

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PUC-SP

GISELE MASCARELLI SALGADO

**SANÇÃO NA TEORIA DO DIREITO
DE NORBERTO BOBBIO**

DOUTORADO EM FILOSOFIA DO DIREITO

São Paulo

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PUC-SP

GISELE MASCARELLI SALGADO

**SANÇÃO NA TEORIA DO DIREITO
DE NORBERTO BOBBIO**

DOUTORADO EM FILOSOFIA DO DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de DOUTORA em Filosofia do Direito, sob orientação do Prof. Dr. Tércio Sampaio Ferraz Jr.

SÃO PAULO
2008

**Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Nadir Gouvêa Kfouri-
PUC-SP**

DM
340
P

SALGADO, Gisele Mascarelli
Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio
São Paulo: sn, 2008.
275 fls.

Tese (Doutorado)
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Área de Concentração: Filosofia do Direito
Orientador: Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr.

1. Brasil. Filosofia do Direito.

Banca Examinadora

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução parcial desta dissertação por processos fotopiadores ou eletrônicos.

Assinatura _____

Agradecimentos

Ao Prof. Tércio Sampaio meu eterno agradecimento, por ter acreditado e auxiliado na elaboração dessa tese, pela paciência, pelo carinho, dedicação e empenho.

À todos os professores da pós-graduação da PUC-SP, em especial a: Prof^a. Maria Garcia, pelo incentivo em todas as horas; Prof. Márcio Pugliesi, pela amizade e pelo apoio incondicional. A todos os professores que mudaram minha vida.

À minha família que me apoiou em todos os momentos da minha vida, inclusive nessa difícil jornada acadêmica. Obrigado a Edison, Ciolanda e Cida. Um sempre obrigada a Priscila, irmã e companheira de jornada.

Aos meus amigos que discutiram muitas das idéias aqui apresentadas e outras tantas que ficaram de fora: Sylvio Rocha, Jonanthon Marcantonio, Márcia Arnaud, João Ibaixi e Carlos Eduardo Batalha. A todos os colegas da PUC-SP e da USP que tornaram o aprendizado um processo intrigante e divertido.

Ao César Guimarães que me apoiou incondicionalmente nesse fim de trabalho, discutindo, opinando e me fazendo sorrir. Meu muito obrigado eterno.

À Andrea que me ajudou a entender muita coisa que nem Freud explica. À Laura Bruno por ter me ensinado a dançar, mantendo o equilíbrio e aos meus companheiros de dança e filósofos Priscila Sachetin e Cauê Polla. À Cristina Agostini, dançarina árcade. À Ana, amiga que soube ouvir muitas histórias. À amiga do coração Paula Silva, que me ensinou a olhar sempre além.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e ao CNPq sem o qual essa pesquisa não poderia ter sido realizada. Ao Centro de Estudos Bobbio da Bovespa.

“ O filósofo do Direito é um hermafrodita. Incapaz de ser filósofo, premiado com o tranqüilo abandono proveniente da ocupação com problemas extramundanos, ele se acha demasiadamente envolvido pela esfera terrena e suas solicitações. Não consegue contudo, influir tanto sobre o mundo, como o podem as criaturas naturais, ou seja, o jurista positivo e o político”¹.

Carl August Emge

¹ EMGE, Carl August. *Scritti di Sociologia e Politica in onore di Luigi Sturzo*. Apud: CZERNA, *Direito e Comunidade*. São Paulo, Saraiva, 1965, p.165.

SANÇÃO NA TEORIA DO DIREITO DE NORBERTO BOBBIO

INTRODUÇÃO	p. 1
1. Considerações preliminares: sanção e a Filosofia do Direito	p. 17
1.1. Sanção e o conceito do Direito	p. 18
1.2. Sanção e o problema da metodologia da Ciência do Direito	p. 24
1.3. Sanção e o papel da ideologia para o Direito	p. 32
2. Sanção na tradição doutrinária a partir de Bobbio	p. 37
2.1. Sanção no jusnaturalismo	p. 42
2.2. Sanção no positivismo	p. 53
3. Sanção na Teoria Geral do Direito de Bobbio	p. 75
3.1. Sanção e coerção no Direito	p. 82
3.2. Sanção como força	p. 85
3.3. Sanção alocada no ordenamento jurídico	p. 90
3.4. Papel da sanção e o direito como meio	p. 92
3.5 Aproximações com a abordagem estrutural do Direito	p. 94
4. Sanção negativa na Teoria Geral do Direito de Bobbio	p. 96
4.1. Sanção negativa como controle social	p. 97
4.2. As normas jurídicas e a sanção negativa	p.101
4.3. Sanção negativa e a questão da validade da norma jurídica	p.104
4.4. Sanção negativa e o Estado Liberal	p.108
5. Sanção positiva e a Teoria da função do Direito	p.113
5.1. Conceitos de sanção positiva	p.114
5.2. Conceitos de sanção positiva para Bobbio	p.119
5.3. Sanção positiva e a direção social	p.123
5.4. Sanção positiva e o Estado de Bem-estar social	p.130
5.5. As normas e a sanção positiva	p.137
5.6. Inversão da relação direito/dever na sanção positiva	p.140
5.7. Sanção positiva e uma nova concepção de sujeito das normas ..	p.143
5.8. Sanção e a questão da eficácia da norma jurídica	p.148

