XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

FILOSOFIA DO DIREITO

ANA PAULA MOTTA COSTA

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

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

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

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

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

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

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ana Paula Motta Costa; Irineu Francisco Barreto Junior– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-573-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

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

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

Os encontros nacionais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi) têm se notabilizado como referência na disseminação de pesquisas, que abordam uma gama complexa e diversificada de áreas no âmbito da Ciência Jurídica. Foi o que novamente ocorreu no XXVI Congresso Nacional do Conpedi, realizado em São Luiz do Maranhão, entre 15 e 17 de novembro de 2017.

No Grupo de Trabalho Filosofia do Direito, pesquisadores de todas as regiões do Brasil apresentaram seus estudos e debateram teorias clássicas e contemporâneas dos campos hermenêuticos e interpretativos da norma jurídica. Os estudos apresentados no GT evidenciaram que a Filosofia dos Direito permanece como uma perspectiva imprescindível na construção do saber jurídico contemporâneo. Em suas abordagens epistemológicas os pesquisadores recorreram a teóricos clássicos e contemporâneos, o que, simultaneamente, atualiza e rejuvenesce as possibilidades de interpretação no campo científico.

O artigo inaugural da sessão abordou a Teoria dos Signos na Segunda Escolástica e sua conexão com Teoria do Direito e com a Lógica Deôntica. Em seguida, apenas com o intuito de exemplificar a diversidade dos teóricos nos estudos apresentados, destacam-se pesquisas fundamentadas em Dworkin, Hanna Arendt, Rawls, Alexy, Kelsen, Norberto Bobbio, Émile Durkheim e Michel Foucault, entre outros de igual relevo e alcance analítico. Essa relação de autores demonstra que a Filosofia do Direito não apenas preserva suas referências clássicas, imprescindíveis, mas também se renova e amplia seu alcance ao dialogar com outros campos científicos, como a Sociologia e a Ciência Política.

De outra parte, cabe salientar que também mostrou-se eclética a abordagem de temas específicos, junto aos quais foram apresentadas as possibilidades teóricas hermenêuticas. Na tarde de trabalho, refletiu-se sobre temas como casamento homoafetivo, população em situação de rua, refugiados, transgressão das normas penais e direitos humanos, entre outros. A atualidade temática constituiu-se em locus de reflexão filosófica e de produção de pensamento crítico.

Os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecerem o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Profa. Dra. Ana Paula Motta Costa - UFRGS/UniRitter

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior - FMU

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

DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE SANÇÃO NA TEORIA POSITIVISTA: DE KELSEN À BOBBIO

DEVELOPMENT OF THE SANCTION'S CONCEPT IN THE POSITIVIST THEORY: FROM KELSEN TO BOBBIO

Heitor Antunes Milhomens [1]

Resumo

Analisa a importância da sanção na escola positivista, destacando o seu tratamento na estrutura da norma contida na Teoria Pura do Direito idealizada por Kelsen, traçando um paralelo com o Estado liberal, para em seguida confrontar com a compreensão de Bobbio, que analisa a sanção a partir de sua função no ordenamento jurídico, conferindo uma maior importância à sanção positiva, até então ignorada pela maioria dos filósofos do direito. O estudo da sanção a partir destes autores nos permite traçar claramente a forma como o instituto da sanção evoluiu na escola positivista, adequando-se ao Estado Social contemporâneo.

Palavras-chave: Sanção, Positivismo, Sanção premial, Sanção positiva, Hans kelsen, Norberto bobbio

Abstract/Resumen/Résumé

This essay analyze the importance of the sanction in the positivist school, highlighting its treatment in the norm's structure contained in the Pure Theory of Law idealized by Kelsen, drawing a parallel with the liberal State, then confronting with Bobbio's understanding, which analyzes the sanction from its function in the juridical order, giving a greater importance to the positive sanction. The study of the sanction from these authors allows us to clearly trace the way of the institute of sanction has evolved in the positivist school, adapting itself to the contemporary wellfare state.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sanction, Positivism, Premier sanction, Positive sanction, Hans kelsen, Norberto bobbio

[1] Mestrando em Direitos Humanos e Meio Ambiente na Universidade Federal do Pará – PPGD/UFPA. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Email: heitormil@gmail.com

INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a realizar uma análise das sanções na teoria do direito estruturalista e funcionalista, compreendendo a sua importância na concepção de um modelo normativo, tendo como enfoque a evolução na escola positivista desde a obra de Kelsen até os estudos de Bobbio.

Iniciaremos nossa análise a partir de uma breve contextualização histórica, desde o Estado liberal às mudanças de paradigma trazida pelo Estado social, traçando um paralelo de como estes dois períodos históricos distintos influenciaram na evolução do conceito de sanção na escola positivista, de Kelsen à Bobbio.

Superada a breve contextualização histórica, dedicaremos um segundo capítulo para, entendendo a formação do pensamento positivista, adentrarmos em uma detida análise da abordagem estruturalista do direito forjada na doutrina de Kelsen, entendo qual o papel ocupado pela sanção nesta estrutura e como ela serve ao Estado liberal.

