

A VALORAÇÃO NA TEORIA DA SANÇÃO NO DIREITO: O CASO DA SANÇÃO POSITIVA[†]

Rafael Cruz Bandeira[‡]

Resumo: A sanção é um dos principais aspectos das normas jurídicas e bastante importante para o Direito, no entanto com utilização amplamente impositiva e autoritária, ao invés de buscar formas mais suaves e receptivas de fazer cumprir as normas. A sanção positiva relaciona-se com o Direito de sorte a interferir e ser valorada conforme as diferentes concepções dele, sua ideologia e forma de tratamento da sociedade e do cidadão. Além do que, na escolha da sanção positiva ou negativa descortinam-se valores implícitos, havendo vantagens na utilização da forma positiva da sanção como meio de gerar adesão, efetuando-se direcionamento social por via menos gravosa, mais espontânea e integrando os cidadãos ao ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Sanção positiva. Teoria Geral do Direito. Estado. Axiologia.

Abstract: Sanction is one of the main aspects of norms and very important for the law, however widely using forceful and authoritative, instead of seeking ways smoother and responsive to enforce the rules. The positive sanction relates to the law so as to interfere and be valued according to different conceptions

[†] Artigo publicado na Revista Jurídica do Ministério Público (João Pessoa. Impresso). ISSN: 1980-9662, sob o título: “*Por uma axiologia da sanção no direito: o caso da sanção positiva*”

[‡] Servidor Público Federal (Ministério da Justiça). Bacharel em Direito pela UFBA. Pós-graduado em Direito Público. Mestrando em Direito Público na Faculdade de Direito da UFBA (Linha: Discurso Jurídico e manipulação ideológica da produção do direito estatal). Currículo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/1451053322602510>. E-mail: rband@oi.com.br.

of it, it's ideology and way of treating society and citizen. Besides, in choosing between negative or positive sanction default values unfolds, with advantages in the use of positive sanctions as a means to generate support, making up social direction through less onerous and more spontaneous way and integrating citizens into the legal system.

Keywords: Positive sanction. General Theory of Law. State. Axiology.



1. INTRODUÇÃO.

A Ciência do Direito, bem como sua práxis, desde suas construções iniciais até o presente utiliza do instituto da sanção para lhe dar efetividade, cogência e credibilidade. Construção teórica que é, faz-se sentir por suas disposições ou, na sua contrariedade, via de regra, por sanções correlatas.

Com efeito, parece-nos que nenhum sistema ou microssistema jurídico prescinde da sanção estatal. Até no plano internacional, onde falta, muitas vezes, o poder da coação para impor determinados Tratados (normas) a que os Estados obrigaram-se, não falta a sanção. Esta pode ser econômica, moral, restritiva de direitos, etc.

Insta pontuar que a sanção é tratada na Filosofia do Direito com destaque, uma vez que descortina ideologias, relaciona-se com o poder, com as normas e com o próprio conceito de Direito. Nesse sentido, grandes jusfilósofos como Reale, Bobbio, Kelsen, Hobbes, Kant, Beccaria, Jhering, Ross, Hart, entre outros, disputam o tema das implicações da sanção no Direito, Estado e sociedade.

Ao percebermos a ubiquidade da sanção nas ciências jurídicas, vemos que ela tem largo espectro, pois aplica-se em variados contextos, apresenta-se de diferentes formas e conteúdos, e com múltiplos objetivos práticos finais, mas sempre visando incentivar ou reprimir uma conduta humana conforme desejado pelo legislador¹.

Na Teoria Geral do Direito o tema da sanção é de grande importância para gerar adesão a conduta estimulada ou dissuasão da conduta proibida, independentemente da concepção de Direito adotada. Seguindo entendimento de Bobbio (2001), a sanção não está presente em toda norma jurídica, fato este observável², porém, entende-se majoritariamente que ela está presente em todos os ordenamentos jurídicos. Ao menos até o estágio atual da humanidade, temos que concordar com esta visão.

A sanção no Direito é vista mais notoriamente no seu viés negativo, ou seja, proibindo conduta sancionada, do que positivamente com a também chamada sanção premial, assim, nas palavras de Kelsen (2000, p. 17):

“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

¹ Especialmente para Kelsen (1998 p. 27-28) através da “ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária”.

² Para Bobbio (2001, p. 166): “A presença de normas não sancionadas em um ordenamento jurídico é um fato incontestável.”.

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”.

Agindo com o mesmo intuito, porém atuando em extremos opostos, a sanção negativa e a premial (positiva) revelam também, axiologicamente, as características do Direito em que atuam, uma vez que o Direito não é apenas lógica jurídica formal, mas é permeado de valoração. Dessarte, ao lado de Cossio (1964), visualiza-se a distinção entre elementos necessários do Direito, estrutura lógica e valoração jurídica, e elemento contingente, a dogmática, na sua Teoria Ecológica do Direito³.

De sorte que, o uso da sanção premial, sempre que possível, demonstra uma escolha por valores de integração do indivíduo na sociedade, utilizando de inclusão para conduzir conduta humana. Assim, vemos uma opção, em parte valorativa, para uso deste instrumento poderoso do Direito que é a Sanção.

