

O QUE É SANÇÃO?

Maurício Benevides Filho¹

RESUMO: Sanção jurídica deve ser compreendida modernamente, como uma reação ou retribuição prevista no ordenamento normativo, blindando-se esta contraprestação de uma feição premial (sanção premial), quando o agente adota a conduta aprovada ou esperada, ou um caráter punitivo (sanção negativa), quando o ato praticado é indesejado ou dissonante. Diante dessa nova realidade, da mutabilidade e da abertura das regras jurídicas ao progresso e à mudança social, imperioso, reformular-se o vetusto e arraigado pensamento jurídico, a fim de abrir-se espaço para a existência e aceitação doutrinária da sanção premial.

PALAVRAS-CHAVE: Sanção. Definição. Análise funcional do Direito.

“Seria uma deplorável mutilação apresentar o Direito como implicando exclusivamente o modo de retribuição danosa, a pena. A essência do Direito implica a retribuição, mas esta pode ser não apenas castigo, mas também a recompensa.”²

1 INTRODUÇÃO

O vocábulo sanção provem do latim *santio, sanctionis, de sancire* (estabelecer por lei)³, possuindo o vocábulo, etimologicamente, dois significados distintos.

O primeiro vincula-se ao processo legislativo, sendo ato de competência exclusiva do presidente da república, onde este adere ao projeto de lei votado no Poder Legislativo, aponto sua aprovação e encaminhando-o para promulgação e publicação.⁴

Já na segunda acepção, que será objeto de estudo no presente trabalho, representa consequência positiva ou negativa prevista em lei norma para determinado ato praticado por determinado indivíduo. Realizada certa ação ou omissão prevista na norma jurídica, a retribuição será a aplicação de uma sanção igualmente nela prevista.

¹ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Mestre em Direito Constitucional. Livre-Docente em Direito. Advogado.

² Lambias de Azevedo, Juan. *Eidética y Aporética del Derecho Prolegomenos a la Filosofia del Derecho*, Editorial Galpe, Buenos Aires, 1940, p. 48

³ Silva, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*: Forense, 14. ed., p. 732

⁴ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*: Malheiros, 8. ed., p. 461

2 COAÇÃO E COERÇÃO

Imperioso, neste lance, enfrentar-se algumas questões conceituais e filosóficas. A primeira que se apresenta é sobre a essência do Direito, buscando-se perquirir se a coerção ou a coação integram a natureza do Direito. Caso se constate que o Direito atua baseado unicamente na força, isto implicará na inaceitação e afastamento da hipótese de existência de uma sanção positiva.

Calha à fiveleta, uma vez que se investiga a essência de um ser, memorar a lição lapidar de Spinoza:

Digo que pertence à essência de uma coisa aquilo que, sendo dado, faz necessariamente com que a coisa exista, e que, sendo suprimido, faz necessariamente com que a coisa não exista.⁵

Deste feito, empenha-se agora em descobrir a peculiaridade autônoma, o traço identificador, o que há de indispensável no Direito e o que o distingue de outros conjuntos de normas de conduta.

Conveniente, ao ensejo, esclarecer-se meridianamente a distinção entre os termos coerção e coação, empregados por muitos, equivocadamente, como sinônimos, e indicados, por tantos outros, como característica fundamental do Direito.

Para tanto, trabalha-se, inicialmente, com os conceitos aristotélicos de “potência” e “ato”. Assim, verifica-se que coerção junte-se à possibilidade ou menção ao uso da força caso certa determinação sobeje desatendida. Já a coação corresponde ao ato em si, a concretização da potência, da ameaça, é, pois, o emprego direto da força.

A idéia da coação e/ou coerção como parte indispensável de toda norma, defendida pela chamada corrente coercitiva, é lugar-comum ao longo de toda a história da filosofia jurídica.

Para Jhering, talvez o mais significativo representante dessa corrente, o Direito é uma reunião de regras asseguradoras da vida social, protegidas pelo poder do Estado mediante a coação, logo :

⁵ Spinoza, Baruch. *Ética*, “Os Pensadores”, Vol. XVIII, Ed. Abril Cultural, RJ, 1973, Cap. II, def. 2

A coação exercida pelo Estado constitui o critério absoluto do Direito; uma regra de Direito desprovida de coação jurídica não tem sentido, é fogo que não queima, chama que não ilumina.⁶

Igualmente Kant⁷ coloca a coação na sua definição de Direito ao aduzir que o Direito é a faculdade de coagir, significando, portanto, uma e a mesma coisa.

