

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-072-5

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

- a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;
- b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;
- c) política como fator complicador do direito;
- d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;
- e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;
- f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;
- g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e, portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

DIREITO E MORAL: O SENTIDO E ALCANCE DAS SANÇÕES PREMIAIS NO ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

DERECHO Y MORAL: EL SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LAS SANCIONES PREMIALES EN LA LEY ACTUAL DEL ESTADO DEMOCRÁTICO.

Flora Augusta Varela Aranha

Resumo

A concretização das normas jurídicas produzidas em um Estado democrático de Direito apresenta-se como uma necessidade mais premente do que o estabelecimento de sua autoridade mediante o uso da força. Neste sentido, faz-se necessário o estudo da sanção e seu sentido na Teoria do Direito, que apresenta a corrente positivista, baseada na coerção como nota distintiva do fenômeno jurídico, que através da sanção pune o infrator ou coage o agente a cumprir o comando; há, ainda, o aspecto funcionalista do direito, que vislumbra a atribuição de prêmios ou benesses como outra modalidade de sanção jurídica, estando a força estatal voltada à garantia do recebimento da recompensa, passando, a partir de então, a atribuir maior importância ao preceito primário da norma, ou seja, no conteúdo da prestação que o Estado através do Direito pretende obter do seu destinatário.

Palavras-chave: Teoria da norma jurídica, Sanção, Sanção premial, Direito e moral.

Abstract/Resumen/Résumé

La aplicación de las normas jurídicas que se producen en un Estado democrático de derecho se presenta como una necesidad más apremiante de establecer su autoridad a través del uso de la fuerza. En este sentido, el estudio de la oración y su significado en la teoría jurídica, es necesario que tenga la corriente positivista, basado en la coerción como nota distintiva del fenómeno jurídico, que a través pena castiga al delincuente o coaccionar el agente para cumplir con el mandato ; También está el aspecto funcionalista de la derecha, que ve a la concesión de premios o golosinas como otra forma de sanción legal, con la fuerza de Estado destinada a garantizar el pago de la recompensa, que pasa, a partir de entonces, para atender mejor al precepto primario de la norma, es decir, el contenido de la disposición de que el Estado a través de la Ley busca su destinatario.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Teoría de la norma legal, Sanción, Pena premial, Derecho y la moral.

1. Introdução

O estudo da sanção é capaz de indicar o papel a ser desempenhado pelo Estado e refletir sobre os fins do Direito, mormente a partir do surgimento da corrente funcionalista, que integrou ao conceito os prêmios ou recompensas, capazes de estimular o destinatário da norma jurídica a cumpri-la, intitulado **sanções positivas ou premiaias**, cujo desiderato é o de tornar o sistema jurídico mais próximo da realidade social.

O presente artigo objetiva descrever o sentido ético das sanções positivas ou premiaias e sua importância na consecução dos fins do Estado, que alcança uma atuação mais eficiente ao despertar interesse no cidadão em realizar seus preceitos.

Verifica-se que encorajar a sociedade a cumprir as leis ao invés de puni-la ou reprimi-la é, a um só tempo, uma medida educativa, menos onerosa aos cofres públicos e que, principalmente, torna mais próximo direito e moral, em detrimento do que fora classicamente defendido pelos cultores da teoria e filosofia jurídica de matriz positivista.

Saliente-se o aspecto educativo da sanção positiva, que repousa essencialmente na antecipação do Estado ao surgimento das lides, diante da criação de vantagens aos destinatários da norma, em lugar do temor da punição, colocando em xeque a centralização da norma no seu aspecto coativo.

Tem-se, a partir da sanção premial, a superação da ideia de justiça como retribuição, monopolizada pelo Estado, para se chegar à concepção do valor do justo a partir do cumprimento das expectativas normativas, quando o resultado produzido pela norma importa mais que sua validade, abstratamente considerada.