Esquemáticamente em Bobbio, vemos que o enfoque na sanção negativa denota uma carga ideológica, partindo de pressupostos muitas vezes não explicitados, como a necessidade do monopólio da força pelo Estado e seu uso pela correção, que o homem precisa ser sancionado ou que a sanção negativa é meio de trazer paz social⁴.

³ Em Cossio, (1964, p. 142): *“Todo esto hacer ver que la valoración jurídica es, al propio tiempo que elemento material, elemento necesario de la experiencia jurídica. Ella, en tanto que contenido constante del dato, es el sentido del Derecho porque el Derecho es conducta; por eso no puede desaparecer de la manera contingente con que pueden hacerlo las figuras dogmáticas; ella desaparece con el Derecho mismo; no antes ni después; no adentro ni afuera del Derecho mientras el Derecho subsista”*.

⁴ *“Para Bobbio, uma teoria do Direito que tenha enfoque na sanção negativa*

2. DIREITO, NORMA E SANÇÃO.

Para Jhering (1963, p. 37), um papel importante do Estado é a organização da coerção, diz ele: *“Para realizar seus fins, o Estado limita a natureza: procede pela coação direta ou mecânica, e pela coação indireta ou psicológica”*. Para este autor a coação é integrante do Direito, pois a força existe sem o Direito, mas o contrário não pode ser.

Reale (1999) trata da diferenciação entre sanção e coação, de certa forma, como gênero para espécie, uma vez que são múltiplas as sanções que visam manter a observância das normas jurídicas, e exemplo de nulidades, ressarcimentos e prêmios. Entretanto, não havendo obediência, deve o Estado substituir-se ao indivíduo e praticar os atos a que este estaria obrigado, esta é a coação, que é sanção pela via da força de órgãos estatais⁵.

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 correção, 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". (SALGADO, 2008, p. 36)

⁵ *“Sanção e coação são duas noções distintas que estão uma para a outra, de certa forma, como o gênero está para a espécie. São múltiplas as sanções, ou seja, as medidas tendentes a assegurar a execução das regras de direito, desde a declaração da nulidade de um contrato ao protesto de uma letra de câmbio; desde o ressarcimento de perdas e danos sob forma de equivalente indenização até ao afastamento de funções públicas ou privadas; desde a limitação de direitos até à outorga de vantagens destinadas a facilitar o cumprimento de preceitos. Ora, tais medidas, que podem ser preventivas, repressivas ou premiaias, como o diz a Teoria Geral do Direito, podem contar ou não com a obediência e a execução espontânea dos obrigados. No primeiro caso tollitur quæstio; no segundo, o Poder Público, a serviço do Direito, prossegue em suas exigências, substitui-se ao indivíduo*

Quanto ao diálogo a ser estabelecido entre o editor da norma e os receptadores, ele não necessita ser de total consenso ou apoio, já que apresenta-se a obrigatoriedade da norma pela via da autoridade contida nos ditames normativo. Todavia, não se pode conceber um total desrespeito à norma, sob pena de descrédito e rompimento de comunicação. Não se fala aqui em transgressão pontual à norma, o que, por via da sanção somente reforçar-se-ia sua obrigatoriedade. Neste ponto, Ferraz Júnior⁶.

Isso quer dizer que, por mais que o Estado detenha o poder de sanção e coação, assim como monopólio da força, existem também limites ao seu poder de mando e sua forma de condução de condutas. Que se mantém melhor integradas à sociedade quando contam com comunicação, entendimento e suporte, fortalecendo as relações e legitimando eventual uso da força contra as condutas desviantes.

Percebe-se, outrossim, a necessidade da comunicação no processo normativo e, especialmente, sancionatório, estabelecimento de diálogo e relativo consenso. De sorte que, cabe na análise da sanção negativa e positiva considerações acerca da retórica e argumentação estatal, além do seu posicionamento finalístico e valorativo.

recalcitrante ou materialmente impossibilitado de cumprir o devido, obriga-o pela força a praticar certos atos, apreende-lhe bens ou priva-o de sua liberdade. Eis aí a coação de que trata o jurista: é a sanção física, ou melhor, a sanção enquanto se concretiza pelo recurso à força que lhe empresta um órgão, nos limites e de conformidade com os fins do Direito".(REALE, 1999, p. 674-675).

⁶ *"No entanto, embora a relação de autoridade deva manter-se de modo contrafático, isto é, subsiste ainda que o endereçado não queira ou não possa adaptar-se, esta posição não pode manter-se de modo obstinado, no sentido de que o editor veja apenas e sempre o seu lado da relação. A autoridade tem, assim, de ser implementada, tanto no sentido de que possa ser compreendida, o que implica argumentação e discussão, como também fortalecida, o que implica argumentos reforçados. A expectativa da autoridade subsiste em cada caso, mas não nos permite esperar genericamente de modo contrafático. Isto nos levaria a um rompimento da comunicação. Por isso tem de haver, na comunicação normativa, instrumentos discursivos capazes de tornar o comportamento desiludidor que, como fato, é incontestável, em algo compreensível e integrado na situação".(FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 67-68).*

De outra parte, Ferraz Júnior, acreditando na coercitividade de todo discurso normativo, critica a posição adotada pelos que adotam a sanção como centro do Direito, haja vista que buscam fazer conexões entre normas para que a todas corresponda uma sanção e justamente põem a sanção como criadora do Direito, o que leva a conflito com outras normas que, embora não jurídicas, impõem sanção, como *“ordem de um bandoleiro que ameaça a sua vítima”* (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 69).