Kelsen, traçando a distinção entre as diversas ordens sociais normativas, sublinha que o Direito se distingue por atrelar à determinadas condutas indesejadas uma conseqüente aplicação de um ato de coação, de emprego de força. Definindo Direito como uma ordem de coação, Kelsen indica que sua função essencial é a de regulamentar o emprego da força nas relações entre os homens. O Direito aparece, assim, como uma organização da força.

Já os autores notadamente anticoercitivistas defendem a nítida separação entre Direito e coação, vendo nesta apenas uma situação meramente contingencial e não-essencial.

Victor Cathrein tautia que, na definição de Direito, a coação não é um elemento constitutivo, não é algo essencial a ele. No máximo, pode ser entendida como uma propriedade conectada à missão do Direito, sendo inexata a identificação entre norma jurídica e norma coativa. E pontifica:

Assim como é impossível conceber a coação como elemento essencial da lei jurídica, depreende-se que mesmo a coação há de ser regulada pela lei. A coação acompanhada da lei não pode converter-se em uma arbitrariedade e em violência. Só pode permitir-se e suportar-se a coação numa sociedade ordenada, quando vá dirigida pela lei. Agora repare, estas lei que têm por objeto a coação e a regulam, compreendem também a coação como elemento essencial ? E indaga-se: que lei regula a coação ? E assim, ou se fica adstrito a um círculo, ou há de se chegar a conclusão de que uma lei jurídica não encerra a coação como elemento essencial, apenas a autoriza e condiciona.⁸

⁶ Jhering, Rudolf von.: *Der Zureck in Rechet* (L'evolution du Droit), trad. De Meulerrasse, Paris, 1901, p. 216

⁷ Kant, Immanuel. *Indroducion a la Teoria del Derecho*, Ed. Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1954, p. 85

⁸ Cathrein, Victor: *Filosofia del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, p. 86

Não se pode deixar de trasladar algumas das críticas feitas por Hart⁹ às doutrinas coercitivas. Segundo ele, em qualquer sociedade regida por normas, existem aqueles que voluntariamente cooperam para a manutenção destas e há aqueles que a rejeitam. Levando-se em conta essa diversidade de comportamento, pergunta como se poderá definir o Direito verificando-se apenas um desses aspectos ?

Miguel Reale vai mais além memorando que o grande mérito de Thomasius foi justamente ter reconhecido que o Direito pode eventualmente estar unido à coação embora dela independa. A coação somente sobrevêm quando falha o cumprimento espontâneo. Destarte, o uso da força é uma segunda instância, um elemento virtual, podendo existir ou não: o Direito é de tal natureza que, quando se realiza a interferência da força, esta não afeta a sua essência. Também se acresça o fato de que nada muda no Direito mesmo que infringido ou não-observado.¹⁰

Muitos outros argumentos anti-coercitivistas poderiam restar aqui elencados, todavia, oportuno repisar os ensinamentos do professor Álvaro Melo Filho, suficientes para defenestrar dúvidas que por ventura ainda remanesçam:

Os que asseveram que a coerção é da essência do conceito de Direito comentem primário e grosseiro erro de natureza filosófica, pois a coerção é potência, é a possibilidade jurídica da coação, configurando-se assim como coação virtual ou latente. E, se a coerção no mundo jurídico é potencialidade, ou seja, se ela pode aparecer ou deixar de aparecer, o que é possibilidade jamais poderá ser, filosoficamente considerada como parte essencial do Direito. Assim, facilmente compreende-se que a coerção é um elemento accidental e contingente do Direito, pondo-se por terra opiniões e argumentos expostos por muitos juristas.

Para eliminar a validade das teses coativistas e demonstrar que a coação é um elemento eventual do Direito, basta apontar-se o seguinte silogismo:

A coação só ocorre quando a norma jurídica é desatendida;

Ora, o desatendimento ao preceito normativo pressupõe sua existência;

⁹ Hart, H. L. A.: *Law, Libert and Morality*, Oxford University Press, 1968

¹⁰ Reale, Miguel: *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 2º Vol., p. 575

Logo, a norma jurídica existe anterior e independentemente à coação, que, como tal, não lhe é essencial.¹¹

Donde dessume-se que Direito não é tão-somente uma ordem coativa restrita a imposição de um ato de força contra as situações sociais consideradas indesejáveis. Esta é apenas a perspectiva mais alardeada e estudada. Cumpre, agora, avançar-se sobre a teoria da sanção.

3 O CONCEITO DE DIREITO E SANÇÃO EM KELSEN

“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 conseqüências. 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 conseqüência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.”¹²

Para Kelsen o Direito representa uma ordem à conduta humana. O Direito vale-se de um ato coativo para punir um delito com uma pena. Por coação entende-se a reação Estatal às condutas consideradas indesejáveis, reação esta externada através da inflicção de uma sanção – sempre acompanhada de um ato impositivo ou de força – nota que distinguiria o Direito dos outros sistemas de controle social.