Não é despidendo anotar que os Estados democráticos de Direito na atualidade trazem um aparato denso de necessidades coletivas, presentes nas variadas tutelas jurídicas. Em termos exemplificativos, encontramos o reclamo à concretização dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões; a eficiência na regulação da ordem econômica e

financeira, na atuação administrativa, na arrecadação dos tributos e controle do orçamento. O exemplo que bem retrata esta complexidade é o ordenamento brasileiro, a partir da Constituição de 1988.

Diante deste cenário, é insuficiente, quando não prejudicial, o uso predominante do aparato coercitivo, uma vez que as atribuições do Estado trazem desdobramentos fáticos mais complexos que aqueles presentes à época em que foram criadas as bases teóricas do positivismo jurídico, sobretudo porque, no escorço histórico dos direitos do homem e do Estado de Direito, foi consagrada a existência do Estado Social e do Estado Regulador, acarretando a estes governos o desafio de promover a ordem, através do direito, capaz de suprir necessidades mínimas de subsistência, bem como atuar no domínio econômico visando o monitoramento de eventuais abusos, comuns à dinâmica capitalista.

Ora, tendo o Estado de Direito atingido um perfil mais humanista, mais comprometido com as necessidades coletivas do que simplesmente promover a ordem e segurança através da formalidade normativa, o presente estudo destaca a sanção como parte integrante deste processo, tendo as sanções premiaias assumido importante papel modificador do paradigma dominante na teoria da norma jurídica, contribuindo à reaproximação entre Direito e Moral, em que a autoridade política e normativa é manifesta ao tecido social visando convencer seus destinatários a obedecê-la, tornando-os colaboradores com o poder público no desafio de concretizar os ideais da sociedade política, retratados na Constituição e nas leis.

2. Breve panorama da sanção na teoria da norma

O estudo da sanção acompanha a teoria da norma jurídica, cujo arcabouço teórico remonta à filosofia política moderna, mormente a partir do século XVII, no qual foram elaboradas as ideias acerca da origem do Estado moderno, sua legitimidade política através de teses contratualistas e, principalmente, o estabelecimento de sua autoridade, materializada no direito e garantida pelo uso da força, ideias estas que culminaram com a produção cultural positivista no século XIX.

Norberto Bobbio (1995, pp.148-149) identificou o pensamento de Christian Thomasius, no século XVII, como o precursor da concepção coativa do Direito. Defensor do jusnaturalismo racionalista, Thomasius distinguiu a esfera do Estado, jurídica (*justum*) da esfera moral (*honestum, decorum*), atinente ao indivíduo e desprovida de coação, a qual não compete ao Estado interferir, sob pena de serem reputados violentos e ilegítimos tais atos.

Consistiu tal teoria, a rigor, em um trabalho dirigido à defesa dos limites da atuação política e sua relação com os súditos, delimitação esta calcada na noção de autoridade e no uso da força, voltada à garantia do cumprimento das normas. O uso da coação passa a ser monopólio do Estado de Direito.

A filosofia kantiana, por sua vez, de igual modo apoiou-se na coação como elemento essencial na compreensão do fenômeno jurídico, porém baseada em argumentação diversa: Kant fundamentou a coercitividade da norma a partir de sua formulação acerca da **liberdade**, cerne da sua filosofia moral. A teorização da norma jurídica, em Kant, foi um desdobramento da sua formulação ética.

Superando as correntes empirista e racionalista no plano epistemológico, Kant desenvolveu uma filosofia do sujeito calcada na universalidade da razão e do fenômeno moral, por bases lógico-formais. De acordo com o kantismo, a razão e o moral são comuns a toda a espécie humana, a partir de ferramentas racionais denominadas **imperativos**.

No tocante à moral, a humanidade é portadora do imperativo categórico, vista como um senso presente na razão que se apresenta em máximas de conduta, dependendo unicamente do exercício da liberdade para se concretizar no mundo da vida.