Para aquele jusfilósofo brasileiro, a sanção participa sim de toda norma, ainda que indiretamente referenciada e mesmo não sendo causalidade genética do Direito. A norma indica diretamente a qualidade de estar ou não de acordo com o Direito, legitimando a sanção como jurídica. A sanção é a forma para manter autoridade e suspendê-la até o acontecimento da situação prescrita, fazendo com que o discurso normativo seja prospectivo e se mantenha contrafaticamente.

Nessa visão, a sanção é de natureza psicossociológica, determinada axiologicamente. Ela não deve ser vista como estado de coisas, mas como ameaça de sanção, despertando uma expectativa de estar sendo ameaçado, e não propriamente a coação em si⁷. Neste sentido, inclui-se a sanção na função linguística de atos perlocucionários, que visam certos efeitos, atingimento de fins, no caso, o de ameaça.

Cabe pontuar que, para o autor em comento, com vistas a não confundir significados de suas explicações, a *“ameaça de sanção não deve ser confundida com fórmulas premiais,*

⁷ *“Neste sentido, normas não são discursos indicativos que prevêm uma ocorrência futura condicionada - dado tal comportamento ocorrerá uma sanção - mas sim discursos que constituem de per si uma ação: imposição de comportamentos como jurídicos (qualificação de um comportamento e estabelecimento da relação meta-complementar). A sanção do ângulo lingüístico, é, assim, ameaça de sanção: trata-se de um fato lingüístico e não de um fato empírico. As normas, ao estabelecerem uma sanção, são, pois, atos de ameaçar e não representação de uma ameaça”.*(FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 70)

através das quais o editor normativo pode motivar um comportamento qualificado como indiferente por uma norma permissiva (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 71). Então, mesmo utilizando designação sanção positiva como forma de expressar um dos meios de estímulo a condutas, não há nela qualquer ameaça de coação.

O Direito, aos olhos do positivismo, é visto como norma que, por sua vez, tem como característica intrínseca a sanção, sendo esta inclusive a norma primária dentro da proposição jurídica traçada por Kelsen: “Se não-A deve ser B”.

Pode-se notar que o próprio conceito de Direito está afeto à sanção, que no seu sentido amplo contempla também a coação e a coercibilidade. De modo que, para o positivismo, em linhas aproximadas, tem-se o Direito como ordem de ameaças sancionatórias a condutas indesejadas, visando então obter uma conduta social adequada (KELSEN, 1998).

Bobbio (1995, p. 66) também demonstra, numa de suas fases, posteriormente ultrapassada, um entendimento estritamente positivista do Direito sem referência a função ou valores no Direito, fundado nas normas sancionatórias como exercício de poder:

"Dizendo que o Direito é fundado em última instância sobre o poder e entendendo por poder o poder coercitivo, quer dizer, o poder de fazer respeitar, também recorrendo à força, as normas estabelecidas, não dizemos nada de diferente daquilo que temos repetidamente afirmado em relação ao Direito como conjunto de regras com eficácia reforçada."

No entanto, autores que fogem do paradigma positivista de Direito como norma elaboram outros conceitos de Direito que não atrelados à coerção e à norma exclusivamente.

Neste grupo podemos incluir Cóssio e Machado Neto, entendendo o Direito como conduta em interferência

intersubjetiva, na teoria egológica. Nesta concepção, a conduta que é interpretada, e não a norma, nas palavras de Machado Neto (1958, p. 138): "*A relação entre norma e conduta é, pois, para Cossio e sua escola, uma relação de conceito a objeto, a norma sendo o conceito que pensa a conduta em sua liberdade*". Em explicação conclusiva do tema, Pinto (1997/1998, p. 80):

"Em outras palavras: a norma não é o *objeto* do pensamento jurídico, mas o modo peculiar do raciocínio do jurista e a razão normativa não se relaciona com seu objeto (= conduta humana compartilhada) como algo externo a ele, mas como dimensão gnosiológica de uma especial estrutura óntica: a da liberdade humana.

Ai reside a base para o entendimento do processo de compreensão jurídica como o movimento circular da inteligência entre o substrato da conduta (aspectos materiais do comportamento perceptíveis aos sentidos) e o seu significado, isto é, o valor que a conduta apresenta, em um dado contexto sócio-cultural".

Também Reale traz concepção alargada do Direito como fato, valor e norma, em sua teoria tridimensional, sendo para ele a sanção uma possibilidade, mas não uma certeza⁸. Até mesmo porque o Direito não é somente norma e fato, mas também valor.