¹¹ Melo Filho, Álvaro: *Teoria e Prática dos Incentivos Fiscais*, Ed. Eldorado, Rio de Janeiro, 1976, p. 108-109.

¹² Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 26

Observando-se que o indivíduo adota um comportamento valorado como antijurídico, este conforma o pressuposto legal cuja conseqüência é a sanção. Noutras palavras, esta ação é a contrária à conduta prescrita pelo Direito, que afastaria a aplicação da sanção.

É o próprio consórcio humano que autoriza o emprego da força ou da coação em face de uma conduta socialmente indesejada, estipulando seus termos e condições. Com efeito, confia-se o monopólio da coação ao Judiciário. A sensação de segurança jurídica e paz social exsurge quando o monopólio da coação assegura proteção dos homens contra o atos ilegais ou de violência de seus concidadãos, excluía a necessidade de autodefesa.

Todavia, a plenitude dessa paz não é de todo alcançável. Tal reconhecimento, inclusive, encontra-se plasmado nos ordenamentos jurídicos dos Estados modernos através da permissão expressa do emprego da força por particulares (autotutela) – em casos extremos e excepcionais – a fim de defender bens maiores, como, *verbi gratia*, sua vida (legítima defesa) ou sua propriedade (desforço possessório).

Não sendo uma conduta juridicamente proibida lícito concluir-se ser juridicamente permitida, gerando ao indivíduo uma liberdade de ação assegurada pela ordenamento, uma vez que impõe aos demais, por via oblíqua, o dever de respeito e de não ingerência. Por mais amplas sejam as leis, resta sempre um mínimo de liberdade individual pela impossibilidade material de se disciplinar todos os aspectos da vida humana.

O sentido subjetivo e objetivo de um ato volitivo subentende a existência de um dever-ser onde se prescreve a sanção como retribuição negativa ao ato delituoso. Este é o sentido normativo dos atos coativos estatuídos pela ordem jurídica. Tomando um caso clássico, qual a distinção entre a ordem de um ladrão (sentido subjetivo) e o comando de um órgão jurisdicional (sentido objetivo) ela estará na interpretação do último como uma norma objetivamente válida. Isto é, a imputação da pena como dever-ser, o ato coativo como resultado de um delito. Contudo, “qual o fundamento de validade da norma que nós consideramos o sentido objetivo do ato”?

O fundamento de validade desta norma estaria lastrado na Constituição, que por sua vez busca sua razão justificativa na Norma Fundamental - o fundamento último de validade da ordem jurídica.

Deste modo, quando um sistema coercitivo torna-se duradouramente eficaz, instaura-se uma ordem jurídica válida, independentemente de considerações derredor de seu conteúdo justo ou injusto.

Ademais, pode-se questionar a definição de Direito como ordem coercitiva tomando em consideração a existência de normas que não trazem em si sanções, como por exemplo, as normas autorizativas. No caso em tela, esclarece Kelsen, estamos diante de normas não autônomas, "...que apenas têm validade em ligação uma norma estatuidoras de um ato de coerção".¹³

Donde se deduz que seria inimaginável uma definição de Direito em Kelsen sem remissão a uma ordem coativa, dês que é por intermédio da coação que o Direito se distinguiria dos outros sistemas de controle social, mesmo contendo uma grande porção de normas autônomas.

Demais disso, Kelsen separa o ato sancionador da coação pura e simples. A coação pode acompanhar a sanção, deixando patente a sua possibilidade (coercibilidade). Em segundo lugar, a sanção é sempre a consequência preestabelecida para determinado comportamento, podendo significar, também, a privação compulsória de determinado bem. Kelsen distingue, outrossim, a sanção penal da sanção civil, citando, como exemplo, a pena para a primeira hipótese e a execução forçada para a segunda. Por último, assevera que ela será sempre imposta por autoridade competente, o que permitirá caracterizar determinado ato de coação como sanção e não como coerção indevida, sendo a autoridade competente determinada por norma superior.

Com este arcabouço teórico torna-se possível analisar-se, agora, as imbricações existentes entre os demais conceitos contidos na Teoria Pura e a sanção.

Primeiramente, vem a talho dar relevo a inversão do conceito de ato ilícito operada por Kelsen. Para ele não existe o mal em si, mas tão-somente o mal proibido. Em outras palavras, não é por determinada atitude ser con-

¹³ Ob. cit., p. 64

siderada ruim ou maléfica (qualidade imanente) que se lhe atribue uma sanção. Ao revés, uma ação ou omissão é considerada antijurídica somente por ter-lhe vinculada uma sanção como resultado. A valoração social de uma conduta é irrelevante para o conceito kelseniano de ilícito. Unicamente as concepções baseadas no Direito Natural pressupõe valor negativo imanente a uma conduta, atrelando a esta, então, uma sanção no Direito Positivo. A Teoria Pura pondera exatamente o contrário. Uma conduta é classificada de ilícita apenas e tão-somente quando constitui pressuposto para aplicação de uma sanção.