Neste sentido, Eduardo C. B. Bittar traz a seguinte observação:

“A liberdade está indistintamente ligada à noção de autonomia. A autonomia da vontade no agir de acordo com a máxima de vida gerada pelo imperativo categórico são pontos fortes e altos do sistema ético kantiano. Em consonância com esses pontos de apoio do sistema kantiano, o homem figura como ser racional, fim em si mesmo, e a humanidade, na mesma dimensão, deverá figurar, em suas relações, sempre como fim e nunca como mediação” (BITTAR, 2014, p.177)

Assim, o valor moral da conduta, referenciada pelo imperativo categórico, é avaliado a partir da espontaneidade do sujeito em praticá-la, de maneira incondicionada e livre de qualquer aparato coativo, surgindo, na história do pensamento, o legado kantiano da autonomia do sujeito moral, em oposição ao agir condicionado imposto pela norma jurídica, denominada **heterônoma** - porque proveniente do poder político e exterior ao sujeito.

A liberdade torna-se exclusivamente sinônimo da autonomia do sujeito moral, cujo exercício pleno torna-se estranho à regulação jurídica, uma vez que a observância do mandamento jurídico pelo sujeito não guarda eticidade, dado o elemento sancionador,

apresentado ao sujeito através da punição como consequência do possível descumprimento. A moralidade se distingue da juridicidade da conduta, marcada esta pela coercitividade (BITTAR, 2014, p. 184). Eis os alicerces da razão prática em Kant.

Assim, diante da exclusiva conformação da esfera moral à autonomia e à subjetividade do ser, o que torna a realização social da esfera ética algo incerto, relegado à contingência, apresenta-se o direito como importante mecanismo de ordenação das liberdades individuais por meio da norma jurídica, criando-se, em abstrato, uma igualdade na legalidade, dada a presença da sanção como penhor da sua operacionalização.

Bobbio (1995, p.p.151-152), ao analisar a razão de ser do direito com base na coação, em Kant, apontou que sua filosofia enxergou o direito como meio para estabelecer a coexistência das esferas externas de liberdade, diante da sua faculdade de obrigar, por meio do aparato sancionador, presente na norma.

Além disso, estaria este mecanismo disposto a reprimir os atos ilícitos, devolvendo ao lesado a sua esfera de liberdade perdida pelo causador do dano. Com isso, e valendo-se do raciocínio lógico-formal, Kant defendeu que a coação é uma não-liberdade capaz de repelir outra não-liberdade, cujo resultado logrará o retorno da liberdade perdida, já que da dupla negação resulta a afirmação.

Rudolf von Jhering, por sua vez, sustentou a coação como elemento indissociável do mundo jurídico, pois sua existência provém do Estado, cujo poder que detém promove as finalidades humanas através do direito (apud BOBBIO, 1995, p.154). Estado, Direito e coação compõem um todo indissociável.

“...a par da qualidade formal de ser uma norma coerciva posta pelo Estado, JHERING atribui a cada norma jurídica uma relação de conteúdo com fim determinado, benéfico para a sociedade, e por causa do qual a norma existe. Com o que, ainda no terreno do positivismo, consuma já o abandono quer da jurisprudência dos conceitos formal, quer de uma compreensão predominantemente psicológica do conceito de Direito. O Direito é para ele a norma coerciva do Estado posta ao serviço de um fim social. Para compreender a norma jurídica precisa-se menos de uma análise lógica ou psicológica do que uma análise sociológica” (LARENZ, 2012, p. 61)

Hans Kelsen, criador da teoria pura do Direito e da corrente de pensamento jurídico denominada normativismo, definiu o próprio fenômeno como sendo uma ordem coativa da

conduta humana. A presença da sanção é nota comum às ordens sociais normativas, entendida como um mal a ser aplicado aos destinatários da norma que atendam negativamente aos seus comandos.