Prosseguindo na evolução do pensamento jurídico positivista, destinaremos o terceiro capítulo a realizar a análise da sanção dentro do funcionalismo do direito, na forma idealizada por Bobbio. Pretendemos, com este exame, demonstrar como a dimensão funcionalista da sanção permitiu uma reorganização da teoria do direito, que se adequou aos preceitos do Estado social, ampliando as possibilidades de regular o comportamento humano.

Desde já, achamos pertinente deixar claro que as dimensões estruturalistas e funcionalistas da sanção não são antagônicas, mas sim complementares, numa linha regular e contínua de evolução da concepção da teoria do direito na escola positivista.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-ECONÔMICA: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL.

As bases da doutrina do liberalismo econômico remontam ao século XVIII e teve como maior expoente a obra de Adam Smith, a partir da qual populariza-se a noção do *laissez faire*, de que o mercado é altamente eficaz em organizar a atividade econômica, sendo capaz de sozinho, livre de interferências, levar a sociedade ao progresso, através de sua ‘mão invisível’.

O liberalismo econômico é resultado do cartesianismo, da autonomização das ciências, muito em voga no século das luzes. Através dele, buscou-se emancipar a economia de qualquer influência dogmática externa a ela própria. Para a teoria liberal, o melhor governo seria aquele que menos governasse, ou seja, que menos interferência exercesse no mercado.

Sob a ótica jurídica, o estado deveria manter uma postura mais contida, cuidando tão somente de garantir a paz social através da coação, quando provocado. Ao agente que agisse

contra a norma produzida pelo estado, deveria ser impingida uma sanção negativa que tivesse força a desestimular a prática de atos contrários à lei.

Miguel Reale (2002, p. 675) destaca que a possibilidade de violação do Direito é um exercício da liberdade, devendo o indivíduo arcar com o ônus da sanção, que segundo conceitua, é "toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório". Portanto, a sanção é gênero, do qual deriva a espécie coação, que é uma sanção de ordem física.

Na lógica liberal, enquanto o direito preocupava-se apenas em manter a paz social, o mercado deveria se mostrar prodígio em regular as relações privadas. Todavia, não foi o que aconteceu. Através do *crack* da bolsa de valores de Nova York, em 1929, e da Grande Depressão que se seguiu na década de 1930, a história nos mostrou que os mercados muitas vezes falham na melhor alocação dos recursos, gerando graves prejuízo sociais.

O resultado social do colapso do Estado liberal foi devastador. A ineficiência do mercado em, sozinho, incentivar as boas condutas e regular a vida privada levou a população à miséria, fazendo com que problemas sociais, que nunca haviam sido encarados pelo sistema econômico, se agravassem ainda mais, demonstrando a falibilidade na crença de que a 'mão invisível' seria eficaz em alcançar, sempre, o benefício social propagandeado pelo liberalismo.

Uma vez constatada a ineficiência do sistema econômico então vigente, abriu-se espaço à intervenção estatal para otimizar a alocação de recursos, corrigindo as falhas do mercado. Surge, então, a partir da década de 1930, através do regime reformista norte-americano do *New Deal*, o *welfare state* com o seu regime intervencionista, através do qual, além de garantir a paz social através da coerção, o Estado Social passa a organizar e disciplinar o processo econômico. Segundo Eros Roberto Grau (1981, p.60), doravante, "a mão invisível de Adam Smith é então substituída pela mão visível do Estado, conformadora da ordem econômica".

O Estado passaria a atuar intervindo na ordem social. Para Grau (2011, p. 27) este Estado intervencionista desencadeia um salto qualitativo, que acaba por enriquecer o conteúdo da atuação estatal. Nesse contexto, além de atuar como produtor do direito e provedor de segurança, também utilizará este mesmo direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas.

Assim, a superação da teoria liberal faz, ainda, com que a economia abandone irremediavelmente o hermetismo científico cartesiano e volte a ser uma ciência capaz de dialogar com outras fontes. Se o Estado pretende regular a economia e corrigir as falhas de

mercado, é natural que o faça através de sua ferramenta de controle e pacificação social mais efetiva, qual seja, o direito.

Esta atuação estatal intervencionista, à medida que altera a doutrina econômica, igualmente gera irremediáveis consequências na teoria do direito positivista. Quando o Estado assume a função de promover políticas públicas, surge a função promocional do direito.

Nesta nova lógica, as sanções seriam ferramentas jurídicas que visam assegurar a execução das regras de direito produzidas pelo estado. Na nova dinâmica da teoria do direito, as sanções não seriam unicamente repressivas e poderiam prever, até mesmo, a outorga de vantagens destinadas a facilitar o cumprimento de determinados preceitos, de tal modo que as sanções podem ser preventivas, repressivas ou premiais (Reale. 2002, p. 675).

Como observa Dantas, (2012, p. 2) "a técnica da sanção premial implica numa maior participação popular e no papel transformador da sociedade, na medida em que comportamentos socialmente desejados são incentivados pelo Estado".