Ligado ao conceito de ato ilícito vem o de dever jurídico. Kelsen considera dever jurídico a “conduta oposta ao ato antijurídico”. O cidadão que comete o ilícito, viola o dever jurídico e gera a incidência negativa da norma. O homem que não pratica ato ilícito, cumpre o dever e observa a norma. Por conseguinte, o dever jurídico é a obrigação de conduzir-se de maneira contrária à norma que prevê a sanção, evitando sua aplicação.

Doutro ângulo, Kelsen conceitua a responsabilidade como a possibilidade de um indivíduo ser sancionado. Este conceito encontra-se intimamente ligado ao de dever jurídico, sendo, todavia, distinto. A sanção, como resultado do ilícito, pode ser imputada à pessoa responsável pelo ilícito, isto é, contra a pessoa cuja ação é pressuposto da sanção. Aqui o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são a mesma pessoa. Responde pelo ato aquele que pode provocar ou evitar a sanção. Hipótese diferente, todavia, é aquela em que o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável não são a mesma pessoa. O indivíduo responsável neste caso não pode através de sua conduta provocar ou evitar a sanção. O indivíduo que motivou a sanção é diverso do indivíduo responsável. O primeiro é sujeito da conduta delituosa (do dever jurídico), enquanto o segundo é objeto do ato de coerção (responsabilidade).

Adiante os direitos subjetivos são definidos por Kelsen como a proteção jurídica de um interesse, existindo unicamente na medida em que a ordem jurídica os considera e protege. Outrossim, a pessoa física ou jurídica é concebida como um conjunto de normas, de direitos e deveres, individuais ou coletivos.

As idéias de Kelsen e seu sistema jurídico têm sido objeto de muitas críticas, inclusive por autores que tiveram uma clara inspiração kelseniana - como é o caso de Bobbio - ou por autores influenciados pelo normativismo jurídico de Austin - como Hart - onde se percebe que muitas das objeções de Hart a Austin aplicam-se igualmente a Kelsen. Procurar-se-á adiante, partindo dos argumentos expendidos por estes dois autores, formular algumas críticas às insuficiências do conceito de sanção em Kelsen.

4 A SANÇÃO EM BOBBIO: UMA NOVA FUNÇÃO PARA O DIREITO

“Uma sanção tanto pode ser positiva como negativa; pode ser a recompensa ou a pena, a aprovação ou desaprovação que acarreta determinado ato para a pessoa que o realiza. Em toda a coletividade, a conformidade aos modelos pode merecer diversas recompensas e a não-submissão provocar a imposição de certas penas.”¹⁴

Bobbio desenvolve seu conceito de sanção a partir da observação de sua função nas sociedades modernas. Deste feito, Bobbio associa e inter-relaciona em sua análise os conceitos sociedade, Direito e jurista.

Na primeira hipótese encontrada por Bobbio, a sociedade é estável, atuando o Direito como elemento de controle social, regulando as relações privadas. Nestas sociedades, o operador do Direito cinge-se a interpretar e aplicar as normas. A segunda realidade social com a qual Bobbio se depara é a das sociedades em transformação, onde o Direito tem sua função represora mitigada em face ao aparecimento de novas formas de controle social, notadamente o controle antecipado, que incorpora várias técnicas das ciências sociais e da comunicação de massa para conter, preventivamente, o ato antijurídico. Neste caso o Direito encontra-se também em mutação, incumbindo ao jurista contribuir para a elaboração de uma nova realidade jurídica.

Diante da dualidade social encontrada em seu estudo, Bobbio transpõe o exame estrutural do Direito, típica de Kelsen, voltando-se para a análise da função do Direito nas sociedades atuais, escolhendo como pressuposto

¹⁴ Rocher, Guy. *Sociologia Geral*, Editorial Presença, 3. ed. Lisboa, 1977, p. 94

histórico-teórico a transmutação do Estado liberal em um Estado Promocional.

