a unidade encontrada por PARSONS no desenvolvimento da sociologia. Esse esquema, também chamado pelo autor de teoria da ação social, permitiria identificar, nos trabalhos dos sociólogos europeus, um movimento que, apesar de fragmentado, sofrera uma evolução, passando de um paradigma positivista utilitarista para o paradigma voluntarista⁸⁹. A teoria da ação é um esquema baseado em um elemento único – a unidade ato ou o ato-unidade –, que tem determinadas propriedades. As mudanças na teoria da ação dependeriam de alterações na relevância atribuída a essas propriedades da unidade ato⁹⁰. O ato envolve quatro propriedades mínimas: (i) o agente; (ii) um fim; (iii) uma situação temporalizada⁹¹ decomposta em meios e condições; e (iv) uma relação entre as propriedades.

O agente ou ator da ação é o ser humano, mas não em sua integralidade biológica. PARSONS usa o ator como uma referência da ação, que é interpretada, na teoria da ação, como subjetiva, quer dizer, a partir do agente como referência. Não se trata, portanto, de um organismo – como colocam as teorias behavioristas –, mas de um *ego* ou um *self*. O corpo, o

⁸⁸ Alerto o leitor de que não será necessário tratar, aqui, do conhecido esquema AGIL, o Sistema da Ação Social de PARSONS. A relação entre o desenvolvimento da teoria sociológica e o esquema da ação foi feita com base em uma estrutura de ação ainda não tão elaborada. Ainda assim, é nessa estrutura e não no esquema AGIL que conseguimos encontrar mais facilmente o papel da sanção na ação e na ordem social.

⁸⁹ T. PARSONS. *Estrutura...* op. cit. p 12-14

⁹⁰ T. PARSONS. *Estrutura...* op. cit. p 78-79. PARSONS esclarece que as propriedades da unidade ato (*act unity*) seriam como as propriedades das partículas elementares dos átomos e não partes da ação. Assim, não é o caso de decompor a unidade ato em partes menores (átomo decomposto em partículas). O ator, uma das propriedades, estaria para a unidade ato como a massa está para a partícula. Por vezes ele chama a essas propriedades “elementos”, mais precisamente, “elementos analíticos” ou, ainda, universais (p.68), mas prefiro manter o termo propriedade para não confundir o leitor.

⁹¹ O termo “temporalizada” é meu e será explicado adiante. PARSONS descreve essa propriedade como “‘situação’ cujas tendências de desenvolvimento diferem, em um ou mais aspectos importantes, do estado de coisas para o qual a ação é orientada”. (p. 79).

organismo vivo, concreto, para a análise teórica será parte da situação temporalizada, será um meio para alcançar um fim⁹². A Teoria da Ação reconhece, contudo, elementos biológicos que não se submetem ao controle do agente, chamando-os hereditariedade e ambiente⁹³.

As outras três propriedades estão imbricadas. O fim está relacionado com os meios disponíveis na situação temporalizada. Há, então, uma série infinita de fins que podem ser desejados pelo agente (a infinidade de fins será relevante para a linha utilitarista), que são projeções futuras da situação presente. A ação é, desse modo, inerentemente temporal. Chamo a situação “temporalizada”, porque ela não seria vista pelo autor como um presente, mas, sim, como um processo temporal natural. O ponto final desse processo natural é uma situação que diverge do fim desejado pelo agente que, portanto, deve executar a ação para alcançar o fim almejado. Isso se aplica tanto para uma situação de presente indesejado que se prolongará quanto para um presente desejado que se extinguirá. A ação é uma interferência do agente nesse processo temporal, desviando o curso da situação para o fim desejado⁹⁴.

A definição pode parecer confusa à primeira vista. Em geral, pensa-se na ação como inovação, não como manutenção. Dois exemplos singelos podem ajudar o leitor a compreender a definição mais ampla usada por PARSONS. Quero um livro que não tenho, minha ação deve ser tentar adquiri-lo, seja pedindo-o emprestado na biblioteca, seja comprando-o na loja. A ação inova ao transformar o presente sem livro em um futuro com livro. Contudo, a ação também significa a manutenção de uma situação. Tenho algumas frutas que se estragarão se ficarem expostas ao dia quente, guardo-as na geladeira. A ação manteve a situação do presente no futuro. No primeiro caso, minha ação inovou minha situação; no segundo, manteve-a. A ideia de temporalidade será relevante para compreender a relevância da racionalidade científica para a linha positivista.

⁹² T. PARSONS, *Estrutura...op.cit.* p 81-84

⁹³ Idem p. 86, nota 9.

⁹⁴ T. PARSONS. *Estrutura...op. cit.* p 80-81

A situação temporalizada pode, ainda, ser subdividida, conforme o controle do agente sobre os elementos. Há, então, elementos da situação que o agente não pode controlar – e que serão chamados de condições – e aqueles que ele pode controlar – os chamados meios –. As infinitas combinações entre fins e meios poderiam levar a sociologia a entender a ação como seleções ao acaso. Contudo, o esquema da ação exige que haja uma relação pré-estabelecida entre meios e fins, que orienta a seleção de certos meios para determinados fins. Esse fator seletivo é chamado de orientação normativa. Será importante notar que a orientação normativa insere no esquema a possibilidade de erro: estar de acordo com a orientação normativa é acerto; estar em desacordo, erro.

II.2.2 O paradigma positivista

O paradigma ou teoria positivista da ação é abrangente e antigo. Sua origem é remota, mas pode ser demarcada na teoria utilitarista da ação, que seria, então, uma das teorias abrangidas pelo esquema positivista. PARSONS considerava a teoria positivista da ação superada pelo paradigma voluntarista, ainda que fosse possível identificar linhas utilitaristas na atual sociologia econômica e nas em ciências sociais aplicadas⁹⁵. A identificação “positivista” reside no fato de que essas teorias consideram que a relação subjetiva do agente com seu ambiente é mediada pela ciência positiva. Isso significa que são consideradas positivistas as teorias que, implícita ou explicitamente, descrevam a ciência positiva como o modo pelo qual o sujeito compreende seu ambiente⁹⁶.

A teoria positivista da ação pode ser descrita a partir da teoria utilitarista e das tentativas de solução dos problemas desta teoria. As

⁹⁵ Para uma visão geral sobre a sociologia econômica e o paradigma utilitarista ver: M. ZAFIROVSKI. *Economic Sociology in Retrospect and Prospect: In Search of Its Identity within Economics and Sociology in American Journal of Economics and Sociology*. Vol. 58. N°. 4. Outubro de 1999, pp. 583-627. Para as discussões sobre o utilitarismo no direito ver, e.g.: R. POSNER. *Utilitarianism, Economics and Legal Theory in The Journal of Legal Studies*. Vol. 8. 1979 pp. 103-140. R.F. BERNSTEIN. *Legal Utilitarianism in Ethics*. Vol. 89, N°. 2. Janeiro de 1979. pp. 127-146.

⁹⁶T. PARSONS. *Estrutura...op.cit.* p 97-99

características marcantes da teoria utilitarista da ação são o atomismo, a racionalidade, empirismo e aleatoriedade dos fins. O atomismo, que toma a forma de individualismo, sofre influência do pensamento religioso, da valorização do indivíduo e da liberdade na escolha dos fins. Por esse motivo os fins seriam aleatórios, o indivíduo é livre para escolhê-los. A racionalidade, por sua vez, foi a propriedade da ação selecionada pelos teóricos utilitaristas para alcançar a unidade-ato, ainda que não a tenham chamado assim. As teorias utilitaristas observam as ações que consideram como racionais e descartam a irracionalidade e o erro. A ação racional é aquela em que a relação entre os meios disponíveis e os fins possíveis é dada cientificamente⁹⁷. PARSONS explica recorrentemente que “científico”, no caso das linhas positivistas, não exclui métodos simples de observação – ele cita a cozinheira que sabe, por observação, quando a batata está cozida –, mas exige uma noção positivista de conhecimento, isso porque, novamente, nesse paradigma está inserida a noção de que a única relação cognitiva possível entre o indivíduo e a realidade é a ciência positiva⁹⁸.

A relação entre aleatoriedade de fins e racionalidade irá levar o sistema positivista da ação a um dilema. Ambas as premissas são difíceis de constatar na realidade e o pensamento positivista desenvolveu-se buscando solucionar ora um ora outro problema. PARSONS identifica duas linhas de variações positivistas, cada uma dando ênfase a um desses problemas do utilitarismo. As variações ocorrem, então, a partir do estudo dos fins, de um lado e do estudo da racionalidade, por outro. Os fins seriam, no utilitarismo, aleatórios, mas conforme o positivismo se desenvolveu, questionou-se essa premissa. A aleatoriedade dos fins limitava a análise. A escolha de fins poderia, então, ser determinada pelo grau de conhecimento científico ou pelas experiências passadas, tornando-se, assim, condições da ação (fora do controle do agente). Essa vertente tornou a ação, então, um processo de adaptação às condições, àquilo sobre o que não se tem controle. O estudo da racionalidade, por sua vez, padece

⁹⁷ T. PARSONS. *Estrutura...op.cit.* p 96

⁹⁸ Assim os rituais, por exemplo, estariam excluídos como ação racional. T. PARSONS. *Estrutura...op.cit.* p 97-99

de um problema paradoxal: não pode explicar a irracionalidade e o erro. Se toda ação é racional, e a racionalidade é acessível a todos, por que há ações diferentes? Por que parece haver fins diferentes? Do mesmo modo que para os fins, as soluções para superar esse problema sem deixar o paradigma positivista seriam considerar a aleatoriedade do erro ou atribuí-lo às condições da ação (novamente: àquilo que está fora do controle do agente). Em ambos os casos, o subjetivismo, essencial para a teoria positivista, desaparece nas condições externas ao agente. O paradigma voluntarista teria evoluído a partir da recusa a prender-se nesses dilemas⁹⁹.

PARSONS traça um esboço do desenvolvimento do positivismo. Inicia com a Reforma e o atrito que surgiu entre liberdade religiosa e autoridade coercitiva do Estado. Hobbes é trazido como o marco da propositura do problema da ordem, que existe porque, em uma pluralidade de seres humanos, governados por suas paixões, há disputa pelos meios disponíveis para se alcançarem os fins (objetos das paixões). Uma vez que os meios mais eficientes seriam a força e a fraude, que constituem poder, seriam os meios mais buscados e o governo existiria para limitar essa busca. PARSONS indica em Hobbes as características encontradas no utilitarismo: fins aleatórios (as paixões) e o agir racional (escolha dos meios mais eficientes). Em seguida, PARSONS apresenta sua leitura de Locke, no qual também estariam presentes os fins aleatórios e a racionalidade da ação, mas para quem o problema da segurança não ocupava uma posição central. O governo seria uma medida prudente, não a essência da ordem. Em Locke, a razão já seria suficiente para subordinar ações a regras, um elemento que será desenvolvido mais tarde, com DURKHEIM. A partir desses dois autores, duas linhas radicais do positivismo se desenvolveram, deixando os economistas “perdidos no meio”¹⁰⁰.

As linhas radicais podem ser divididas conforme o modo de estudo da ação: o objetivismo ou subjetivismo. Ambas sofreram com o mesmo problema: recair em alguma espécie de determinismo. PARSONS descreve

⁹⁹ T. PARSONS. *Estrutura...op.cit.* p 87-107

¹⁰⁰ T. PARSONS. *Estrutura...op.cit.* p 130-145

rapidamente as teorias de MALTHUS e MARX, além do Darwinismo social, mas não é preciso tragar o leitor por esse caminho. Basta, aqui, explicar que, conforme os estudos de PARSONS, as linhas que adotaram o objetivismo substituíram os fins aleatórios no esquema da ação pelas variações aleatórias da seleção natural, indicando ora fatores hereditários, como os instintos; ora fatores ambientais, como no caso do behaviorismo, como explicações para a existência da ação/ordem social. Do lado do subjetivismo, escolas como o hedonismo também eliminaram a aleatoriedade dos fins ao definir a busca pelo prazer (e, em última instância, pela sobrevivência), como finalidade última da ação. Também foi incluída na linha subjetivista a noção de razão como lei da natureza humana, que governa as paixões e, portanto, determina o comportamento. Nesse caso a natureza é a orientação normativa da ação, o que leva a aplicar o mesmo esquema teórico da física, imbuído da noção de causalidade, ao estudo da ação. Nos dois casos há uma negação do problema da ordem, ele já teria sido resolvido ou pela seleção natural (objetivistas) ou pela razão (subjetivistas). PARSONS afirma, então, que “todos os rios positivistas correm para o mar determinista”¹⁰¹.

Por fim, PARSONS analisa com profundidade três autores que teriam contribuído para as mudanças no paradigma positivista. A. MARSHALL, V. PARETO e E. DURKHEIM teriam inserido no paradigma características que permitiram depois a M. WEBER alcançar a Teoria Voluntarista da Ação. Como já mencionado, a tese de PARSONS a respeito da evolução da Teoria da Ação não está em julgamento aqui. Também não será necessário repassar cada um desses autores. Bastará apresentar ao leitor alguns pontos relevantes para o tratamento da sanção na sociologia, que apareceram em DURKHEIM e, depois, em WEBER. Se há uma semelhança entre o esquema conceitual desses dois autores não é uma discussão que precise ser recontada aqui.

¹⁰¹ T. PARSONS. *Estrutura...* op. cit. p 145-165.

No desenvolvimento da Teoria Voluntarista da Ação a evolução interna à obra de DURKHEIM foi marcante. Conforme o esquema de PARSONS, DURKHEIM não chegou a superar o dilema utilitarista, mas deu um passo importante. O interesse de DURKHEIM estava no sistema de regras normativas que governam as atividades e relações sociais¹⁰². Os critérios do fato social, externalidade e coerção, podem ser relacionados ao objetivismo e determinismo, ou seja, DURKHEIM inicialmente tendeu a solucionar o dilema do mesmo modo que as linhas positivistas radicais. Contudo, esses critérios se mostraram insuficientes quando DURKHEIM voltou-se para o estudo do suicídio. A partir daí, a noção de que a sociedade é uma realidade *sui generis*, uma realidade psíquica, afastou DURKHEIM do caminho – sem saída – das linhas radicais. Passa-se a compreender o social como um terceiro fator, nem ator nem ambiente físico¹⁰³. A realidade social deixa, então, de ser uma categoria residual, definida negativamente, para ser o lado normativo da ação. Fins e normas, valores sociais comuns, a noção de sagrado, são elementos sociais. A sanção deixa de ser o meio de controle social que permite a ordem social. Essa mudança aproxima DURKHEIM das linhas idealistas – o que permite a PARSONS aproximá-lo de WEBER – e terá consequências marcantes no lugar da sanção para a sociologia. Isso será mostrado adiante. Primeiro, será preciso encerrar a contribuição de PARSONS com a contraposição do paradigma positivista com o idealista.

II.2.3 O paradigma idealista

A outra linha de pensamento da teoria da ação social seria a tradição idealista. Essa pode ser explicada em oposição à tradição positivista, especialmente por meio de duas oposições: organicismo/individualismo e relação de causalidade/relação de significado. A tradição idealista, como a positivista, sofreu dilemas metodológicos. PARSONS afirma que a saída

¹⁰² T. PARSONS. *Estrutura...*op.cit. p 542

¹⁰³ T. PARSONS. *Estrutura...*op.cit. p 892

sociológica para os dilemas de ambos os paradigmas foi a teoria voluntarista da ação¹⁰⁴.

PARSONS contenta-se em limitar a origem do paradigma idealista a KANT. Embora reconheça ser possível traçar um histórico muito mais complexo, o pensamento de KANT é suficiente para entender a divisão entre os paradigmas teóricos. PARSONS apoia-se na interpretação predominantemente anglo-saxã que atribui a Kant o mérito de solucionar o dilema da epistemologia de HUME. Se HUME havia posto em dúvida a validade do conhecimento científico – aqui entendido como conhecimento sobre o mundo físico – KANT haveria devolvido essa validade por meio da noção de fenômeno. Contudo, a distinção entre o mundo fenomênico (das ciências naturais) e o ideal (ciências humanas) foi radicalmente forçada pelos herdeiros intelectuais da tradição kantiana. O idealismo evoluiu, então, para uma forma que rejeita a compreensão do homem por meio de teorias e de métodos generalizantes ou analíticos. Restaria apenas estudar ações concretas ou filosofar sobre essas ações. Surgem, então, duas linhas: a da história concreta e da filosofia da história, ambas consideradas opostas ao positivismo¹⁰⁵.

A tradição idealista teria, assim, pontos diametralmente opostos ao positivismo. Em primeiro lugar, um enfoque orgânico, oposto ao atomismo ou individualismo da tradição positivista. A unidade estaria subordinada ao todo, seria relativa a ele. Segundo, a rejeição a teorias generalizantes. Isso implicou hostilidade ao empirismo positivista, ainda que o próprio idealismo tenha sua linha empírica¹⁰⁶. O empirismo positivista tomou a forma de um sistema analítico geral capaz de explicar um determinado conjunto de fatos. Essa relação entre sistema analítico e conjunto de fato se opera por meio da reificação. Isso implica dizer que os fenômenos

¹⁰⁴ T. PARSONS. *Estrutura...* op.cit. pp 625-641

¹⁰⁵ T. PARSONS. *Estrutura...* op.cit. pp 624-628

¹⁰⁶ É importante destacar que PARSONS não se refere, ao falar em “empírico” a técnicas de coletas de dados, mas a um método, a bases gerais para atribuição de validade filosófica ou científica a uma afirmação. O empirismo é um método que atribui validade à correspondência imediata entre as proposições científicas e a realidade. Ver. T. PARSONS. *Estrutura...* op. cit. p 56

concretos só poderiam ser entendidos em termos de categorias e à medida que as condições experimentais estivessem presentes. PARSONS explica que um sistema empírico transforma um sistema logicamente fechado em um sistema empiricamente fechado¹⁰⁷ e, ao fazê-lo, também transforma o determinismo lógico em determinismo empírico e esse é justamente o ponto de conflito com o idealismo. O empirismo idealista repudia as teorias positivistas e afirma a singularidade concreta e individualidade do homem e de seus atos. Daí derivarem as duas linhas idealistas. A primeira, historicista, buscando a fiel descrição dos fatos. A segunda, a vertente hegeliana, dando ênfase ao Espírito (*Geist*) e à ação como expressão do *Geist*. Dessa linha derivaram as interpretações históricas relativistas e a dialética hegeliana¹⁰⁸.

Há mais um ponto de conflito entre as tradições positivista e idealista: a causalidade. Cada teoria deve contemplar as relações de causalidade entre os fenômenos relevantes, mas o fazem de modos opostos. As teorias são sistemas de significados, complexos de elementos conectados de um modo significativo. As teorias positivistas reduzem os sistemas de significado a uma base causal, enquanto as idealistas observam as relações causais como sistemas de significado. PARSONS afirma que não é possível realizar essa identificação, uma vez que os sistemas de significado não são temporais, são normativos¹⁰⁹.

¹⁰⁷ PARSONS chega a se deter por alguns parágrafos para explicar o que seria um sistema logicamente fechado e um empiricamente fechado. Resumidamente, o sistema pode ser chamado logicamente fechado “quando cada uma das implicações lógicas que podem ser deduzidas de qualquer uma das proposições do sistema encontra sua afirmação em outra proposição no mesmo sistema” (T. PARSONS. *Estrutura...op.cit.* p 40-41). Seria um conjunto de equações simples, como duas equações para descobrir duas variáveis (X e Y). O sistema está fechado quando tem duas equações, suficientes para encontrar X e Y. Um sistema empiricamente fechado é aquele em que as mesmas proposições ou categorias “são adequadas para explicar todos os fatos cientificamente importantes sobre o corpo de fenômenos concretos ao qual é aplicado” (*Estrutura...op.cit.* 108). Usando o mesmo esquema de equações, seria, como nos exemplos dos livros primários, descobrir quantas maçãs e quantas laranjas tenho na cesta. Se o sistema X e Y funcionar para maçãs, mas não para as laranjas, não está empiricamente fechado.

¹⁰⁸ T. PARSONS. *Estrutura...op.cit.* pp 629-634

¹⁰⁹ T. PARSONS. *Estrutura...op.cit.* pp

No estudo de PARSONS, o desenvolvimento da Teoria Voluntarista da Ação termina em WEBER. Embora orientado por uma linha idealista, WEBER propôs a validade de conceitos gerais para a sociologia. O problema que limitou WEBER foi o fato de considerar esse sistema geral fictício, o que PARSONS explica afirmando que WEBER ainda estava preso a uma separação lógica entre ciências naturais e sociais. Do mesmo modo que DURKHEIM, WEBER atribuiu não ao poder coercitivo o papel de orientação primordial da ação, mas à racionalidade e à norma de eficiência. Distinguiu a ação em tipos, conforme a orientação (fins, valores, emocional, tradicional) e enfatizou a diferença entre a ação econômica e outros modos de ação. Além disso, apresentou instituições como estruturas e estudou a questão da legitimação. Em WEBER, a sociedade (e a ação) são muito mais complexas. E é a partir dele que PARSONS identifica como formada a Teoria Voluntarista da Ação¹¹⁰.

II.3. Sanção e Ordem Social

Faz-se necessário, agora, indicar como a amplitude da noção comum de sanção guarda relação com a evolução da teoria da ação social. PARSONS não precisou realizar essa relação explicitamente, especialmente porque o grau de abstração de sua teoria é muito elevado – já distante da sanção como meio ou condição da ação. Como mencionado acima, a noção comum de sanção pressupõe uma noção de ordem social. A partir do estudo de PARSONS é possível notar que a noção comum de sanção pressupõe ainda outra noção: a de racionalidade da ação. A noção comum de sanção abarca, então, as definições que envolvem ações racionais sendo uma delas orientada para manter ou promover a ordem social.

A noção comum de sanção, por mais ampla que seja, está ligada ao problema da ordem. A retribuição de um mal com um mal, a noção mais ampla apresentada acima, pressupõe a existência de uma ordem que baliza a noção de “mal”. Na outra polaridade, a atribuição de um bem para obter um

¹¹⁰ T. PARSONS. Estrutura...op. cit. pp 899-902

bem também subentende a valoração de determinadas ações como benéficas à ordem. Uma possível explicação para isso talvez esteja na etimologia da palavra sanção, que, acredita-se, tem origem na proteção do sagrado e, mais remotamente, nos muros que separavam os locais sagrados¹¹¹. A sanção ora aparece como proteção à regra ora como modo de restaurar a ordem, como compensação¹¹². Essas origens remotas não são tão relevantes no momento. Basta, por enquanto, relacionar as diversas noções de sanção com os estudos da ordem. Neste ponto já é possível deixar que LUHMANN retorne à sala.

A questão da ordem social foi diretamente abordada por LUHMANN. No principal texto a esse respeito, “*Wie ist soziale Ordnung möglich?*”, ele usa a pergunta título também como unidade para compreender o desenvolvimento da sociologia, PARSONS inclusive. O texto é um modo de LUHMANN vincular-se aos pensadores que lhe antecederam, desvinculando-se deles. Resumidamente, ele descreve como a pergunta guia “como a ordem social é possível?” esteve presente nas autodescrições da sociedade, sob diferentes formas: como é possível que os indivíduos se relacionem? Quais as relações possíveis entre indivíduo e sociedade? Como é possível a ação social? De ARISTÓTELES a PARSONS, LUHMANN conclui que as respostas à pergunta mudaram conforme as mudanças na estrutura e na semântica da sociedade. Encerra o texto apresentando a pergunta guia como uma autoprovação constante da sociologia que, no entanto, não pode ser simplesmente respondida com um “assim!”, mas deve ser desdobrada em diversos aspectos, todos presentes na teoria dos sistemas: o meio sentido, os sistemas sociais, a evolução desses sistemas¹¹³.

Como já exposto, a noção comum de sanção tem algumas características gerais. Foram identificadas as seguintes características: (i) uma relação subentendida (ii) entre ações individuais, na qual (iii) existe

¹¹¹ C. Morand. *La Sanction in Archives de Philosophie du Droit: Vocabulaire Fondamental du Droit*, Tome 35, Sirey, 1990.

¹¹² J.M. Guyau. *Critica...op.cit.* p 27-8

¹¹³ N. LUHMANN. *Come è possibile l'ordine sociale*. Bari: Laterza. 1985

uma assimetria que indica a sanção como favorável à ordem. A relação entre sanção e racionalidade deriva da interpretação de uma relação de causalidade: a sanção pode causar o comportamento do indivíduo – seja pela ameaça, seja pela promoção – porque se pressupõe algum tipo de racionalidade (como a utilidade) ou, quando muito, porque se presume uma abstração do instinto (como nas linhas behavioristas). Ela seria, no mínimo, uma condição a ser levada em consideração na seleção de meios para os fins desejados.

A relevância da sanção nas teorias clássicas parece acompanhar aquela atribuída racionalidade da ação. Mais ainda, acompanha as tentativas de atribuir à ação previsibilidade. Conforme a ciência social precisou ampliar a noção de racionalidade, a noção de sanção foi ampliada – e não alterada ou superada – alcançando a vagueza que tem hoje. Assim, a tradição positivista radical apresentou uma tendência a usar a noção comum de sanção como parte do cálculo de previsão da ação e, nos casos mais extremos, como causa da ordem social¹¹⁴. Do mesmo modo, os idealistas afastaram-na do centro da ação pelos mesmos motivos que afastaram a busca pela racionalidade intrínseca à ação. Os de um lado sofreram com resultados empíricos inesperados, não previsíveis pelo cálculo utilitarista – e reagiram chamando-os de irracionais –, os de outro, por precisar recorrer a categorias muito abstratas de ordem.