Apresenta-se de forma organizada, sendo um elemento imanente à estrutura lógica normativa e, conseqüentemente, ao próprio sistema jurídico como um todo, capaz de criá-la, estabelecendo critérios para sua aplicação:

“ Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é, com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto.” (KELSEN, 1998, p.23)

Convém ressaltar que os fundamentos da teoria pura do Direito consistem no elemento coercitivo da norma jurídica, e a ideia de ordem e unidade presentes no ordenamento jurídico em torno da norma fundamental, entendido este como um sistema.

Analisando especificamente a sanção em Kelsen, verifica-se que, diferentemente dos demais pensadores do positivismo jurídico, a presença da coação como elemento essencial da norma não se justificou por argumentos filosóficos, políticos, ou sociológicos, e sim como uma consequência inerente à sua estrutura, enquanto um juízo de dever-ser que é:

“Kelsen atribui à sanção uma função primordial: é ela que caracteriza o preceito normativo. Se a norma é um dever-ser, o que se deve é a sanção, diz Kelsen. O comportamento é prescrito à medida que se lhe atribui a sanção. Assim, o preceito *não matar* é apenas *mediatamente* o objeto do dever-ser normativo. O objeto *imediato* é a sanção que se lhe imputa. Normas jurídicas são, pois, imperativos sancionadores. Ademais, são também imperativos condicionais, posto que a prescrição da sanção impera sob a condição do comportamento ao qual ela é imputada” (FERRAZ JUNIOR, 2013, p.p.92-93)

Não é despiciendo anotar que Karl Larenz (2012, p.96-98) considerou a teoria pura do Direito um arcabouço refratário a qualquer juízo de valor acerca do direito positivo. A existência e validade de suas normas não encontra um porquê, uma explicação externa ao sistema que as produz. A norma, entendida como um juízo lógico-formal de dever-ser,

provém deste sistema, legitimamente criado porque logicamente pressuposto pela norma fundamental, voltado à produção de normas válidas e eficazes, porque coercivas.

Neste sentido é que Kelsen (1998, p.24) até identificou, em determinadas ordens jurídicas, normas que preveem recompensas para a prestação de determinados serviços, a exemplo dos títulos e condecorações; entretanto, o teórico não os considerou no conceito de sanção, e sim como um elemento subalterno ao sistema – uma concessão, uma exceção à regra que considera como jurídica a situação que pode ser descrita normativamente, e tal norma traz, naturalmente, a previsão sancionatória em sua expressão coativa como garantia de sua realização.

Desta forma, o escorço da sanção, vislumbrado sob o aspecto da **coaçoão**, cujo sentido reporta à possibilidade do uso da força por parte do sistema jurídico, oriundo do Estado, e da **coerçoão**, entendida como o conjunto de mecanismos voltados à aplicação, *in concreto*, desta força, mediante penalidades patrimoniais ou físicas, constituiu a marca predominante da filosofia jurídica moderna e contemporânea.

A sanção premial, encarada como a possibilidade de o Estado, por meio do direito, atribuir recompensas aos destinatários da norma, não ocupou o mesmo espaço reservado às sanções negativas ou punitivas, sido reputada como algo pontual, não fazendo parte da regra comum ao direito positivo, a saber, a coercitividade.

3. A representatividade das sanções negativas e premiaias no Estado de Direito

Ao longo das considerações acima traçadas, restou evidenciado que o conceito de sanção foi construído em torno de um ideal de Estado cuja autoridade era estabelecida por meio da coação e da coerção. A teoria do Direito moderno baseou-se na tecnicização em substituição às concepções antiga e medieval, as quais atrelavam o saber jurídico com a religião e a moral, tendo a racionalidade moderna culminado no pensamento sistemático, chegando, ao século XIX, na positivação do direito (FERRAZ JUNIOR, p.41).

Verifica-se, com o auxílio da análise histórica, que a presença da sanção no direito moderno fazia-se necessária à afirmação da força e imperatividade do poder político; a ideia abstrata da coação presente no substrato normativo, caracterizada pelo uso da força, monopolizada pela autoridade estatal, substituiu o antigo temor que o homem tinha, simultaneamente, sem qualquer diferenciação, à divindade, ao governante e à própria coletividade, diante da infração a uma lei.