Feito este breve apanhado histórico, relacionando a forma como o direito e a economia se impactam mutuamente, passaremos a uma análise pormenorizada de como evoluiu a conceituação da sanção na moderna teoria do direito. Iniciaremos a análise da sanção na concepção positivista da escola de Viena, através da teoria estruturalista de Hans Kelsen, examinando como ela relaciona-se com a lógica do Estado liberal para, em seguida, mostrar a forma como a teoria do direito evolui para compreender a função promocional do Estado social, através da construção da sanção premial, tarefa que encontrou seu ápice na teoria funcionalista do italiano Norberto Bobbio.

2 SANÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO DE KELSEN.

O regramento social através do Direito parece acompanhar a humanidade desde o seu surgimento. Tão logo as sociedades alcancem um grau de complexidade, parece surgir uma dicotomia entre o Direito natural, aquele decorrente das leis da própria natureza, independentemente de seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, e o Direito posto, aquele decorrente da atividade social, que pode emanar do povo ou ser ditado pelo soberano.

Para que se possa compreender a evolução do raciocínio jurídico até o positivismo de Kelsen, devemos recorrer, em linhas gerais, aos registros históricos da cultura ocidental, que nos mostram a importância do Direito posto como ferramenta de organização social.

Remontando à origem clássica do direito, ainda na história antiga, veremos que aperfeiçoamento do discurso jurídico no império romano e a sua imposição estatal foi um dos pilares que sustentou a *Pax Romana*, que prometia dar um ambiente de paz aos povos que

aceitassem a submissão ao poder militar e às leis de Roma. Todavia, a invasão dos povos bárbaros que motivou a queda do império romano gerou uma fragmentação do poder estatal, inaugurando a era feudal.

O Feudalismo implementou um novo sistema econômico, político e social baseado em um ordenamento jurídico onde o Direito posto buscava regular uma situação servo-contratual, em que o soberano, detentor do poder militar, ditava as normas que deveriam regular a sua relação com os servos que pretendessem explorar suas terras para o plantio da cultura de subsistência.

Neste período, o ordenamento jurídico retraiu em complexidade, se comparado ao ordenamento jurídico romano. Não havia uma preocupação em regular as relações sociais em geral. O cerne da atuação jurídica estava em afirmar a posição hierárquica da nobreza sobre os servos. Este cenário de estagnação do Direito perdurou por quase mil anos, e foi superada pelo surgimento dos estados nacionais.

A partir de então, aquela parca produção do Direito medieval começa a ser unificada e ganha validade para todo um território nacional. À medida em que as relações sociais voltam a adquirir certa complexidade, igualmente complexo vai se tornado o ordenamento jurídico. Há uma necessidade em abandonar-se a arte do dizer justo, para dar lugar a um novo direito posto, que deva ser observado por todos os membros do Estado. Naturalmente, o crescimento e burocratização da máquina estatal faz com que o Direito natural perca cada vez mais espaço.

O significativo e contínuo aumento da complexidade das relações sociais faz com que o ordenamento jurídico se expanda para regular os diversos aspectos da vida humana. Paralelamente, o avanço das ciências naturais inaugura uma nova forma de organizar o conhecimento humano, que encontra seu apogeu no método científico de Descartes.

A fragmentação do objeto de estudo de uma ciência, para possibilitar-lhe melhor entendimento e compreensão gera um conhecimento cada vez mais especializado. Esta forma de produção de conhecimento nas ciências naturais seduziu também as ciências sociais, o que culminou no desenvolvimento do positivismo na obra de Comte.

Usando como paradigma as ciências como a física e a biologia, passa-se a exigir das ciências sociais, para que sejam acatadas enquanto ciência, que adotem um método científico rigoroso, calcado na neutralidade do seu objeto, que deve ser ascético e autônomo, e na descrição objetiva de seus fatos. Busca-se arduamente se afastar do subjetivismo.

À medida que a produção jurídica estatal, o Direito posto, vai se intensificando e buscando dar sustentação ao próprio Estado, surgem diversas teorias que buscam justificar esta sustentação. Naturalmente, dentre estas diversas teorias, surgem algumas que, encampando o

positivismo de Comte, buscam dar emancipação ao direito enquanto ciência. Destaca-se que esta busca não é infundada. Por detrás dela há uma preocupação em, tornando o direito objetivo, dar-lhe maior previsibilidade, conferindo-lhe uma segurança decorrente de uma pretensa neutralidade na interpretação das leis.

Como se vê, o Direito passa por um processo de purificação semelhante ao que ocorreu na Economia, que culminou na formulação da teoria liberal.

Curiosamente, o ápice desta emancipação no direito se dá por Kelsen, a partir de 1934, com a formulação de sua Teoria Pura do Direito, enquanto a doutrina econômica liberal já entrava em declínio.