Outra explicação possível para a amplitude da noção comum de sanção é o aumento de relações estudadas pelas ciências sociais. O problema da ordem, é importante lembrar, é um problema já resolvido. Só é possível estudá-lo porque se vive em uma ordem. As ciências sociais, a sociologia especificamente, não alterou totalmente sua pergunta guia, mas mudou a percepção de o quanto cada fenômeno social era parte da ordem. HOBBS trata do problema da segurança e LOCKE das vantagens comuns,

¹¹⁴ O caso extremo seria HOBBS que, para PARSONS, alongou a ideia de racionalidade para compreender a totalidade das ações. V. T. PARSONS. *Estrutura...op.cit.* p. 134-5. Partindo-se de HOBBS é possível relacionar essa ideia da relação de causalidade entre sanção e ordem com a definição de poder político como derivado da violência, definição essa que chegará até WEBER.

mas DURKHEIM já tratará de uma variedade muito maior de temas, trabalho, suicídio, religião, os títulos mais conhecidos. WEBER tentará desenvolver uma sociologia ainda mais compreensiva. E eles são apenas exemplos. A ordem estava presente em todos esses casos. Esse aumento de temas – possivelmente efeito das pesquisas das linhas empíricas – também gerou, então, um aumento de situações em que se percebia a relação ação-ordem-reação contida na noção comum de sanção. A noção simplesmente foi levada a um grau alto de abstração e indefinição até restar apenas a relação. Impõe-se, agora, ver como essa relação não é plenamente compatível com as premissas da teoria dos sistemas.

II.4. Contraposição entre a Noção Comum e a TSA

Foi traçado um quadro sobre as relações entre a noção comum de sanção e o desenvolvimento das noções de racionalidade, ação e ordem social. Resumidamente a noção comum de sanção, um conjunto abrangente de definições relacionadas, apresenta algumas características básicas: individualidade da ação, pressuposição de uma ordem social e uma relação com uma ação anterior ou posterior. Essas características receberam algumas especificações, conforme o paradigma científico que precisou utilizar a noção de sanção. Assim, no paradigma chamado positivista a sanção foi interpretada como causa da ordem por entender-se haver uma relação racional entre a ação e sanção. A sanção poderia, assim, servir como motivação da ação. O paradigma idealista, por sua vez, inclina-se para indicar a motivação da ação e o fundamento da ordem social na moral ou em ideias mais abstratas, como a própria sociedade. Nesse caso, a sanção é identificada apenas como um reforço da ação individual, mas não o fundamento para a orientação de acordo com a ordem.

A ação individual, a motivação da ação com base na racionalidade e a ordem social são conceitos contestados ou reformulados pela TSA. Primeiramente, como já visto, o problema originário da teoria dos sistemas não é a ordem social, é a dupla contingência. Em verdade, contradições são

eventos perfeitamente comuns e inevitáveis dos sistemas e conflitos são estudados por LUHMANN como sistemas sociais, não como desvios de uma ordem. Em seguida, o elemento dos sistemas sociais não é a ação, mas a comunicação, sendo a ação apenas um modo de imputação da comunicação a um dos polos da comunicação (alter ou ego). A motivação, igualmente, é uma atribuição feita por um observador, mas que não é inerente à comunicação. A noção comum de sanção está assentada sobre premissas que já foram superadas pela TSA.

II.4.1 O problema da ordem

Começo pelo problema da ordem. A ordem social é apresentada, pelas teorias clássicas, como oposta ao estado natural de conflito ou à anomia. Há condutas indicadas como desvios da ordem que são mantidos em um nível aceitável por meio de algumas medidas de controle social, dentre elas, a sanção. Já foi indicado acima que o problema originário da TSA não é exatamente a anomia ou o conflito, mas a dupla contingência. Para esse problema originário não há apenas uma solução, mas várias: o sentido, a evolução da sociedade, os próprios sistemas sociais¹¹⁵.

Há paralelos entre os problemas originários, mas não se pode dizer que sejam idênticos. O estado de natureza hobbesiano, a anomia e a dupla contingência são problemas solucionados pela sociedade, nisso são semelhantes. Contudo, o estado de natureza hobbesiano não é um momento histórico que possa ter acontecido, apenas uma explicação do problema resolvido pela sociedade¹¹⁶, diferentes da anomia e da dupla contingência, que são persistentes. O estado de natureza é, então, um problema extremo e muito mais pontual: a luta de seres racionais com interesses contrários. A anomia, por sua vez, trata não só de um problema na relação entre

¹¹⁵ N. LUHMANN. *Come è possibile...* op.cit. p 131-132

¹¹⁶ O próprio Hobbes indica isso. Ver T. HOBBS, *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil* in R.TUCK (org), *Thomas Hobbes*, 2ª Ed, São Paulo: Martins Fontes

indivíduo e sociedade, mas também da própria personalidade individual¹¹⁷. É desligamento, uma falta de sentido, que poderia levar ao conflito ou ao suicídio na versão de DURKHEIM.

A dupla contingência, contudo, afasta-se de ambos. Não é tão catastrófica quanto a anomia, mas não é tão pontual quanto o estado de natureza hobbesiano. A dupla contingência é um problema permanente que os sistemas de sentido enfrentam ao interagir, não se pode prever com certeza qual será a seleção de sentido – comunicação – seguinte¹¹⁸. A anomia, para a TSA, não seria possível em termos de perda de sentido devido à definição de sentido adotada pela teoria. O sentido é o meio no qual se formam pensamentos e comunicações e o não-sentido não é acessível aos sistemas formados no sentido¹¹⁹. Uma situação de perda de sentido não seria possível ou, ao menos, não seria registrável. A dupla contingência não é a falta de sentido, mas sentido desestruturado! O estado de natureza, um estado de conflito permanente, por sua vez, já pressupõe uma sociedade. Vale a pena ater-se um pouco mais a essa questão.

O conflito é um sistema social. Nesse ponto LUHMANN afasta-se bastante das teorias clássicas. Conflitos são sistemas sociais baseados em contradições. São versões negativas da dupla contingência: “não faço o que você quer se você não fizer o que eu quero”, assim descreve LUHMANN a sequência de contradições que formam o conflito. Contradições são naturais às comunicações, mas não são simples negações. Novas formas de sentido sempre abrem a possibilidade de negação. Este jantar está muito bom. Este jantar está muito ruim. A contradição não está na negação, mas na contraposição de duas comunicações sequenciais¹²⁰. Além disso, como já mencionado, a aceitação da comunicação é altamente improvável. Vamos àquele restaurante? Não! Contradições são eventos normais aos sistemas de comunicação e não são necessariamente perigosas para os sistemas.

¹¹⁷ Essa relação entre o estado de natureza hobbesiano e a anomia foi feita por PARSONS. Ver. T. PARSONS. *Estrutura...* op.cit. p 404

¹¹⁸ V. supra item I.3.1 Sentido e item I.3.2 Dupla Contingência.

¹¹⁹ N. LUHMANN. SS op. cit. p 72-73

¹²⁰ N. LUHMANN. SS op. cit. p 362-373

Conflitos são encadeamentos de contradições. Vamos àquele restaurante? Não, mas vamos àquele outro? Não, só vou àquele. Obviamente, conflitos tomam formas muito mais elaboradas do que uma discussão simples, mas o exemplo serve para mostrar que, para a teoria dos sistemas, os conflitos existem dentro da sociedade e não fora dela. E se coubesse traçar alguma relação de causalidade entre eles, conflitos existiriam porque existe sociedade e não o contrário.

Os sistemas sociais têm mecanismos para lidar com conflitos. Não obstante tratar-se de uma versão negativa, um conflito ainda é um sistema social e, mais ainda, um sistema altamente integrado, quer dizer, um sistema cujos enlaces comunicativos são determinados de modo que há pouquíssimas possibilidades de seleções – exceto não fazer o que o outro quer, não há muito mais o que selecionar no conflito. Conflitos são sistemas perigosos porque são parasitários e podem se dissolver em violência física. Dizer que conflitos são sistemas parasitários de outros sistemas, significa que eles nascem no interior de outros sistemas – uma interação, por exemplo – e acabam por tomar todas as comunicações do sistema, justamente por serem altamente integrativos. Em geral, conflitos se dissolvem rapidamente, como a discussão do exemplo acima. Contudo, podem tomar formas mais intensas. Nesses casos, precisam ser encapsulados por outros sistemas ou estruturas. Os sistemas e estruturas capazes de encapsular o conflito formam o que LUHMANN chama de sistema imunológico da sociedade e, dentre eles, destacam-se o sistema jurídico – por meio do procedimento – e os movimentos sociais¹²¹.

A TSA não considera a relação entre sociedade e conflito como antagônica. Na verdade, a evolução da sociedade depende dos conflitos para seleção e reestabilização de estruturas¹²². Uma explosão de conflitos poderia, realmente, aumentar sobremaneira a entropia dos sistemas sociais,

¹²¹ N. LUHMANN. SS op. cit. p. 388-91. Sobre movimentos sociais como parte do sistema imunológico da sociedade ver. C. CAMPILONGO. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012

¹²² N. LUHMANN. GG op. cit. p 368-73

mas isso não aconteceu até hoje porque as estruturas e sistemas que compõem o sistema imunológico da sociedade conseguem manter os conflitos em uma forma suportável para a sociedade. Por sistema imunológico, LUHMANN não entende um sistema parcial da sociedade, nem mesmo um sistema propriamente dito. Trata-se de um conjunto de sistemas e estruturas que realizam esta prestação: dar aos conflitos formas suportáveis. É esse conjunto de estruturas e sistemas que mantém a chamada ordem e não a imposição por meio da força nem mesmo a estrutura estatal. O papel do procedimento será especialmente importante para o sucesso da participação do sistema jurídico no sistema imunológico. Retomarei esse ponto nos próximos capítulos.

Resta agora fazer uma rápida consideração sobre os mecanismos de controle social e os conflitos. A grande categoria criada por BOBBIO mostra que há várias possíveis ações identificadas como medidas de controle. Entre si, elas têm a suposta capacidade de determinar comportamentos o que, como se verá a seguir, não é a mesma descrição feita pela TSA. A respeito dos conflitos é relevante frisar que, na descrição da sociedade feita por LUHMANN, os chamados mecanismos de controle social não são modos de encerrar os conflitos. Quando muito os dissolvem por reduzirem os recursos disponíveis aos envolvidos, por exemplo, com o confisco de armas ou com a separação física entre os envolvidos. Considerar as medidas de controle como causa das ações – “corretas” – dos indivíduos na sociedade já seria contrário às premissas da TSA. Aquilo que BOBBIO chama, amplamente, de medidas de controle poderia ser, na verdade, equiparado aos meios de comunicação simbolicamente generalizados, portanto, a estruturas sociais distribuídas por toda a sociedade¹²³.

¹²³ A aproximação entre medidas de controle social e os meios de comunicação simbolicamente generalizados foi feita pelo próprio LUHMANN. N. LUHMANN. GG op. cit. p 245.

II.4.2. Racionalidade e causalidade da ação

A segunda característica da noção comum de sanção é a indicação de ações individuais relacionadas em ação e reação. A ação não é um conceito completamente estranho à TSA, mas foi descrita como relativa à comunicação e à observação. Isso significa que qualquer conceito que dependa da ação, para alcançar o nível de complexidade das descrições da TSA precisará recorrer não à ação pontual, mas à comunicação. Nessa mudança, a noção de causalidade entre ação e reação baseada na racionalidade, a terceira característica da noção comum de sanção, precisará ser abandonada e a relação entre as ações pontuais repensada em termos de estruturas sociais.

A ação é uma assimetria que permite observar as comunicações. Retomando o que já foi explicado no capítulo anterior¹²⁴, a comunicação é uma realidade emergente, uma forma de sentido, capaz de autorreferência que constitui o elemento dos sistemas sociais. As comunicações podem ser estudadas em três seleções: informação, compartilhamento e compreensão. Comunicações são, contudo, unitárias. Isso significa que também não podem ser decompostas em ações. Também não se podem considerar as comunicações como transmissões de informação entre sistemas psíquicos. Os sistemas psíquicos não fazem parte diretamente da comunicação, apenas estão estruturalmente ligados a ela por meio da linguagem. Contudo, sem as atribuições na dimensão social do sentido (entre os horizontes Alter e Ego), a comunicação fica assimétrica, o que dificulta a observação e, portanto, a continuidade das comunicações¹²⁵.

O uso de um exemplo com o recurso do discurso indireto livre facilitará novamente a compreensão. Que bela foto! É minha! Eu que tirei. Posso tirar uma foto com você? Este exemplo é, propositalmente, mais complicado do que aquele usado no capítulo 1. Deve ser um pouco difícil

¹²⁴ V. supra item I.3.3. Comunicação

¹²⁵ N. LUHMANN, SS, op. cit. p. 163-171

para o leitor saber quem disse o quê, supondo, claro, que haja dois envolvidos na conversa. Ela fica mais simples quando a transformo em um discurso direto. Paulo disse: “Que bela foto!”, ao que Henrique respondeu “É minha! Eu que tirei” e Paulo retrucou: “Posso tirar uma foto com você?”. Essas atribuições, como visto, são seleções de sentido na dimensão social. Alterando entre Alter e Ego, aqui apelidados de Paulo e Henrique. A atribuição da seleção “posso tirar uma foto com você?” a Paulo transforma a comunicação em uma ação: um pedido de Paulo a Henrique. Isso acontece em escalas mais complexas: contratos, pagamentos, decisões judiciais, crimes. Cada uma delas é parte de uma comunicação em que uma atribuição, formulada pelo observador é chamada ação.

Pode-se, agora, retomar a noção de autorreferência da comunicação. Sistemas de comunicação são capazes de reproduzir seus próprios elementos – comunicações – por meio de autorreferência. Não é a produção contínua de elementos idênticos, mas a relação contínua entre elementos. Um elemento se refere a outro. Essa relação não é, imediatamente, uma relação causal. Os elementos apenas fazem referência aos outros. Mesmo a temporalização – um elemento vem depois do outro – não é, imediatamente, uma relação de causalidade¹²⁶.

A causalidade é uma atribuição do observador. Ela depende da temporalização do sistema – haver um antes e um depois – e da posição dos elementos em uma trilha temporal. O esquema da causalidade permite, assim, diferentes relações entre elementos e, por esse motivo, LUHMANN considerou-o um meio no qual se formam afirmações sobre relações de causa e efeito. É um meio especialmente capaz de estimular o aprendizado e fixar distinções, portanto, guarda relação com a memória do sistema. No

¹²⁶ N. LUHMANN, *SS op. cit.*, p 448-450; N. LUHMANN, *Introducción... op. cit.*, p 95. A distinção entre causalidade e referência também é relevante para compreender o fechamento operacional dos sistemas. Nesse sentido ver: N. LUHMANN, *Operational Clousure and Structural Coupling: The differentiation of the legal system in Cardozo Law Review*, vol. 13, nº 5, mar. 1992.

caso da ação as relações de causalidade por meio da racionalidade foram um modo de prever comportamentos¹²⁷.

As comunicações não são, para a TSA, dotadas de uma racionalidade inata. Comunicações apenas comunicam! LUHMANN indica que a racionalidade é, sob a observação da Teoria dos Sistemas, uma reentrada¹²⁸ da diferença autorreferencial. A racionalidade é, assim, uma reprodução da diferença sistema/ambiente no próprio sistema. Evidência disso são as mudanças na semântica da racionalidade conforme o primado de diferenciação social se altera¹²⁹. Na sociedade internamente diferenciada em centro-periferia, a racionalidade era marcada pela diferença perfeição/imperfeição. Essa diferença foi suplantada, posteriormente, por aquela entre meios/fins. A sociedade contemporânea, funcionalmente diferenciada, sem centro, desenvolve, até mesmo, mais de uma racionalidade: formal e substantiva. Todas são, contudo, formas de repetir internamente a diferença sistema/ambiente¹³⁰.

As sanções não podem, então, ser estudadas a partir da causalidade e da racionalidade na TSA. A noção comum de sanção pressupõe, ao traçar a relação entre ações, que há uma relação causal ou, ao menos, que haja algum tipo de racionalidade na ação que explique o funcionamento da sanção. Essas relações são estudadas pela TSA como observações realizadas na sociedade e não como as próprias estruturas sociais. Uma descrição sociológica das sanções jurídicas a partir da TSA não pode,

¹²⁷ N. LUHMANN. Causalidad en el Sur. In *Estudios Sociológicos* Vol. 27, No. 79 (Jan. - Apr., 2009), pp. 3-29

¹²⁸ Reentrada é a reprodução da diferença criadora da forma dentro da forma. Indica-se a diferença dentro/fora de uma forma. Traça-se uma nova diferença dentro/fora, mas do lado de dentro da forma (um quadrado menor dentro de um quadrado maior). Há, assim, um “fora” do lado de “dentro”. N. LUHMANN, *Introducción ... op.cit.* p 64-65; N. LUHMANN, *GG op. cit.* 40-41. V. supra esquema gráfico na p.14

¹²⁹ A sociedade diferencia-se internamente em sistemas parciais. Essa diferença muda conforme a sociedade se torna mais complexa – i.e. mais possibilidades de comunicação. LUHMANN indica quadro primados de diferenciação pelos quais passou a sociedade: segmentária, centro-periferia, hierárquica e, atualmente, funcional. Nesse sentido ver N. LUHMANN. *GG op. cit.* pp 471-615. A semelhança com DURKHEIM é evidente.

¹³⁰ N. LUHMANN. *SS op. cit.* pp 472-477; N. LUHMANN *GG op. cit.* p 130-144.

portanto, fundamentar-se na noção comum de sanção. Será preciso descrever as estruturas sociais a que essa noção comum observa.

II.5. Conclusões do capítulo

A noção comum de sanção não é suficientemente compatível com as premissas da TSA para orientar pesquisas futuras. Em primeiro lugar, a TSA precisa descrever a sanção não como uma ação ou reação, mas como comunicação ou estrutura social. A relação ação-reação não pode, então, estar dissociada, sob o risco de a descrição restar incompleta. Isso implica também que o centro da análise não pode mais ser o indivíduo e sua motivação racional. A sanção não pode ser descrita como causa de comportamentos, ao menos não pela TSA. Em lugar disso a sanção deve estar envolvida com alguma estrutura social que permita não a construção da ordem, mas a superação do problema da dupla contingência.

É preciso, antes de encerrar o capítulo, ser justa com LUHMANN. A TSA utiliza, como se verá no capítulo a seguir, uma noção de sanção muito mais próxima dos idealistas – e portanto, distanciada da causalidade racional – do que dos positivistas. Qualquer interpretação dos trabalhos de LUHMANN que atribuísse à noção de sanção por ele usada uma presunção de racionalidade utilitarista estaria exagerando. Contudo, como visto, a noção idealista buscava afastar-se da abstração sobre a ação humana, o oposto do que foi feito por LUHMANN. Mesmo em KANT esse afastamento era possível porque ele buscava descrever o bom homem, não o bom cidadão, o que afastou de seu foco a coerção e a sanção¹³¹. Além disso, nenhum dos matizes da noção comum de sanção, nem mesmo o idealista, afasta as noções de ordem e de ação individual, que não são utilizadas pela TSA como fundamentos teóricos. Assim, qualquer que seja o matiz da noção comum de sanção utilizada por LUHMANN, a ausência de uma descrição em termos sistêmicos da sanção impede o desenvolvimento da teoria.

¹³¹ Sobre essa interpretação ver H. ARENDT. *Lectures on Kant's political philosophy*. Chicago: Chicago University Press. 1982

CAPÍTULO 3. A SANÇÃO JURÍDICA DE LUHMANN

Este capítulo irá mostrar como a sanção é mencionada nas obras de LUHMANN. Não se pode dizer que esse seja um dos grandes temas da TSA, a sanção perdeu gradualmente destaque na obra. De modo até previsível, nos primeiros trabalhos, dedicados à sociologia do direito, LUHMANN descreve como a sanção está relacionada com a generalização das expectativas normativas e como poderia ser considerada uma ligação entre os sistemas político e jurídico¹³². Contudo, conforme os horizontes da teoria se abriam, e o paradigma teórico se distanciava da semântica do sistema jurídico, a sanção perdeu destaque. Em Sociologia do Direito¹³³, LUHMANN aponta que a sanção é um dos modos de demonstrar a manutenção de uma expectativa normativa após o desapontamento. Na formulação final da TSA, o termo sanção está mais relacionado com o conceito de poder. LUHMANN se utiliza da divisão comum entre sanção negativa – causar um mal ou privar de um bem – e sanção positiva – prêmio. Explica que a ambas estão ligadas à motivação, mas apenas a primeira foi capaz de se generalizar o suficiente para dar fundamento ao meio de comunicação simbolicamente generalizado do sistema político, o poder¹³⁴. Este capítulo deverá, então, mostrar com mais detalhes como a sanção está presente nos trabalhos de LUHMANN.

Nesta tese, a obra de LUHMANN será considerada como contínua, apesar das diferentes fases. Como visto, a análise da obra de LUHMANN leva

¹³² Nesse sentido são exemplificativos os livros: N. LUHMANN. *Sociologia do Direito vol I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, 1985. (doravante RS) e N. LUHMANN. *Poder*. Brasília: UNB, 1985, além do artigo N. LUHMANN, *Coercizione giuridica e potere politico* in *La differenziazione del diritto*, Bologna: Il Molino, 1990.

¹³³ N. LUHMANN. *RS op. cit.*

¹³⁴ N. LUHMANN. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000. p 122-126. Adoto primordialmente para este estudo a tradução de Javier TORRES Nafarrate: N. LUHMANN. *La Política como Sistema*. México, Iberoamericana, 2004. Utilizarei, contudo, a versão alemã para contraposição. Isso porque a versão em espanhol não é uma tradução apenas do manuscrito deixado por LUHMANN, mas reconstrução de materiais deixados por ele, organizados por TORRES N.

alguns autores a dividirem sua obra em duas fases¹³⁵. Essas fases não são, contudo, conflitantes. Há inegável elaboração da teoria, especialmente a partir da introdução do conceito de autopoiese, que, pouco depois, se dilui no conceito de autorreferência¹³⁶. Isso não significa, contudo, que os escritos anteriores tenham sido rejeitados pelo autor. Especificamente para a sanção, isso implica dizer que as considerações feitas em Sociologia do Direito, Poder e no artigo “Coercizione giuridica...” integram a teoria tanto quanto aquelas feitas nos trabalhos sobre sistemas parciais ou na análise geral da sociedade¹³⁷. A apresentação da sanção como tratada pela TSA não precisa – nem deve – portanto, seguir a cronologia das obras do autor.

Este capítulo explicará, então, a sanção a partir dos sistemas político e jurídico. Será preciso, inicialmente, recordar os modos de diferenciação da sociedade e as características primordiais da sociedade funcionalmente diferenciada. Em seguida serão apresentadas as menções feitas por LUHMANN à sanção nos sistemas político e jurídico. Por fim, este capítulo deverá mostrar os pontos em que a noção de sanção utilizada por LUHMANN é inconsistente se comparados os dois estudos.

III.1. Sociedade funcionalmente diferenciada.

A Sociedade é o sistema social omniabarcante¹³⁸. Esse neologismo significa que a sociedade é o sistema social que inclui todas as comunicações. Não é preciso repetir que a sociedade é formada apenas por comunicações e que as reproduz continuamente ou que os seres humanos são, para a TSA, ambiente dessa sociedade. É preciso, nesta seção, explicar

¹³⁵ Em geral, essas divisões são uma espécie de antes e depois do conceito de autopoiese. Para uma sistematização cuidadosa da produção intelectual de LUHMANN ver, e.g., A. ARNAUD; P. GUIBENTIF. *Niklas LUHMANN observateur du droit*. Paris: Librairie Générale de droit et jurisprudence. 1993.

¹³⁶ Autopoiese é a autorreferência de base. V. N. LUHMANN, SS op. cit. p 34

¹³⁷ Refiro-me, especificamente, aos livros sobre os sistemas parciais da sociedade (Direito, Economia, Arte, Religião, Política) e à *Magnum Opus*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (GG op. cit.).

¹³⁸ No original *umfassendes System*. Dependendo do idioma a partir da qual a obra foi traduzida esse mesmo termo pode aparecer, em português, como omniabarcadora ou omnicompreensiva.

que a sociedade é um sistema de tal complexidade que apresenta uma diferenciação interna e como essa diferenciação mudou ao longo da história humana.

Antes de apresentar esse curtíssimo histórico da humanidade, é preciso reforçar a noção de sociedade global. LUHMANN não fala em sociedades, no plural, mas de apenas uma sociedade. Isso quer dizer que não há uma sociedade brasileira, uma italiana, uma chilena, uma kosovar. Só há uma sociedade global que, devido a sua complexidade, diferencia-se internamente – uma reentrada da forma – conforme critérios que mudam ao longo da evolução social¹³⁹. Não se trata, então, de níveis de globalização como gradações de interações entre grupos humanos. A diferenciação interna ocorre a partir das operações da sociedade de acordo com o que LUHMANN chama de primado de diferenciação¹⁴⁰.

LUHMANN identifica quatro primados de diferenciação interna da sociedade. De modo um tanto semelhante a DURKHEIM ele as chama de sociedade segmentária, centro/periferia, hierárquica e funcionalmente diferenciada. O primado de diferenciação da sociedade não implica ausência de outros modos de diferenciação, apenas a primazia de um deles. Assim, pode-se dizer que havia alguma diferenciação por funções na sociedade segmentária e que há, na sociedade funcionalmente diferenciada de hoje, divisões hierárquicas. O primado de diferenciação, contudo, o princípio que orienta a formação dos sistemas parciais, sofreu mudanças conforme a complexidade interna da sociedade aumentou.

As sociedades segmentárias orientam sua diferenciação interna por critérios regionais ou familiares. Sobre essa diferenciação há pouca informação disponível, de modo que não se pode descartar que outras formas de diferenciação tenham existido antes dela. Na sociedade

¹³⁹ N. LUHMANN, *Globalization or World Society: How to conceive Of Modern Society?* in *International Review of Sociology*, vol. 7, nº 1, 1997

¹⁴⁰ N. LUHMANN, GG, op. cit., p 484-485, N. LUHMANN, SS op. cit., p 193-194; N. LUHMANN, N. LUHMANN, *La diferenciación de la sociedad in Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, 1998. p 75

diferenciada pelo critério segmentário os sistemas parciais eram famílias, tribos, hordas, e a diferença membro/não-membro orientava as comunicações e os papéis dos indivíduos. Ainda que alguma hierarquia fosse possível e que houvesse distinções de funções internas à tribo, a diferenciação primordial era aquela entre os segmentos. É interessante notar que esses segmentos seriam, uns e relação aos outros, iguais, ou seja, não havia uma família ou tribo que comandasse ou coordenasse as outras. Essa fase pode ser associada ao que LUHMANN chama, em outro momento, de direito arcaico¹⁴¹. O direito arcaico é marcado pela latência da decisão e pela confusão entre expectativas cognitivas e normativas. A noção de ordem social imiscuía-se na noção de ordem do cosmos. Decidir era, então, descobrir essa ordem. A retribuição também é uma marca do direito arcaico: ajudo a quem me ajuda, prejudico a quem me prejudica. A vendeta seria, então, a forma de reparação mais generalizada. Também o poder estaria vinculado à cosmologia da sociedade e a alternativa à obediência não era simplesmente a sanção, mas o caos. Destaque-se que esse poder não tinha, ainda, as características do poder atual¹⁴². Ambos, direito e poder, tinham marcante ligação com a violência física. Apesar das especulações, não há muita informação sobre como essa forma de diferenciação teria evoluído para a forma seguinte cronologicamente, a centro/periferia¹⁴³.