O legado da modernidade, iniciado após o Renascimento, baseou-se no uso exclusivo da razão e do humanismo, tendo a política e o Direito se submetido à centralização da razão. A vontade divina paulatinamente foi se substituindo à vontade do homem, mediante a explicação de sua origem social por meio das explicações contratualistas.

E a racionalidade, a técnica no saber jurídico cada vez mais foi se aperfeiçoando, chegando ao patamar da positivação, em que se tornou possível entender o Direito em grau máximo de abstração teórica, apartando-o completamente da moral e de outros saberes alheios ao tecnológico.

Desta forma, a sanção foi substituída da ira de um Deus, de antepassados ou do arbítrio dos governos, e as leis positivas, que em tempos remotos eram aleatoriamente criadas, passaram a serem racionais e criteriosamente elaboradas, integrantes de um sistema legítimo e calcado na noção de validade.

Coube à sanção negativa, portanto, a tarefa de representar fisicamente, concretamente, e mesmo psicologicamente, a autoridade da norma jurídica e do próprio Estado, já que o alto grau de abstração e racionalidade das correntes justificadoras e legitimadoras do poder político e do direito moderno, bem como o próprio conhecimento científico destas esferas, criou um hiato na consciência social com o saber moral e com a tradição.

Luiz Fernando Coelho traz a seguinte observação:

“ O Estado é portanto a condição necessária do direito. Esse condicionamento se expressa, no plano lógico, pelo papel constitutivo atribuído ao Estado em relação à normatividade jurídica, isto é, a estatalidade é característica essencial do direito, pois o enunciado das normas jurídicas contém o elemento lógico da autoridade competente, ou seja, as características que especificam a juridicidade – bilateralidade, heteronomia e coercitividade -, e que estão presentes nos enunciados lógicos da norma jurídica, implicam o elemento *autoridade*. Trata-se evidentemente de uma implicação lógica das propriedades semânticas do direito, que levam a que os enunciados normativos correspondam a um significado de validade ou invalidade, correspondendo ao ‘verdadeiro ou falso’ da lógica proposicional. Assim, o enunciado *dever-ser* é considerado válido na medida em que, ao nível da semântica, aponte à efetiva existência de uma norma, constituindo o critério da existência, tanto o formalismo da produção normativa quanto à possibilidade de coerção. Ambos os critérios convergem logicamente para a noção de autoridade, implícita tanto em Kelsen quanto em Cossio” (COELHO, 2003, p.p.411-412)

Outro elemento a ser considerado é que a história do Direito moderno inclui a história do Estado de Direito, do Estado constitucional e da democracia representativa, que assumiu as feições liberal, social e reguladora.

Foi por esta razão que Tercio Sampaio Ferraz Junior (2013, p.94) relacionou a presença e importância da sanção como algo típico das concepções acerca do Direito do século XIX, de fundo liberal, sendo este compreendido como um conjunto de regras limitadoras da conduta humana, capazes de regular as liberdades individuais, impedindo a invasão da esfera de liberdade, criada pelo ordenamento jurídico, de um sujeito sobre o outro; e esta preocupação não deixava de ser um reflexo do Estado liberal, o qual deveria intervir minimamente na esfera privada e na condução da atividade econômica.

Diante da crise do liberalismo político e econômico, o Estado na contemporaneidade passou gradativamente a intervir no domínio econômico, especialmente ao positivizar direitos sociais e, *a posteriori*, regulou espaços da atividade econômica capitalista. A igualdade formal cedeu espaço à necessidade de sua realização material, efetiva, tendo o Estado adjudicado o dever de minimizar juridicamente as desigualdades sociais e tentar manter um equilíbrio ante as naturais oscilações do capitalismo, caracterizando, com isso, o Estado de Direito em Estado de bem-estar social (*Welfare State*). Geisa de Assis Rodrigues (2006, p. 14) salienta que o Estado Social de Direito se depara com o desafio de harmonizar o bem-estar geral e as demandas de neocapitalismo.