O Estado Liberal, essencialmente voltado para a segurança individual de seus co-partícipes e de suas relações negociais, não se preocupa em influir no processo de desenvolvimento econômico e social, figurando o Direito como mero garantidor da eficácia das leis por intermédio de seu aparato coativo. Já o Estado Social volta suas atenções para o desenvolvimento industrial, através da produção de bens e controle do processo econômico. Para atingir tal objetivo, amplia-se consideravelmente sua estrutura burocrática, buscando não mais apenas castigar, mas também incentivar as condutas entendidas como socialmente úteis. Neste diapasão, Bobbio destaca a importância da função promocional do Direito, exercida através da criação de uma teia de incentivos, subsídios e prêmios. Esta nova função do Direito reduz a importância da imputação como elemento toque entre o pressuposto delituoso e a sanção fulcrada unicamente nos Direitos penal e civil. Assim, o Direito perde seu caráter essencialmente coativo, deixando a sanção negativa de ser elemento central do sistema jurídico.

Considerando a significativa transformação sofrida pela sociedade, Bobbio desenvolve uma nova teoria das sanções, mais adequada à função promocional do Direito: a teoria das sanções positivas.

Na sua opinião um dos problemas da teoria kelseniana reside na sua concepção de sanção como emprego da força física organizada. Bobbio modifica os termos e assevera que “... *a diferencia de las sanciones sociales, en el uso de la fuerza, [...], sino en una reacción a la violación, cualquiera que sea, incluso económica, social e moral, que viene garantizada en última instancia por el uso de la fuerza*”.¹⁵

A nova relação entre a sanção e a coação operada por Bobbio dá a liberdade de compreender como jurídicas algumas sanções positivas, aquelas “... *que crean en el destinatario del premio una pretensión al cumplimiento,*

¹⁵ Bobbio, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Editor, Valência, 1980, p. 387

protegida incluso mediante el recurso a la fuerza organizada de los poderes publicos”.¹⁶

Ao lado das sanções negativas, Bobbio destaca também a existência de várias sanções positivas. Diferencia, ainda, as sanções positivas retributivas das indenizações. As primeiras constituem um prêmio para quem pautou seu comportamento em consonância com o desejado socialmente. As segundas são compensações percebidas por quem despendeu esforços a fim de praticar atos visando a consecução de uma vantagem para a comunidade. Outra comparação é feita entre as sanções positivas preventivas e as sucessivas. As preventivas são anteriores à ação e procuram incentivá-las, como, v.g., as isenções fiscais. As sucessivas são posteriores ao ato, sendo recompensas devidas e aguardadas em razão da prática de ações meritórias.

A teoria das sanções positivas de Bobbio acarreta uma mudança na tradicional interpretação estrutural do Direito, necessária para uma interpretação funcional do fenômeno normativo. Com efeito, se a teoria tradicional observa o Direito sob o prisma da integração e sistematização das normas, a teoria funcional procura estudar o Direito a partir de sua inserção nas sociedades em transformação. Isto é, as sanções positivas correspondem a um novo tipo de controle social presente no estado promocional. Neste lanço, válido memorar as ponderações de Ferraz Júnior. Em sua opinião, as sanções positivas ao regularem comportamentos permitidos e augurados, propiciam o surgimento de formas novas e amplas de atuação do poder Estatal.

5 SANÇÃO POSITIVA E SANÇÃO NEGATIVA

*“A sanção não é sempre e necessariamente um castigo. É mera consequência jurídica que se desencadeia (incide) no caso de ser desobedecido o mandamento principal da norma. É um preconceito que precisa ser dissipado - por flagrantemente anti-científico - a afirmação vulgar infelizmente repetida por alguns juristas, no sentido de que a sanção é castigo. Pode ser, algumas vezes. Não o é muitas vezes.”*¹⁷

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Ataliba, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, p. 38

O conceito de sanção, *latu sensu*, faz menção às medidas que um ordenamento normativo dispõe com o escopo de reforçar o respeito às suas leis e, em alguns casos, remediar os efeitos de uma possível inobservância. Infere-se, desta forma, que, em primeiro lugar, todo sistema normativo pode ter suas regras violadas e que, em maior ou menor medida, uma considerável quantidade de normas integrantes dos referidos sistemas restam escoriadas.

Assim, todo ordenamento jurídico que assume a pretensão de ser efetivo, isto é, de não desaparecer em conseqüência de uma generalizada falta de atenção às normas que o compõem, estatui medidas que podem ser classificadas em função do momento da violação.

Quando esta surge como mera possibilidade ou ameaça, os expedientes adotados são de natureza preventiva. Segundo Bobbio, nestes tipos de medidas podem-se distinguir àquelas que se valem de meios materiais (vigilância, controle, etc.), daquelas que se utilizam unicamente de medidas psicológicas de desencorajamento de condutas (intimidação, dissuasão, etc.). Doutro ângulo, quando a infração à norma materializa-se, as sanções, que Bobbio denomina de sucessivas, aparecem como reações estatais desfavoráveis ao comportamento indesejado, podendo assumir um caráter reparador do dano produzido e/ou punitivo em relação ao agente.