A diferenciação centro-periférica é um estágio intermediário. LUHMANN não chegou a indicá-lo nos primeiros trabalhos sobre a diferenciação da sociedade, mas acabou por inclui-lo como estágio entre as sociedades segmentárias e as hierárquicas. Corresponde à época das grandes civilizações da antiguidade. A divisão centro/periferia não é uma divisão igualitária: a periferia serve ao centro em uma divisão de trabalho: o centro protege, a periferia sustenta. Como o leitor pode imaginar, havia vários centros e várias periferias a eles relacionadas. Em geral tratava-se de uma relação cidade/campo, mas a expansão dos reinos antigos ampliou a

¹⁴¹ N. LUHMANN, *Sociologia do Direito* vol I op. cit p 184-200. N. LUHMANN, *El derecho...* op. cit. p 344. Ver infra item II.2.2. Sanção do Sistema Jurídico

¹⁴² N. LUHMANN, GG op. cit. p 565-567. N. LUHMANN, *La política...* op. cit. 140-141

¹⁴³ N. LUHMANN, GG, op. cit., p 485, 502-525; N. LUHMANN, *La diferenciación de la sociedad* op.cit. p 76.

periferia de alguns desses centros. Divisões segmentárias continuam dentro de cada sistema parcial, mas no centro surge uma divisão hierárquica. O direito, nessa fase, foi chamado por LUHMANN de direito das altas culturas cuja característica marcante foi o desenvolvimento do procedimento. Também a escrita ajudou a generalizar as normas, distinguindo-as de meras expectativas individuais. Há, nessa fase, o início da relação diferenciada entre poder, direito e violência que perdura até os dias de hoje. O direito passou a prosperar nos lugares onde a concentração da força física permitia alguma segurança. Por outro lado o poder recebeu do direito a qualificação legítimo/ilegítimo¹⁴⁴. Essa relação será relevante para o desenvolvimento do poder como meio de comunicação simbolicamente generalizado. Finalmente, a estrutura hierárquica do centro expandiu-se para a periferia, alterando o primado de diferenciação da sociedade¹⁴⁵.

A sociedade hierarquicamente diferenciada também é desigual. Os sistemas parciais são estratos que são concebidos como ordenados hierarquicamente. As diferenciações segmentária e centro-periferia continuam existindo, mas não como o primado orientador da diferenciação da sociedade. Essa fase também é identificada com o direito das altas culturas. Nela os sistemas funcionais começam a se diferenciar. O poder começa a se estruturar como um meio de comunicação simbolicamente generalizado. O Estado começa a concentrar funções que se distinguem da economia. A ciência ganha autonomia frente à religião, que se especializa no incompreensível. Principalmente, os indivíduos começam a se relacionar a partir de papéis, não de acordo com a família ou o estamento. Todas essas mudanças são altamente improváveis, mas, de algum modo, se fixaram como estruturas da sociedade que tomou a forma funcionalmente diferenciada, o primado que ainda domina as estruturas sociais¹⁴⁶.

¹⁴⁴ N. LUHMANN, *Sociologia do Direito* vol I op. cit p 201-224. N. LUHMANN, *El derecho...* op. cit.p 307-348. A fase do direito das altas culturas inclui a sociedade diferenciada hierarquicamente.

¹⁴⁵ N. LUHMANN, GG op. cit., p 525-537

¹⁴⁶ ¹⁴⁶N. LUHMANN, GG op. cit., p 538-560, N. LUHMANN, *La diferenciación de la sociedad* op. cit. p 76-78

A sociedade moderna¹⁴⁷ – atual – é diferenciada funcionalmente. Isso significa que os sistemas parciais da sociedade são identificados por uma função. A função do sistema é dada com relação à sociedade toda. Cada sistema tem apenas uma função e apenas um sistema desempenha aquela função. Naturalmente, há interações entre os sistemas, são as chamadas prestações. Os sistemas parciais são sistemas autorreferenciais, ou seja, operativamente fechados e cognitivamente abertos e capazes, ainda de observar suas próprias observações, quer dizer, capazes de observação de segunda ordem, mais especificamente, de reflexão. Sistemas parciais percebem, então, a si mesmos, a seu ambiente interno – outros sistemas – e ao ambiente externo – seres vivos, máquinas, fenômenos naturais, tudo o que não for comunicação. Mais ainda, os sistemas são dotados de um código interno que guia suas comunicações. LUHMANN identifica uma série de sistemas parciais, embora afirme não ser um rol limitado. Os sistemas por ele trabalhados foram o Direito, a Política, a Economia, a Ciência, a Família, a Educação, a Saúde, a Religião, a Arte¹⁴⁸. As estruturas sociais identificáveis com a noção comum de sanção têm relação com quase todos eles, mas, nesta seção, serão apresentados apenas dois: o sistema político e o sistema jurídico.

É importante, primeiro, destacar que nenhum desses sistemas tem primazia sobre os outros. A sociedade funcionalmente diferenciada não tem um topo nem um centro controlador. Os sistemas apenas interagem, nem sempre em sincronia. Há, sim, modos recorrentes de interação entre os sistemas – os acoplamentos estruturais – por meio dos quais os sistemas se tornam especialmente sensíveis a comunicações de outros sistemas. Assim,

¹⁴⁷ LUHMANN rejeita a ideia de um pós-modernismo. “*On the level of such an insufficient structural richness, one can today only formulate a theory of postmodernity or act out one’s aversions to the factually supporting structures of our social system. Since, however, modern society is, and continues to be, factually without alternatives, there is little sense in semantically resorting to irrelevance in such a way*”. N. LUHMANN. The Modernity of Science in *New German Critique*, No. 61, Special Issue on Niklas Luhmann (Winter, 1994), pp. 9-23. Luhmann menciona a pós-modernidade como modo de a modernidade observar a si mesma em muitos outros textos. Ver, e.g., N. LUHMANN, Modernity in Contemporary Society in *Observations on Modernity*, Stanford: Stanford University, 1998,

¹⁴⁸ N. LUHMANN, GG, op. cit., p 589-615, N. LUHMANN, *La diferenciación de la sociedad...* op. cit., p 78-80; GLU op .cit. p 58-63.

por exemplo, entre o sistema econômico e o jurídico há um acoplamento estrutural, o contrato. Por meio do contrato as comunicações de cada sistema reagem mais facilmente a comunicações que ocorrem no outro sistema, uma troca de bens também é uma troca de direitos sobre os mesmos bens. As reações de cada sistema não são, entretanto, controladas ou previstas por outros sistemas. Cada sistema regula sua própria reação e sua própria evolução¹⁴⁹.

A possibilidade de inclusão do indivíduo em qualquer sistema também é uma marca da sociedade funcionalmente diferenciada. Inclusão, em termos da TSA, é a possibilidade de comunicar. Exclusão, o outro lado da forma, é a impossibilidade de comunicação. Em outras formas de diferenciação da sociedade a inclusão do indivíduo era restrita: à família, ao estamento. As possibilidades de comunicação dependiam dessa inclusão e estavam bloqueadas pela exclusão de outros sistemas. Na sociedade funcionalmente diferenciada a inclusão é possível em qualquer sistema porque há diferenciação de papéis. A mãe, a professora, a eleitora, a consumidora podem ser todas referências a um mesmo ser humano, mas os papéis são diferentes. Essa inclusão também significa mais exclusão. Antes se estava excluído de um ou outro sistema. Agora se pode estar excluído de vários! LUHMANN reconhece, ainda, que a exclusão pode contagiar outros sistemas¹⁵⁰.

A sociedade funcionalmente diferenciada atingiu um nível de complexidade maior do que as formas anteriores. Novamente, essa constatação não é uma valoração, complexidade não significa mais ou menos felicidade, saúde, riqueza ou mesmo progresso. Significa apenas que há mais possibilidades de comunicação. Essa complexidade foi alcançada pela seleção de estruturas altamente improváveis. Essas estruturas,

¹⁴⁹ N. LUHMANN. GG op. cit. p 615-625

¹⁵⁰ N. LUHMANN. GG op. cit 490-502. A ideia de “contagiar” foi apresentada por C. CAMPILONGO e contraposta ao fato de que a inclusão, ao contrário da exclusão, não é contagiante. Ver. C. CAMPILONGO. A Exclusão é Contagante; a inclusão, não in O Estado de São Paulo, São Paulo, 03 de junho de 14. Disponível em <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,a-exclusao-e-contagante-a-inclusao-nao-imp-1507595>> acesso em junho de 2014

contudo, são tão comuns a nós que parecem normais. Grande parte do esforço da TSA é expor a improbabilidade do “normal”. Também a noção comum de sanção faz referência a eventos normais da sociedade: uma multa, uma sentença. Ainda que esses eventos chamem alguma atenção – repressão policial, prisões –, são relativamente normais. Feita, então, essa breve apresentação da improbabilidade da sociedade funcionalmente diferenciada, cabe agora apresentar como LUHMANN menciona a sanção em dois sistemas parciais: o político e o jurídico, para, então, formular questões sobre a improbabilidade das estruturas identificadas com a noção comum de sanção.

III.2. Sanção da sociedade. Introdução

Aquilo que os sociólogos clássicos estudaram como o problema da ordem social aparece de modos muito diversos da TSA. A sociologia clássica e a ciência política antes dela perceberam de diferentes formas essa ordem social e atribuíram a ela diversas causas. LUHMANN, contudo, não se centrou no problema da ordem, mas naquele da dupla contingência. Também não deu uma única resposta à questão “como é possível a ordem social”. Há vários mecanismos, estruturas e conquistas evolutivas que permitem a existência de sistemas sociais. Um grupo especial de conquistas evolutivas é capaz de transformar prováveis “não” em um outrora improvável “sim”. Essas estruturas são os meios de comunicação simbolicamente generalizados (MCSG) e a sanção aparece, na TSA, como relacionada a eles.

LUHMANN identifica quatro principais MCSG e indica a existência de outros. Os quatro meios, à semelhança do que já dissera PARSONS¹⁵¹, são a verdade, o amor, o poder e o dinheiro. A arte também seria um MCSG e, em alguns momentos, LUHMANN indica que o direito poderia ser incluído na

¹⁵¹ Em PARSONS, esses meios são chamadas meios de intercâmbio e são descritos de modo um pouco diferente, embora a ideia de meio “simbólico” já esteja presente. No caso específico do poder, a relação com as sanções negativas também é semelhante à de LUHMANN. Ver. T. PARSONS, On the concept of political power in *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol 107 n° 3, jun 1963

lista. Esses meios permitem que comunicações altamente improváveis aconteçam. São estruturas complexas que só se desenvolveram plenamente na sociedade funcionalmente diferenciada¹⁵². São meios de comunicação porque funcionam conforme a diferença meio/forma. São generalizados porque atingem situações distintas em todos os campos sociais (i.e., são "universalizados"). E, o que é relevante para o estudo da sanção, são simbólicos porque, por meio de símbolos, reúnem seleção de sentido com motivação da ação. A motivação não é compreendida como algum tipo de operação do sistema psíquico, apenas como referência, como imputação da continuidade das comunicações a outra comunicação. E, por lidarem com motivações, os MCSG são muito semelhantes ao que BOBBIO chamou de medidas de controle social.

Há diversas estruturas sociais, além dos MCSG, que tornam provável a aceitação improvável. A essas estruturas LUHMANN dá o nome de *preadaptative advances*, avanços pré-adaptativos. São meios que não lograram alcançar a estrutura completa de MCGS. A moral, como conjunto de valores, seria o mais destacado. Embora não chegue a formar um meio de comunicação simbolicamente generalizado ou um sistema parcial, a moral também é um modo de aumentar a probabilidade de que a comunicação seja aceita¹⁵³. O poder político teve uma fase embrionária, em que ainda não era um meio plenamente desenvolvido. A influência seria um gênero do qual o poder seria uma especificação¹⁵⁴. A influência social pode apoiar-se na absorção de incertezas, tomando a forma de autoridade; nas

¹⁵² Essa afirmação causa espanto naturalmente. LUHMANN afirma que havia, sim, estruturas semelhantes aos MCSG na sociedade antes da diferenciação funcional, mas não estavam plenamente desenvolvidos como MCSG. Por esse motivo ele os chama de *preadaptative advances*. “*En la sociedad moderna – es decir, en una sociedad donde los medios de comunicación simbolicamente generalizados se han desarrollado plenamente – (...)*” N. LUHMANN. GG op. cit. p 280; 404-405.

¹⁵³ N. LUHMANN, GG, op. cit., p 250-258. LUHMANN inclui outras estruturas na lista de avanços pré-adaptativos, e.g., a retórica e a tópica, que, na Idade Média, teriam servido como meios de redução da complexidade e aumento da probabilidade de sucesso da comunicação.

¹⁵⁴ Há uma divergência nesse ponto. Em *Poder*, LUHMANN menciona que a influência seria outro tipo de meio, que se diferenciaria conforme as dimensões do sentido (temporal – autoridade, material – reputação, social – liderança). Já no *Politik*, o autor inclui a influência como gênero do qual poder é espécie. Nesse caso, a diferença estaria não na dimensão do sentido em que há generalização, mas no mecanismo que o meio utiliza para reduzir a complexidade.

sanções positivas, quando toma a forma de intercâmbio ou troca; e nas sanções negativas, quando se estrutura como o MCSG poder. Não há, contudo, um supermeio, uma base para aceitação – ou controle – de todas as comunicações¹⁵⁵. Cada meio e cada sistema atuam em um âmbito específico.

O poder é apenas um de muitos meios de comunicação simbolicamente generalizados. MCSG são estruturas que aumentam a probabilidade de aceitação da comunicação em situações de sucesso altamente improvável. Essa alta improbabilidade tem origem em um problema, o problema de referência, singular a cada meio plenamente desenvolvido. Assim, a verdade soluciona o problema do surgimento de conhecimento inédito e da crítica ao conhecimento anterior. O amor lida com o problema da relação íntima e particular. O dinheiro relaciona-se ao problema da escassez de recursos. O poder trata do problema da obediência aos comandos¹⁵⁶.

Em cada um desses problemas, a comunicação sofre assimetria de modos diferentes. Além da imputação da ação na comunicação, o observador também pode imputar a referência da comunicação a algo externo aos sistemas. Nesse caso, fala-se em vivência. Cada meio terá problemas de referência relacionados a uma combinação específica de ação e vivência de Alter e Ego. A verdade trata das comunicações consideradas vivência de ambos. O amor trata da ação de Alter e da vivência de Ego. O dinheiro, de modo oposto, trata da vivência de Alter com relação à ação de Ego. Finalmente, o poder relaciona imputações de ação para ambos os sistemas envolvidos¹⁵⁷. Os meios de comunicação simbolicamente generalizados têm, então, estruturas semelhantes, mas especializadas. Os quadros abaixo resumem isso.

¹⁵⁵ N. LUHMANN, *GG op. cit.* p 280. Nem mesmo a moral seria esse supermeio. Não seria, nem mesmo, um meio completamente formado.

¹⁵⁶ N. LUHMANN, *GG, op. cit.*, p 263-276.

¹⁵⁷ N. LUHMANN, *Poder op. cit.*, p 27-31; N. LUHMANN, *GG op. cit.*, p 258-263. Há um quadro semelhante esquematizando as constelações de combinações entre ação e vivência que pode ser encontrado em N. LUHMANN, *GG op. cit.*, p 261 e no GLU. p 108.

Constelações de atribuições nos MCGS

Seleção correspondente de Ego		
Seleção de Alter		
	Vivência de Ego (Ve)	Ação de Ego (Ae)
	Vivência de Alter (Va) → Ve (Verdade; Valores*)	Va → Ae (Amor)
Ação de Alter (Aa)	Aa → Ve (Dinheiro, Arte)	Aa → Ae (Poder)

Problemas de referência dos MCSG		
Meio	Problema de referência	Sistema
Verdade	Conhecimento inédito ou crítica a conhecimento anterior	Sistema Científico
Amor	Intimidade	Sistema da Família
Poder	Aceitação de comandos	Sistema político
Dinheiro	Escassez	Sistema econômico

A estrutura básica de um meio de comunicação simbolicamente generalizado envolve três características. A primeira é o código central, um código que é aplicado a todas as comunicações feitas pelo meio e que, por conta disso, confere-lhe a capacidade de formar sistemas autorreferenciais. Esse código central ou uniforme é acompanhado de um código paralelo que ajuda a suportar as comunicações realizadas pelo meio. A segunda característica é o símbolo, uma unidade de sentido entre seleção e motivação, capaz de induzir a seleção de Ego a acompanhar a seleção de Alter. Finalmente, meios de comunicação simbolicamente generalizados envolvem mecanismos simbióticos, símbolos comunicativos de eventos que envolvem os sistemas psíquicos e biológicos. Esses sistemas, embora não

sejam elementos da sociedade, estão a ela ligados por aquilo que LUHMANN chama de interpenetração¹⁵⁸. Essas ocorrências também são específicas para cada meio. A verdade liga-se à percepção; o amor, à sexualidade; o dinheiro, à satisfação de necessidades; e o poder, à violência física.

Os mecanismos simbióticos não são os símbolos dos MCSG. Os símbolos por meio dos quais as comunicações dos MCSG acontecem são unidades entre seleção e motivação. Os mecanismos simbióticos são parte do acoplamento entre sistemas psíquicos, sistemas orgânicos e sociedade. São representações, na comunicação, de ocorrências nos sistemas psíquicos e orgânicos. Assim, a percepção, o mecanismo simbiótico do meio verdade, é um símbolo da comunicação para as operações dos sistemas orgânicos e psíquicos ao receberem informações do ambiente. “Eu vi” designa várias operações orgânicas e psíquicas. “Eu preciso”, de modo semelhante, simboliza necessidades orgânicas que, por meio do símbolo, formam a estrutura do MCSG dinheiro. A violência física também é um mecanismo simbiótico, um símbolo para o embate físico entre corpos.

Mecanismos simbióticos forçam os MCSG a se organizar. Eles devem estar presentes sempre de modo oculto nas comunicações do meio. Aparecem, por vezes. As necessidades podem se tornar efetivas, os relacionamentos amorosos têm encontros sexuais, a verdade remete à percepção e o poder usa a alternativa violenta. Contudo, dado o caráter de ligação com os sistemas orgânicos, é muito fácil a comunicação cessar ou sair do controle quando esses símbolos são utilizados – a violência é o melhor exemplo – e, por esse motivo, forçam os meios a organizarem-se no uso dos símbolos¹⁵⁹.

Os mecanismos simbióticos têm, assim, uma dupla função na estrutura dos MCSG. Por um lado reduzem os riscos do excesso de

¹⁵⁸ Sobre interpenetração ver: N. LUHMANN, SS op. cit., p 210-254; N. LUHMANN, GG op. cit. p 79-89, N. LUHMANN, *Introducción...* op. cit., p 196-199; 200-206.

¹⁵⁹ N. LUHMANN. GG op. cit. p 295-299; N. LUHMANN. *Symbiotische Mechanismen in Soziologische Aufklärung* 5ª ed. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften. 2007

abstração, da improbabilidade das seleções, porque retornam a comunicação à sua ligação com o plano orgânico (função de garantia). Precisam ser organizados para que essa conexão não saia do aceitável. Essa proximidade também os leva a enfraquecer a irritabilidade das comunicações do meio aos estímulos externos. Determinados problemas – os problemas de referência – são relevantes, outros são considerados “privados”, i.e., reduzidos a eventos próprios de outros sistemas sociais, não da sociedade como um todo¹⁶⁰.

Outra característica comum aos MCSG completamente desenvolvidos é o “método zero”. O meio é capaz, por meio do código, de incluir sua negação. LUHMANN nomeia essa característica pretensão de universalidade, mas a apelida de “método zero” porque trata-se de uma reentrada semelhante ao zero na matemática. O zero representa o não número, e, por isso mesmo, foi um avanço para a matemática. Do mesmo modo, existe a ideia de que dinheiro que não é escasso. O uso das sanções negativas seria um não-poder e as comunicações por meio do poder devem “ameaçar sem ameaçar”¹⁶¹. Essa característica é relevante porque está ligada à capacidade dos meios de formarem sistemas autorreferenciais, portanto, capazes de traçar a diferença entre sistema/não sistema (ambiente).

Por fim, MCSG sofrem inflação e deflação. Para a TSA inflação não será um aumento geral de preços ou uma perda de valor, mas redução da confiança gerada pelos símbolos do meio. A inflação acontece quando os símbolos são pouco aceitos. O dinheiro, caso mais patente, deixa de ser aceito como unidade de valor. O poder deixa de ser obedecido. LUHMANN não oferece uma solução para a inflação ou deflação dos MCSG. Apenas explica que alguns tem circularidade, tem capacidade de serem conectados e desconectados das comunicações específicas, muito maior do que outros – em um extremo o dinheiro, com circularidade forte e, no outro, a arte, com

¹⁶⁰ N. LUHMANN. *Symbiotische Mechanismen* op. cit. p 274-275

¹⁶¹ N. LUHMANN. *GG* op. cit. p 301-303

baixa circularidade. A circularidade, por fim, está relacionada à capacidade de os meios formarem sistemas¹⁶².

A Teoria dos Sistemas menciona a sanção da sociedade como relacionada a conceitos altamente abstratos. A sanção está relacionada a um dos MCSG, portanto, à motivação da ação, mas a teoria não descreve essa motivação como uma operação dos sistemas psíquicos. As motivações são, antes, imputações de seleções que dão continuidade ao sistema de comunicação. Sistemas sociais observam, assim, as comunicações por meio de assimetrias – ações – contingentes, cujas seleções são consideradas motivadas por meios que aumentam a probabilidade de aceitação, portanto, continuidade da comunicação. A forma negativa da sanção, como violência física, é apenas parte da estrutura de um desses meios, o poder. Para a sociedade como um todo, as sanções não são responsáveis por ordem ou coesão, são apenas uma parte de um dos vários mecanismos que permitem à sociedade suportar a dupla contingência, inerente às comunicações. Ainda assim, a sanção é relevante para dois sistemas específicos: o político e o jurídico, que devem ser estudados com maior profundidade.

III.2.1 Sanção do sistema político

A sanção tem grande relevância para o sistema político. O sistema político é um dos sistemas parciais da sociedade funcionalmente diferenciada. Sua especificidade vem de sua função – tomada de decisões coletivamente vinculantes – e de seu código – governo/oposição. O sistema político é um sistema formado pelo meio de comunicação simbolicamente generalizado chamado poder político, ou seja, a diferenciação do sistema acontece simultaneamente com o pleno desenvolvimento desse meio. As comunicações do sistema político são em grande parte, comunicações que acontecem por meio do poder político. Uma vez que o funcionamento do meio poder depende de uma específica alternativa a evitar, a sanção

¹⁶² N. LUHMANN. GG op. cit. p 303-305

negativa, é seguro dizer que boa parte das comunicações que integram o sistema político são comunicações relacionadas à sanção.

Nos trabalhos de LUHMANN sobre o sistema político, a sanção está relacionada ao meio do poder político. O termo é usado, primordialmente, como indicativo da sanção negativa, mal, geralmente físico, embora ele mencione outras hipóteses¹⁶³. A sanção positiva, retribuição de um bem ou vantagem, é abordada apenas para contrapor o intercâmbio ou troca, uma forma de influência, com o poder político plenamente desenvolvido, oriundo de uma forma de influência que aplica a sanção negativa. A sanção é, assim, a alternativa a evitar que permite ao poder aumentar a probabilidade do sucesso da comunicação¹⁶⁴. É preciso, portanto, deter-se em uma breve explicação sobre as características específicas do meio poder.

III.2.1.1 O meio chamado Poder

O poder político plenamente desenvolvido existe apenas na sociedade moderna, funcionalmente diferenciada. Essa afirmação, contudo, não despreza o fato de o poder já existir anteriormente, embora não tivesse todas as características de um meio de comunicação simbolicamente generalizado. Esse poder anterior à diferenciação funcional da sociedade pode ser chamado de *preadaptative advance* ou avanço pré-adaptativo. Esse protopoder não poderia apresentar as mesmas características do poder político atual, simplesmente porque a sociedade diferenciava-se internamente de outro modo. Assim, sua função não era somente a tomada de decisões coletivamente vinculantes. Estava relacionado à ordem da sociedade toda. Fundamentava-se, então, no modo como a sociedade descrevia sua inserção no mundo. A alternativa ao comando, do mesmo

¹⁶³ Especificamente a demissão, no caso do poder das organizações e, rapidamente, o “dano contra as coisas” ver. N. LUHMANN. *Poder*. Brasília:UNB. 1985 e N. LUHMANN. *Symbiotische Mechanismen* op. cit. p 271.

¹⁶⁴ N. LUHMANN. *Poder*. Brasília: UnB. 1985. N. LUHMANN. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000, também publicado como: N. LUHMANN. *La política como sistema*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2004.

modo, extrapolava a sanção. Desobediência implicava o caos¹⁶⁵. Do mesmo modo, o comandante estava materialmente limitado pela ordem do mundo. A resistência contra ordem injusta era aceita como modo de substituir o comandante que ameaçasse essa ordem. Havia, portanto, alterações de governantes, mas era feita de modo violento¹⁶⁶.

Mudanças estruturais levaram o poder a se desenvolver como um meio de comunicação simbolicamente generalizado. Essas mudanças estavam relacionadas ao enfraquecimento da diferenciação estratificada, e.g., a criação da soberania e a concentração das funções relativas à guerra nas mãos do governante. Também a concentração das penas – aplicação de sanções – foi relevante para a formação do poder como MCGS¹⁶⁷. Essa pacificação territorial, que também foi estudada como sendo o monopólio das decisões sobre o uso da violência tornaram-na uma unidade semântica e, principalmente, uma unidade. Essa unidade pode ser convertida em potencial de uso da força, permitiu a abstração das comunicações políticas além do nível muito próximo ao orgânico¹⁶⁸. A concentração dessas funções no Estado levou, então, à formação da estrutura do poder político¹⁶⁹.