De modo que, o Direito não é visto apenas de perspectiva da norma e da sanção, mas também numa perspectiva axiológica, *in litteris*: "*A norma envolve o fato e, por envolvê-lo, valora-o, mede-o em seu significado, baliza-o em suas*

⁸ "*Quantas e quantas violações da lei jurídica não são perpetradas sem conseqüências! Não nos referimos só aos crimes impunes por ignorados, mas às lesões jurídicas que se verificam no plano do Direito Civil ou do Direito Comercial, e que passam, muitas vezes desapercibidas ou sem qualquer emenda ou sanção*".(REALE, 1999, p. 262).

conseqüências, tutela o seu conteúdo, realizando uma mediação entre o valor e o fato” (REALE, 1999, p. 262).

Habermas por sua vez propõe construção do Direito com nexos em racionalidade comunicativa, incluindo democracia e agir comunicativo. O Direito mantém característica da coerção, mas também da autolegislação, onde terá função precípua de realizar integração social, pois deve-se entender as normas feitas através de participação democrática e consenso no agir comunicativo.

Assim, Habermas irá focar a dialógica do conhecimento jurídico, em contraponto à monológica teoria do Direito de Dworkin, baseado em discussão e razão consensual pela organização de procedimentos sociais⁹.

Insta pontuar que a doutrina não é unânime quanto ao uso da sanção em todas as normas nem que ela é imprescindível no Direito. No entanto, nestes pontos ficamos com a maioria que entende não ser a sanção elemento necessário a todas as normas, porém sim ao ordenamento jurídico como um todo.

De fato, parece que a corrente não coativista do Direito é pouco aceita, até pela ampla utilização da sanção e sua imprescindibilidade nos sistemas normativos em concreto.

2.1. SANÇÃO E VALOR.

A sanção no Direito nem sempre é vista de forma valorada, por vezes como numa lógica formal, é vista a sanção como mero instrumento do Direito a ser utilizada de forma instrumental e sem visualização axiológica de seu uso.

⁹ Nas palavras de Pinto (1997/1998): “Habermas chama a atenção para o caráter solipsista do Hércules dworkiano, contrapondo ao estilo monológico da teoria do direito de Dworkin uma concepção dialógica do conhecimento jurídico, fundada numa teoria da discussão, sob cuja ótica a organização de procedimentos sociais é a base de uma razão consensual, intersubjetiva e formada a partir do mundo vivido (*lebenswelt*) dentro do qual os sujeitos elaboram tanto suas crenças e valores quanto os argumentos com que buscam justificá-lo.”

Dessa forma, para não perder de vista que o sistema jurídico comporta apreciação de valores e não lógica formal apenas, como pontuado por Cóssio, faz-se válida análise de axiologia e ontologia presentes na sanção jurídica.

Ross (2000), para além da teoria kelseniana, demonstra relação do Direito com o poder através da política, daí seu célebre entendimento que o poder não está por trás do Direito, mas sim opera através dele. Na mesma obra o autor ressalta ideologia presente no Direito como condicionante do exercício da força estatal¹⁰.

Nesse raciocínio, o uso de sanção positiva viria demonstrar uma maior consideração pela integração das pessoas ao Direito e não somente imposição pura e simples de poder e ideologia pela força, o que não resolve questão democrática de conteúdo, mas inicia considerações de ordem valorativa e menos incisiva no estabelecimento da forma mais consensual no uso da sanção.

Por sua vez, Hart (2001, p. 310) não entende que o Direito gira em torno da coerção e da sua justificação, contrariando Dworkin, onde analisa que: *“De facto, penso que é totalmente despiciendo procurar qualquer finalidade mais específica que o direito, enquanto tal, sirva, para além de fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta”*.

Posiciona-se aquele autor no sentido de admitir valores em sua teoria, afirmando que: *“Em primeiro lugar, como já deixei afirmado, a minha teoria não é uma teoria meramente factual do positivismo, uma vez que, entre os critérios do direito, admite valores, e não apenas meros factos.”*(HART, 2001, p. 310).

¹⁰ *“O poder político ou poder do Estado é o poder exercido mediante a técnica do Direito ou, em outras palavras, mediante o aparato do Estado, que é um aparato para o exercício da força. Mas a função desse aparato está, como vimos, condicionada por fatores ideológicos, a consciência jurídica formal. (...) Não existe poder 'nu', independente do Direito e de sua base.”* (ROSS, 2000, p. 84).

Uma sanção positiva encaixa-se, então, na teoria de Hart, quando, além de admitir valores no Direito, encara-o como forma de orientar condutas humanas.

Acrescentamos que a diferenciação entre sanção positiva e negativa também envolve valoração, de forma que a sanção teria dupla valoração, ao menos. Inicialmente, quando escolhe-se o comportamento a incentivar, reprimir ou obrigar; a segunda seria a escolha da sanção negativa ou positiva, quando possível, já que a sanção positiva, por seu modo de ação premial, estimulando condutas, não terá aplicação em muitos casos em que apenas se pode agir repressivamente.

Nesta escolha da sanção cabe lembrar as ideias de socialização de Bobbio e de persuasão e educação em Hobbes, para também avaliar outros fatores sociais e ideológicos de fazer valer o comportamento tido como adequado.