Completando este panorama tipológico, Bobbio destaca a existência das chamadas sanções positivas (prêmios, incentivos ou recompensas), que são medidas de reforçamento ou encorajamento à adoção de condutas entendidas como favoráveis pela sociedade.

Se, geralmente, entende-se por “sancionar” tão-somente a infligção de um mal a quem desatende às normas, deve-se compreender as sanções positivas como aquelas conseqüências agradáveis ou aquele bem que o Direito promete a quem se acomoda a certos esquemas de comportamento.

Enquanto o Estado hodierno vem adotando de maneira cada vez mais freqüente técnicas promocionais e provocado, de certa maneira, um distanciamento da concepção tradicional do Direito como uma ordem de caráter protetor-repressivo, domina, ainda, nos meios científicos, a idéia de que o

Direito é um ordenamento coativo, cuja união com a força é necessária e indissolúvel.

Isto talvez se deva, conforme sinalado por Santo Agostinho, ao fato de historicamente a administração da justiça sempre ter-se preocupado prioritariamente com a manutenção da ordem coexistencial, renegando a indução a comportamentos positivos a um segundo plano.

Este vetusto conceito de sanção, tal como é empregado largamente na linguagem jurídica atual, é herança da tradicional corrente positivista inaugurada por John Austin, que impinge ao Direito, a partir de uma perspectiva funcional, a tarefa de assegurar determinados interesses através da proteção de condutas adotadas em conformidade com as normas marchetadas e com a repressão dos comportamentos desviantes, considerando exclusivamente à dimensão negativa da norma.

Kelsen, depois de admitir a possibilidade da existência de regras cuja consequência normativa fosse um prêmio e não um castigo, atribui-lhes uma importância secundária no contexto dos ordenamentos jurídicos que se afiguram, rigorosa e aprioristicamente, como ajuntamento de normas coercitivas.

Como nota Bobbio, a noção de sanção positiva contrapõe-se e complementa a idéia de sanção negativa. Isto dá azo a uma elaboração conceitual onde ambas encontram-se dispostas de forma simétrica, conforme pensado pelas escolas penalistas do século XVIII.

E termina afirmando :

“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 devolver mal por mal; no segundo, bem por bem.”¹⁸

Vem a talho repetir a conceituação elaborada pelo Professor Álvaro Melo Filho, para quem o gênero Sanção Jurídica subdivide-se na espécie Sanção Negativa ou Preventiva e espécie Sanção Positiva ou Premial.

Continua Melo Filho revelando existir entre as sanções negativas penas de caráter econômico, social e jurídica *stricto sensu*. Análoga classifica-

¹⁸ Bobbio, Norberto. *Las sanciones positivas*, in “Contribución a la teoría del Derecho”, A. Ruiz Miguel Ed., F. Torres, Valência, 1980, p. 384

ção também é aplicável às sanções premiais, que podem ser de natureza econômica (recompensa em dinheiro), social (condecorações) e jurídica *stricto sensu* (incentivos).

Giacomo Gavazzi espousa esta diferenciação, esclarecendo que a sanção pressupõe sempre uma norma ou genericamente um modelo de comportamento que o grupo social considera desejável, definindo-a como àquela que consiste em um mal que advém ou deve vir imposto a quem haja violado a norma (sanção negativa), ou um bem que é ou deve ser atribuído a quem observou a norma (sanção positiva).¹⁹

Desenvolvendo o assunto, assinala o doutrinador que a sanção negativa é um mal, uma pena, uma privação, uma desvantagem; a sanção positiva é um bem, um prazer, uma vantagem; a primeira chama-se genericamente pena, e a segunda prêmio.

É claro que a sanção negativa decorre da violação de uma norma, ao passo que a sanção positiva é concedida ou prometida em razão da observância desta. A sanção negativa pretende desencorajar as condutas dissonantes, preservando os preceitos insculpidos no ordenamento normativo ou, em caso de violação, providenciar sua restauração na medida do possível, tendo, por conseguinte, uma função reparadora. Já a sanção positiva objetiva incentivar os comportamentos conformes, compensando o esforço e o sacrifício particular requisitado ao cidadão.

Gavazzi insurge-se contra a visão exclusivamente negativa da sanção jurídica divulgada por diversos doutrinadores, condenando efusivamente este reducionismo, observando, adiante, que tal consideração representa uma verdadeira insensatez no plano fático, consistindo em uma clara deturpação proveniente da parcialidade ideológica de alguns.