Simultaneamente, o direito dotou o poder de um segundo código que permitiu a generalização do meio. O código originário do poder, poderoso/não-poderoso, já havia sofrido uma duplicação com o código legítimo/ilegítimo. O direito duplicou o código do poder com o seu próprio,

¹⁶⁵ N. LUHMANN, GG op. cit. p 565-567. N. LUHMANN, *La política... op. cit.* 140-141. Nesse ponto a sanção poderia ser vista como um modo de restauração da ordem.

¹⁶⁶ N. LUHMANN, GG op. cit. p 567-9. É possível dizer que o problema da Guerra Justa está relacionado a essa configuração do poder como avanço pré-adaptativo. A intervenção na ordem – ainda que por outros governantes, portanto, por outros membros do estrato superior – seria legítima apenas no caso de o governante atacado haver desrespeitado a ordem do mundo. De certo modo, era uma sanção para a restauração da ordem.

¹⁶⁷ N. LUHMANN. *La política...op. cit.* p 215-6

¹⁶⁸ N. LUHMANN. *Symbiotische Mechanismen op. cit* p 271

¹⁶⁹ N. LUHMANN. GG op. cit., p 569-572. N. LUHMANN. *La política... op. cit.* p 140-145

lícito/ilícito¹⁷⁰. Essa segunda codificação facilitou a generalização porque o polo de origem da comunicação (alter) passou a ser um cargo lícito, independente do indivíduo. Finalmente, a democracia permitiu um avanço determinante: o código governo/oposição. A transição entre esses dois valores, regulada pelo direito, é relativamente simples. Aquele que ora é oposição logo pode vir a ser governo. Poder e não-poder convivem as referências circulam entre eles com certa facilidade. Essa simplicidade na alternância dos valores permitiu que o poder lidasse com os próprios conflitos, fechando o sistema político¹⁷¹.

A estrutura do poder é semelhante à dos outros meios de comunicação simbolicamente generalizados. Como visto, seu código unitário é governo/oposição, embora ainda subsista o código comandante/comandado. Suas comunicações são formas simbólicas do meio, quer dizer, são formas de sentido que carregam uma unidade, no caso, entre seleção de uma ação e motivação para a ação seguinte. A seleção – ação – do governante é seguida de uma seleção – ação – compatível do governado que é atribuída à primeira seleção (daí ser motivação). A motivação da seleção está no próprio símbolo que indica a seleção. Mais ainda, o poder possui uma estrutura que indica sua negação, o símbolo simbiótico da violência física. A aplicação da violência física, que LUHMANN identifica com a sanção, é uma alternativa a ser evitada, tanto pelo comandante quanto pelo comandado. Aplicá-la significa uma falha na comunicação: não pode prosseguir! Mesmo a ameaça direta já é um indício de insucesso do MCSG. Contudo, LUHMANN considera que o poder não deve ocultar totalmente essa alternativa, deve manter presente o excluído¹⁷².

¹⁷⁰ N. LUHMANN. *Poder* op. cit. p 50-52, N. LUHMANN. *La política op. cit.* p 151-161, N. LUHMANN. Il código político: ‘Conservatore’ e ‘Progressista’ nei termini della teoria dei sistemi. in *Potere e codice político*. Milano: Feltrinelli, 1982 p 62-99.

¹⁷¹ N. LUHMANN, *La política... op.cit.* p 151-161.

¹⁷² N. LUHMANN, *La política... op. cit.* p 126-34, N. LUHMANN, *Poder* op. cit., p 14, 85-97

As afirmações de LUHMANN sobre a sanção no poder político suscitam dúvidas. A primeira delas é a identificação entre sanção, coação e violência física. Os termos são aproximados, embora não identificados. LUHMANN admite que haja sanções não violentas (inclusive a demissão, pois há um poder dentro das organizações), mas não aprofunda a diferença. Além disso, menciona que a sanção violenta seja um modo de excluir a violência, um paradoxo oculto pela legitimidade da violência estatal, mas não esclarece a relação entre a aplicação dessa sanção violenta e a redução da confiança do meio poder (inflação). Essas dúvidas não podem ser solucionadas sem que antes se juntem àquelas geradas pela descrição da sanção no sistema jurídico.

III.2.2 Sanção do sistema jurídico

No sistema jurídico as sanções são marcas de resistência à quebra de expectativas normativas. O sistema jurídico é o sistema parcial da sociedade funcionalmente diferenciada cuja função é a generalização congruente de expectativas normativas. Suas comunicações acontecem conforme o código lícito/ilícito¹⁷³. Percebe-se, então, que a função do sistema jurídico, para a TSA, não é controle social, nem eliminação de conflitos. O sistema jurídico, de fato, lida com conflitos e atua como parte do sistema imunológico da sociedade, que torna os conflitos suportáveis para o sistema social. Essa não é, entretanto, sua função, uma vez que a imunização da sociedade é partilhada, por exemplo, com os movimentos sociais. A sanção do sistema jurídico está, desse modo, ligada à função do sistema, a generalização de expectativas normativas, mas não ao controle social.

¹⁷³ O código *Recht/Unrecht* também poderia ser traduzido por *direito/não-direito*. Em nota no “El Derecho de la Sociedad” TORRES Nafarrate explica as dificuldades que tanto ele quanto Giancarlo CORSI encontraram nas traduções dos trabalhos de LUHMANN para o espanhol e o italiano respectivamente. TORRES acaba por adotar três traduções possíveis: *derecho/no derecho, conforme o derecho/no conforme o derecho* e *derecho de uno/ no derecho del otro*. Já em inglês as traduções oscilam entre *legal/ilegal* (textos do próprio LUHMANN) e *lawful/unlawful*. Em português está sedimentada a tradução para *lícito/ilícito*, mas a distinção *conforme/não-conforme* será útil para compreender as estruturas relacionadas à sanção. V. N. LUHMANN, *El derecho... op. cit.* p 81

III.2.2.1. Sanção e manutenção de expectativas

A Teoria dos Sistemas atribui grande importância às expectativas. Não se trata, aqui, ressaltar mais uma vez, de operações do sistema psíquico – expectativas pessoais –, mas de condensações de sentido identificadas por um observador. Essas condensações, reuniões e reutilizações do sentido, indicam qual será a referência de sentido seguinte. Espera-se que o sol nasça todos os dias pela manhã, que um “muito obrigado” seja seguido de um “de nada”. Essas expectativas são confirmadas em situações diversas, generalizando-se e formando estruturas. As estruturas da sociedade são, assim, expectativas de sentido¹⁷⁴.

Mais importantes do que as expectativas simples são as expectativas sobre expectativas. Alter não apenas espera que à sua comunicação siga outra de ego, espera que ego também espere isso. As estruturas sociais são, assim, expectativas reflexivas. Alter e Ego sabem, ou presume-se que saibam, que a um “muito obrigado” segue-se um “de nada”, ainda que a resposta pudesse ser “42”. Esta resposta, contudo, abriria demais a complexidade da interação (qualquer forma de sentido pode ser resposta!) e prejudica a continuidade das comunicações¹⁷⁵. Por esse motivo, a quebra de expectativas, a decepção, também deve ser processada pelos sistemas sociais¹⁷⁶.

Como visto, as expectativas podem ser divididas em cognitivas e normativas, conforme reajam à decepção. São cognitivas as expectativas que tendem a se adaptar ante a decepção e normativas aquelas que tendem a se manter, não obstante o desapontamento. A diferença é sutil, porque os sistemas buscam manter mesmo as expectativas cognitivas. Adaptar qualquer coisa seria aumentar demais a complexidade do sistema. As

¹⁷⁴ N. LUHMANN, SS op. cit., p 96-97; 293-294, N. LUHMANN, *Introducción... op. cit.*, p. 73; 86-87; 243-244. Ver supra item I.3.4. Estruturas e Memória

¹⁷⁵ Nesse sentido, LUHMANN menciona que a função das estruturas é manter a possibilidade da autopoiese, apesar da imprevisibilidade. V. N. LUHMANN, SS op. Cit., p 288.

¹⁷⁶ N. LUHMANN, SS op. cit., p 303-307. N. LUHMANN, *Sociologia do Direito*. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (doravante RS I). p 66-67

expectativas cognitivas resistem em alguma medida à decepção por meio do isolamento do evento – admitir a exceção à regra, um caso especial, uma situação singular – e as normativas, por meio da comunicação da resistência e pela exigência do cumprimento. Essas comunicações podem acontecer de diversos modos, dentre eles, a sanção¹⁷⁷.

É preciso ressaltar que não há uma identificação necessária entre expectativa normativa e comunicação jurídica. Do mesmo modo que as expectativas cognitivas são identificadas com a ciência, as expectativas normativas são identificadas com o direito, mas não são exclusividade de nenhum desses sistemas. Há expectativas normativas em todos os sistemas sociais – até em interações simples. Regras de boa educação, regras de um jogo de tabuleiro, regras morais, todas podem ser expectativas normativas que não são comunicadas no código lícito/ilícito e, portanto, não integram o sistema jurídico¹⁷⁸.

A função do sistema jurídico é a generalização congruente das expectativas normativas. Há uma pluralidade de expectativas normativas e de expectativas sobre expectativas normativas. Um sistema social tão complexo quanto a sociedade precisa que algumas – mas não todas – dessas expectativas sejam generalizadas, i.e., estejam disponíveis para as comunicações. Mais ainda, essa generalização deve acontecer de modo congruente, i.e., deve acontecer nas três dimensões do sentido: temporal, material e social. A função do sistema jurídico, portanto, é tornar determinadas expectativas normativas iguais para todas as pessoas (dimensão social), a todo o tempo (dimensão temporal), em qualquer situação (dimensão material)¹⁷⁹.

A sanção é o meio mais expressivo para alcançar a generalização na dimensão temporal. LUHMANN afirma que a generalização congruente é

¹⁷⁷ N. LUHMANN, SS op. cit., p 332-333. N LUHMANN, op. cit. p 53-66

¹⁷⁸ N. LUHMANN, SS op. cit., p 323-332.

¹⁷⁹ N. LUHMANN, *El derecho...* op. cit. p 181-221, N. LUHMANN, RS I op. cit. p 109-123, N. LUHMANN, *La Differenziazione del Diritto...* op. cit., p 81-101.

alcançada por três mecanismos: institucionalização para a dimensão social, normatização para a dimensão temporal e contexto definido de sentido para a dimensão material. A sanção estaria ligada à normatização. Na dimensão temporal a quebra da expectativa exige uma decisão: manter ou abandonar a expectativa. A manutenção da expectativa deve ser expressa de algum modo. Poderia acontecer por manifestações de autopiedade, por escândalos, por diálogos. Essas manifestações são chamadas estratégias de processamento de desapontamento. A sanção é uma estratégia de processamento de desapontamento da expectativa que pode ser facilmente generalizada e, mais ainda, que pode combinar-se melhor com outras formas de generalizações¹⁸⁰.

A generalização congruente é altamente improvável. A mesma expectativa deve ser generalizada nas três dimensões do sentido e isso não é conseguido facilmente. Além da normatização, que é a generalização na dimensão temporal, a expectativa deve ser institucionalizada, o que LUHMANN identifica com o consenso presumido de terceiros e o papel do juiz. A expectativa deve ser, ainda, generalizada na dimensão material¹⁸¹, por meio de planos de abstrações que relacionam norma e fato¹⁸². Cada dimensão tem uma variedade de mecanismos possíveis para generalização. A temporal, como dito, poderia incluir o escândalo ou o diálogo. A social poderia conter variações de institucionalização. A material poderia utilizar valores, papéis, pessoas (como feixes de expectativas, não como sistemas psíquicos) ou programas. Algumas combinações foram mais bem sucedidas do que outras ao longo da evolução. Assim, por exemplo, a generalização de valores não combina com a aplicação de sanção. As pessoas não são mecanismos que se combinem facilmente com qualquer outro. O quadro a

¹⁸⁰ N. LUHMANN. RS I op. cit. p 72-75

¹⁸¹ A tradução para o português do Sociologia do Direito usa o termo *prática*. Uniformizei, contudo, os termos ao longo da tese, para não confundir o leitor.

¹⁸² N. LUHMANN. RS I op. cit. p 75-108

seguir resume a compatibilidade entre mecanismos de generalização¹⁸³. Os mecanismos mais compatíveis estão destacados.

Dimensão	Mecanismos de generalização	Compatibilidade		
		Temporal	Social	Material
Temporal	Desconhecimento		Baixa	Baixa
	Sufrimento		Baixa	Baixa
	Vingança		Baixa	Baixa
	<u>Sanção</u>		Alta	Alta
Social	Observador	Baixa		Baixa
	<u>Processo</u>	Alta		Alta
Material	Valores	Baixa	Alta	
	<u>Programas</u>	Alta	Alta	
	<u>Papéis</u>	Alta	Alta	
	Pessoas	Alta	Baixa	

O direito é, então, descrito a partir da trindade sanção-programa-processo. Essa descrição é, agora, deduzida da sociologia e não definida nominalmente para o direito. Esses mecanismos de generalização não são as únicas possibilidades existentes, mas formaram uma combinação que foi selecionada na evolução da sociedade. A sanção teve sucesso nessa seleção de combinações por alguns possíveis motivos. É um mal facilmente reconhecido. É um mecanismo reutilizável, uma multa pode ser a punição para um infrator de trânsito ou para uma empresa que desrespeite leis ambientais. É facilmente passível de gradação, podendo ser quantificada (tantos reais de multa, tantos anos de prisão) e, desse modo, servindo para expressar diferentes níveis de intensidade. Pode ser combinada com os

¹⁸³ N. LUHMANN. RS I op. cit. p 114-116. Há um quadro semelhante feito pelo próprio LUHMANN, mas tentei apresentar um que destacasse melhor as compatibilidades.

programas e com os processos, completando a generalização congruente de expectativas. A sanção é, então, um modo de generalização e não de coação para determinada ação. A única coação, LUHMANN afirma, realmente relevante para o direito é a seleção de expectativas¹⁸⁴.

A sanção também não é um elemento essencial da norma jurídica. A relação feita por LUHMANN entre a norma e a sanção não é ontológica. A sanção, em verdade, é um modo relativamente improvável de marcar a resistência à frustração da expectativa, mas como visto não é o único, nem é essencial que haja a aplicação da sanção¹⁸⁵. Há normas – expectativas normativas generalizadas – que se mantêm mesmo sem a aplicação de sanção por longos períodos de tempo, como o caso dos direitos humanos que, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, são infringidos impunemente e, mesmo assim, se mantêm, cada vez com mais força¹⁸⁶. Todavia, a maioria das expectativas normativas não se sustenta sem que as sanções sejam aplicadas. Nesse ponto, LUHMANN indica haver uma relação entre o direito, o Estado e a força física.

III.2.2.2. Direito, Estado e força física. Relação histórica

Há uma relação histórica entre o direito, o Estado e a força física. A evolução do direito, até o sistema jurídico funcionalmente diferenciado, passa por dois estágios anteriores: o direito arcaico – que corresponde à sociedade diferenciada de modo segmentário – e o direito das altas culturas – que abrange o longo período entre a diferenciação centro-periferia e a hierárquica –. Toma a forma, finalmente, do direito positivo da sociedade

¹⁸⁴ N. LUHMANN. RS I pp. cit. p 116

¹⁸⁵ Seria possível levantar a hipótese de que as sanções seriam parte dos programas condicionais do sistema jurídico. Descarto essa hipótese porque não interpreto os programas, na obra de Luhmann, como relações *Se X, então SANÇÃO*. Esta é a descrição realizada por Kelsen. Em Luhmann, os programas condicionais são orientações para a aplicação do código, portanto, a relação é *Se X, então LÍCITO* ou *Se Y, então ILÍCITO*. Por esse motivo a sanção precisa ser um segundo programa do sistema associado a esse primeiro. Os comandos das normas (se homicídio, então X anos de pena privativa de liberdade) são, sob uma análise da TSA, muito mais complexos.

¹⁸⁶ N. LUHMANN. *El derecho... op. cit.* p 192

contemporânea, relacionado à diferenciação funcional. Essa evolução não é um progresso ou um aprimoramento, mas um aumento de complexidade. Especificamente, LUHMANN trata da evolução do direito conforme o aumento da complexidade do processo decisório. A força física e o Estado serão formas auxiliares ligadas a esse processo¹⁸⁷.

O direito arcaico esteve fortemente ligado à força física, tanto como origem quanto como final do processo decisório. Nessa fase o direito é identificado com a própria ordem do mundo e, portanto, as decisões sobre conflitos não são consideradas contingentes, imputadas ao mediador, mas necessárias e deduzidas da ordem natural. Essa concretude dificultava a generalização das expectativas. A resposta à frustração vinha, normalmente, sob a forma de reação violenta, inclusive dirigida à família do infrator (vendeta). Mais ainda, uma vez que os conflitos tinham aspecto concreto, o deslinde violento era esperável e o direito ficou vinculado à força física – era preciso sobreviver à luta para ter direito¹⁸⁸.

O estágio seguinte, o direito das altas culturas, abarca configurações diversas e avanços consideráveis. O procedimento é uma conquista desse estágio. A decisão sobre a aplicação da norma – e da sanção – submete-se a um processo decisório e é considerada contingente. O mesmo não acontece, contudo, com a produção de leis, ainda consideradas como decorrência da ordem natural. A sociedade estratificada desenvolve a organização da aplicação da sanção negativa. Nesse ponto, reside mais uma vantagem da sanção negativa como mecanismo de reação às frustrações: ela é facilmente organizável, mais do que o escândalo ou a autopiedade. O procedimento de aplicação da lei passa a ter cargos e papéis que despersonalizam –

¹⁸⁷ N. LUHMANN. *El derecho...* op. cit. p 301-358; N. LUHMANN, *Evoluzione del Diritto* in N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto, Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna: Il Mulino. 1990., p 35-60, N. LUHMANN, *RS I* op. cit. p 167-238. V. tmb M. NEVES, *Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes. 2006, p 1-25. Perceba-se que, apesar de aqui as mudanças no direito serem apresentadas em ordem cronológica, LUHMANN não as atrela ao passado, mas às formas de diferenciação da sociedade. Portanto, nada impede que características do direito não funcionalmente diferenciado estejam presentes hoje.

¹⁸⁸ N. LUHMANN, *RS* vol I op. cit p 124-125; 184-200. N. LUHMANN, *El derecho...* op. cit. p 344

generalizam socialmente – a tomada de decisões. O direito é, então, associado à situação de paz de uma determinada região em que o poder está centralizado e organizado. Por um lado, reforça a centralização pela regulação da aplicação de sanções negativas em caso de conflitos (direito civil) e, por outro, especifica a aplicação das sanções negativas para a manutenção da paz (direito penal)¹⁸⁹. Essas mudanças elevaram ainda mais a complexidade da sociedade, que acabou por estabilizar-se por meio de um sistema funcionalmente diferenciado.

III.2.2.3. Questões sobre a sanção do sistema jurídico

Muitas questões podem ser levantadas a partir da descrição sistêmica do direito. Ao gosto dos paradoxos da teoria, justamente o sistema que LUHMANN mais trabalhou – ele era jurista de formação – é aquele que desperta mais inquietações. LUHMANN atribui alguma importância às sanções, mas não diz o que sejam. Algumas negativas ajudam a entender o que ele não considerava sanções, como repreensão, escândalo, sacrifício, suicídio, desterro, estigmatização ou maldição perpétua¹⁹⁰. Alguns casos, como o escândalo, o suicídio e o sacrifício parecem distantes realmente da noção comum de sanção mas, como visto¹⁹¹, a estigmatização e a maldição poderiam ser consideradas sanções, ainda que não do campo jurídico. E a repreensão não só pode como é uma possibilidade de sanção contida em norma¹⁹². Além de ser possível compreender que a sanção seja algum tipo de mal, não há definições mais claras. O que é, então, sanção e o que não é? As observações do sistema jurídico indicam alguma estrutura que possa

¹⁸⁹ N. LUHMANN, RS op. cit. vol I. p 201-224. N. LUHMANN, *El derecho... op. cit.* p 307-348

¹⁹⁰ N. LUHMANN. RS op. cit. p 74-75; 134

¹⁹¹ Ver supra cap. II

¹⁹² Um exemplo conhecido no Brasil é a pena de advertência contida na lei de drogas (lei 11343/06).

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

ser descrita pela TSA? Quais estruturas são essas? A apresentação de um conceito de sanção é o primeiro passo para responder a essas inquietações.

III.3 conclusões do capítulo

Neste capítulo foram apresentadas as menções, feitas por LUHMANN, à sanção. Exceto por algum aprofundamento no caso do sistema jurídico, LUHMANN não chega a descrever com detalhes as estruturas sociais às quais o termo faça referência, não oferece uma versão sistêmica da sanção. No sistema jurídico, a sanção é um mecanismo de generalização de expectativas na dimensão temporal altamente eficaz e que pode ser combinado com mecanismos nas outras duas dimensões do sentido. No sistema político, trata-se de um mal (físico) usado no caso de insucesso das comunicações realizadas pelo meio de comunicação simbolicamente generalizado poder.

A primeira coisa que chama a atenção é que LUHMANN não parece se referir à mesma sanção no sistema político e no jurídico. No sistema político, a sanção parece ser um evento fortemente ligado ao mecanismo simbiótico da violência, altamente concreto. No sistema jurídico, embora em alguns momentos a sanção pareça ser esse contato físico violento, na maior parte da descrição desse sistema parcial entende-se ser uma parte dos programas condicionais jurídicos. Quais relações poderiam ser traçadas entre essas descrições da sanção?

A relação mais proeminente seria o efeito de “falha” do poder. Se as sanções, no sistema político, são evidências de decréscimo da confiança dos símbolos do poder (inflação), também o são as sanções no sistema jurídico? Isso implicaria dizer que qualquer multa, qualquer penhora judicial é um decréscimo de poder? Essa afirmação parece exagerada. A descrição das estruturas relacionadas com a noção geral de sanção será útil para compreender não apenas essa, mas outras relações entre os sistemas jurídico e político.

CAPÍTULO 4: SANÇÃO DA SOCIEDADE

As menções à sanção feitas nas obras de LUHMANN são pouco elucidativas. Até agora foi possível perceber que a Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais está inserida em um paradigma científico inovador, é uma superteoria circular e com bases construtivistas que descreve os sistemas sociais, dentre eles a sociedade, a partir das comunicações. Mais ainda, observa as observações feitas por esses sistemas. Ao observar os sistemas político e jurídico, a TSA menciona o termo sanção e dá algumas informações sobre como essa sanção estaria relacionada à função desses dois sistemas. Não há, contudo, uma especificação do que seja entendido por sanção. Na verdade, quase não há relação entre as sanções para cada um desses dois sistemas, exceto por algum estudo a respeito do uso da força física. Essa vagueza não surpreende. É decorrência do acúmulo, ao longo dos séculos do pensamento humano sobre a ordem social, de formulações feitas por filósofos, juristas, economistas, cientistas políticos e sociólogos para relacionar algumas situações sociais e o termo sanção. Esse acumulado de esforços forma o que chamei de noção comum de sanção. Essa noção comum não pode, contudo, ser usada para prosseguir as análises da TSA a respeito de situações como procedimentos judiciais, penas penais e uso da força por uma polícia organizada, sem falar em na guerra. Além de extremamente vaga – e não simplesmente abstrata – essa noção comum foi formada a partir de teorias que aplicavam premissas diferentes daquelas usadas por LUHMANN. Para que a TSA consiga expandir sua complexidade e abarcar as situações identificadas com a sanção será preciso observá-las a partir dos conceitos da teoria e descrevê-las em termos sistêmicos. Isso permitirá ver não uma, mas quatro estruturas sociais às quais a noção comum de sanção faz referência ao tratar das sanções jurídicas.

Ao longo da história do pensamento sobre a ordem social diversas situações foram identificadas com a sanção. Não tratarei aqui das sanções chamadas morais, que podemos atribuir ao sistema psíquico; nem das sanções religiosas. As chamadas sanções sociais, manifestações difusas de desapontamento, serão abordadas apenas como avanços pré-adaptativos das sanções jurídicas. As situações aqui descritas são todas, de algum modo, observadas pelo sistema jurídico como sanções. Também são observadas pelo sistema político, dados os acoplamentos estruturais entre esses sistemas. Proponho, então, a descrição de quatro estruturas: as sanções simbióticas, os programas sancionatórios comuns, os programas sancionatórios procedimentais e os programas sancionatórios de exclusão.

Há uma clara divisão em dois grupos de estruturas. A primeira, a sanção ou sanções simbióticas estão relacionadas aos MCSG e a mecanismos simbióticos. Essas sanções são aquelas descritas por LUHMANN ao abordar o sistema político. As demais “sanções”, são programas do sistema jurídico para aplicação do código lícito/ilícito, ou, para ser mais precisa, conforme/não-conforme o direito. A diferença entre esses programas está nas referências que fazem para o caso de atribuição do lado negativo do código. Os programas sancionatórios comuns e os procedimentais remetem a outros programas, enquanto os programas sancionatórios de exclusão, as penas privativas de liberdade, fazem remissão ao uso do MCSG poder como ameaça. Chamarei essas remissões, por vezes, de “camadas”. A relevância dessas camadas está justamente na medida de sucesso ou insucesso do MCSG poder: programas sancionatórios comuns ou procedimentais precisam ultrapassar algumas camadas – remissões a outros programas – antes que o poder precise agir e possa ser ameaçado pela exposição da sanção (simbiótica) negativa.

O desenvolvimento dessas estruturas está relacionado. O mais provável é que tenham, realmente, origem em alguma forma de concentração da força física, mas essa concentração não gerou, obrigatoriamente, as demais estruturas, apenas possibilitou-as. Não há uma

ordem cronológica necessária do surgimento das estruturas identificadas como sanção, de modo que a apresentação delas é relativamente contingente. Prefiro começar pela sanção simbiótica por ser aquela que está relacionada ao MCSG poder, sobre o qual LUHMANN escreveu suficientemente. Em seguida apresentarei os programas sancionatórios comuns, novamente, uma estrutura mais bem trabalhada por LUHMANN, especialmente por ser uma forma das normas do sistema jurídico. O programa sancionatório procedimental não é algo que tenha sido expressamente mencionado por LUHMANN, mas certamente complementa seu trabalho a respeito da legitimação das decisões pelo procedimento. Por fim, o tema menos abordado pela TSA: os programas sancionatórios de exclusão.