Somado ao desafio de prover aos cidadãos o suprimento mínimo de suas necessidades básicas, a lista de demandas relegadas ao Estado assumiu proporções elevadas, mormente no contexto da globalização, a partir do qual emergiram necessidades e problemas que fogem ao controle individualizado da norma, como a revisão do conceito de soberania nos Estados, o advento das sociedades de consumo e de risco, estando o Direito marcado por intenso pluralismo, tornando-se, por vezes, inócua a presença do aparato coativo da sanção, traçada pelos moldes positivistas dos séculos XVII a XIX, em que seus dogmas já se consideram ultrapassados.

A noção autoritativa da norma jurídica, em algumas circunstâncias, cede lugar à busca por **resultados**. Efetivá-las pacificamente torna-se menos onerosa que exigir seu cumprimento. Há um reclamo de educar, incentivar o cidadão a torna-lo mais participativo perante o sistema jurídico.

A aproximação entre Direito e Moral está cada vez mais acentuada, seja na constante afirmação do princípio democrático e do valor supremo da Constituição, seja na concepção do fenômeno jurídico a partir de critérios valorativos, referenciado por princípios, seja no próprio *locus* da intitulada ciência jurídica, cujos conceitos estão sendo repensados, visto que a compreensão do Direito exige uma metodologia e discussão interdisciplinar. No caso do estudo da sanção premial, verifica-se a íntima relação entre a teoria geral do direito e a sociologia, ética e filosofia política.

Sob a perspectiva sociológica, Bobbio constata a presença das sanções positivas como uma nova modalidade de exercício de controle social, por parte do direito, na sociedade contemporânea, o qual sai do aparato coativo para o condicionamento psicológico (função educativa), que se atingir um nível satisfatório de eficácia conduzirá à consideração da sanção negativa como algo supérfluo.

Além disso, considera o anseio social de reduzir o controle jurídico, nos moldes que foram exercitados pela tradição cientificista, a partir da necessidade de promover a prevenção, o impedimento das reparações dos danos causados pela infração das normas, em lugar de sanar tais vícios. Ao analisar os móveis da conduta, sendo a considerada desviante uma patologia social a ser tratada, é economicamente mais vantajoso ao direito modificar certas condições sociais para viabilizar a satisfação dos seus objetivos do que permitir a instalação de conflitos causados pelo desvio. (2007, p.p.35-36)

De fato, o caráter punitivo da sanção, diante da atual realidade política e jurídica, passa muitas vezes a ser considerada um mal (FERRAZ JUNIOR, p. 94), visto que o dispêndio de energia a aplicá-la traz um custo maior que os benefícios alcançados, sendo menos dispendioso ao Estado investir nas técnicas de encorajamento que de repressão.

Exemplos extraídos da realidade brasileira podem ser citados: as questões sociais ligadas à tutela do meio ambiente, à intervenção no domínio econômico, na tributação; ora, não raro o pagamento de uma multa ou a imposição de uma restrição administrativa revela-se insuficiente para minimizar futuros danos, pois tal proteção jurídica guarda, simultaneamente, a tarefa de cuidar deste bem essencial no presente e para o futuro. Não basta reprimir o destinatário da norma; estimulando-a a obedecê-la, ocorrerá, de fato, a tutela do bem jurídico que se almeja.

Neste sentido é que o direito ambiental consagrou, dentre outros, o princípio do protetor-recebedor, consagrado na lei 12.727/2012, a qual contempla benefícios a todos aqueles que fomentam a preservação e a recuperação da vegetação nativa.

No direito econômico e na tributação, encontram-se os incentivos fiscais, as isenções tributárias, e certos estímulos em que o contribuinte cumpre uma determinada obrigação e o Estado, por sua vez, reduz o *quantum* a ser pago ao efetuar o lançamento de tributos, como é o caso do recadastramento imobiliário nos Municípios e os programas de encorajamento à regularidade na emissão de notas fiscais.