Demonstra, ademais, que o Direito não prevê somente pena, ressarcimento de dano, decadência, mas, além disso, prêmios, incentivos, isenções, honorificações. Assim, incluir-se no gênero sanção jurídica a espécie sanção positiva significa conceber o Direito não somente como simples custodiador e garantidor do equilíbrio estático, mas também como promotor de um

¹⁹ Gavazzi, Giacomo. *Elementi di teoria del diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1970, p. 64

equilíbrio dinâmico no qual, ao lado de um conjunto de atos conformes, dá-se relevo especial à avaliação de comportamentos “superconformes”. Anota, ainda, que numa concepção rigidamente repressiva do Direito não existe a categoria dos comportamentos superconformes, ou mais exatamente, estes integram a classe de comportamentos indiferentes.

Deste feito, arremata asseverando que a sanção negativa equívale à função repressiva do Direito, enquanto a sanção positiva corresponde à sua face promocional.

Em breves linhas, pode-se definir a sanção jurídica como sendo uma reação ou retribuição prevista no ordenamento normativo, externando esta uma feição premial (sanção premial), quando o agente adota a conduta aprovada ou esperada, ou um caráter punitivo (sanção negativa), quando o ato praticado é indesejado ou dissonante.

6 CONCLUSÕES E PROVOCAÇÕES

“Uma sanção tanto pode ser positiva como negativa; pode ser a recompensa ou a pena, a aprovação ou desaprovação que acarreta determinado ato para a pessoa que o realiza. Em toda a coletividade, a conformidade aos modelos pode merecer diversas recompensas e a não-submissão provocar a imposição de certas penas.”²⁰

Cediço que a idéia de recompensar o ato benéfico e castigar o malfeitor é tão antiga quanto o próprio homem, sendo esta inerente ou decorrente de seu sentimento de justiça. Já nos filósofos gregos encontramos diversas exortações à premiação dos bravos e à punição dos destituídos de mérito, como dá mostra a seguinte passagem da obra aristotélica, *verbis* :

Disto são válido testemunhos, já os indivíduos em particular, já os próprios legisladores, os quais castigam e punem aqueles que cometem ações perversas, quando as não tenham feito à força ou por ignorância, de que sejam eles as causas: e honram, ao contrário, quem executa os belos empreendimentos como para incitar a estes e refrear aqueles.²¹

²⁰ Rocher, Guy. *Sociologia Geral*, Editorial Presença, 3. ed. Lisboa, 1977, p. 94

²¹ Aristóteles. *A Ética de Nicômano*, Athens Editora, S. Paulo, p. 71

Todavia, somente no século XV inaugura-se um movimento voltado à melhor utilizar e institucionalizar o uso político-normativo dos prêmios e das penas. Conforme destacado por Michel Foucault em seu opúsculo “A Vontade de Saber”, somente a partir da época iluminista é que as sociedades ocidentais viram desenvolver-se, no seu seio, novos instrumentos de poder - disciplinas dos corpos e controles reguladores das populações - que abrem a era do “bio-poder.”²² A um tipo de poder durante muito tempo caracterizado pelo “*direito de fazer morrer e de deixar viver*”, exercido sob a forma negativa da captura, da reclusão, da subtração ou da repressão que culmina na morte, sucedeu “*um poder destinado a produzir forças, fazê-las crescer e a ordená-las*”, um “*poder que se exerce positivamente sobre a vida, que se encarrega de a gerir, de a valorizar, de a multiplicar, de sobre ela exercer controles precisos e regulações de conjunto.*” E Foucault, após ter notado que esta transformação nos mecanismos de poder significa “*nada menos que a entrada da vida na história*”, conclui a passagem pontificando que: “*outra consequência deste desenvolvimento do bio-poder é a importância que toma o jogo da norma em detrimento do sistema jurídico da lei.*”²³

Com isto Foucault não prediz que o desenvolvimento do bio-poder acarretará um processo de declínio do direito tradicional. Ao revés, aquele ensejará um profundo movimento de renovação da “sociedade normatizada”, com a superação do conceito de poder estatal vinculado à soberania e de direito atrelado à força. Inscreve a norma entre as “artes de julgar”, salientando que esta tem relação ocasional com o poder, caracterizando-se não pelo emprego da força, de uma violência suplementar, de uma coerção reforçada, de uma intensidade acrescida, mas de uma lógica, uma economia, uma maneira de o poder refletir as suas estratégias e definir os seus objetivos. Numa palavra, aquilo que lhe dá a forma de uma “bio-política”.

As modificações sociais e a pressão dos interesses coletivos forçaram, então, a alteração na atuação Estatal. Derruiu-se definitivamente a concepção não-intervencionista, onde o papel do Direito restringia-se unicamente à preservação e proteção das situações constituídas através do uso da força e

²² Foucault, Michel. *La Volonté de Savoir*, Paris, 1976, p. 177 e segs.