IV.1. Sanções simbióticas

Por sanção simbiótica designo os mecanismos simbióticos utilizados pelo sistema político. A observação dessa estrutura, somada ao programa sancionatório, permitirá entender por que o sistema jurídico tem se esforçado para reunir sob um mesmo conceito sanções negativas e positivas. Desenvolverei aqui algumas ideias propostas por LUHMANN, mas não aprofundadas, a respeito desses modos de sanção. Ainda que o poder político, como MCSG, utilize apenas estruturas ligadas ao mecanismo simbiótico da violência física – serão chamadas sanções negativas – o sistema político, sobretudo a partir da disseminação do Estado de Bem-estar social, tem utilizado o mecanismo simbiótico da satisfação de necessidades – sanções simbióticas negativas – que não chegam a formar um MCSG diferente do dinheiro, mas têm ampliado suas comunicações.

IV.1.1. Sanções Simbióticas Negativas

A primeira sanção simbiótica é o mecanismo simbiótico da violência física. Esse mecanismo foi estudado com maior cuidado por LUHMANN. Relaciona-se às situações em que o poder falha ao tornar mais provável a

aceitação da comunicação e precisa expor possibilidade de exercício da violência. Mecanismos simbióticos, como visto, são mecanismos de interpenetração entre os sistemas sociais e os psíquicos/biológicos. Representações de sentido de eventos orgânicos. No caso dos MCSG e de outras estruturas, oferecem garantia de que a abstração das comunicações – necessária à generalização – não será tão grande que as seleções de sentido altamente improváveis sejam desconectadas. Sempre é possível retornar ao mecanismo simbiótico.

A maior parte das sanções simbióticas negativas está imunizada por meio de programas. A exposição da alternativa violenta do MCSG poder é feita na forma prevista pelo sistema jurídico em programas sancionatórios – daí haver, como LUHMANN chegou a propor, um acoplamento estrutural entre sistema jurídico e político por meio das sanções – de modo que a desobediência seja considerada um desvio, um comportamento contrário ao direito e não apenas contra a ordem do comandante. Esse acoplamento proporciona uma imunização contra a exposição da negação do próprio meio; permite que o poder não se reduza tanto ao expor seu mecanismo, não é tão ameaçado, mas não impede um decréscimo do meio. São as repressões policiais, medidas que BOBBIO chamou de diretas. Essa imunização nem sempre funciona, porque, em geral, outras estruturas estão envolvidas. A repressão de um movimento social, por exemplo, gera um embate da imunização com valores, uma vez que os movimentos sociais comunicam utilizando o lado positivo dos valores em referência a suas próprias demandas, e a imunização sai perdendo quase invariavelmente. Contudo, na maior parte dos casos, ela passa quase despercebida como se fosse uma situação particular – correr atrás de um menino de rua que roubou qualquer coisa em uma loja – desconectada do MCSG.

IV.1.2. Sanções simbióticas positivas

A segunda sanção simbiótica é baseada no símbolo simbiótico da satisfação de necessidades. Esse símbolo é usado pelo MCSG dinheiro, mas

em uma relação diferente. Enquanto no dinheiro a relação de imputação é entre vivência de Alter e ação de Ego, a sanção simbiótica positiva relaciona ação e ação. Essa relação não é desconhecida. Desde Roma até o final da Idade Moderna era conhecida como relação entre patrão/cliente. Era a relação que existia entre o dono ou senhor da terra e aqueles que nela trabalhavam – a família e agregados. A propriedade tinha, então, sentido diferente, não era o direito a dispor de um bem, mas o domínio sobre aqueles que ali residiam. Nem a sanção simbiótica positiva nem a negativa estavam relacionadas a qualquer MCSG porque, nesse período, essas estruturas ainda não se haviam desenvolvido. O senhor da terra distribuía tanto as punições e como os lucros e prêmios – muito provavelmente mais dos primeiros e menos dos segundos. Violência e satisfação das necessidades estavam igualmente à sua disposição¹⁹³.

A diferenciação funcional da política e da economia mudou esse quadro. A economia tornou-se fortemente monetizada. As trocas poderiam e deveriam ser feitas por meio de pagamentos em moeda. Isso enfraqueceu o domínio dos senhores – a terra importava apenas à medida que rendesse lucros – enquanto fortalecia uma divisão internacional do trabalho. Paralelamente o MCSG poder formava sua estrutura completa – inclusive associando-se ao símbolo simbiótico da violência – especialmente por meio da segunda codificação doada pelo direito. O sustento, que era uma atribuição política, tornou-se, então, responsabilidade de cada indivíduo, o que foi celebrado com a ideia de que o trabalho era um valor: “*The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his*”, afirmou Locke¹⁹⁴.

¹⁹³ N. LUHMANN. GG op. cit. p 369; 533-576. H. ARENDT também estuda essa separação, mas começa a análise com uma distinção entre esfera pública e privada. O domínio, diferentemente do poder, faz parte da esfera privada. A confusão entre poder e domínio teria sido causada pela invasão da esfera pública pela esfera privada. Nesse sentido ver. H. ARENDT. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007

¹⁹⁴ J. LOCKE, *Second Treatise of Civil Government*, seção 27. O domínio e as relações patrão/cliente não desapareceram simplesmente. A diferenciação funcional foi se firmando ao longo dos séculos e terminou por distinguir, em grande parte, as

Havia, então, duas possibilidades de MCSG que conviveram por algum tempo. Uma delas o poder ligado ao símbolo simbiótico da violência e outra ligada ao símbolo simbiótico da satisfação das necessidades. Ambas são altamente improváveis, mas a primeira mostrou-se menos improvável do que a segunda. Isso deve ter ocorrido pelos motivos que LUHMANN já indicou, o fato de a violência ser mais generalizável e de que as sanções positivas precisam ser cumpridas, mas, também, porque é mais difícil, a partir da satisfação de necessidades, a formação de símbolos de seleção e motivação no esquema ação-ação.

As sanções simbióticas positivas não apresentam tanta facilidade para formar um meio a partir de símbolos. As comunicações baseadas no meio poder são formadas por meio de símbolos de poder – digamos, um comunicado oficial, uma lei, um decreto – trata-se de uma ação imputada a alter (o comando) e uma ação seguinte imputada a ego (obedecer ao comando). Nessa comunicação a ameaça de uso da violência não está exposta¹⁹⁵. A motivação de Ego não precisa ser exposta em sua ação. E, mais ainda, o mecanismo simbiótico da violência não precisa aparecer. Enquanto a comunicação é bem-sucedida, quer dizer, enquanto as seleções são correspondentes, Ego não terá policiais raivosos batendo à porta. O mecanismo simbiótico só é acionado quando o símbolo, que, de modo altamente improvável, reúne seleção e motivação, não funciona e a seleção de Ego torna-se independente da seleção de Alter. Mais ainda, é acionado apenas quando Alter percebe isso por meio de uma ação de Ego que não condiz com a sua seleção inicial, quer dizer, apenas quando Ego desobedece. No caso das sanções simbióticas positivas a satisfação de necessidades precisa acontecer. Ela deve ser aparente ou a confiança no meio decairá. É possível que se formem símbolos, como de fato havia durante as relações patrão/cliente, mas não com tanta facilidade como com o mecanismo simbiótico da violência.

relações econômicas das políticas. O protomeio que sugiro aqui pode ser uma espécie de resquício de formas anteriores de diferenciação.

¹⁹⁵ Ainda que haja previsão normativa de sanção. Isso porque trata-se de um programa do sistema jurídico, não do mecanismo simbiótico da violência física. V. infra item IV.2. Programas sancionatórios

Outra dificuldade enfrentada pelo protomeio paralelo ao poder foi a estruturação do dinheiro como MCSG. O dinheiro já é, ele mesmo, uma segunda codificação de um protomeio: a propriedade. O domínio sobre o território no qual prosperavam os protomeio de poder positivo e negativo – para usar algum tipo de distinção simples – era um tipo de propriedade, mas estava ligada ao poder político¹⁹⁶. O sustento de si e de seus familiares era uma missão política, não econômica. E dinheiro desenvolveu-se um pouco mais afastado: nas trocas por bens de prestígio, propriedades menores que acabaram recebendo o código secundário do dinheiro. A propriedade deixou, então, de ser caracterizada como domínio para tornar-se capacidade de dispor do bem em troca de dinheiro. A esse meio ficou associado o mecanismo simbiótico da satisfação de necessidades. Mais ainda, o dinheiro, como MCSG, era um meio universal, não precisava ater-se à diferenciação estratificada que ainda assombrava a Europa¹⁹⁷. As comunicações ligadas ao mecanismo simbiótico da satisfação de necessidades tenderam a operar pelo meio dinheiro e, cada vez menos, pelo protomeio do poder positivo.

A ideia de um meio de comunicação baseado na satisfação de necessidades pode ser má compreendida. Não se trata aqui de uma apologia ao chamado clientelismo. O clientelismo está associado a uma conduta negativa de grandes proprietários de terras, especialmente no que tange às eleições democráticas. A identificação de um protomeio de comunicação baseado na satisfação de necessidades pode, na verdade, ajudar a entender o clientelismo e distingui-lo, por exemplo, de programas sociais.

¹⁹⁶ Essa afirmação é do próprio Luhmann. “cuidar de la própria economía, de la própria subsistencia, es entonces parte de las obligaciones políticas de quienes forman la sociedade política – o sea: uma “re-entry” de la distinción economía/política dentro de la política. Esto también es válido cuando em los ‘órdenes domésticos’ de los nobles se practica la jurisdicción y otras funciones públicas”. N. Luhmann. GG op. cit. p 553-554. Como mencionado acima, a interpretação de H. Arendt é oposta. Não se tratava de um momento político, mas econômico. Isso porque a definição dela de política está ligada à noção de poder como a capacidade humana de agir em conjunto. A ação emerge da relação entre pessoas no espaço público e é diferente do trabalho ou do labor. A propriedade não era um espaço de poder porque esse só emerge entre iguais. A assimetria hierárquica gera domínio ou autoridade, mas não poder. Ver. H. ARENDT. A condição humana op. cit.

¹⁹⁷ N. LUHMANN. GG op. cit p 567-576

O clientelismo – como a sanção – não tem uma definição clara. Em geral designa a troca de votos por favores, ou seja, pela satisfação de necessidades, que acontece em regiões menos desenvolvidas. Está relacionado a outro problema, o mandonismo. O mandonismo é identificado com “a existência local de estruturas oligárquicas personalizadas de poder” comandadas por alguém, o mandão, que tem controle sobre algum recurso estratégico e exerce domínio pessoal e arbitrário sobre a população¹⁹⁸. No Brasil essas duas situações são identificadas com o coronelismo que seria um momento de declínio do mandonismo em que os coronéis mandões buscaram apoio no Estado para manter seu poder¹⁹⁹. Há uma pesada valoração negativa atribuída a esse tipo de estrutura em que se vê a formação de símbolos de poder ligada não apenas à violência, mas em especial à satisfação de necessidades. Em geral as críticas dizem respeito a violações de direitos humanos e da própria democracia. Não são infundadas. De fato o clientelismo e demais manifestações como o mandonismo parecem estar ligados ao protomeio baseado nas sanções simbióticas positivas, mas padecem de um problema. Do mesmo modo que o MCSG poder não pode expor constantemente o mecanismo simbiótico da violência, o protomeio não poderia, sem se prejudicar, expor a satisfação das necessidades. Por isso mesmo teve dificuldades para formar símbolos. A oferta do sapato em troca do voto – o exemplo clássico – é tão frágil como meio quanto a ameaça de violência física. O clientelismo não é, então, um caso de proliferação do protomeio baseado na sanção simbiótica positiva, é um caso de falha desse meio.

Em outros sistemas, o protomeio parece ter se desenvolvido mais. LUHMANN chega a mencionar que os salários seriam um modo de sanção positiva – portanto, uma sanção simbiótica positiva²⁰⁰. Por serem feitos por meio de dinheiro, por vezes com a cessão de alguns bens – carro da empresa, celular da empresa, etc. – as comunicações que acontecem dentro

¹⁹⁸ J. M. DE CARVALHO. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual in *Dados* vol. 40 no. 2 Rio de Janeiro 1997

¹⁹⁹ Idem. J.M. DE CARVALHO formula essa interpretação a partir da noção de coronelismo formulada por Victor Nunes Leal.

²⁰⁰ N. Luhmann. *La política...* op.cit. p 124-125

das organizações-empresas podem ser consideradas uma forma generalizada simbolicamente de comunicação relacionada ao mecanismo simbiótico da satisfação de necessidades. Os comandos fluem na empresa sem que os salários precisem ser lembrados diuturnamente. Isso implica uma pequena mudança nas previsões iniciais de LUHMANN a respeito do poder. O poder dentro das empresas não é um poder do tipo político cuja sanção negativa é a demissão²⁰¹, é um poder baseado na satisfação de necessidades. Naturalmente, a demissão – a exclusão do sistema – é uma forma de ameaça. A ameaça de cessar a satisfação das necessidades. A grande vantagem desse conceito de sanção simbiótica é, justamente, não depender da ameaça para traçar as diferenças entre tipos de poder. Antes, os mecanismos simbióticos são os modos de diferenciação entre os tipos de poder. Assim, o poder dentro das empresas pode ser descrito como uma evolução do domínio. É um avanço pré-adaptativo que torna prováveis comunicações improváveis utilizando o mecanismo simbiótico da satisfação de necessidades.

A sanção simbiótica positiva é, na conformação atual, altamente generalizável. O símbolo simbiótico da violência também é altamente generalizável no sentido de ser independente de uma linguagem elaborada ou de uma semântica de valores específica. Contudo, em uma sociedade com comunicações mais intensas, disseminação de valores mais ampla e grandes restrições estruturais ao uso da violência, o símbolo da satisfação de necessidades é mais facilmente generalizável. Outra vantagem de um sobre o outro é que a violência chega, no ponto extremo, à não comunicação. Não há muito para onde expandir. A satisfação de necessidades, contudo, parte de necessidades biológicas básicas, mas pode se expandir para outras. Os seres humanos viveram milênios sem geladeiras e hoje não se considera digna de habitação uma casa sem geladeira. Há, então, uma tendência de crescimento desse meio incompleto. Alguns eventos contemporâneos podem estar relacionados a essa expansão: programas do governo de financiamento para empresários ou de

²⁰¹ Como LUHMANN sugere no Poder. N. LUHMANN. *Poder* op. cit p 144-145.

transmissão de renda; programas das empresas para, além do relacionamento com seus empregados, satisfazerem as necessidades de populações próximas a áreas de grandes operações; até mesmo relações entre governos podem transitar por esse protomeio.

Não me arrisco a prever a formação de um novo meio que venha a substituir o poder como meio do sistema político. Isso seria apenas ficção. Mais ainda, se LUHMANN estiver certo e cada sistema parcial puder ter apenas um MCSG, seria preciso incluir na previsão a formação de um novo sistema, acoplado ao sistema político, talvez, o que é pouco provável. Certamente não seria possível substituir o poder político. Seus símbolos já estão estabilizados e, de fato, o símbolo simbiótico da violência é efetivo. O mais provável é que o MCSG poder e esse protomeio convivam.

IV.2. Programas Sancionatórios Comuns

A proposta de existência de programas sancionatórios não é uma inovação rompedora. É, antes, uma explicação sobre por que o sistema jurídico não consegue – nem deveria – ver as diferenças entre as diversas situações em que se aplicam sanções. No sistema jurídico, sanções são programas, como qualquer outra norma. Há, então, programas condicionais que se dirigem a comunicações ocorridas tanto no sistema jurídico como no político e que mandam aplicar a essas comunicações o código lícito/ilícito. Esses programas são responsáveis pela atribuição do código lícito/ilícito às exposições do símbolo simbiótico da violência, absorvendo um pouco do prejuízo causado ao meio poder quanto essa exposição ocorre. Também são capazes de individualizar a aplicação da sanção ao relacioná-lo a uma quebra pontual de expectativas normativas. Aqui estão inseridas quase todas as sanções conhecidas: multas, indenizações, repreensões, cursos de atualização de motoristas sem carteira. São as medidas que BOBBIO chamou de indiretas.

Perceba-se que em todos esses casos não há exposição do símbolo simbiótico negativo. Uma multa é um programa, uma nova obrigação jurídica que surge e, ainda que seja comunicada pelo MCSG poder, não constitui um decréscimo da confiança no meio. Há camadas de programas, referências a outros programas, antes que o poder precise expor seu “lado negro” e, na maioria das vezes, nem chega a acontecer, ou porque a multa/indenização/curso é cumprida ou porque não chega a ser uma situação disseminada em grau suficientemente grande para que os poderosos sintam que devam agir. Em geral, são casos particulares que não se repetem. Apenas a redundância desperta a atenção dos poderosos o suficiente para que o outro lado do MCSG seja exposto.

Ao associar a sanção a um programa do sistema jurídico este realiza uma prestação para o sistema político. O comando do poderoso é transformado em programa condicional do sistema jurídico, a norma jurídica. O programa conduz à aplicação de outros programas, os programas sancionatórios. Esses programas sancionatórios relacionam-se a pessoas – uma evolução do sistema jurídico – e, desse modo, individualizam a falha da comunicação do poder. É altamente improvável a aceitação de uma seleção que oriente os motoristas a dirigir à velocidade de 70 km/h em uma via expressa. Provavelmente o poder não será capaz de motivar as seleções de vários indivíduos para manter seus veículos a essa velocidade. Transgressões são esperadas. Essas ações, contudo, serão consideradas eventos pontuais, processados conforme o programa do comando que prevê a aplicação de outro programa – multa –. Com essas remissões os símbolos do poder não sofrerão um decréscimo muito grande, apesar de a seleção “velocidade máxima 70 km/h” exigir bastante deles. Isso porque os eventos pontuais serão, quase todos, esquecidos pelo sistema.

Os programas sancionatórios estão relacionados à função de memória do sistema jurídico. A memória do sistema, como visto, é um *modus operandi*, ela permite tanto a redundância (recordar) quanto restringe o uso de determinadas referências como premissas de comunicações seguintes

(esquecer). Os programas sancionatórios acionam a função de memória do sistema: uma vez cumprida a obrigação, o sistema não fará mais remissões ao evento que disparou o programa. E isso não acontece apenas no sistema jurídico, mas como prestações para os outros sistemas. Assim, ao invés de criar redundância a partir de uma quebra das expectativas, o direito mantém-se em seu caminho. A redundância não será a quebra da expectativa, será a manutenção! O desapontamento não será mais utilizado como tema das comunicações seguintes.

Além disso, a programa sancionatório comum também protege a pessoa. O desapontamento da expectativa é pontual, não se expande para os outros papéis por ela desempenhados. A pessoa pode ser multada como motorista e, ainda assim, ser considerada uma boa pagadora de impostos. Outros sistemas ficam ainda mais distantes: as sanções por desobediência às leis de trânsito não alcançam os aspectos profissionais e pessoais. Más motoristas podem ser boas médicas e boas pagadoras de cartão de crédito.

Outra evidência da função de memória do programa sancionatório comum é a vendeta. LUHMANN insiste na vendeta como meio de indicar a quebra da expectativa, mas não chega a explorar como a sanção permitiu um avanço sobre a vendeta, exceto pela questão óbvia de evitarem-se mortes e perda de bens. A vendeta acionava a memória para manter a redundância do sistema a respeito do desapontamento. Logo tornava-se conflito e engolfava outras comunicações. A programa sancionatório permite que esses conflitos não se formem porque condiciona o esquecimento – interrupção das comunicações – da quebra de expectativa. Diferentemente da vendeta, o programa sancionatório foi capaz de restaurar o tempo, tornando desvio de volta em ordem. Possivelmente essa propriedade do programa está relacionada à noção de sanção como restauração de uma ordem natural do cosmos.

A ativação da memória é importante para a evolução do sistema. As vendetas – LUHMANN as associa com as sociedades segmentárias – não

esqueciam. O sistema não podia adaptar-se, os segmentos não poderia ter variações, os Capuletos não poderiam interagir com os Montecchio. As expectativas também não poderiam mudar – a vendeta não deixa esquecer – mesmo que já não estivessem conectadas com a realidade dos sistemas. O programa sancionatório, contudo, ao ativar a função de memória permite esquecer o evento desapontador, mas lembra que a expectativa se manteve. É possível, também, que uma variação venha a substituir a expectativa, sem que com isso os eventos anteriores precisem ser resgatados. O programa sancionatório permite, então, que não só o sistema jurídico, mas vários sistemas parciais da sociedade mantenham suas estruturas sem precisar tematizar desapontamentos.

Uma questão adicional também pode ser vista por meio dos programas sancionatórios: a relação com o dinheiro. Os programas sancionatórios orientam para que uma ação imputada a uma pessoa seja identificada como não-conforme o direito²⁰² – desvio – e estabelecem as condições para que essa ação não seja novamente tematizada nas comunicações – retorno à ordem. É possível dizer, então, que realizam o cruzamento entre não-conforme/conforme o direito ou entre desvio/ordem. Nessa capacidade de cruzar rapidamente a forma não-conforme/conforme o direito reside a relação com sanções pecuniárias. Essa transição não-conforme/conforme precisa ser feita rapidamente e por meio de um mecanismo que possa ser reutilizado. LUHMANN menciona essa capacidade da sanção no sistema jurídico, mas não chega a esse nível de detalhes. O dinheiro, como visto, é um meio capaz de alta circularidade, quer dizer, transita rapidamente de um lado a outro de seu código ter/não-ter. As multas, indenizações e demais obrigações pecuniárias aproveitam-se dessa capacidade do símbolo, mas para transitar por uma forma não-conforme/conforme. Uma medida violenta não tem essa capacidade, é difícil ser ponderada e exige uma organização para ser aplicada. Quanto aos pagamentos, não há dúvida de que aconteceram. São fáceis de serem

²⁰² Remeto o leitor aqui às considerações feitas a respeito da tradução do código recht/unrecht. Mais do que “ilícito” a situação sancionada é “não-conforme o direito”. Trata-se, contudo, do mesmo código.

medidos, ainda que possa haver qualquer divergência semântica sobre qual o valor necessário para que a sanção seja efetiva, quer dizer, para que seja razoável acreditar que a expectativa não será mais descumprida. Essa questão sobre valor é resolvida com relativa facilidade. Os programas sancionatórios aproveitam, então, o código ter/não-ter e, por meio do dinheiro, transformam não-conforme o direito em conforme o direito²⁰³. E, novamente, protege o MCSG poder de eventual demonstração de violência que implicaria um decréscimo de confiança.

IV.3. Programa Sancionatório Procedimental

O programa sancionatório procedimental é uma especificação do programa sancionatório. É um programa gerado dentro de um procedimento e cujo papel também está relacionado à função de memória. É muito provável que, cronologicamente, tenha surgido antes do programa sancionatório comum como conhecemos hoje. Esse é apenas um dos motivos pelo qual o programa sancionatório procedimental deve ser apresentado separadamente do programa sancionatório. O outro é o fato de que a programa sancionatório procedimental plenamente desenvolvido está ainda mais distante do MCSG poder, pois, além da barreira do programa e da individualização, o próprio procedimento afasta a aplicação da sanção de reduzir a disponibilidade de poder no sistema. Por fim, o programa sancionatório procedimental – e o procedimento como um todo – podem ser descritos como altamente relevantes para a eficiência do direito e evolução do direito.

Os procedimentos são sistemas capazes de legitimar decisões. Por meio do procedimento uma série de decisões é tomada de modo linear e irreversível até que se chega a uma última, legitimada por todo o procedimento. Na obra Legitimação pelo Procedimento a definição é a seguinte: “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo

²⁰³ Isso não é nenhuma novidade da sociedade funcionalmente diferenciada. A venda de indulgências já havia aproveitado a circularidade do dinheiro para atribuição da salvação ou não salvação da alma.

ainda não definido dentro de certos limites de tolerância”. Nessa formulação “aceitar” não significa uma mudança de estado interna ao sistema psíquico, antes é adotada formalmente. Assim como no caso da motivação para os meios de comunicação simbolicamente generalizados, a aceitação significa apenas que a decisão não é mais contestada e torna-se premissa de comportamento (de comunicações)²⁰⁴.

O procedimento é uma forma de condicionamento de conflitos que insere instabilidade e incerteza no conflito. Não se sabe qual será a decisão do juiz! Reduz, ainda, a amplitude do conflito ao fazer com que os participantes desempenhem papéis pré-estabelecidos. O procedimento judicial é facilmente reconhecido nessa descrição, mas também o processo legislativo e as eleições seriam procedimentos legitimadores. Ao tratar da sanção, o foco terá de ser o procedimento judicial. É preciso, portanto, formular uma explicação um pouco mais aprofundada a respeito do conflito e do funcionamento do procedimento.

IV.3.1. Conflitos

Conflitos são sistemas sociais altamente integrativos formados em dupla contingência negativa que se formam a partir de contradições. Mais ainda, formam-se a partir de sequências de contradições. Uma contradição não é apenas uma negação – esta é uma possibilidade sempre presente nas comunicações –, mas uma relação entre expectativa de estrutura e negativa. Um exemplo simples é o famoso quadro de René Magritte, “*La Trahison des Images*”, no qual representa-se um cachimbo e, abaixo, está a legenda “*ceci n’est pas une pipe*” (isto aqui não é um cachimbo). O interesse que o quadro desperta está justamente na contradição. A contradição não está apenas na frase ou no cachimbo, está na combinação dos dois. Espera-se que as legendas correspondam às imagens. Percebe-se na combinação uma contradição por causa dessa expectativa²⁰⁵. Do quadro, contudo, não

²⁰⁴ N. LUHMANN. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB. 1980. Pp 29-35.