Hans Kelsen é um dos principais juristas a trazer, para o estudo do direito, as concepções do cientificismo e do positivismo de Comte, e sem dúvida, é aquele que o faz com maior destreza. Na Teoria Pura do Direito, procura delimitar o objeto de investigação do que pretende ser uma ciência do direito, dando-lhe um *status* cientificista e emancipatório. É uma teoria ascética, que aparta o direito de todos os elementos e ciências considerados estranhos a si, tais como a ética, os valores sociais, a ciência política, a economia, a sociologia e etc.

Não deixando dúvidas sobre sua trajetória e objetivos, Kelsen (1994, prefácio) confessa que:

> "há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto".

É inegável que a teoria de Kelsen trouxe um grande avanço ao estudo da teoria do direito, considerando-se o ordenamento jurídico como um sistema de normas. A partir dela é possível estudar o direito em sua estrutura, constituindo-se numa técnica de controle social que baseava-se em uma ameaça estatal para impedir que o indivíduo agisse contra a norma jurídica produzida pelo Estado, sob pena da aplicação de uma sanção negativa.

Diz-se que a Teoria Pura do Direito é estruturalista por que preocupa-se em entender como o Direito é, como organizam-se as normas na estrutura do ordenamento jurídico. Não há uma preocupação com os fins do direito. O recorte metodológico de Kelsen opta por entender o direito enquanto um conjunto de normas e estuda-las a partir da esfera do dever-ser, de tal modo que a função do direito estirai restrita à esfera do ser, devendo então ser estudada não pelo Direito puro, mas pela Sociologia (Salgado. 2008, p. 192).

Devemos fazer a reflexão de que não existe uma Teoria do Direito, mas sim várias. Cada Teoria do Direito concebida por determinado autor, positivista ou não, traz dentro de si um conceito de sanção, que muitas vezes é entendida como um mal, dotada de papel coercitivo.

Grande parte dos teóricos não deixam claros os seus recortes metodológicos ou ideológicos através do qual conferem maior ou menor amplitude ao conceito e extensão da sanção em sua Teoria do Direito, embora uma leitura mais atenta seja capaz de revelar a posição política daquele que fala, mesmo que inconfesso. Na Teoria Pura do Direito, vemos que o papel reservado à sanção é meramente de controle social, fazendo do Direito uma instância de solução de conflitos, de um Estado que só age quando provocado.

Para Kelsen, a ordem jurídica constitui-se em instrumento de segurança coletiva, procurando proteger os indivíduos que estão submetido à ordem estatal contra o emprego da força por parte de outros indivíduos. O uso da força é um monopólio estatal para a garantia da segurança coletiva, através de uma ordem coercitiva (Kelsen. 1994, p. 40-41).

Ao estudar o direito a partir da estrutura das normas, Kelsen reconhece a existência de uma espécie de sanção que é positiva. Ao tratar da sanção na Teoria Pura do Direito, Kelsen (1994, p. 49) deixa transparecer o seguinte raciocínio:

> Conforme o modo pelo qual as ações humanas são prescritas ou proibidas, podem distinguir-se diferentes tipos – tipos ideais, não tipos médios. A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio, que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal – a privação de certos bens, como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.

Em outra passagem (1986, p. 49), assegura:

> O estabelecimento de sanções se dá em aplicação do princípio da retribuição, decisivo para o convívio social. Pode ser formulado: se um membro da comunidade conduz-se de uma maneira que lesa o interesse da comunidade, deve ser punido, i.e. deve ser-lhe causado um mal. Se se conduz, porém, de uma maneira que fomenta os interesses da comunidade, deve ser recompensado, i.e., deve ser-lhe causado um bem. No princípio retributivo expressa-se o princípio da Justiça da igualdade: igual por igual, bem por bem, mal por mal. Como o princípio do Talião: olho por olho, dente por dente.

Para Kelsen, não há dúvidas de que a sanção é um gênero, do qual derivam as espécies sanção negativa (coercitiva) e sanção positiva (premial). A sanção "não tem caráter exclusivamente prescritivo ou imperativista". Ao contrário, admite que as "modernas ordens jurídicas, também, contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações" (Kelsen. 1994, p. 37).

Entretanto, apesar de todo este reconhecimento da sanção positiva, Kelsen (1994, p. 25) aduz que a sanção positiva não é comum a todas as ordens jurídicas, e nem sequer uma

função essencial da sanção. Feitas tais considerações, não reserva mais muitas linhas para tratar das sanções premiais em sua obra, atribuindo-lhe apenas um papel secundário:

> É digno de nota o fato de que entre as duas sanções aqui apresentadas como típicas – a ameaça de desvantagem em caso de desobediência (punição, no sentido mais amplo do termo) e a promessa de vantagem no caso de obediência (a recompensa) -, a primeira desempenha um papel muito mais importante que a segunda na realidade social.

Reforçando, então, a ótica central da sanção na teoria pura, Kelsen (1994, p. 121-122) concebe o direito como uma ordem de coerção em que as sanções, caracterizadas pelo uso da força física, atriubuindo-se um mal ao indivíduo, e podem se dar de duas formas: pena e execução forçada.

Ao destinar à sanção positiva um papel secundário e até mesmo dispensável dentro da sua Teoria Pura do Direito, Kelsen tenta excluir de sua teoria qualquer caráter ideológico.