²³ Idem, p. 189

castigos, exurgindo, em seu lugar, um Estado promocional, voltado para as transformações socioeconômica e para o bem estar de toda a coletividade.

Destarte, a ação promocional do Estado se traduz através da implementação de medidas jurídicas adequadas visando acompanhar e incentivar as modificações socioeconômicas desejadas. A sanção penal, como técnica de controle social, embora permaneça importante como meio de obtenção da conduta augurada, tornou-se inadequada para o enfrentamento de diversos problemas da sociedade capitalista hodierna. Por isso, em paralelo com a pena, advoga-se a utilização da sanção premial, por configurar-se como mecanismo mais aplicável à equação dos entraves oriundos e próprios da necessidade de desenvolvimento econômico.

Assim, diante da função mobilizadora das normas de encorajamento no Estado atual, tendo em vista que não se tratam de normas que tão-somente outorgam direitos e deveres, mas que, favorecem, estimulam e motivam positivamente determinados atos, dada sua especificidade e caracteres, afigura-se obrigatória a ampliação da forma estrutural da norma jurídica, considerando-se, acima de tudo, a prática social, pois, conforme ensina Pasini :

[...] pode observar-se como a transformação estrutural e a mutação radical da realidade social implica incessantemente em novos problemas, e estes exigem novos instrumentos e novos procedimentos, nova estrutura lógico-conceitual.²⁴

Urge, portanto, a elaboração de uma nova dogmática jurídica que reco-lha e sistematize os novos métodos jurídicos postos em prática pelo Estado contemporâneo.

Deste feito, não se pode mais restringir o conceito de sanção a uma “resposta à violação” ou “*como meio pelo qual, em um sistema normativo, trata-se de salvaguardar as leis, das condutas que lhe são contrárias*”²⁵,

²⁴ Pasini, Dino, “Norma giuridica e realtà sociale”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, ano XXXVII, Série III, Casa Ed. Dott. Antonino Giuffrè, Milano, 1960, p. 222

²⁵ Pacheco, Angela Maria da Motta, *Sanções Tributárias e Sanções Penais Tributária*, Editora Max Limonad, S. Paulo, p. 60

definições estas repetidas acriticamente desde a publicação das idéias kelsenianas.

Sanção jurídica deve ser compreendida modernamente, como uma reação ou retribuição prevista no ordenamento normativo, blindando-se esta contraprestação de uma feição premial (sanção premial), quando o agente adota a conduta aprovada ou esperada, ou um caráter punitivo (sanção negativa), quando o ato praticado é indesejado ou dissonante.

Diante dessa nova realidade, da mutabilidade e da abertura das regras jurídicas ao progresso e à mudança social, imperioso, reformular-se o vetusto e arraigado pensamento jurídico, a fim de abrir-se espaço para a existência e aceitação doutrinária da sanção premial.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Ética de Nicômano*, Athens Editora, S. Paulo

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973

AZEVEDO, Juan Lambias de. *Eidética y Aporética del Derecho Prolegomenos a la Filosofía del Derecho*, Editorial Galpe, Buenos Aires

BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Editor, Valência, 1980

BOBBIO, Norberto. *Las sanciones positivas*, in “Contribución a la teoría del Derecho”, A. Ruiz Miguel Ed., F. Torres, Valência, 1980

CATHREIN, Victor: *Filosofía del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945

FOUCAULT, Michel. *La Volonté de Savoir*, Paris, 1976

GAVAZZI, Giacomo. *Elementi di teoria del diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1970

HART, H. L. A.: *Law, Libert and Morality*, Oxford University Press, 1968

JHERING, Rudolf von.: *Der Zureck in Rechet (L'evolution du Droit)*, trad. De Meulerrasse, Paris, 1901

KANT, Immanuel. *Indroducion a la Teoria del Derecho*, Ed. Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1954

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1996

MELO FILHO, Álvaro: *Teoria e Prática dos Incentivos Fiscais*, Ed. Eldorado, Rio de Janeiro, 1976

PASINI, Dino, “Norma giuridica e realtà sociale”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, ano XXXVII, Série III, Casa Ed. Dott. Antonino Giuffrè, Milano, 1960

PACHECO, Angela Maria da Motta, *Sanções Tributárias e Sanções Penais Tributária*, Editora Max Limonad, S. Paulo.

REALE, Miguel: *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 2º Vol.

ROCHER, Guy. *Sociologia Geral*, Editorial Presença, 3. ed. Lisboa, 1977

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Ed. Forense, 14. ed.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, 8. ed.

SPINOZA, Baruch. *Ética*, “Os Pensadores”, Vol. XVIII, Ed. Abril Cultural, RJ, 1973.