²⁰⁵ O quadro é interpretado pelo próprio artista como uma evidência da diferença entre imagem e substância, não é possível usar o quadro para fumar tabaco. Essa

emergem conflitos, porque seria raríssimo encontrar alguém que continuamente respondesse à tela “é um cachimbo, sim!”. Conflitos precisam que as contradições sejam contrariadas, precisam de uma sequência de contradições. Quando isso acontece, forma-se o que LUHMANN chama de dupla contingência negativa. “não faço o que você quer, se você não fizer o que eu quero”. Diferente da comunicação normal, cheia de possibilidades, a comunicação dentro do sistema do conflito tem apenas uma opção que pode mantê-lo: negar a negativa. Por isso diz-se que os conflitos são sistemas altamente integrativos, ou seja, têm possibilidades reduzidas de seleções para as comunicações seguintes.

Conflitos são inerentes aos sistemas sociais. Não são necessariamente ruins, podem ser até benéficos, porque permitem a evolução. O surgimento de uma variação poderá, inicialmente, gerar um conflito que desaparecerá com a seleção/estabilização da variação ou sua rejeição definitiva. Os conflitos também apresentam um perigo: podem tomar conta de todo um sistema. As comunicações dos conflitos, como visto, são altamente integradas, quer dizer, há poucas opções de seleção. Alter diz “não”, Ego responde “não ao não”! Isso significa que os conflitos dependem das comunicações dos outros sistemas, formam-se dentro deles, a partir das negações de suas estruturas. Esses sistemas de conflito se desenvolvem como parasitas dentro dos outros sistemas sociais e podem tomar, pouco a pouco, todas as comunicações. Além disso, conflitos podem desembocar em um embate violento, o que faz com que sejam constantemente rejeitados²⁰⁶.

A sociedade é capaz de lidar com conflitos por meio de seu sistema imunológico. O que LUHMANN chama de sistema imunológico não é um

interpretação, contudo, precisa remeter a uma ideia externa ao quadro – o tabaco, a função do cachimbo – para resolver o paradoxo. Essa referência externa é chamada por LUHMANN de Gödelização, um processo lógico matemático de solução de paradoxos que os resolve por referências externas. LUHMANN abstrai as conquistas desse cálculo para indicar que os códigos dos sistemas não podem se apoiar em referências externas para resolver seus paradoxos. V. N. LUHMANN. *El derecho...* op. cit. pp 346. Um interessante estudo sobre o quadro de Magritte foi feito por M. FOUCAULT. *This is not a pipe*. Berkeley, Los Angeles, Londres: University of California. 1983.

²⁰⁶ V. supra. Cap I

sistema parcial da sociedade como o Sistema Jurídico ou o Sistema Político. Nem mesmo é um sistema social como os conflitos, as interações ou a sociedade. Trata-se, antes, de um conjunto de sistemas capazes de condicionar conflitos. O condicionamento de conflitos acontece de dois modos: pela restrição de recursos ou pelo aumento de incerteza. No primeiro caso, tem-se o exemplo da hierarquia, que reduz as possibilidades de negação – só os superiores podem dizer não – e diminui a possibilidade de conflitos. No segundo caso, o aumento da incerteza se dá pela inclusão de novos elementos no sistema conflituoso²⁰⁷. É justamente o caso do procedimento judicial, que, ao inserir um terceiro – o juiz – aumenta a incerteza naquele sistema de conflito – qual será a decisão dele? A favor de quem ele estará? – e, com isso, quebra-se a força integrativa do conflito, há novas opções de seleção! Há, no entanto, mais mecanismos além da presença de um terceiro que permitem ao sistema jurídico lidar com conflitos.

IV.3.2. Procedimento Judicial

Os procedimentos judiciais vão mais além. O sistema jurídico, ao generalizar expectativas, já reduz a probabilidade de conflitos, mas consegue contribuir com outra prestação ainda mais importante. O sistema jurídico cria possibilidades de conflitos. Essas possibilidades de conflitos, contudo, são muito mais suportáveis, são discussões sobre abstrações jurídicas e não conflitos parasitários²⁰⁸. O procedimento ao colocar o desenrolar do conflito em uma trilha de decisões permite que o conflito

²⁰⁷ N. LUHMANN. SS op. cit. 394-396

²⁰⁸ A semântica do sistema jurídico ajuda a compreender essa situação. No direito internacional a definição de conflito já foi expressa em um caso apreciado pela Corte Permanente de Justiça Internacional. “*A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons*” (uma controvérsia é um desacordo sobre um ponto de direito ou fato, um conflito de visões legais ou de interesses entre duas pessoas. Tradução livre). CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)*, 1924. (ser. B) No. 3 (Aug. 30) [19]. A definição é bem ampla, mas permite notar como os conflitos continuam existindo na sociedade – o direito não elimina ou os resolve –, mas tomam a forma de “desacordo sobre pontos de direito”.

seja suportável pela sociedade²⁰⁹. E de fato o é: milhares de processos judiciais são movidos no mundo todo, sem que precisem se tornar vendetas violentas.

Procedimentos são sistemas de interação especializados. Por meio deles, um conflito é trabalhado em uma sequência de decisões, tomadas por participantes que desempenham papéis, e que leva a uma decisão final. O procedimento difere do ritual porque o conteúdo dessa decisão final não é determinado. Ela representa a instabilidade criada no conflito por meio da participação do terceiro – o juiz. Para que essa indeterminação fosse estabilizada foi preciso que o papel de juiz fosse neutro com relação à personalidade daquele que o desempenha, o que foi conseguido por meio da noção de cargos e pela centralização do poder. Além disso, o procedimento “encapsula” o conflito ao isolar os papéis dos participantes. A decisão final deverá indicar qual dos participantes tem o direito e apenas um poderá ganhar (em cada ponto controverso). Por fim, essa decisão é executada independentemente das reações do público²¹⁰.

Esses mecanismos permitem, então, uma versão abrandada do conflito na sociedade. Imagine-se um conflito sobre erro médico. Devido a uma ação do profissional, o paciente sofre um dano físico. Atualmente o procedimento judicial permite que as partes envolvidas no problema deixem de ser paciente e médico e se tornem autor e réu. Cada papel deve tomar determinadas decisões – ainda que não se manifestem como tal – que são previstas para o procedimento. O fato de o médico ser réu não significa que ele será multado pela receita federal como mau pagador de impostos. Imagina-se, também, que não afetará a sua vida em família. Do mesmo modo o autor não terá que pagar impostos diferentes nem será considerado,

²⁰⁹ N. LUHMANN. *El derecho...* op. cit. pp 322-328; N. LUHMANN. RS I op. cit. p 207; N. LUHMANN. GG op. cit. p 368-369

²¹⁰ N. LUHMANN. *Legitimação pelo procedimento* pp. cit.; N. LUHMANN. RS I. op. cit. p 208

pelo banco, como mau pagador. Os papéis estão isolados²¹¹. O juiz é um ocupante de um cargo público neutro com relação ao conflito e que pode decidir independentemente das outras relações sociais que as partes tenham, é o mais forte na interação. O conflito também não é trazido sob a forma de lesão física: foi uma lesão a um direito! E os argumentos debatidos serão jurídicos ou balizados por valores jurídicos. Ao final, será emitida uma decisão: quem tem o direito. Apenas um poderá ter o direito, poderá estar certo, ainda que, considerando-se vários pontos de conflito, cada um possa estar certo em alguns e errado em outros, mas os dois não podem estar certos sobre o mesmo ponto. Todo esse procedimento, por mais acalorado que seja, não inclui violência física, mobilização das famílias ou destruição de patrimônio. Acontecem casos judiciais assim como o do exemplo todos os dias sem que a maioria de nós se quer saiba, ou seja, há conflitos, mas são brandos o suficiente para o resto da sociedade continuar com suas comunicações sem interrupções.

Os procedimentos são conquistas evolutivas que permitiram o desenvolvimento do direito. Não há, em um primeiro momento, diferenças entre os conflitos jurídicos e aqueles oriundos das frustrações de expectativas em geral. A inserção de um terceiro como modo de condicionamento de conflitos é multifuncional, quer dizer, pode atuar em conflitos sobre qualquer tema. Apenas quando a resolução desses conflitos começa a ser observada (observações de segunda ordem) e as soluções reutilizadas, o direito começa a se formar. A argumentação jurídica se desenvolve até chegar ao ponto de sistematização do conhecimento jurídico. Além disso, os conflitos vão ganhando maior abstração – passam a ser discussões sobre as leis – o que confere independência ao sistema jurídico²¹². Essa evolução é importante para compreender o papel do programa sancionatório procedimental e, portanto, será preciso explicá-la com um nível maior de detalhes.

²¹¹ Obviamente, a capacidade do procedimento de isolar papéis é limitada. Atitudes que, por algum motivo, sensibilizem demais outras pessoas podem não ser contidas pelo mecanismo de isolamento de papéis do procedimento.

²¹² N. LUHMANN. RS I op. cit. p 177 – 217; N. LUHMANN. *El derecho...* op. cit. p 320-344.

Os procedimentos são usados por LUHMANN como marcos para compreender a evolução do sistema jurídico. A chave para compreender o desenvolvido ou evolução do direito está na diferença variação/seleção/estabilização. Os conflitos inserem variação no sistema, as decisões os selecionam e a abstração dos casos estabilizam a evolução. A relevância do procedimento está em permitir que as duas primeiras fases aconteçam a partir da argumentação jurídica que se relaciona com o desenrolar do procedimento. No período em que a sociedade se diferenciava pelo primado segmentário a resolução de conflitos não era suficientemente diferenciada nem abstrata. O procedimento teria sido desenvolvido apenas no direito das altas culturas, entre a sociedade de diferenciação centro-periférica e a hierárquica. A partir daí foi possível desenvolver a dogmática jurídica capaz de estabilizar as variações do direito e formar um sistema jurídico²¹³.

Nas sociedades diferenciadas por segmentos, a solução de conflitos estava voltada para casos concretos e havia poucas alternativas de solução. Os procedimentos tinham caráter ritual e as sanções estavam divididas em represálias e recompensas. Os mecanismos de condicionamento de conflitos desempenhavam um papel mais proeminente de atrasar ou evitar conflitos violentos, mas os mecanismos jurídicos não estavam funcionalmente especializados. Nessa fase, contudo, algumas variações relevantes são estabilizadas como formas mais abstratas de sanção (a maldição, por exemplo) e alguma obrigatoriedade das decisões. O senhor político “empresta a espada à justiça”, mas a falta de abstração dos conflitos faz dessas decisões altamente dependentes da afirmação visível do direito – a sanção violenta – que mudará por conta de estabilizações altamente improváveis²¹⁴.

²¹³ N. LUHMANN. RS I op. cit. p 177-181; N. LUHMANN. *El derecho...* op. cit. pp 320-323

²¹⁴ N. LUHMANN. RS I op. cit. p 188-199; N. LUHMANN. *El derecho...* op. cit. pp. 320-323

Duas estabilizações altamente improváveis estão relacionadas à formação do procedimento. Primeiro, a centralização do poder político e a hierarquia. Depois, a abstração da argumentação. A primeira permitiu que o procedimento adquirisse a neutralidade do papel do juiz – o 3º mais forte e cuja decisão é independente – libertando-o da dependência das famílias e da religião. A segunda, contudo, foi ainda mais improvável e relevante: o abandono da argumentação caso a caso para a formulação de conceitos e regras de decisão. Surge um tipo diferente de argumentação, especializado, a argumentação jurídica²¹⁵. Essa argumentação permitirá que os problemas levados ao sistema jurídico sejam problemas jurídicos. Também será a semente da dogmática jurídica.

Essa mudança no nível de abstração altera o procedimento. Agora, mais do que a simples intervenção de um terceiro, são debates sobre problemas jurídicos. A propriedade é um bom exemplo. Não se trata mais de debater quem estava no terreno, quem fisicamente tem a posse, mas de quem tem o direito e de como proteger esse direito. As decisões sobre esses casos generalizam as expectativas em outro plano, mais abstrato, que independe da força física dos litigantes. As decisões precisam, então, passar por uma “prova de consistência”, devem sustentar-se perante os outros conceitos já estabilizados. As leis, então, também passam a estar submetidas a essa prova, por meio da interpretação. O sistema jurídico precisa, assim, lidar com sua consistência, mas ainda não parece ter desenvolvido uma prática consistente²¹⁶.

Essa evolução faz parecer que a sanção não tem mais relevância para o direito ou para o procedimento jurídico. Não é o caso. O que se deve

²¹⁵ LUHMANN chega a mencionar os trabalhos de T. VIEHWEG sobre a tópica para explicar o desenvolvimento da argumentação jurídica. VIEHWEG destacou-se por propor que o pensamento jurídico era do tipo tópico-problemático, i.e., ordenava topoi, lugares comuns, para chegar a solução de problemas. O mesmo Viehweg descreve um atrito entre a tópica e a sistematização do direito. LUHMANN, contudo, parece compreender que o pensamento sistemático dedutivo contribuiu para a evolução do sistema jurídico. Na mesma linha, no Brasil, segue T.S. FERRAZ JR. Ver: N. LUHMANN. *El derecho...* op. cit. p 335-339; T. Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: UnB.1979. T.S. FERRAZ JR. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad. 1998

²¹⁶ N. LUHMANN. *El derecho...* op.cit. pp 342-341.

perceber é que o procedimento jurídico distanciou-se da violência física, não da execução das sentenças. Contudo, restam algumas dúvidas: se não são as sanções o objetivo do procedimento e a violência física está distante do grau de abstração alcançado, qual o papel da sanção nos procedimentos? Proponho que essa sanção seja compreendida como um programa, gerado pelo próprio procedimento, e que está relacionada à função de memória do sistema, portanto, também está relacionada à estabilização na evolução do direito.

IV.3.3. Programas sancionatórios procedimentais

Programas sancionatórios procedimentais são programas gerados dentro de procedimentos. A decisão final de um procedimento raras vezes é apenas uma afirmação sobre o direito, inclui um comando. Esse comando é, também, uma comunicação jurídica, um programa. Não se trata mais da própria violência, se quer de moderação da violência, mas de um programa do sistema jurídico. Esse programa permite que a variação surgida no procedimento seja rejeitada e, assim como os programas sancionatórios comuns descritos acima, permite que a situação rejeitada não seja mais tematizada nas comunicações seguintes, seja esquecida, enquanto a decisão selecionada permanece estabilizada no sistema por meio da dogmática.

Por meio do programa sancionatório procedimental o direito resolve suas próprias infrações. A decisão final do procedimento irá identificar determinado problema em termos de lícito/ilícito, o código do sistema jurídico. O sistema terá que conviver, então, com um ilícito dentro de suas comunicações. LUHMANN já havia identificado a decisão do procedimento como um momento de seleção do lado lícito, que é estabilizado por meio da dogmática jurídica²¹⁷. Ele não chegou a explicar longamente o que é feito do outro lado do código. Resta um ilícito que precisa ser resolvido dentro do sistema! Uma variação que continua podendo ser tematizada. Essa

²¹⁷ Ver supra item IV.3.2. LUHMANN chega a mencionar que a violência de fato é substituída pela autorreferência do sistema jurídico. N. LUHMANN. *El derecho...* op. cit. p 346

possibilidade é prejudicial para o procedimento como parte do sistema imunológico: é preciso marcar que o conflito acabou. A decisão sozinha não consegue fazer isso. Não se tratava de uma dúvida, uma pergunta. A simples resposta, a atribuição do código lícito/ilícito, em geral, não é suficiente para que o lado ilícito não seja mais tema de comunicações. Esse outro lado da decisão é estabilizado – rejeitado, no caso – por meio do programa sancionatório procedimental.

Essa descrição da sanção é compatível com o caráter abstrato do procedimento explicado acima. A sanção jurídica, presente no procedimento, não é mais um ato físico, que levaria o sistema jurídico a precisar de um elemento externo para a sua estabilização. É um programa do próprio sistema. Retomo o exemplo acima: a indenização por erro médico. Durante o procedimento haverá não só uma tentativa de reconstrução dos fatos relevantes para o direito, como também o embate de argumentos sobre expectativas jurídicas. A decisão final apontará um dos lados como certo, digamos, que houve erro, que a diligência profissional não foi cumprida. Uma das variações foi selecionada. A dogmática poderá estabilizada abstraindo a situação e moldando as hipóteses a respeito da diligência médica. Esse processo, por si só, não conseguirá deter as comunicações a respeito da variação “derrotada”. É preciso que um último programa seja cumprido: a sanção. Uma eventual indenização não irá reparar fisicamente o erro, mas irá interromper as comunicações a respeito da variação.

Obviamente há possibilidades de quebras das expectativas contidas no programa sancionatório procedimental. O médico não paga a indenização. Assim como nos programas sancionatórios comuns, os programas sancionatórios procedimentais não estão desvinculados do poder político e da sanção simbiótica negativa. No entanto, camadas de programas precisam ser frustradas para que a sanção simbiótica negativa seja chamada a atuar. A aplicação dessa sanção não é, assim uma redução imediata do poder político, antes, é um problema da legitimação do

procedimento. O procedimento não é capaz de alterar as expectativas individuais, ele apenas faz com que elas não sejam mais combatidas em conflito. A resistência à decisão e ao cumprimento do programa sancionatório procedimental são até esperáveis. Não indicam uma falha de comunicação do poder ou, até mesmo, do procedimento. O fato de haver resistência ao cumprimento pontual da decisão oriunda do procedimento não é, assim, tão relevante. O que é relevante é o fato de a motivação da sanção estar ligada primeiramente ao procedimento, à decisão. Seu descumprimento inicial e mesmo o cumprimento forçado não indicam redução do MCSG poder.

Talvez o cumprimento forçado possa significar uma fragilidade do procedimento, mas não me parece ser o caso. LUHMANN mesmo indica que há uma tendência à manutenção da expectativa, mesmo após a frustração da não seleção. O não cumprimento espontâneo do programa sancionatório procedimental, que leva ao cumprimento forçado, parece ser um último ato de resistência, de expressão da frustração, que toma a forma de sacrifício: o perdedor é punido, e não cumpre a punição. O procedimento cumpre seu papel: a expectativa rejeitada não é mais imposta contra a selecionada.

IV. Programa sancionatório de exclusão

As sanções penais, especificamente, as penas privativas de liberdade, são o último tópico a ser tratado. Em geral as penas privativas de liberdade são o primeiro tema a chamar a atenção dos sociólogos, filósofos e cientistas políticos. Isso se deve, possivelmente, à conjugação de ao menos três fatores. Primeiro, são punições mais intensas, no sentido de que despertam mais nossos sentimentos. Segundo, são mais concretas, ao ponto de alguns afirmarem não haver penas, mas apenas manifestações penais²¹⁸. Terceiro, porque parecem ser a manifestação última do poder estatal. Não

²¹⁸ Nesse sentido, RUSCHE e KIRCHHEIMER apud D. ZYSMAN Q., *Sociología del Castigo: genealogía de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Didot. 2012

obstante a concretude e óbvia relevância, optou-se por tratar da pena privativa de liberdade ao final, para destacar suas diferenças com relação às demais.

Há uma grande quantidade de estudos a respeito do comportamento dos criminosos e da aplicação das penas. Os filósofos do iluminismo, como MONTESQUIEU, já se preocupavam com o tema e serviram de inspiração a BECCARIA, cujas obras são a origem da criminologia. Os utilitaristas, liderados por J. BENTHAM, também já exploraram a relação entre crimes e punições²¹⁹. No século XX o trabalho seminal de M. FOUCAULT, Vigiar e Punir, e obras decorrentes são referência primordial para os estudos a respeito das prisões e da função da pena como expressão do poder disciplinar. Além do filósofo francês, três grandes linhas de estudos a respeito das penas privativas de liberdade podem ser identificadas no século XX: a penologia, a linha filosófica e a linha sociológica. A primeira trata a pena como controle do crime e pergunta-se sobre “o que funciona?” ou “o que funciona melhor com os menores custos?”. A segunda, a linha filosófica, busca uma fundamentação racional para a pena; são herdeiros das linhas iluministas. A terceira, a sociológica, entende a pena como uma instituição social e busca compreender os fundamentos de determinadas punições na sociedade²²⁰.

Não é o escopo deste trabalho inserir, ainda, a TSA na sociologia do castigo. Não obstante a infinidade de conceitos e temas abordados por LUHMANN e por seus sucessores, a teoria ainda é incipiente nos temas da criminologia. O campo parece, contudo, profícuo. Esta tese irá, apenas indicar por onde esses estudos poderão começar, pela função da pena privativa de liberdade ou, como também é possível chamá-la, programa

²¹⁹ BENTHAM foi responsável pelo projeto do Panóptico, uma estrutura composta por dois prédios circulares, um no centro do outro, que serviria a qualquer instituição que precisasse vigiar e disciplinar. FOUCAULT dedicou grande atenção a esse projeto e a suas variações para desenvolver a tese do poder disciplinar. Nesse sentido ver. D. ZYSMAN Q., op. cit. p 114-116; M. FOUCAULT. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

²²⁰ D. GARLAND. Sociological perspectives on punishment in *Crime and Justice* vol. 14 (1991) 115-165. O próprio Garland seria um dos principais representantes da Terceira linha.

sancionatório de exclusão. Há, contudo, questões que não poderão ser abordadas por esta tese como a descrição do crime – a caracterização da conduta criminosa como desvio depende da semântica dos sistemas parciais, mas a sociologia não precisa se ater a essa caracterização – ou a existência de um sistema penitenciário como sistema parcial da sociedade. Essas questões dependem da descrição das sanções penais privativas de liberdade e, portanto, serão deixadas para estudos posteriores.

As penas privativas de liberdade são distintas de outras penas penais. São as punições da sociedade moderna por excelência, como indicou Foucault. A dogmática do direito penal indica como possibilidades legais as penas restritivas de direitos e as multas. Excluo, desde já, penas ilegais, não elencadas pela dogmática, porque teriam que ser trabalhadas de outro modo, desvinculado do sistema jurídico, portanto, fora do escopo desta tese. As demais penas podem ser compreendidas a partir dos programas sancionatórios já descritos. Apenas as penas privativas de liberdade precisam ser destacadas.

As penas privativas de liberdade são um tipo diferente de programa sancionatório. Neles, a função de memória não é tão relevante quando o papel de determinar a aplicação do código inclusão/exclusão como sobrecódigo àquele do sistema jurídico conforme/não-conforme o direito. Isso já destaca a TSA das demais teorias, porque não atribui à pena privativa de liberdade o papel de controle ou de ressocialização. Não há uma crise “*nothing works*”²²¹ para a TSA, as penas funcionam como deveriam funcionar: excluem. E nada mais. Esse aparente reducionismo permite que outros aspectos da pena privativa de liberdade, como o caráter disciplinar da pena ou a formação de organizações criminosas internas às

²²¹ Refiro-me aqui à crise dos anos 70 que atingiu o ideal ressocializador, cujo marco é o artigo de Robert Martinson “What Works? – questions and answers about prison reform”. O artigo conclui que, com poucas exceções, nada havia funcionado. MARTINSON, Robert et al. What works? Questions and answers about prison reform. in *The public interest*, v. 35, n. 2, p. 22-54, 1974. D. ZYSMAN Q., Sociologia... op. cit. p 254-260

prisões sejam levados mais a sério, quer dizer, sejam considerados estruturas sociais que relacionam as prisões ao restante da sociedade.

Os programas sancionatórios de exclusão podem, então, ser descritos deste modo. São programas do sistema jurídico que condicionam a aplicação de um sobrecódigo: inclusão/exclusão ao código conforme/não conforme-o-direito. Diferentemente dos programas sancionatórios simples ou dos procedimentais, esses programas usam o tempo como modo de realizar a transição de um lado a outro da forma. A exclusão existe durante algum tempo (o tempo de aplicação da pena)²²². Supostamente, findo esse tempo, o indivíduo seria incluído novamente na sociedade. Nele, a função de memória é reduzida. Embora, como nos outros programas sancionatórios, o conflito inicial – crime – não seja retomado, o indivíduo é, em geral, estigmatizado. Também esse tipo de programa difere dos outros por estar muito mais próximo à sanção simbiótica negativa, à violência física e ao decréscimo do poder.

A exclusão, na TSA, é uma forma. Do lado de dentro está a possibilidade de comunicar, a inclusão; do lado de fora, a “*ruptura de las expectativas de reciprocidade*”²²³, a exclusão. A sociedade precisa representar, de algum modo, a exclusão dentro dela. Não há excluídos realmente na sociedade, porque a sociedade abarca todas as comunicações, inclusive aquelas dos excluídos. Existe, sim, exclusão dos sistemas parciais e representações da exclusão geral. LUHMANN cita como exemplo de representação da exclusão a casta dos intocáveis na Índia²²⁴. Essa casta seria uma representação simbólica negativa de todo o resto da ordem social. Os excluídos dentro da sociedade e não fora dela. Não suponho que as prisões desempenhem exatamente o mesmo papel da casta dos intocáveis no sentido de expor a impureza, apenas que são funções semelhantes: a de fazer com que a coesão social seja visível por meio da presença da

²²² DE GIORGI apresenta uma ideia parecida ao afirmar que “o direito penal constrói, assim, uma realidade da exclusão”. Nesse sentido ver: R. DE GIORGI. *Direito e Crime no Século XXI in Direito, Tempo e Memória...* op. cit. pp 119-136

²²³ N. LUHMANN. GG op. cit. p 493-494

²²⁴ N. LUHMANN. GG op. cit p 492

exclusão. Nesse sentido, as prisões – e os programas sancionatórios que orientam as entradas e saídas – são um modo de gerar uma exclusão simbólica dentro da sociedade, de modo a indicar, também, o lado incluído – os que não estão presos.

A história das penas privativas de liberdade corrobora a hipótese aqui formulada. As penas privativas de liberdade são relativamente recentes. Foram formadas, no final do século XVIII, a partir de experiências anteriores, as chamadas casas de correção (em inglês, *poorhouses* e *workhouses*). Essas, por sua vez tinham inspiração nas colônias de leprosos e buscavam controlar, de algum modo, o excesso de população marginal urbana produzido, principalmente, pelo êxodo rural na Inglaterra. Instituições semelhantes foram criadas na Holanda e, depois, na França. Já na Inglaterra essas casas de correção foram aproveitadas para formar trabalhadores para a indústria têxtil. Finalmente, nos Estados Unidos, desenvolveram-se as instituições semelhantes ao que hoje conhecemos como prisões, com duas variações: a filadélfica e a auburiana²²⁵. A partir da experiência americana o modelo de instituição expandiu-se para o mundo²²⁶.