Em Hobbes (1999), importante a ideia de que a coação via força física não é sozinha o sustentáculo do soberano. Deve haver também poder de convencimento através da linguagem, ou seja, a persuasão e a educação.

Acertada também, a nosso ver, a ideia de Bobbio de que transformações no Estado levam a novas concepções no Direito, como a evolução do Estado até o Estado do bem-estar social e democrático de direito, no que ocorreram também evoluções na postura sancionadora, com evolução de punições do âmbito Penal para o Civil.

Entretanto, sabe aquele jusfilósofo também das limitações atuais da sanção positiva: *“longe de mim a ideia de inverter a tese tradicional, sustentando que as sanções positivas são tão importantes quanto as negativas”* (BOBBIO, 2007, p. 67).

Na sanção, em que são demonstrados os aparatos coercitivos do Estado e sua coação efetiva no caso da sanção negativa, deve-se pesar a técnica a ser utilizada para conseguir comportamentos pretendidos, buscando-se evitar destinar caro,

importante e robusto aparato estatal para reprimir condutas que de outro modo pudessem ser direcionadas. Até para que não sejam utilizados recursos indistintamente e falte efetividade ao controle das condutas mais perniciosas e difíceis de serem guiadas.

Noutra visão, também a sanção, e, por consequência última, a força física, não deve ser utilizada em casos que *a priori* tenham soluções mais modestas, interferindo assim no mínimo dos direitos fundamentais, como propugnam doutrinadores de escol, numa valoração robusta e acertada de proteção destes direitos.

3. A SANÇÃO PREMIAL OU POSITIVA.

É a utilização positiva da sanção pelo Estado, sem viés penalizador, ao contrário com intuito congratulante. É a mudança da forma de exercer o controle social e o dirigismo da conduta humana, papel do Estado de repressor para a promotor de ações de afirmação de boas condutas.

Também visto como sistema de incentivos do Estado visando a promoção de condutas socialmente queridas.

Para Bobbio o tema das sanções premiais já havia sido levantado por Bentham e Hobbes, além de Jhering e Kelsen. Entretanto, Bobbio dará mais atenção ao tema por crer relegado a tema de menor importância por juristas.

Kelsen já previa a sanção negativa e a positiva, porém relatava a importância muito maior da penalização que da premiação, como citado. Ocorre que, como a valoração e a ideologia não fazem parte de uma Teoria Pura do Direito, o assunto não prosperou em suas análises.

Como grande estudioso e incentivador da sanção positiva, Bobbio (2007) comenta que a sanção positiva é mesmo o oposto da negativa, como reação a ação boa, e não má. Restituindo, assim, bem ao bem e não mal ao mal, como

no caso da sanção negativa¹¹.

Neste passo, ele nota que se de uma lado a sanção negativa visa tornar a conduta difícil, desvantajosa ou impossível, por outro, na sanção premial, o fim será de tornar a conduta fácil, vantajosa ou necessária(desejada).

O papel educativo do Direito ressalta-se com a sanção positiva que representa tipo direto de direcionamento social. Seu uso não é possível para qualquer comportamento, sendo mais visto no âmbito econômico, o que não impede sua utilização mais costumeira noutros âmbitos.

De fato, este tipo de sanção não tem a mesma carga repressiva do que a sanção negativa, que pode vir a estabelecer punições severíssimas como a restrição de liberdade em local insalubre e sem a menor segurança da incolumidade física.

No entanto, a sanção positiva não é sucedâneo da negativa, mas apenas mais uma forma justa, útil e, quem sabe, eficaz de direcionamento social para atingimento dos fins desejados pela sociedade através do legislador.

Como formas de direção social, Bobbio pensa na sanção e na socialização, numa relação de expansão ou diminuição do uso da coação, quando podemos, sem perda, adicionar o uso da sanção positiva como forma também de diminuição da coação, dentro da própria estrutura normativa. Assim (BOBBIO, 2007, p. 90):

“socialização e controle dos comportamentos são os dois meios alternativos e que, onde se amplia o primeiro, tende-se a restringir o segundo. Do ponto de vista de uma análise funcional, isto significa que o aumento dos meios de socialização e de condicionamento psicológico - e de sua eficácia - avança em prejuízo da função

¹¹ "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 à ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo o bem ao bem". (BOBBIO, 2007, p.24)

tradicionalmente exercida pelos meios de coação”

Importante notar, desta feita, a importância dada a formas de condicionamento social que não a penalização, inclusive, pensamos, para a diminuição de custos estatais com a imposição de sanções negativas que muitas vezes são exorbitantes, penalizando toda a sociedade por consumir recursos que poderiam ser utilizado em prol dela mesmo.

Outro ponto importante é a não interferência estatal direta na esfera individual de forma coativa nas sanções positivas, estimulando, à primeira vista, a liberdade de cada um em suas ações e a educação coletiva através dos incentivos dados.

Citando Salgado (2008, p. 127), em seu trabalho: *“Na mesma linha, entende que uma sociedade que só se utiliza de sanções negativas é menos desenvolvida ou avançada que outra que prevê sanções positivas.”* Disto resulta a expressão “sociedades tecnicamente avançadas” utilizada por Bobbio.