Para Kelsen, as sanção deve ser encarada dentro da estrutura do Direito como como um comando de complemento à norma, que determina um mal à quem descumprir a lei. Espera do estado uma postura de abstenção, então: não há interferência nas relações sociais, até que haja um descumprimento do direito posto, positivado, quando então deve-se imputar um mal ao agente que agiu contra os interesses da sociedade para puní-lo.

Se, em razão da emancipação científica pretendida, não é possível afirmar categoricamente que Kelsen trazia em sua Teoria Pura do Direito uma forte ideologia liberal, pode-se afirmar que as suas ideias e concepções de sanção adequavam-se perfeitamente ao ordenamento jurídico que era pretendido pela doutrina econômica do liberalismo.

3 TEORIA FUNCIONALISTA DE BOBBIO

O advento do Estado social trouxe consigo novas perspectivas de controle social, que não se limitam mais àquelas empregadas pelo Estado liberal clássico. Passa a ser crescente a necessidade de se empregar novas técnicas de incentivo e encorajamento dos indivíduos, em acréscimo ou substituição aos procedimentos de sanção tradicional.

Na teoria estruturalista de Kelsen (1998, p. 121), lembre-se, o direito consiste em uma ordem coercitiva, onde “toda regra jurídica obriga os seres humanos a observarem certas condutas sob certas circunstâncias”, onde a partir de tal ordem, caso haja o desrespeito ao previsto em determinada norma jurídica, tal conduta, por ser contrária ao direito posto, precisa ser reprimida, sancionada (Vieira et al, p. 6).

Se não houve tempo para que os paradigmas do Estado social refletissem na Teoria do Direito proposta por Kelsen, esta reflexão coube, anos depois, à Bobbio, para quem “esta

nova perspectiva suplanta as teorias de direito ainda hoje dominantes, que concebem o direito apenas com função protetora em relação aos atos lícitos e repressora em relação aos atos ilícitos (Bobbio. 2007, p. 2).

Ao longo de sua obra, Bobbio claramente tem como seu principal interlocutor Hans Kelsen. Todavia, parece dar ao conceito de sanção uma importância distinta da que lhe reservava o jusfilósofo de Viena, o que impacta na sua própria conceituação de Direito, na qual a sanção, para além de se situar na estrutura da norma, possui uma função: garantir o cumprimento das diretrizes do Estado.

Sobre o tema, Bobbio (2008, p. 152-3) aduz:

> Uma norma prescreve o que deve ser. Mas aquilo que deve ser não corresponde sempre ao que é. Se a ação real não corresponde à ação prescrita, afirma-se que a norma foi violada. É da natureza de toda a prescrição ser violada, enquanto exprime não o que é, mas o que deve ser. À violação, dá-se o nome de ilícito. O ilícito consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo e em uma omissão quando a norma é um imperativo positivo. No primeiro caso, afirma-se que a norma não foi observada, no segundo, que não foi executada. (...) A ação que é cumprida sobre a conduta não conforme para anulá-la, ou pelo menos para eliminar suas consequências danosas, é precisamente aquilo que se chama de sanção. A sanção pode ser definida, por este ponto de vista, como o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias.´

Embora seja inegavelmente um autor que se filia à corrente de pensamento positivista, uma grande diferença de Bobbio em relação à Kelsen é que o autor italiano não pretende que o direito seja uma ciência ascética. Apesar de não questionar o caráter científico do Direito, Bobbio busca reinserir no âmbito da metodologia da ciência do Direito o diálogo com a política e outras ciências sociais (Salgado. 2008, p. 31).

Neste viés, Bobbio é autor de severas críticas à Teoria Pura do Direito. Para ele, a neutralidade da ciência jurídica é uma falácia. Não há como se desvincular o Direito de uma ideologia política ou social, e isso transparece mesmo na obra de Kelsen, na medida em que, ainda que involuntariamente, há a aceitação de uma função do Direito que, como parte da teoria, é negada por Kelsen. A crítica de Bobbio à Kelsen reside no sofisma extraído da Teoria Pura de que o Direito não deve se preocupar com a sua função. Todavia, mesmo preocupado com as questões estruturalistas do Direito e não encarando a sua função, Kelsen não deixa de afirmar que a função do Direito é a paz ou a segurança social, e que a sanção servirá para assegurar o cumprimento da norma. Sobre esta crítica, Bobbio (in Greppi. 1998, p. 11) manifesta:

> "Não existe uma teoria tão ascética que não deixe intuir elementos ideológicos que nenhuma pureza metodológica chega a eliminar por inteiro. Inclusive a teoria pura do Direito de Kelsen, em que encontrei minha fonte principal de inspiração para uma Teoria Geral do Direito e que sempre tenho presente como modelo, também nos meus escritos de teoria política, toma como ponto de partida o pressuposto, que bem pode ser considerado ideológico, de que o Direito enquanto tal, inclusive se é definido de forma neutra como técnica de organização social, tem uma função social

> axiologicamente positiva, até o ponto de que pode ser considerado um meio necessário para alcançar e conservar o bem coletivo como a paz interna e a paz internacional"

E ainda (Bobbio. 2002, p. 26):

> "Hoje sabemos que o nobre castelo das ciências puras estava cheio de impureza ideológica. Por detrás do formalismo jurídico existia o ideal do Direito como ordem, de ordenamento jurídico como promotor e fiador da paz social, do Estado de Direito entendido kantianamente como Estado que não tem outro objetivo além do Direito (e não o bem-estar, a justiça, a felicidade dos súditos), um ideal essencialmente conservador de aceitação do status quo, adaptado aos tempos de estabilidade política já alcançada e uma ordem de estabilidade política e social mantida ou desejada imutável".