Há, basicamente, duas interpretações para a adoção dos sistemas penitenciários. Foucault considera as penas privativas de liberdade a “pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira”²²⁷. As prisões são expressões do poder disciplinar que se replica em escolas, fábricas, quartéis, hospitais. Servem para, de um lado, ocultar o castigo que antes era exposto em praça pública como

²²⁵ O chamado sistema filadélfico americano foi aplicado nas prisões dos estados de New York, Vermont, Massachussets e Maryland no final do século XVIII e começo do século XIX. O modelo de Auburn, NY, mais rígido, foi adotado apenas na segunda metade do século XIX e inspirou depois a prisão de Sing Sing. Ver. D. ZYSMAN Q., *Sociologia...* op. cit. p 145-146. Ver tmb M. FOUCAULT. *Vigiar e Punir...* op. cit. p 269-272

²²⁶ D. ZYSMAN Q., *Sociologia...* op. cit. p 140-148; D. CYMROT. As origens da pena privativa de Liberdade in SÁ, Alvino Augusto; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (coords.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011. Interessante notar que LUHMANN indica tanto a colônia de leprosos (N. LUHMANN. *Causalidad en el Sur...* op. cit. p 47) e as “casas de trabalho” (N. LUHMANN. GG op. cit. p 498) como modos de exclusão.

²²⁷ M. FOUCAULT. *Vigiar e punir...* op. cit. p 261.

suplício, mas também disciplinar o indivíduo em todos os aspectos: físico, moral, profissional. Por outro lado, as linhas ligadas ao marxismo e à Escola de Frankfurt interpretam a adoção das penas privativas de liberdade como uma relação com a escassez ou falta de mão-de-obra. Por um lado, não se podiam mais sacrificar criminosos – eram mão-de-obra. Por outro, havia um excedente de pessoas que precisava ser controlado. As prisões eram modos de controlar esse excedente e, ainda, prepará-lo para o trabalho nas fábricas²²⁸. Mesmo a escolha do tempo como medida para as penas só foi possível a partir do valor atribuído ao trabalho individual²²⁹.

Uma interpretação a partir da TSA seria diferente. Se as prisões estão relacionadas a um programa para atribuição do código incluído e excluído, não seria estranho que aparecessem justamente quando a inclusão na sociedade tornou-se generalizada. Na sociedade diferenciada de modo segmentário a inclusão ocorria pela vinculação a uma família, e sempre se podia estar ligado a alguma família. A exclusão implicava expulsão do território da família ou tribo e poucas chances de sobrevivência. Nas sociedades diferenciadas hierarquicamente a inclusão ocorria pelos estratos e, novamente, o indivíduo estava sempre ligado a algum estrato social, em geral por meio da família (nos mais altos) ou pelo local de nascimento (nos mais baixos). A exclusão estava representada em casos como profissões indignas, trabalho nas galés ou até na pirataria. Os excluídos eram considerados dissimulados, não dignos de confiança. Não tinham amo, não tinham propriedade, não tinham disciplina. Eram o oposto das camadas altas, representadas como a união de todas as características boas²³⁰.

De certo modo, a sociedade havia encontrado um meio de lidar com a inclusão e a exclusão nesses períodos. A exclusão era identificável, estava descrita na semântica e servia como modelo negativo. Era uma exclusão muito mais aparente do que hoje. Os castigos desses períodos tinham um

²²⁸ D. ZYSMAN Q., *Sociologia...* op. cit. p 140-142; D. Cymrot, *As origens...* op. cit.

²²⁹ D. ZYSMAN Q., *Sociologia...* op.cit. p 147

²³⁰ N. LUHMANN. GG op. cit. p 493-494

viés violento, mas também apresentavam a exclusão como parte da condenação: as penas capitais incluíam a perda de bens, o que mostrava exclusão do condenado como sujeito de direitos; havia a possibilidade de expulsão e degredo; havia o já mencionado trabalho forçado nas galés, para citar alguns exemplos. A exclusão não era um problema da sociedade, era parte dela. A diferenciação funcional, contudo, muda esse quadro²³¹.

A sociedade funcionalmente diferenciada inclui a todos em todos os sistemas. Isso gera problemas, porque cada sistema precisa lidar com a inclusão e a exclusão sem uma orientação central e, mais ainda, a exclusão em um sistema pode acarretar exclusões em série (sem trabalho, sem dinheiro, sem escolas, sem direitos). LUHMANN indica que a exclusão possa ser, na verdade, mais presente do que a inclusão nos sistemas parciais²³². Essa exclusão, contudo, não é reflexionada (descrita pela própria sociedade) como normal, mas como desigualdade e, mais ainda, como desigualdade que deve ser combatida. Essa carga negativa na semântica da sociedade aparece juntamente com as prisões, no final do século XVIII, quando a sociedade funcionalmente diferenciada se consolida. Havia um embate entre a semântica da sociedade e as estruturas que se desenvolviam²³³.

Os programas do sistema jurídico para a exclusão devem ter surgido desse embate no final do século XVIII. Por um lado formavam-se estruturas para gerenciar a exclusão baseadas em outras pré-existentes: as casas de correção. Por outro, exigia-se da aplicação das sanções e das manifestações de poder uma racionalidade, justiça, tratamento igualitário²³⁴. A semântica da sociedade já refletia a inclusão generalizada nos sistemas por meio das noções de igualdade e liberdade, direitos do homem²³⁵. As pessoas que

²³¹ N. LUHMANN. GG op. cit. p 494-498; D. ZYSMAN Q., *Sociología...* Op. Cit. p 35-56

²³² “(...) en donde grandes partes de la población (si no es que la mayoría) quedan excluidas de participar en los sistemas funcionales” N. LUHMANN. GG op. cit. p 500

²³³ N. LUHMANN. GG op. cit. p 494-498

²³⁴ D. ZYSMAN Q., *Sociologia...* op.cit.103-111

²³⁵ N. LUHMANN. GG. Op. cit. p 498

poderiam ser encaminhadas às prisões já não eram mais os excluídos pela estrutura social – mendigos, vagabundos, prostitutas –, mas qualquer cidadão. Isso porque os criminosos seriam pessoas iguais aos não criminosos. Seriam tão capazes de calcular o risco do crime como qualquer um²³⁶. A aplicação das penas extraordinárias, aquelas deixadas à discricionariedade do juiz, era rejeitada porque foi identificada com a arbitrariedade do absolutismo. A aplicação das penas deveria advir de leis simples e claras. Era preciso uma medida para pena que não fosse o sofrimento humano e que a pessoa pudesse retornar à sociedade²³⁷. O tempo foi a medida escolhida e as prisões, as instituições selecionadas.

Leva tempo para cruzar de um lado a outro da forma. Essa frase, repetida por LUHMANN diversas vezes, é mais visível no programa sancionatório de exclusão. Se outros programas sancionadores conseguiram ligar-se ao MCSG do dinheiro para realizar rapidamente a transição do lado não-conforme-o-direito para o lado conforme-o-direito, o mesmo não aconteceu com a maioria das penas privativas de liberdade. O tempo da condenação, naturalmente, é um tempo calculado em termos físicos e biológicos, é relevante como símbolo para a própria exclusão, não como tempo da comunicação. Não basta apenas não participar, é preciso não participar por algum tempo. Somente então o programa permitirá aplicar o lado conforme-o-direito à pessoa e esquecer a quebra da expectativa.

A função de memória desse programa não é plenamente desenvolvida. Embora seja o caso de não haver, em geral, retomada do conflito – crime – o indivíduo carrega o estigma da pena. Parte da manutenção da expectativa normativa utiliza uma estratégia idêntica à da expectativa cognitiva: isolar o caso. O problema não está na regra, está naquele evento ou, no caso,

²³⁶ Esta é uma referência à teoria de BENTHAM, mas que poderia ser aplicada a qualquer teórico do período. Diferentemente da criminologia do final do século XIX, que considerava o criminoso como “outro”, tendo como principal representante a obra de C. Lombroso. D. Garland chama essa criminologia de “orientalismo”, por assemelhar-se aos estudos, no mesmo período, das pessoas no oriente como sendo uma raça inferior. Nesse sentido ver. D. GARLAND. *Contradições...* op. cit. pp 73-74

²³⁷ Destaque-se que, para isso, uma noção de individualização da pena precisava existir previamente. ZYSMAN atribui à tortura e ao suplício o papel de consolidar essa individualização. V. D. ZYSMAN Q., *Sociologia...* op.cit.

naquela pessoa. Esse tipo de estratégia para a manutenção da expectativa está presente naquilo que GARLAND chama de “criminologia do outro”²³⁸, que, em termos sistêmicos nada mais é do que a manutenção da expectativa por meio de uma exceção: a ideia de um criminoso diferente dos cidadãos normais. Esse tipo de estratégia de manutenção da expectativa marca a pessoa como desviante e a simples exclusão por tempo determinado não é suficiente para realizar o cruzamento da forma.

Essa estratégia pode ser uma das origens da relação entre o programa sancionatório e a ideia de ressocialização. A própria ressocialização ainda é um projeto difícil, embora pudesse ser um meio para que a função de memória do programa fosse mais eficaz. A ressocialização parece ter originalmente alguma relação com a educação, mais especificamente, com a formação profissional. Pode se tratar, então, de algum tipo de acoplamento estrutural com o sistema de educação ou apenas uma recriação da sociedade dentro da organização de exclusão, as prisões. Indicar com certeza como a exclusão e a ressocialização se relacionam exigiria um estudo mais aprofundado que incluísse uma descrição das prisões em termos sistêmicos. No entanto, é importante perceber que a relação entre ressocialização e programa sancionatório de exclusão é altamente improvável. Isso não quer dizer que seja impossível, a sociedade toda é improvável, quer dizer apenas que insucessos são esperados²³⁹.

A TSA pode mostrar, ainda, um problema relevante de sobrecarga no sistema jurídico. Esse problema emerge do atrito entre os sistemas político

²³⁸ D. GARLAND. *Contradições...* op.cit.

²³⁹ A ressocialização tem sido objeto de trabalhos teóricos e empíricos aprofundados. Destaco, entre os teóricos, Alessandro Baratta. (v. e.g. A. Baratta. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2011) Cito aqui como exemplos de trabalhos empíricos os esforços dos alunos do Grupo de Diálogo Universidade Cárcere, da FDUSP. Ver. A.G.M. BRAGA; M.E.A. BRETAN. Teoria e prática da reintegração social: o relato de um trabalho crítico no âmbito da execução penal in *Criminologia e os problemas da atualidade*. Alvinio Augusto de Sá, Sérgio Salomão Shecaira, organizadores São Paulo, Atlas, 2008. Pp 255 – 275. E também o estudo mais recente do Ipea em cooperação com o CNJ: C. Andrade; A. Oliveira Junior. Estudos em Segurança Pública e Sistema de Justiça Criminal: a Reintegração Social de Indivíduos em Privação de Liberdade in *Boletim de Análise político-institucional/ IPEA*. N°01, 2011.

e jurídico com a execução do programa: a questão do aumento das penas e a sobrecarga que a impunidade traz a esses sistemas. Nos sistemas político e jurídico os programas sancionatórios de exclusão não são compreendidos como essencialmente diferentes dos programas sancionatórios comuns. Eles são pensados como programas com função de memória. Os programas sancionatórios comuns precisam marcar que a expectativa deve ser lembrada, mas o evento deve ser esquecido. Ao fazê-lo, os sistemas, em geral, simbolizam a relevância da expectativa por meio de alguma medida de quantificação da sanção – dinheiro, no caso das multas e tempo, no caso dos programas sancionatórios de exclusão –. Certos tipos de quebras de expectativas levam o sistema político e o sistema jurídico a marcarem os programas sancionatórios de exclusão com uma quantificação impressionante. É o conhecido aumento de penas e multas. Esse aumento, contudo, gera uma sobrecarga nos sistemas, primeiro, porque tem o efeito contrário do cumprimento do programa: marca a quebra da expectativa como evento a ser recordado, causando a sensação de impunidade. Depois, porque colide com os limites do sistema jurídico. A efetividade das longas penas é, então, discutível, especialmente considerando que as penas privativas de liberdade não têm o mesmo potencial para a função de memória que as sanções em geral.

Por fim, também na relação com o poder o programa sancionador de exclusão é diferente. Enquanto os demais programas funcionam como camadas de proteção antes que o poder seja efetivamente atingido, quer dizer, antes que precise expor a sanção simbiótica negativa, os programas de exclusão expõem a sanção simbiótica negativa. Primeiro porque a sanção simbiótica negativa já está ligada à repressão criminal – uma prisão em flagrante, por exemplo – por meio da organização policial. Depois, porque é preciso algum tipo de controle das prisões, o que é feito de modo muito próximo ao símbolo simbiótico. A noção de exclusão novamente ajuda a compreender essa situação. A exclusão faz com que os MCSG percam sua ordem específica e com que os mecanismos simbióticos se tornem mais

relevantes na comunicação do que os símbolos do meio²⁴⁰. Os prisioneiros – e os criminosos em geral – são considerados excluídos, portanto, as comunicações com eles operam por meio da violência. O máximo de proteção que o poder político recebe é que a primeira referência à violência se dirige à administração do sistema penitenciário e não ao poder político em níveis mais generalizados²⁴¹. Essa exposição constante da violência, tanto dentro como fora das prisões, entretanto, gera considerável queda de poder e faz com que o sistema político se manifeste, ora propondo avanços no auxílio social ora propondo avanços punitivos²⁴². Essas promessas estão além da capacidade do MCSG e geram inflação do meio, perda de confiança e do “valor” dos símbolos de poder.

A punitividade gera, então, um prejuízo para os sistemas político e jurídico, mesmo que não seja imediato. O aumento da repressão policial exigirá o uso de sanções simbióticas negativas em larga escala. Dificilmente o uso dessas sanções conseguirá ser protegido pelo sistema jurídico. Pior ainda, considerando que esses programas sejam efetivos, haverá um aumento da população carcerária, ou seja, um aumento de pessoas indicadas como excluídas e que, muito provavelmente, serão tratadas com violência. Embora os efeitos imediatos possam ser uma aparente reafirmação do poder, haverá inflação do meio. Assim como a larga emissão de moeda ou aumento de gastos públicos gera inflação da moeda depois de algum tempo, o uso em larga escala da violência também

²⁴⁰ N. LUHMANN. GG op. cit. p 501

²⁴¹ Essa violência não precisa ser apenas entre prisioneiros e carcerários, mas entre os próprios prisioneiros. O exemplo brasileiro do presídio de Pedrinhas, no estado do Maranhão, mostrou que a governadora do Estado, Roseana Sarney, foi atingida, ao menos pela mídia, como responsável pelo estado em que o presídio se encontrava. O caso foi amplamente noticiado, mas cito como referência a matéria d'O Estado de São Paulo: A. RODRIGUES. 'Isso aqui vai explodir' diz mulher de detento. O Estado de São Paulo, São Paulo. 08 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,isso-aqui-vai-explodir-diz-mulher-de-detento-imp-1115979>

²⁴² D. GARLAND. *Contradições...* op.cit.

irá gerar uma inflação de poder. Chegará um momento em que os símbolos de poder poderão perder o “valor” ou a confiança²⁴³.

IV. 5. Conclusões do capítulo

Neste capítulo foram apresentadas quatro estruturas sociais identificadas com o termo sanção. Mais especificamente, quatro estruturas que carregam relação com o sistema jurídico, de modo que remetam à sanção jurídica, não à sanção social difusa ou às sanções religiosas. Essas quatro estruturas podem ser divididas em dois grupos: o primeiro, no qual está a sanção simbiótica, que pode apresentar as formas negativa e positiva e está ligada ao MCSG poder político. O segundo grupo inclui os programas sancionatórios. Esses programas também podem ser subdivididos. Há uma categoria geral, que inclui os programas do sistema jurídico responsáveis pela aplicação individual do código direito/não direito (conforme/não-conforme o direito). Duas variações desses programas mereceram destaque: a variação procedimental e a variação da exclusão.

Essas estruturas podem ser colocadas como mais próximas ou mais distantes do MCSG poder político. Por proximidade, entendo a quantidade de referências comunicativas que são feitas quando a comunicação é

²⁴³ Esse pode ser o caso da cidade de Nova Iorque. No final de 2014 uma série de protestos eclodiu na cidade em decorrência da absolvição de um policial branco acusado de ser responsável pela morte de um cidadão negro durante uma ação repressiva. Os protestos se identificaram com outros anteriores, em Ferguson, no Missouri, também relacionados com a morte de um rapaz negro. Afirmar definitivamente que se trata de um caso de inflação de poder por uso excessivo de violência exigiria um estudo mais detalhado do caso, mas pode ser uma explicação para a emergência e a força dos protestos. Uma breve análise da situação foi feita pela revista britânica *The Economist*. Ver: America's police on trial. In *The Economist*, Londres. 13 de dezembro de 2014. Disponível em <http://www.economist.com/news/leaders/21636033-united-states-needs-overhaul-its-law-enforcement-system-americas-police-trial?frsc=dg%7Cd>

negada. Assim, a sanção simbiótica negativa está mais próxima do MCSG poder, na verdade, faz parte de sua estrutura. Quando a comunicação feita pelo meio é negada diretamente, a sanção simbiótica age diretamente. Isso implica decréscimo de poder, é um sintoma de que o meio não está operando plenamente. O programa sancionatório procedimental está mais distante do poder. A negativa aciona referências ao procedimento e ao sistema jurídico, que aciona novos programas sancionatórios. Há etapas de programas antes que seja feito uso da violência. Programas sancionatórios comuns estão mais próximos ao MCSG, porque sua referência ainda são os símbolos de poder, mas distantes o suficiente para acionar outros programas antes que a estrutura do poder seja atingida. Ao contrário, os programas sancionatórios de exclusão estão muito próximos do MCSG poder, neles o uso da violência é constante e sua expansão exige que o poder se manifeste, em geral, criando inflação.

A identificação dessas estruturas permite expandir os estudos da TSA. A hipótese de uma sanção simbiótica positiva exige mais estudos sobre um possível protomeio de comunicação e sua relação com a economia. A descrição dos programas sancionatórios como estruturas relacionadas à função de memória permite que a questão da impunidade e da eficiência do direito sejam estudadas de um novo modo. Por fim, a indicação de programas sancionatórios de exclusão podem levar a estudos de sociologia da punição ainda não existentes na TSA. Essas possibilidades serão mais bem indicadas nas considerações finais do trabalho a seguir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta tese oferece um aumento de complexidade à Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais. Seria possível dizer, em um exagero cômico, que a tese traz mais problemas do que soluções para a teoria. Mas isso não é um problema. A Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais (TSA) pretende ser tão complexa quanto a sociedade que ela descreve. Isso significa que seu estatuto teórico, sua missão, é observar estruturas latentes, indicar as diferenças, os pontos cegos criados pelos observadores. E ao fazê-lo, encontra estruturas complexas, paradoxos, tautologias, aquilo que para outras teorias seriam problemas são o material da TSA. Um aumento de complexidade não é um problema, é uma contribuição.

Esse aumento de complexidade teve um foco: as sanções jurídicas. Nos trabalhos de LUHMANN a sanção jurídica não foi observada diretamente. Foi descrita apenas como guardando relação com algumas estruturas, especificamente, com o poder e a generalização temporal das expectativas normativas. São estruturas de grande relevância para a sociedade e objeto de estudo da sociologia jurídica. Sem uma observação específica das sanções, a compreensão e desenvolvimento de estudos sociológicos a partir da TSA ficaram restritas a uma de duas opções: adotar a noção comum de sanção como sentido do termo nas obras de LUHMANN ou observar diretamente as sanções. Esta tese buscou mostrar que a primeira seria inviável, dada a vagueza da noção comum de sanção e a pouca compatibilidade com os conceitos da TSA. A segunda opção, por sua vez, mostrou-se frutífera: foi possível descrever quatro estruturas relacionadas à noção comum de sanção. E, a partir dessas descrições, novos estudos de sociologia do direito são possíveis.

O primeiro passo tomado nesta tese foi mostrar a singularidade da Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais. Essa singularidade é marcada pela adoção de premissas próprias de paradigmas científicos relativamente recentes: a teoria dos sistemas de Ludwig von BERTALANFFY, a ideia de forma do George SPENCER-BROWN, o construtivismo e a cibernética de Heinz von FOERSTER. Essa combinação de fundamentos teóricos levou LUHMANN a desenvolver, ele mesmo, um novo paradigma para a sociologia: a teoria dos sistemas sociais autorreferenciais. Uma primeira mudança relevante: abandonar o dilema sujeito/objeto: a teoria é um observador, mais ainda, é a própria sociedade observando suas operações. Depois, superar as unidades e buscar diferenças. Toda forma – todo conceito – é uma diferença. O observador indica e distingue. Diferencia um lado de dentro e um todo-o-resto do lado de fora. O mundo é entendido por meio das diferenças, não das unidades, mesmo que o lado de fora não esteja claro para quem distingue. Outro observador, contudo, um observador de observações, ou seja, de segunda ordem, consegue perceber as diferenças traçadas pelo primeiro observador, ele vê “pontos cegos” da observação. Essa é a missão que a TSA adotou: iluminar os pontos cegos.

Foi preciso, então, descrever novamente todos os fenômenos observador pela sociologia. Sob o prisma da TSA, os sistemas sociais aparecem de um modo muito diferente. São sistemas, portanto, são diferenças entre um lado de dentro (sistema) e um todo-o-resto (ambiente). Mais ainda, são capazes de observações e, especialmente, de auto-observações. Indicam a si mesmos! Nisso não diferem muito de organismos ou das mentes humanas. Contudo, organismos são sistemas formados por vida. Mentes humanas são formadas por consciência. E sistemas sociais são formados por comunicações. Cada tipo de sistema é formado por um tipo de operação – vida, consciência, comunicação – e, naquele tipo de sistema, apenas ocorrem aquelas operações. Os corpos não pensam. As mentes não criam vida. Conversas entre amigos também não pensam nem criam vida. Corpos não comunicam. Criam movimentos, ondas sonoras, refletem ondas eletromagnéticas, mas não comunicam. Mentes também não comunicam. Geram pensamentos que se ligam aos corpos e podem criar movimentos e

sons. Para que um movimento de um corpo ligado a um pensamento comunique alguma coisa é preciso que seja compreendido como comunicação. Sistemas sociais são formados por essas compreensões, o instante da comunicação. As mentes e corpos – seres humanos – não são parte dos sistemas sociais. Estão a eles ligados, os sistemas sociais dependem da existência de seres humanos, mas estes, intrincados e complexos sistemas biológicos e psíquicos, são ambiente para os sistemas sociais.

Comunicações são formas de sentido que emergem na dupla contingência. O sentido é o meio no qual se formam pensamentos e comunicações. Não é possível definir plenamente o sentido, apenas descrever como ele é experimentado. LUHMANN indica que o sentido pode ser dividido em três dimensões: social, material e temporal. São dimensões identificadas por pares de horizontes: Alter/ Ego, para a dimensão social; Interno/Externo, para a dimensão material; e Passado/Futuro, para a dimensão temporal. O sentido é um meio em constante expansão. A cada forma que se torna real, atual, um lado de dentro, corresponde a uma imensidão de possibilidades do lado de fora. A essa imensidão de possibilidades, mais do que é possível atualizar, LUHMANN chama complexidade. As comunicações são formas de sentido que se conectam na complexidade. Há, portanto, uma variedade incontável de possibilidades de conexões. A uma comunicação pode se seguir qualquer outra e a resposta seguinte ser, também ela, qualquer outra. Ao fato de as comunicações não serem nem impossíveis nem necessárias, LUHMANN se refere como contingência. E ao fato de as sequências de comunicações também não serem nem impossíveis nem necessárias, dupla contingência. Uma conversa é, desse ponto de vista, um acontecimento altamente improvável.

Os sistemas sociais são soluções para a dupla contingência. Por meio de expectativas, condensações de seleções recorrentes de comunicações, os sistemas sociais permitem que as comunicações prossigam. Essas expectativas formam estruturas sociais cada vez mais complexas:

programas, papéis, valores, meios que permitem tornar a comunicação cada vez mais provável de ser entendida (linguagem), de ser recebida (escrita) e de ser aceita. Algumas expectativas conseguem ser mantidas, apesar de desapontamentos. Essas expectativas são chamadas normativas. Outras precisam ser adaptadas quando não são constatadas na realidade. São chamadas expectativas cognitivas. Essas adaptações ou resistência aos desapontamentos também estão relacionadas à função de memória do sistema. A memória do sistema não é um agregado de informações passadas. Antes, é uma função que ocorre no sistema inteiro: esquecendo ou lembrando de eventos, mantendo a identidade do sistema.

Essas explicações são suficientes para mostrar a singularidade da TSA e sua baixa compatibilidade com conceitos externos. A TSA tem alguma dificuldade de importar conceitos de outras teorias, dificilmente encontraria premissas idênticas. Em geral, alguma adaptação é necessária. Isso não aconteceu, contudo, com o conceito de sanção. Em lugar disso, LUHMANN parece ter usado o termo de modos diversos ao estudar o sistema político e o sistema jurídico. A sanção no sistema político parece se referir a um evento mais concreto, enquanto, no sistema jurídico, a uma situação abstrata. Essa amplitude de usos do termo se deve ao que chamei de noção comum de sanção. A noção comum de sanção não poderia ser usada para interpretar os trabalhos de LUHMANN por dois motivos: primeiro, é vaga demais, seria sobreposta a outros conceitos da TSA. Segundo, foi constituída a partir de definições que se apoiavam em premissas rejeitadas ou alteradas por LUHMANN.

Para explicar a pouca compatibilidade da noção comum de sanção com a TSA, utilizei dois grandes guias. Primeiro, N. BOBBIO, cujos trabalhos sobre sanções positivas e medidas de controle social em geral permitiram chegar a uma exposição da noção comum de sanção. Trata-se de descrições de uma relação entre ações individuais que pode ou não ser apresentada como uma relação causal ou, simplesmente, ligadas como ação e reação. Essa relação contém uma assimetria que pressupõe a existência de

uma ordem social. A sanção é a ação que ocorre do lado da ordem social, seja punindo uma ação contrária à ordem, seja recompensando uma ação favorável à ordem. A noção comum de sanção pode abarcar, como foi visto, desde reações sociais difusas até normas jurídicas específicas; pode ser formada por ações diretas ou indiretas; pode ser positiva ou negativa. Não é apenas um conceito altamente abstrato, é vago. Essa amplitude de significados pode ser explicada, na sociologia, por meio do trabalho de T. PARSONS.