Com utilização de sanção positiva aponta-se, então, para uma diminuição da coerção estatal e menor uso da força pelo Estado, o que diminui a coercitividade do Direito, fato de consequências positivamente valoradas. Até porque não se diminuiu o controle ou direcionamento do Estado, mas sim a forma de utilização é que variou, trazendo mais direcionamento e menos coação.

No que aqui discordamos de Salgado¹² em sua tese,

¹² Na opinião de SALGADO (2008, p. 129): *“O que se propõe nesta tese é que a coação não tem caráter diverso, se a sanção é positiva ou negativa, somente a forma dessa coação é diferente. A sanção mudou, pois mudaram os objetivos ao punir. A sanção negativa é típica de um Estado que exerce um controle fino sobre seus cidadãos, para direcioná-los a cumprir e a agir de um determinado modo. O incentivo não deixa de ser uma forma de controle social que está mais ligado ao poder do que à força. A persuasão, o direcionamento a uma postura desejada pelo Estado, também é uma forma de poder. Não se pode negar que há um ganho nesse tipo de sanção, uma vez que é melhor ser direcionado do que coagido ou mesmo reprimido. Há uma transformação de mecanismos de controle, para se adequar a uma sociedade mais complexa e difusa, em que a dominação não pode se dar de forma direta e explícita”*.

quando afirma que não há diferença no caráter da coação se a sanção é positiva ou negativa, apenas uma mudança em sua forma. Mas concordamos quanto ao restante, que o incentivo não deixa de ser controle social, ligado também ao poder, mas que há mais ganho em ser direcionado do que coagido ou reprimido.

Em que pese serem as análises discursivas aqui expostas pouco diferentes da apresentada pela estudiosa da obra de Bobbio, a ideia fundamental de que há ganho à sociedade se mantém, além de nos parecer ser correta a análise da passagem da força ao poder, o que não desqualifica a utilização da sanção positiva de nenhum modo.

Isto porque, o Estado como detentor de poder emanado pela própria sociedade não está axiologicamente limitado no uso de poder numa perspectiva quantitativa, pensamos, mas sim no aspecto qualitativo.

O poder deve (e não pode) ser visto como dever, conceito este bem trabalhado no Direito Administrativo, numa análise muito mais axiológica do Estado Democrático de Direito que puramente dogmática. Dever estatal para poder agir de maneira a melhor atender aos anseios e necessidades da sociedade detentora do Poder.

Com base nisto, não há falar em rubor do Estado em manifestar o poder, mas sim, em utilizá-lo de forma a realizar o avanço social valorado de forma positiva. Desta forma, falar em utilização do poder consentânea com respeito à pessoa, mínima intrusão nos direitos fundamentais, ocasionando segurança jurídica, é forma de valorar o uso da sanção positiva sem precisar adentrar na dogmática jurídica para fazer essa análise.

Em que pese a positivação no ordenamento jurídico, em especial o constitucional, de valores sensíveis ao mundo ontológico e axiológico do homem, ao se falar em dignidade da pessoa, direito à vida, intimidade, democracia, entre outros,

estamos tratando de valoração que existe de forma autônoma aos ordenamentos jurídicos. Valoração esta que mudará conforme a análise empírico-dialética que se fizer (COSSIO, 1964).

Isto posto, a técnica de direção social via sanção premial demonstra um maior grau de evolução social consentâneo com a valoração atualmente levada em consideração, tais como principiologia no Direito, respeito a direitos fundamentais, teorias da argumentação e discussão e consensualismo na racionalidade jurídica.

Nesses aspectos, a sanção positiva não só tem maior abertura, como circula tranquilamente na razão consensual, trabalhada por Habermas e na compreensão da norma positiva para Machado Neto (1977), numa perspectiva egológica, como: “*um instantâneo do entendimento societário daquele momento*”, entendimentos peculiarmente aproximados em análise de Pinto¹³.

Uma vez que sanção positiva é possibilidade de um certo acordo fundado no incentivo à adesão, ela encaixa-se no âmbito dos conceitos trazidos. Não queremos dizer que seja acordo completamente consensual, porém é o que mais se aproxima dele na dogmática jurídica como norma plasmada no ordenamento, devendo sim haver momento anterior (legislativo) de construção da norma onde debateu-se ai sim de forma quanto mais dialógica e aberta à sociedade melhor.

De forma que, mesmo acreditando ser a sanção positiva instrumento de coação, porém de forma diferente da habitual, Salgado vê ainda algumas peculiaridades mais favoráveis à

¹³ “*Esta análise sociológica do mundo jurídico normativo, que Machado aprofunda no trabalho "Sobre a Intersubjetividade da Compreensão", ao salientar a comunicação entre os conceitos husseliano de 'lebenswelt', 'everyday life' na Etnometodologia de Cicourel, Garfinkel e Douglas, e 'construção social da realidade' em Berger e Luckman constitui uma via nitidamente assemelhada ao percurso desenvolvido por Habermas em sua teoria da discussão e na ideia de acordo consensual como base da racionalidade jurídica*”.(PINTO, 1997/1998, p. 87).

sanção positiva, como ser esta instrumento de direção social do indivíduo para o Estado, e não somente o inverso, como nas sanções negativas. Assim, a sanção premial está afeta também à conquista de direitos e estabelecimento de garantias, o que *“não retira a possibilidade da sanção positiva advir de uma força de pressão”* (SALGADO, 2008, p. 130).