Ao analisar o fator incorporado pela ideologia à Teoria do Direito de Bobbio, é certo que haverá reflexos ao entendimento da sanção. Se não é possível haver um Direito neutro, igualmente o enfoque que se dará à sanção não o será, e assim ela terá uma função muito determinada para os objetivos ideológicos do seu pensador. Todavia, o grande problema da Teoria Pura do Direito seria omitir e mesmo negar essa carga ideológica. Ao analisar o pensamento bobbiano, Salgado (2008, p. 36), assim sintetiza esta relação:

> Para Bobbio, uma teoria do Direito que tenha enfoque na sanção negativa apresenta uma carga ideológica, pois foca-se em um elemento que é a pena e não o prêmio. Assim, essa teoria parte de alguns pressupostos, que muitas vezes não são explicitados, como: a) o homem precisa ser sancionado em suas condutas, b) é necessário um Estado que tenha o monopólio da força e o exerça através da coerção, c) a sanção negativa tem um efeito de manter a paz social etc.. Todos esses elementos são apresentados pelo juspositivismo como aspectos naturais e pertencentes ao próprio conceito de Direito. Porém, essa postura é ideológica, na medida em que se vale de uma visão de mundo particular. Para Bobbio, o grande problema não parece ser o de tomar uma posição quanto à sanção, bem porque é impossível um estudo 'neutro', mas sim de não explicitá-la.

Bobbio, então, desvincula-se da teoria de Kelsen e tenta suplantá-la, ao evitar a dicotomia entre ser e dever-ser, privilegiando uma teoria não da estrutura da norma, mas sim de sua função. Salgado (2008, p. 1) aponta que "Bobbio busca construir um novo conceito de Direito que não dependa diretamente da coerção e que não fique enclausurado no mundo do dever-ser. A todo o momento o que se busca superar é o paradigma kelseniano".

Nesse sentido, nos parece precisa a leitura de Vieira et al (p. 9):

> no que tange ao raciocínio sobre a eficácia da sanção, Bobbio procurou uma maneira que evitasse a dicotomia entre *ser* e *dever ser*, pois o justifilósofo italiano entendeu que a função da sanção não estava relacionada a uma norma em particular, mas, ao contrário, tinha relação com o ordenamento jurídico.
> Desse modo, com tal entendimento Bobbio aprimorou a concepção de Hans Kelsen de que o direito era um mero regulador da força (um instrumento de repressão institucionalizado) e passou a entender o direito também como um meio, um instrumento de promoção social e econômica.

O conceito da sanção positiva não foi cunhado por Bobbio. Muitos estudiosos apontam a obra de Jeremy Bentham, Teoria das Penas e das Recompensas, publicada ainda no

Século XIX, como um marco do direito premial. Porém, dentre os autores de tradição positivista, Bobbio foi pioneiro em defender sanção positiva como ferramenta de um Estado promocional, principalmente a partir de sua obra intitulada "Da Estrutura à Função", uma coletânea de artigos publicados na década de 1970.

Interessante a observação de Bobbio (2007, p. 24-25), no sentido de que a sanção premial pode consistir em "um prêmio econômico (uma compensação em dinheiro, *v.g.*), em um bem social (passagem para um status superior), um bem moral (condecorações e honrarias) ou um bem jurídico (privilégios)". Igualmente se dá com a sanção negativa ou castigo: como "mal econômico (uma multa), social (banimento), moral (desonra), jurídico (perda da capacidade de elaborar testamento), ou físico (de açoites à decapitação)"

Sob uma perspectiva funcional, as medidas de encorajamento são utilizadas com o objetivo de mudança, enquanto que as medidas de desencorajamento são usadas com o objetivo de conservação social, de manutenção do *status quo*. (Bobbio. 2007, p. 19)

Para Bobbio, o Direito não deve ser inerte, buscando a provocação da parte interessada para a aplicação de uma sanção que busque dirimir um conflito social. Além de reprimir comportamentos *contra legem,* o Direito pode, e deve, ser incentivador comportamentos desejados, encampando a função positiva da sanção para trazer ao Estado um papel promocional, que se coaduna perfeitamente ao novo paradigma do Estado social.