Diante da realidade com a qual se depara o homem do fim do século XX e início do XXI, a relação de autoridade travada pelo Estado está sendo movida, pelas circunstâncias, a modular o aspecto coativo, com a criação maior e diversificada de sanções premiais. Em lugar do súdito, o partícipe no processo de efetivação das normas do sistema.

4. A eticidade das sanções premiais

O valor moral que reveste a sanção premial está ligado à revisão do conceito de autoridade no universo político-jurídico, bem como o fortalecimento da cidadania, assim entendida no sentido da valorização do cidadão enquanto partícipe com o Estado em uma relação de cooperação na tutela dos bens jurídicos, capaz de gerar uma atuação cada vez mais consciente ao cumprir as normas jurídicas, quando a norma, ao estatuir um prêmio ou recompensa, condiciona psicologicamente o seu destinatário, de modo não contencioso, a direcionar a conduta rumo ao seu objetivo, caracterizando o que a teoria funcionalista do Direito designa como função promocional do Direito.

Na sanção premial, o direito de fazer valer a ameaça da coação, por parte do titular do direito, converte-se em promessa ao titular da obrigação, ocorrendo, com isso, um deslocamento do vetor da força para o portador do dever, pois, ao cumprir sua parte realizando o preceito, passa este a ter o direito de exigir, desta vez, a entrega da recompensa, porque positivada, normatizada.

“Sanção negativa e sanção positiva dão origem a duas relações distintas, nas quais as figuras do sujeito ativo (o titular do direito) e do sujeito passivo (o titular da obrigação) estão invertidas: no primeiro caso, a relação direito-obrigação parte daquele que sanciona em direção àquele que é sancionado; no segundo caso, a mesma relação desloca-se daquele que é sancionado para aquele que sanciona. Desejando expressar a situação do destinatário em ambos os casos, mediante a

fórmula da norma condicionada (que não deve ser confundida com a norma técnica, a qual veremos adiante), no primeiro caso, a fórmula é: ‘Se fazes A, deves B’, ou seja, tens a obrigação de submeter-se ao mal da pena; no segundo, é: ‘Se fazes A, podes B’, isto é, tens o direito de obter o bem do prêmio” (BOBBIO, 2007, p.19)

Vislumbradas pragmaticamente, as recompensas ou prêmios presentes nas sanções positivas equivalem à retirada ou minimização de um encargo atribuído ao sujeito de um determinado dever jurídico; e, ao cumprir o preceito normativo, sua ação promove maiores benefícios e vantagens ao titular do direito que o próprio prêmio.

Desta forma, ambos os sujeitos de direito apoiam-se mutuamente na consecução do fim visado pela norma, o que claramente explicita o valor ético desta modalidade de sanção, por promover a solidariedade nas relações jurídicas em lugar do litígio, prevalecendo o aspecto finalístico e funcional do Direito, em lugar da imposição de sua força.

Em médio e longo prazo, a sanção premial assume um importante papel de fortalecimento do ideal republicano e democrático, na medida em que contribui, com maior eficácia, economicidade e celeridade, para a consecução dos fins do Estado, que não repousa unicamente na aplicação da pena, como forma de desencorajar a prática do ilícito, e sim na máxima promoção das necessidades coletivas, que abarca o viés da providência.

Por outro lado, a vida política presente na democracia foi cultora da noção de bem comum, encontrada ao longo da filosofia grega, que retrata, a um só tempo, a razão de ser da esfera pública e a realização das pessoas na coletividade.

Assim, com base na essência ética da democracia e do conceito de cidadania, o qual, mesmo no contexto da democracia representativa, envolve a participação ampla do ser também na vivência das normas jurídicas, do seu grau de compromisso em satisfazê-las, e da sua disposição para promover mudanças, quando necessário – traduz o que, na linguagem sociológica, entende-se por condicionamento psicológico.