A sanção positiva demanda forma mais participativa de sociedade, de negociação entre sociedade civil, Estado e instituições. Incentiva-se discussões sobre Direito e política, mesmo que através de interesses inicialmente egoísticos, mas que gera relevância social, na medida em que o estímulo das participações individuais ou setoriais propicia comunicação e argumentação das políticas públicas, sobrelevando democracia e bom nível da legislação.

Outrossim, quer na visão de Bobbio ou de Habermas, vislumbra-se maior importância e participação do sujeito destinatário da norma, quando da sua elaboração, o que é alcançado com a utilização da sanção positiva.

Considerando a função promocional do Direito, restando viável o alcance da sanção positiva com resultados próximos ao da utilização da sanção negativa, repressiva, são visíveis os ganhos qualitativos, teleológicos e axiológicos do uso da forma positiva nas áreas que o Direito vise tutelar.

3.1. A CONTRAPOSIÇÃO À SANÇÃO COMO PUNIÇÃO.

Relativamente ao vocábulo sanção, muitos autores o têm por sinônimo de sanção negativa, o que está corriqueiramente estabelecido.

No entanto, ao tratar-se de sanção positiva, o sentido comum da sanção é invertido, o que não parece questão mais relevante que estilo. Desde que entendamos os pressupostos e consequências de cada tipo de sanção, onde a sanção positiva inverte a lógica da sanção e se aproxima apenas no objetivo de

conduzir condutas ou, como chamado alhures, direcionar comportamentos.

Assim é que, como tratado, a sanção positiva dá prêmios, incentivos e facilidades ao aderir-se a conduta desejada.

Destarte, temos um contraponto à sanção negativa, que, pesados os casos de sua utilização, pode ser alternativa para novos rumos de substituição da utilização de castigos *a posteriori* por incentivos *a priori*.

Mesmo porque, o Estado gasta bastante para punir, com oportunização de ampla defesa, produção de provas, estrutura voltada à punição, funcionários, etc. No que uma análise econômica da substituição de uso da sanção negativa pela positiva, onde for viável, importaria interessantes argumentos para a escolha consciente do uso da sanção.

No âmbito das sanções negativas, mais especificamente da punição estatal que visa reprimir condutas utilizando de estabelecimento de um mal ao indivíduo sancionado, ao invadir bem da vida que lhe está afeto, como punições econômicas, restritivas de direitos, privativas de liberdade, etc, vemos que muito do seu esforço resta infrutífero.

Tanto porque as taxas de criminalidade dificilmente cedam por estabelecimento de sanções penais ou porque também não se respeitam condutas administrativamente puníveis, salvo quando importem quaisquer dos tipos em fiscalização assídua e certeza da punição, é de se notar a falta de efetividade de tais reprimendas. De forma que muitos autores comentam da falência das penas de prisão.

Vemos da doutrina um esforço grande para buscar novas tendências e alternativas às punições, uma vez que admite sua falta de efetividade e, por vezes, utilidade, como nas críticas à pena de prisão e tentativas de ressocialização. Buscando-se menor utilização do Direito Penal, formas graduais de sanção e minimalização da atuação punitiva estatal¹⁴.

¹⁴ “Assim, a pena privativa de liberdade, instrumento que fracassou nos mais

Pode-se verificar assim que, em que pese a discussão desse tema ser antiga, a sua atualidade é notória. Problemas antigos, muitas teses e livros escritos, porém poucos problemas resolvidos de fato.

No caminho aqui traçado, propugnando por valores a serem considerados quando da inovação legislativa na propositura de novas punições, Carvalho (1992) também ressalta caráter promocional do Direito¹⁵. Deste ângulo, pode-se dar maior valor ainda às sanções positivas, que não geram o tipo de problema que geram as sanções negativas, em que pesem suas distinções de aplicações, mormente em casos mais graves do Direito Penal.

Em tempos de transformações, onde dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais aportam novo sentido ao Direito trazendo-lhe indicativo de valor para complementar sua estrutura formal e instrumentalização, bem a calhar a mudança de enfoque na sanção negativa para a positiva, do homem mau para o homem inerte, respectivamente, no dizer de Bobbio (2007, p. 79):

“a concepção tradicional do Direito como ordenamento coativo funda-se sobre o pressuposto

diversos países, na busca da ressocialização do criminoso, começa a ser substituída por mecanismos outros, como as alternativas assim mencionadas, e a descriminalização de condutas, tratando-as como sanções administrativas. Várias são as propostas mundiais na busca de inovações para o sistema penal, dentre as quais podemos citar: a descriminalização das contravenções; mais intensa utilização do sistema de penas alternativas; a utilização de sanções de natureza administrativa; e a descriminalização, que representam a adoção de um sistema racional e proporcional, no caminho da minimalização da atuação estatal penal.” NOGUEIRA NETO, 2005).