Ao demonstrar a adequação desta lógica da função da sanção positiva no *Welfare State*, Bobbio (2007, p. 2) propugna:

> Dando seguimento à profunda transformação que em todos os lugares deu origem ao *Welfare State*, os órgãos públicos perseguem os novos fins propostos à ação do Estado mediante novas técnicas de controle social. (...) proponho-me a examinar um dos aspectos mais relevantes – e ainda pouco estudados na própria sede da teoria geral do direito – das novas técnicas de controle social, as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a diferenciam profundamente da ação do Estado liberal clássico: o emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas tradicionais de desencorajemento.

Parece-nos haver um reconhecimento de que o Direito sozinho não é capaz de explicar a complexidade dos fenômenos sociais, políticos e econômicos. Há uma necessidade latente de encarar uma Teoria do Direito holística, de textura aberta, capaz de dialogar com diversas ciências e saberes, para se alcançar um melhor entendimento de nossa complexa sociedade contemporânea, onde a revolução dos meios de comunicação tornou tudo altamente dinâmico.

Este reconhecimento faz com que Bobbio promova em sua teoria sensíveis mudanças na própria conceituação de Direito. Nesse sentido é a seguinte assertiva de Salgado (2008, p. 24):

> O diálogo com essas áreas pode ter levado Bobbio a buscar incessantemente uma alternativa para os estudos de Direito de cunho positivista. Uma nova abordagem da sanção gerou a necessidade da reformulação do conceito de Direito. Isso porque alterar o conceito de sanção traz grandes conseqüências para um Direito que durante muitos anos se pautou na sanção para a sua própria definição. A mudança que Bobbio apresenta pode parecer pequena, porém levou a uma série de discussões, pois mexe no cerne do que se entende por Direito.

O entendimento de Bobbio é de que a eleição da sanção negativa em uma determinada Teoria do Direito, em detrimento da sanção positiva, representa uma carga ideológica de seu formulador (e vice-versa), pois o ordenamento jurídico dispões das duas espécies de sanção. Apesar de entender que a predominância da espécie sanção negativa é histórica na cultura jurídica, via de regra a teoria que a privilegia tem uma concepção de que economia e direito estão dissociados, própria da doutrina liberal, exatamente como observamos na Teoria Pura de Kelsen.

Ao comparar a orientação político-ideológica das constituições e a respectiva função que dá ao Direito, Bobbio (2007, p. 13) chega à seguinte conclusão:

> Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior freqüência, a função de promover.

Devemos pensar a sanção como uma ferramenta do Direito para direcionar os comportamentos da sociedade. A sanção positiva tem enquanto função promover comportamentos socialmente desejáveis através de uma recompensa na forma de prêmios e incentivos. Em outra mão, a sanção negativa, através de correção, penas e multas, busca reprimir condutas socialmente reprováveis.

Nas palavras de Bobbio (2007, p. 24):

> "A noção de sanção positiva deduz-se a contrário sensu, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem".

A sanção negativa, típica de ordenamentos repressivos, pauta-se no objetivo de tornar a conduta impossível, difícil ou desvantajosa. Ao seu turno, a sanção positiva, em sinal contrário à sanção negativa, tem por objetivo tornar a ação desejada, fácil ou vantajosa. Para Bobbio, ao encampar a sanção positiva à sua teoria da função do Direito, se está promovendo uma 'teoria da ação' e não da omissão (Salgado. 2008, p. 121).

Todavia, deve-se deixar claro, as duas espécies de sanção não sobrepõe-se uma à outra: são duas faces de uma mesma moeda. Devem coexistir no ordenamento jurídico com a função de direcionar a ordem social no caminho em que a mão visível do Estado deseja. Enquanto a sanção negativa prevalecerá em campos jurídicos como o direito penal, a sanção

premial tem mostrado que pode ser muito eficaz na seara tributária e ambiental, intervindo na atividade privada para apontar-lhe o caminho que as corporações devem seguir para alcançar o interesse social, na realização de sua função social. Mas, via de regra, todos ramos do direito trazem, em maior ou menor grau, uma combinação de ambas as espécies de sanção. Em verdade, não há uma disciplina jurídica que seja pautada exclusivamente não sanção negativa ou na sanção positiva.

O próprio direto penal, que leva a coerção às últimas consequências para reprimir condutas socialmente reprováveis, costuma oferecer uma recompensa ao réu que confessa o seu crime, que demonstra o seu arrependimento ao dano que causou à sociedade.

Assim, nos parece que o grande mérito de Bobbio no estudo da sanção à partir de sua teoria funcionalista do Direito reside em chamar à atenção do universo jusfilosófico que há uma valiosa espécie de sanção, qual seja, a sanção positiva, que constitui-se em uma poderosa ferramenta de direção social, e que vinha sendo negligenciada por muitas teorias do direito, notadamente a escola positivista. Destaca, ainda, que esta postura de negligenciar a sanção promocional é incompatível com o ordenamento jurídico que se pretende para o contemporâneo Estado social.

CONCLUSÃO

Conforme tivemos oportunidade de discorrer ao longo deste estudo, a partir do estudo centrado na sanção e do papel que a mesma desempenha nas Teorias do Direito de Kelsen e Bobbio, é possível traçar um claro paralelo entre como aquela relaciona-se à doutrina do Estado liberal e esta adequa-se aos paradigmas trazidos pelo Estado social.