Nesta acepção, o encorajamento do cidadão ao cumprimento das leis também pode refletir a promoção do bem comum, entendido como cerne da finalidade ética do poder político, e que passa necessariamente pela *paideia* do ator social, ou seja, pelo processo educativo de respeito à coisa pública, de consciência projetada ao bem coletivo a permear o processo eleitoral, e, especialmente, no respeito à convivência sob leis.

Como parte integrante e interessada exsurge o aparato estatal, que diante do contexto ao qual está imerso, qual seja de conferir a máxima efetividade às normas de seu sistema, especialmente da Constituição, direciona tal reclamo a uma ação concreta de busca de resultados mediante cooperação com o cidadão, convencendo-o, por meio da promessa de uma benesse, de que é mais vantajosa a observância de um preceito normativo que a sua violação.

5. Conclusões

O estudo da sanção na teoria geral do direito conduz à reflexão sobre o papel do Estado e o exercício de sua autoridade, a qual pode se valer pelo uso da força, mediante o aparato coativo e coercitivo das sanções negativas, ou, ainda, mediante técnicas de encorajamento por meio da concessão de benefícios àqueles que realizam seus comandos, técnica esta intitulada sanções positivas ou premiaias.

Uma vez que o direito positivo é capaz de modular o uso da força que monopoliza, e com isso obter resultados satisfatórios, tem-se que a sanção negativa, como parte integrante e indissociável da estrutura normativa, assim foi concebida porque satisfazia as necessidades de legitimação do Estado moderno e do direito em sua abordagem técnica e racional, que culminou na doutrina do positivismo jurídico, nas codificações e numa concepção avalorativa do fenômeno jurídico e, conseqüente, das bases do Estado, onde se desconsidera qualquer análise alheia à ciência jurídica.

Com o aprimoramento do Estado de Direito, sobretudo a partir da passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social, e, posteriormente, ao Estado regulador, onde ocorreu maior intervenção no domínio econômico capitalista, passou o Estado não apenas a assumir tarefas voltadas ao suprimento das necessidades humanas de subsistência, em caráter mínimo, como também, diante do seu engrandecimento na vida das pessoas, haja vista que os direitos sociais e a atuação regulatória assumiram dimensão constitucional, o aparato exclusivamente punitivo revelou-se insatisfatório, tendente a comprometer a efetividade das normas jurídicas.

Acrescente-se, ainda, que o avanço social, econômico e tecnológico culminou no traçado do atual perfil de uma sociedade globalizada, marcada por conflitos de massa e desafios que ensejam do Estado de Direito uma atuação preventiva e promocional em lugar de

uma postura inerte, que permite a ocorrência de danos causados pelo descumprimento de suas normas ao invés de impedi-los.

Neste toar, assume a sanção premial um relevante papel de atender mais eficientemente aos desafios das atuais comunidades jurídicas e promover o fortalecimento dos valores democráticos, visto que a técnica de encorajamento ao destinatário da norma amplia as possibilidades de se relacionar com o Estado, capaz de canalizar seu aparato coativo para garantir ao cidadão o recebimento do prêmio ofertado ao invés de puni-lo.

A carga de eticidade que reveste a sanção premial repousa justamente na mudança de paradigma da relação de autoridade entre o Estado e os destinatários de suas normas, visto que, diante da busca de seus resultados, tem-se, a um tempo, a educação do cidadão à observância das leis, bem como a importância de sua cooperação e participação ao alcance do fim precípua do Estado, qual seja o bem comum, o ideal ético presente na esfera pública.

O ato de punir, portanto, passa a ser concebido como uma das possibilidades de atuação normativa, de preferência em caráter subsidiário e/ou seletivo, visto que, diante da série de tarefas às quais o Estado se encarregou de realizar, a prevenção à prática do ilícito prefere à repressão do mesmo.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues.** São Paulo: Ícone, 1995

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

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013

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

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito; tradução de José Lamago.** 6ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2006