PARSONS encontrou uma unidade nas diferenças da sociologia. Chamou-a esquema geral da ação. O esquema geral da ação seria a base, ainda que latente, de um grande paradigma científico, a Teoria da Ação Social. Nele, a ação é uma unidade que tem determinadas propriedades. Primeiro, um agente, entendido como um self, não apenas um ser humano. Depois, um fim, que pode ser aleatório ou determinado. A terceira propriedade é uma situação temporalizada decomposta em meios e condições, quer dizer, uma situação em que o agente tem controle de alguns elementos (meios) e não tem controle de outros (condições) e que é entendida como uma progressão temporal na qual, caso não haja interferência do agente, o fim desejado não acontecerá. Nesse caso, o fim pode ser tanto uma mudança quanto uma continuidade da situação e a ação pode dirigir-se tanto a mudar quanto a manter a situação. Por fim, há uma relação entre as propriedades essa relação pode ser entendida como uma racionalidade científica ou um fenômeno a ser observado a cada caso.

Dentro desse paradigma geral, PARSONS identifica duas linhas: a positivista e a idealista. A linha positivista é aquela que entende a relação entre as propriedades da ação (entre meios e fins) como sendo uma racionalidade científica positivista. Isso porque esse seria o único modo pelo qual as pessoas podem compreender o mundo. J. BENTHAM, alto representante do utilitarismo, a origem das linhas positivistas, pergunta retoricamente “quem não calcula?”. O problema dessa linha, de acordo com PARSONS, é que, primeiro, dependida da aleatoriedade dos fins, porque, se

os fins fossem determinados, as teorias seriam apenas descrições e não explicações da ordem social. Contudo, se todos calculam igualmente, as seleções entre meios e fins e a própria escolha dos fins seria a mesma! A teoria colapsa sobre si. Do outro lado, as linhas idealistas rejeitam a possibilidade de conhecer como cada um calcula, quando muito, podem-se estudar situações concretas, históricas e chegar a constatações a partir desses fatos concretos. Isso implica um limite para as teorias idealistas. A teoria sociológica de M. WEBER seria, por fim, uma espécie de síntese do embate entre as duas grandes linhas.

A amplitude da noção comum de sanção guarda relação com essa evolução do paradigma da ação. Como indicado, a noção comum baseia-se na relação de ações individuais nas quais se pressupõe uma ordem social. As linhas positivistas encararam a relação entre essas ações como uma causalidade decorrente da racionalidade positivista-utilitarista. Mais ainda, a existência das sanções negativas, da concentração da aplicação dessas sanções, tornou-se uma explicação para a própria ordem social. As linhas idealistas não atribuíram essa causalidade. Mantiveram a percepção da relação entre ações, mas buscaram outras explicações para a ordem social, ampliando o campo de pesquisa. Isso permitiu que novas situações fossem identificadas com a sanção exigindo uma abstração ainda maior do conceito.

As noções de ação individual, racionalidade e, especialmente, de ordem social foram rejeitadas ou remodeladas pela TSA. A ação é apenas um modo de observação das comunicações, a imputação de uma comunicação a um dos polos, Alter ou Ego. O mesmo acontece com a motivação, é uma imputação indicando outra comunicação como origem da seleção da própria comunicação. A racionalidade é apresentada como o modo ou os modos como a sociedade internaliza a diferença entre sistema e ambiente que forma a ela própria. Por fim, a ordem social não é explicada como uma ausência de conflito, mas como a superação da dupla

contingência que ocorre de muitas maneiras, não apenas pelo uso de medidas de controle social.

Algumas dessas soluções para a dupla contingência são os meios de comunicação simbolicamente generalizados (MCSG). Esses meios de comunicação – meios no sentido de diferença meio/forma – são capazes de relacionar comunicações altamente improváveis por conta da improbabilidade de aceitação das comunicações. Eles transformam “não” em “sim”. LUHMANN trabalha com alguma constância em sua obra quatro MCSG: o amor, a verdade, o poder e o dinheiro. Esses meios têm estruturas semelhantes, por exemplo, cada um deles está associado a um mecanismo simbiótico: a amor, à sexualidade; a verdade, à percepção; o poder, à violência física; e o dinheiro, à satisfação de necessidades. Esses mecanismos são apenas referências simbólicas a eventos biológicos e não os próprios eventos. Esses mecanismos ajudam a manter a consistência do meio.

O poder é o MCSG ligado à sanção. LUHMANN indica especificamente que o poder estaria ligado à sanção negativa (violência física) e não à sanção positiva (relacionada à satisfação de necessidades), por motivos evolutivos. Essa sanção indicada por LUHMANN é descrita como o embate físico ou a ameaça desse embate. Trata-se, portanto, de uma situação concreta. O mais interessante é a afirmação feita por LUHMANN a respeito da relação entre o meio e a aplicação da sanção. Uma vez que a violência física é uma forma de não comunicação, força-se a pessoa a fazer ou deixar de fazer algo, o uso das sanções seria uma evidência de que o meio está perdendo força, de que não consegue mais transformar “não” em “sim”. Embora qualquer um dos meios precise expor os símbolos simbióticos vez por outra - justamente porque as conexões de comunicação que realizam são altamente improváveis e abstratas - uma exposição desmedida de sanção pode sinalizar um decréscimo de poder.

Essa afirmativa conflita com a descrição de sanção do sistema jurídico. No sistema jurídico, LUHMANN situa a sanção como um mecanismo capaz de generalizar temporalmente as expectativas normativas. Realizar esse tipo de generalização é a função do sistema jurídico. Tornar algumas expectativas normativas – e não todas, seria impossível – generalizadas nas três dimensões do sentido. Há diversos mecanismos que podem generalizar expectativas em cada dimensão do sentido, mas apenas algumas são compatíveis com a generalização nas outras dimensões. São elas a sanção, os programas e os processos.

Essas sanções do sistema jurídico parecem mais corriqueiras do que as sanções relacionadas ao meio poder. Na verdade, são até necessárias, uma vez que poucos são as expectativas que resistem sem que as sanções sejam aplicadas. Haveria, então, um decréscimo de poder a cada vez que a sanção jurídica fosse aplicada? Essa é a primeira de uma série de perguntas que surge a partir dessa contraposição que evidencia o uso da noção comum de sanção. Para resolver esse impasse foi preciso observar as sanções relacionadas com o sistema jurídico, as sanções jurídicas da sociedade. Esta tese conseguiu indicar, então quatro estruturas relacionadas à noção comum de sanção e ao sistema jurídico.

A primeira delas foi chamada de sanção simbiótica. É a sanção relacionada aos mecanismos simbióticos dos MCSG. A sanção simbiótica negativa, LUHMANN já há havia descrito bastante: é o embate violento que pode evidenciar ou até provocar decréscimo de confiança no MCSG poder. Contudo, esta tese ressaltou o fato de que os programas do sistema jurídico podem, em alguma medida, reduzir esse impacto que a exposição do mecanismo simbiótico tem sobre o meio de comunicação. Há uma outra sanção simbiótica, chamei-a positiva, que está relacionada ao mecanismo simbiótico da satisfação de necessidades, mas não está associada a um MCSG plenamente desenvolvido. Esse protomeio seria originário das relações entre patrão/cliente que remontam aos tempos da Roma antiga. O poder, como MCSG plenamente desenvolvido, teve origem nessas mesmas

relações de domínio, mas ligou-se à sanção simbiótica negativa, mais fácil de ser generalizada. Contudo, a relação ainda está presente nas empresas, no poder do empregador sobre o empregado, simbolizado pelo salário. É possível também que a emergência do Estado de Bem-Estar Social e dos programas sociais de desenvolvimento tenham reavivado esse protomeio dentro do sistema político.

A segunda estrutura é o programa sancionador comum. Trata-se de programas do sistema jurídico que orientam a aplicação do código conforme/não-conforme o direito. Esses programas guardam alguma relação com as sanções simbióticas negativas, mas distanciam-se delas ao individualizar a quebra do comando e ao remeter a reação ao descumprimento do próprio programa a outros programas. Isso explica por que multas de trânsito não são suficientes para derrubar governos. Esses programas desempenham, para os sistemas jurídico e político, a função de memória. Quando o programa é cumprido, o desapontamento é esquecido, mas a expectativa é lembrada. Isso permite que aos sistemas, especialmente ao sistema jurídico, resolver suas inconsistências – o fato de a expectativa não ter se realizado – sem recorrer a fatores externos. O próprio sistema regula sua memória. O ilícito pode ser esquecido e o lícito pode ser lembrado.

A terceira estrutura é uma variação da segunda. Foi nomeada programa sancionatório procedimental. É um programa que emerge dentro de um procedimento e, do mesmo modo que os programas sancionadores comuns, desempenha a função de memória. Sua relevância está no fato de reforçar a função do procedimento de condicionar conflitos. Embora o procedimento seja capaz de chegar a uma decisão final sobre um conflito – que toma a forma de um conflito sobre teses jurídicas graças ao desenvolvimento do próprio sistema jurídico – não é capaz, sozinha, de ativar a função de memória. O programa sancionatório procedimental reforça, então, a decisão, permitindo a evolução do sistema jurídico que acontece dentro do procedimento judicial por meio da tríade

argumentação/decisão/abstração. Quanto à relação com o poder, essa é a estrutura mais distante porque, mais uma vez, em caso de desapontamento, aciona referências a outros programas e ao próprio procedimento antes de chegar à sanção simbiótica negativa.

Por fim, a quarta estrutura identificada também é um programa, mas diferente dos demais. O programa sancionador de exclusão aplica ao código conforme/não-conforme o direito um sobrecódigo: inclusão/exclusão. Esse programa orienta a exclusão de indivíduos como reação à quebra de determinadas expectativas normativas. Trata-se das penas privativas de liberdade. Diferentemente até de outras sanções penas, esse programa usa a exclusão como modo de aplicar a função de memória no sistema. Porém, esse programa não é plenamente capaz de liberar o indivíduo da referência à quebra de expectativa. Um programa auxiliar, um acoplamento estrutural com o sistema educacional, as chamadas medidas de ressocialização, poderiam realizar permitir que a função de memória agisse sobre o indivíduo indicando o esquecimento, não a lembrança, da quebra de expectativa. Essa relação, contudo, é altamente improvável e os insucessos são conhecidos pela doutrina jurídica.

Esta tese abriu, então, novas possibilidades de pesquisa para a Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais. Mencionei apenas algumas delas, a partir de cada uma das “sanções” identificadas. Irei me restringir aqui a possibilidades de pesquisa dentro da sociologia do direito e áreas afins, mas as propostas aqui formuladas também poderiam se estender a outros níveis de abstração. A Teoria Geral do Direito, por exemplo, ou a dogmática jurídica, podem ser sensíveis a propostas do campo sociológico. As teorias realistas, que identificam a validade do direito com sua eficácia, são mais propensas a adotar teorias da sociologia como premissas e métodos de observação. Teorias analíticas ou argumentativas, contudo, também poderiam se interessar por desenvolver as considerações a respeito do papel dos programas sancionatórios, comuns e procedimentais, na evolução do direito. Contudo, essa transição entre

níveis de abstração é altamente imprevisível e, por esse motivo, restrinjo-me aqui a apresentar as possibilidades de pesquisa no campo da TSA.

Todas as propostas têm uma possibilidade comum: estudos da evolução semântica. Identificadas as estruturas ligadas à noção comum de sanção, não apenas as quatro aqui estudadas, mas os meios de comunicação simbolicamente generalizados em geral, é possível desenvolver estudos na linha “estrutura social e semântica”. Por meio da correlação entre a descrição sistêmica das estruturas sociais e a observação da semântica (formada por outras observações) ligada a essas estruturas, é possível desenvolver estudos na linha da História das Ideias ou da Sociologia do Conhecimento (Wissensoziologie). Esses estudos podem explicar algumas relações que se fixaram nas estruturas sociais. Em cada uma das quatro estruturas aqui descritas, estudos seriam valiosos.

A respeito das sanções simbióticas, duas grandes linhas são possíveis. Primeiro, como dito, trabalhos na linha “estrutura social e semântica”, que mostrassem não apenas como o MCSG poder se diferenciou, mas o que aconteceu com o protomeio ligado à sanção simbiótica positiva? Qual a influência, por exemplo, das teorias liberais sobre o desenvolvimento de um meio e não de outro? Essa divisão evolutiva seria também capaz de explicar fenômenos como o clientelismo ou o mandonismo? E qual a relação do protomeio da sanção positiva com o poder político hoje? Uma vez adotada a proposta da existência de um protomeio ligado à satisfação de necessidades, todas essas possibilidades são abertas.

Os programas sancionatórios dão uma indicação interessante para a sociologia jurídica. O sistema jurídico é capaz de resolver sua eficácia de modo muito mais independente do sistema político do que a noção comum de sanção deixa parecer. A ajuda oferecida pelo sistema político, a legitimidade e a imposição podem ser, em alguma medida, oferecidas também pelo procedimento. Quebras de expectativa podem ser resolvidas

dentro do próprio sistema. Ao somar a essa constatação a compreensão do poder como um MCSG que perde confiança (inflaciona) quando expõe a sanção simbiótica violenta percebe-se que o procedimento pode ser mais propício à estabilização do direito do que o uso da força. Em que medida, então, a formação do sistema jurídico não está historicamente ligada ao monopólio, pelo Estado, das regras do procedimento judicial? E em que medida a eficácia das novas fronteiras jurídicas – o direito internacional – não está mais ligada à criação de procedimentos para solução de conflitos ao invés de depender da associação com uma potência hegemônica? Seria o procedimento um meio de dotar a governança internacional de maior consistência?

A última das estruturas, o procedimento sancionatório de exclusão, possibilita inúmeras linhas de pesquisa. Além das pesquisas no campo da sociologia do conhecimento a respeito de, por exemplo, a identificação do tempo como unidade padrão de medida da exclusão ou da evolução dos castigos físicos – drásticos – para a exclusão, outras possibilidades relevantes surgem. Primeiro, as prisões. Seriam organizações específicas do sistema político? Ou há um sistema parcial da sociedade especializado em gerenciar a exclusão, um sistema penitenciário? Esse sistema poderia utilizar o programa sancionatório para indicar a aplicação do código detento/não-detento; um espelho, ou melhor, o negativo do código inclusão/exclusão. Sua instância de reflexão poderia ser a disciplina nas prisões – ou a falta dela – ou talvez a própria ideia de um “crime organizado”. Se houver mesmo um sistema, ele estaria acoplado ao sistema jurídico, mas seria independente dele. Essa diferenciação poderia explicar muito da ineficácia das normas de execução penal: o sistema penal não reage a elas como o sistema jurídico espera.

Outra linha relevante ligada ao procedimento sancionatório de exclusão é a relação entre exclusões. LUHMANN afirma que há muita exclusão na sociedade, talvez mais até do que inclusão. O fato de esses programas sancionatórios lidarem especificamente com a exclusão poderia

explicar por que populações de baixa renda ou determinadas etnias estão mais presentes nas prisões? Haveria uma relação entre as exclusões? E o aumento da inclusão poderia diminuir a necessidade de ativação do programa, em termos mais comuns: a teoria dos sistemas poderia explicar, desta vez com seu complexo arcabouço teórico, que a inclusão em sistemas como o econômico e a educação reduzem a incidência de crimes?

Toda teoria é uma redução de complexidade, mas isso não significa simplicidade. A Teoria dos Sistemas Sociais Autorreferenciais é, ela mesma, uma redução da complexidade dos sistemas que ela observa. Isso, contudo, não implica uma teoria fácil ou resumitiva. Em trinta anos de trabalho, LUHMANN foi capaz de desenvolver uma teoria baseada em um paradigma científico inovador, rica em conceitos e possibilidades de observação. Os avanços da teoria a tornarão mais complexa. Esta tese se pretende uma contribuição para esse avanço ao propor novas descrições de estruturas que ainda não haviam sido observadas. Cada uma dessas descrições abriu novas possibilidades de estudo. Essas possibilidades permitem que a TSA se torne sensível a novos problemas, aspectos da sociedade como o excesso de repressão policial, o papel de um sistema judiciário organizado na estabilização do direito e na redução de conflitos físicos ou a função das prisões atualmente. E essas novas observações serão capazes de explorar aquilo que as teorias anteriores não puderam ver: suas próprias diferenças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Carla Coelho de; OLIVEIRA JUNIOR, Almir de. Estudos em Segurança Pública e Sistema de Justiça Criminal: a Reintegração Social de Indivíduos em Privação de Liberdade in *Boletim de Análise político-institucional/ IPEA*. N°01, 2011.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo. Rio de Janeiro.. Forense Universitária. 2003. 10ª ed. 3ª reimp.
- ARENDT, Hannah. *Lectures on Kant's political philosophy*. Chicago: Chicago University Press. 1982
- ARON, Raymond, *As etapas do pensamento sociológico*, trad. Sérgio Bath, 7ª Ed. 2ª tir., São Paulo: Martins Fontes, 2010
- ARON, Raymond, *Macht, Power, Puissance: Prosa Democrática ou Poesia Demoníaca?* in ARON, R., *Estudos Políticos*, 2ª Ed. Brasília:UNB p 203-223
- BACHUR, João Paulo. *Às portas do Labirinto: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.

BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena, *Glosario sobre la teoria social de Niklas LUHMANN*, trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996.

BERTALANFFY, Ludwig von, *Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*, 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008

BOBBIO, Norberto *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, trad. Daniela Beccaccia Versiani, Barueri: Manole, 2007

BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico—lições de filosofia do Direito*, São Paulo, Ícone, 1995

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, 2ª ed., Bauru, Edipro, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Michelangelo Bovero (org.). Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro, Campus, 2000.

BOUDON, Raymond (org), *Tratado de Sociologia*, 5ª Ed, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995,

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; BRETAN, Maria Emília Accioli Nobre. *Teoria e prática da reintegração social: o relato de um trabalho crítico no âmbito da execução penal in Criminologia e os problemas da*

atualidade. Alvino Augusto de Sá, Sérgio Salomão Shecaira, organizadores São Paulo, Atlas, 2008

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo. Max Limonad. 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva. 2011

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais. Hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade*. Tese apresentada ao concurso de Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema Jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Mas Limonad. 2002

CARVALHO, José Murilo. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual in *Dados* vol. 40 no. 2 Rio de Janeiro 1997

CHEVALIER, Jean Charles. *Dicionário de símbolos: mitos sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números*. 9ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio. 1995.

- CYMROT, Danilo. As origens da pena privativa de Liberdade in SÁ, Alvino Augusto; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (coords.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo. Quartier Latin. 2006
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2006
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad. 1998
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006
- FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos. 2007
- FOUCAULT, Michel. *This is not a pipe*. Berkeley, Los Angeles, Londres: University of California. 1983.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

- GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico in *Revista de Sociologia e Política* nº 13, p. 59-80, Nov. 1999.
- GARLAND, David. Sociological perspectives on punishment in *Crime and Justice* vol. 14 (1991) 115-165
- GIDDENS, Anthony. Classical Social Theory and the Origins of Modern Sociology in *American Journal of Sociology*. Vol. 81, nº 4, jan 1976
- GUYAU, Jean-Marie. *Crítica à ideia de Sanção*. São Paulo: Martins Fontes. 2007
- HART, Herbert L.A. *O Conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Caleidoscópio do Direito: o direito e a justice nos dias e no mundo de hoje*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina. 2009
- HOBBS, Thomas, *Leviatã ou Matéria, forma poder de um estado eclesiástico e civil* in TUCK, R. (org), *Thomas Hobbes*, 2ª Ed, São Paulo: Martins Fontes 2008.
- JAKOBS, Günther. ¿ Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas. 2003.

KELSEN, Hans. *O que é justiça ? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência.*

Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed., 2. tir. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado.* São Paulo, Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas.* Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, 3ª Ed, 2ª reimp, São Paulo: Atlas, 2009

LUHMANN, Niklas Causalidad en el Sur. In *Estudios Sociológicos* Vol. 27, No. 79 (Jan. - Apr., 2009), pp. 3-29

LUHMANN, Niklas, *A improbabilidade da comunicação*, 4ª Ed., Lisboa, Vega, 2006 p 39-63

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico in *Revista Ajuris*, nº 49, ano XVII, jul. 1990.

LUHMANN, Niklas. A terceira questão – O uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito in *Estudos Jurídicos*, vol. 39, nº 1, 2006 p 45-52

LUHMANN, Niklas. *Come è possibile l'ordine sociale*. Bari: Laterza. 1985

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Trad. e Ed. Josetxo Berian e José María García Blanco, Madrid: Trotta, 1998

LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedade*, trad. Javier Torres Nafarrate, Mexico: Universidad iberoamericana, 2002

LUHMANN, Niklas. *Gesellschaftstruktur und Semantik: Studieren sur Wissensoziologie der modernen Gesellschaft*. Vol I, 1ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1980

LUHMANN, Niklas. Globalization or world Society: How to conceive of Modern Society?. *International Review of Sociology*. March 1997. Vol. 7 Issue 1. p 67-80

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de Sistemas*. México: Universidad Iberoamericana. Barcelona: Anthropos. 1996

LUHMANN, Niklas. L'unité du système juridique in *Archives de Philosophie du Droit* vol. 31 *Le système Juridique*, Paris: Sirey, 1986

LUHMANN, Niklas. La clausura operacional de los sistemas psíquicos y sociales in H.R. FISCHER, A. RETZER, J. SCHWEIZER (orgs.) *El final de los grandes proyectos*, Barcelona: Gedisa, 1997.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva in ZAGREBELSKY; Gustavo, PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.) *Il futuo della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto, Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Tradução de Raffaele de Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna. Il Mulino. 1990

LUHMANN, Niklas. *La política como sistema*. México: Universidad Iberoamericana, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. México: Fondo de Cultura Económica. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. 2004.

LUHMANN, Niklas. *La religión de la sociedad*. Madrid: Trotta. 2007

LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate, Mexico: Herder, 2007

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Northwestern University Law Review. Vol 83. nº 1&2. 1988-1989.p 136-50

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, trad. Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: UNB, 1980

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. 1ª ed. 1ª reimpr. Mexico: Universidad Iberoamericana, Barcelona: Anthropos. 2005 (1997).

LUHMANN, Niklas. *Poder*, 1ª Ed. 1ª reimp, Barcelona: Anthropos, México: Iberoamericana, Santiago de Chile: Instituto de Sociología Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Risk: A Sociological Theory*, trad. Rhodes Barrett, New York: Aldine de Gruyter, 1993

LUHMANN, Niklas. *Sistema juridico y dogmatica juridica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983

LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Tradução de Dick Baecker e John Bednarz. Stanford. Stanford. 1995

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

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*, Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1985.

- LUHMANN, Niklas. Symbiotische Mechanismen in *Soziologische Aufklärung* 5^a ed. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften. 2007
- LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el estado de bienestar*. Madrid. Alianza. 1997
- LUHMANN, Niklas. *Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 4^a ed. Stuttgart: Lucius und Lucius. 2009
- LUHMANN, Niklas. Zwei Seiten des Rechtsaates. In *Chuo Law Review*, vol 271, 1998.
- LUHMANN, Niklas: *Liebe als Passion : zur Codierung von Intimität*. 1^a ed. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1982.
- MACEDO JR, Ronado Porto (org.), *Filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant*, São Paulo: Atlas, 2008
- MARTINSON, Robert et al. What works? Questions and answers about prison reform. *The public interest*, v. 35, n. 2, p. 22-54, 1974
- MOELLER, Hans-Georg. *The Radical Luhmann*. Nova Iorque: Columbia University. 2012.
- MORAND, Chales-Albert. La sanction in *Archives de Philosophie du Droit: Vocabulaire Fondamental du Droit*, Tome 35, Sirey, 1990.

- NEVES, Marcelo, *Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado democrático de direito a partir e além de LUHMANN e Habermas*, Trad. Marcelo Neves, São Paulo. Martins Fontes. 2006
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. Guarulhos:Acadêmica. 1994
- PARSONS, Talcott. *Estrutura da ação social: Um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes, vol I e II*. Trad. Vera Joscelyne Petrópolis: Vozes, 2010
- PARSONS, Talcott. *On the concept of political power in Proceedings of the American Philosophical Society*, vol 107 n° 3, jun 1963.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20^a ed. São Paulo: Saraiva. 2002
- ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. trad. Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008
- SALGADO, Gisele Mascarelli. *A Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio*. 2008. 275 fls. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2008.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudencia*. Brasília: UNB. 1979

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN*. São Paulo: Max Limonad. 2006.

VILLEY, Michel, *Filosofia do Direito: definições e fins do direito, meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VON FOERSTER, Heinz. *Understanding understanding: essays on Cybernetics and Cognition*. New York: Springer, 2003

WEBER, Max, *Economia e sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva*. V. 1 e 2. São Paulo. Editora Universidade de Brasília. 2004.

ZYSMAN Q., Diego. *Sociología del Castigo: genealogía de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Didot. 2012

REFERÊNCIAS A DOCUMENTOS E MATÉRIAS EM PERIÓDICOS

America's police on trial. **The Economist**, Londres. 13 de dezembro de 2014. Disponível em <http://www.economist.com/news/leaders/21636033-united-states-needs-overhaul-its-law-enforcement-system-americas-police-trial?frsc=dg%7Cd>

CAMPILONGO, CELSO. A Exclusão é Contagiante; a inclusão, não. **O Estado de São Paulo**, São Paulo. 03 de junho de 14. Disponível em <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,a-exclusao-e-contagiante-a-inclusao-nao-imp-,1507595>> acesso em junho de 2014

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.), 1924. (ser. B) No. 3 (Aug. 30).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of State. Ukraine and Russia Sanctions. Disponível em <<http://go.usa.gov/e8uV>>, acesso em dezembro de 2014.

RODRIGUES, A.. 'Isso aqui vai explodir' diz mulher de detento. **O Estado de São Paulo**, São Paulo. 08 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,isso-aqui-vai-explodir-diz-mulher-de-detento-imp-,1115979>

UNIÃO EUROPEIA. EU sanctions against Russia over Ukraine crises.

Disponível em: <http://europa.eu/newsroom/highlights/special-coverage/eu_sanctions/index_en.htm> acesso em dezembro de 2014.