Enquanto Kelsen admitia as sanções positivas apenas como uma forma de outorga de medalhas e prêmios, não possuindo um peso maior no ordenamento jurídico, Bobbio enxerga além, refletindo sobre as transformações sociais implementadas pelo *Welfare State*. Para ele, o ordenamento deve ser incrementado com uma maior aplicação da sanção premial, dando-lhe maior relevância.

Em nosso entendimento, esta mudança representa um avanço da escola positivista para adequar-se ao novo modelo de Estado vigente no mundo contemporâneo, abrindo mão de uma teoria ascética para aceitar o diálogo com outras ciências sociais na tentativa de melhor compreensão dos fenômenos de nossa sociedade.

Embora Kelsen já admitisse a existência de uma sanção positiva, para ele somente a sanção negativa era capaz de exercer um efetivo controle sobre os comportamentos através

da coerção. Ao seu turno, reconhecendo um espaço mais amplo à sanção positiva na Teoria do Direito, Bobbio inova ao trazer uma possibilidade de direção social através do prêmio.

No entender de Bobbio, a sanção premial não suplanta a sanção negativa, mas a ela soma-se como mais uma forma de controle social. À medida que a sociedade torna-se cada vez mais complexa, o direito deve dispor de ferramentas igualmente complexas para atender-lhe. A sanção positiva, nesse cenário, possibilita uma direção social que não é pautada somente na restrição da liberdade.

Importante ressaltar que o controle social é a função da sanção. Na sanção negativa ela se dá pelo uso da força, da coerção. Na sanção positiva, decorre do poder estatal de encorajar determinada conduta. A persuasão, o direcionamento, dado pelo caráter retributivo da sanção premial, embora mais tênue, não lhe tira a função de controle social.

No entendimento e Bobbio (2007, p. 13), a sanção premial ocupará cada vez mais espaço no ordenamento jurídico:

> no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais freqüente o uso de técnicas de encorajamento. Tão logo comecemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo.

Parece-nos que o seu prognóstico foi acertado. É crescente a produção legislativa que busca implementar técnicas de encorajamento, geralmente através de leis de incentivo, fazendo com que a mão visível do Estado intervenha na economia, por exemplo, para otimizar a melhor alocação de recursos com o fim de atender o interesse social.

A cada dia o ordenamento jurídico aperfeiçoa-se para implementar um estado promocional. Uma rápida consulta à Constituição Federal de 1988, que implementou no Brasil um Estado social, em 13 (treze) oportunidades repete em seu texto o verbo promover, sempre no intuito de indicar uma política pública promocional que deve ser perseguida pelo Estado[1].

---

[1] A Constituição Federal de 1988 prevê como objetivo da República "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação" (Art. 3, IV); é dever do Estado promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), promover a defesa contra calamidades públicas (art. 21, XVIII), promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX), combater as causas da pobreza e da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X); é dever dos Municípios promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local (art. 30,IX); é dever do Presidente o do Vice Presidente da República prestar compromisso de promover o bem geral do povo brasileiro (art. 78); admissão da concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país (art. 151, I); é dever do Estado promover e incentivar o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico (art. 180); estruturação do sistema financeiro nacional de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país (art. 192); é dever do Poder Público promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º), promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (art. 218), e promover a educação ambiental (art. 225, VI).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico.** (trad. Maria Celeste Leite dos Santos) 6 ed, Brasília, UNB, 1995.

_____. **Da estrutura à função – Novos estudos de Teoria do Direito.** Trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007;

_____. **Teoria da norma jurídica**. 2 ed., Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edirpo, 2008.

_____. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do Direito**. (trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues). São Paulo: Ícone, 1995b.

_____. **Ensaios sobre ciência política na Itália.** (trad. Marcondes, Maria Celeste F. Faria). Brasília/São Paulo: Unb/Imprensa Oficial, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10/07/2016.

DANTAS, Gisane Tourinho. **Função promocional do direito e sanção premial na perspectiva metodológica de Durkheim**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 149, 2012. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/ index.php/redu/article/view/2374>. Acesso em 02/07/2016.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais,1981.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

GREPPI, Andrea**. Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio**. Madrid, Marcial Pons, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Trad. Luís Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Geral das Normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica - PUC. São Paulo, 2008. Disponível em: <

http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/ cp062574 .pdf>. Acesso em 05/06/2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências. 4 ed.** São Paulo: Cortez Editora, 2006;

VIEIRA, Bruno Soeiro; JÚNIOR, Nelson Saule. **A extrafiscalidade tributária aplicada na proteção do meio ambiente artificial urbano e a Função Promocional segundo Norberto Bobbio**. Disponível em: <http://portal.iphan. gov.br/uploads/publicacao/150828_Funcao_promocional_do_Direito_e_protecao_do_meio__ambiente_artificial__Bruno_Vieira_e_Nelson_Saule.pdf >. Acesso em 02/07/2016.