¹⁵ “Das exigências fundamentais inseridas na Constituição, inferem-se os limites traçados, por ela, para o Direito Penal. Não se pode olvidar que este, mormente em um Estado promocional, é, por natureza, um de seus instrumentos mais eficazes. [...] A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor expresso no princípio da humanidade do Direito Penal, que não pode deixar de ser considerado quando da criminalização de qualquer fato, etiquetado como socialmente agressivo, ou quando da cogitação de qualquer sanção criminal.” (CARVALHO, 1992).

do homem mau, cujas tendências anti-sociais devem, exatamente, ser controladas. Podemos dizer que a consideração do Direito como ordenamento diretivo parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, o qual deve ser estimulado, provocado, solicitado”

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A sanção é um dos instrumentos de maior importância e atuação no Direito, sendo estudada tanto na Teoria Geral do Direito quanto em seus ramos, com profundidade e atenção, de forma que o seu papel promocional apenas agrega mais uma via na busca da direção social, sem pretensão de abarcar todas as situações a serem sancionadas pelo Estado.

No amplo horizonte do pós-positivismo e das discussões fecundas sobre valores na sociedade contemporânea, a sanção positiva tem seu merecimento ao lado das sanções negativas, por mais que, no atual estágio social, estas últimas sejam maioria.

No entanto, deve-se levar em consideração o rápido desenvolvimento econômico e social atuais como processo de inclusão dos cidadãos e, conseqüentemente, de oportunidade para o Direito buscar a promoção de condutas e de valores, inserindo o indivíduo no contexto desejado, pelo estímulo a condutas socialmente adequadas.

Em excerto significativo da participação do sujeito receptor da norma, além de demonstrativo da importância dos valores de liberdade e consenso, Habermas (1997, p. 307-308) aponta que o direito moderno se funda em normas positivas e impositivas para garantir a liberdade. A tais normas, tradicionalmente asseguradas através de ameaça de sanção (negativa) pelo Estado, vêm associadas pretensão de legitimidade, uma vez que espera-se que elas possam

salvaguardar simetricamente a autonomia de todos os sujeitos de direito:

“Tal expectativa de legitimidade acompanha os passos concretos da criação e da imposição do direito... Noutras palavras, o direito moderno revela a seus destinatários uma dupla face: eles podem tomar as normas do direito como simples ordens que limitam faticamente o campo de ação de um sujeito, as quais ele tenta fugir estrategicamente, calculando as consequências que podem resultar de urna infração da regra; ou assumir um enfoque performativo, considerando essas mesmas normas como mandamentos válidos aos quais se obedece "por respeito a lei". Uma norma jurídica passa a ser válida, quando o Estado consegue garantir: a) que a maioria das pessoas obedeça as normas, mesmo que isso implique o emprego de sanções; b) que se criem pressupostos institucionais para o surgimento legítimo da norma, para que ela também possa ser seguida a qualquer momento por respeito a lei. Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político?”

Ideias particularmente ligadas a uma integração do indivíduo ao ordenamento, com aceitação das normas e posicionamento conforme o Direito, sem a necessidade de imposição forçada de normas modificáveis pelo legislador, que minaria sua legitimidade, forçando a uma intrusão nos direitos da pessoa, se utilizada uma sanção negativa. Pelo aspecto positivo, então, a sanção aqui proposta incentivaria aquela integração e pacificação social por via de adesão ao ordenamento, sem necessidade, ao menos imediata, de intrusão em direitos e uso da coação. Ficando tais instrumentos para uso em última hipótese.

A sanção premial ou positiva cumpre o papel, no contexto apresentado, de ser ao menos: 1- incentivador da adesão à conduta querida (papel da sanção); 2- fortificadora de ideais de construção, de integração e premial, ideias construtivas e ideologicamente positivas, ao invés de penalizadoras; 3- não invasivas de direitos fundamentais; 4- uma mostra de papel axiológico da sanção e da norma no Direito; 5- papel de consensualidade na comunidade.

No mais, cabe à sociedade e Estado, por meio da política, buscarem efetivar a sanção positiva nos âmbitos em que for possível ou até necessária sua utilização.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à Função*. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru/SP: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

COSSIO, Carlos. *La Teoria Ecológica y su Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HABERMAS. Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação

Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria forma e Poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1999

JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Lisboa: José Bastos & Cia, 1963.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Para uma Eidética Sociológica*. Salvador: Pós-graduação em Ciências Sociais da UFBA, 1977.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *O Problema da Ciência do Direito*. Salvador: Progresso, 1958.

NOGUEIRA NETO, João Baptista. *A Sanção Administrativa Aplicada pelas Agências Reguladoras: Instrumento de Prevenção da Criminalidade Econômica*. Curitiba: 2005. Tese (Mestrado) UFPR.

PINTO, Marília M. M. O Pensamento Filosófico de A. L. Machado Neto e a Nova Hermenêutica Jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UFBA*, Salvador, v.37 , p.69-91, 1997/1998.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2000.

SALGADO, Gisele M. *Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio*. São Paulo: sn, 2008. Tese (Doutorado) PUC-SP.