6. Teoria da função do Direito de Bobbio	p.155
6.1. Elementos para uma teoria funcionalista do Direito	p.160
6.2. Inspiração para a teoria da função: as normas jurídicas e a função	p.174
6.3. Teoria da função versus teoria da estrutura	p.180
6.4. Relação sanção e a função do Direito	p.188
6.5. Função repressiva e função promocional	p.190
6.6. Sanção e a definição de Direito como fim	p.194
6.7. A função e a questão das fontes do direito	p.197
6.8. Direito e sanção frente à nova percepção do poder	p.201
6.9. Críticas à teoria da função do Direito	p.210
7. Sanção e a passagem de Bobbio para a Política	p.221
7.1. Teoria Geral do Direito versus Filosofia do Direito	p.223
7.2. O esgotamento de um modelo de Teoria Geral	p.228
7.3. A política como saída para a Teoria Geral do Direito em Bobbio..	p.234
7.4. Sanção e as relações com a Moral	p.243
7.5. Sanção e a relação com a política	p.249
7.6. Sanção como elemento para conceituação do Direito	p.257
Considerações Finais	p.262
Bibliografia	p.265

SANÇÃO NA TEORIA DO DIREITO DE NORBERTO BOBBIO

GISELE MASCARELLI SALGADO

Resumo

O objetivo desta tese é apresentar o desenvolvimento da sanção no pensamento de Norberto Bobbio, para discutir os posicionamentos metodológicos a respeito do conceito de Direito. A sanção é um dos temas mais importantes do Direito. A relevância deste trabalho também está na análise da teoria de Norberto Bobbio, jusfilósofo italiano que sempre buscou um diálogo com Kelsen, na tentativa de superação de alguns problemas do juspositivismo jurídico. A tese tem como hipótese principal que o conceito de sanção se altera ao longo das obras de Bobbio, apresentando uma fase de aproximação com o positivismo jurídico kelseniano, uma fase de tentativa de superação a partir de uma abordagem da função do Direito e uma fase em que o Direito se aproxima e confunde-se com a Política. Para tanto a tese centrou-se em livros do Bobbio de diversas fases, bem como de outros autores citados por ele ou que pudessem dar contribuição ao tema. Conclui-se que quanto à sanção em Bobbio há de início uma sanção eminentemente coercitiva e depois esta passa a conviver com a sanção positiva, criada a partir da teoria da função. Essa teoria não é mais desenvolvida quando Bobbio altera o foco de seus estudos, indicando não só uma mudança de área, mas a superação em parte de alguns dos pressupostos positivistas e do formalismo.

Palavras-chave: Sanção, Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito, Norberto Bobbio, Kelsen

SANÇÃO NA TEORIA DO DIREITO DE NORBERTO BOBBIO

GISELE MASCARELLI SALGADO

Summary

The purpose of this thesis is to present the evolution of the conception of sanction in the work of Norberto Bobbio, to discuss different methodological views in respect to the concept of Law. The sanction is one of the most important subjects to discuss the concept of Law. The relevance of this thesis is founded in the theory of Norberto Bobbio, Italian philosopher, who established a dialog with Kelsen, in an attempt to overcome some problems in the positive theory of Law. The main hypothesis of this thesis is that the concept of sanction is variable in the works of Bobbio, presenting a phase of approximation with the kelsenian positive theory, a phase that attempts to overcome this theory, thought a functional approach of Law, and, finely, a phase where Law and Politics get closed and even mixed. For this propose, this thesis got focused in many Bobbio`s texts in different moments, and other authors that studied this theme as well. It was possible to conclude that in Bobbio there are, in the beginning, the predominance of a coercitive sanction and, after that, this sanction cohabit with the positive sanction, created from the theory of function. This theory is no longer developed by Bobbio, when he turns the focus of his studies, indicating not only a change of area, but a partial overcome of some positivist and formalist suppositions.

Keywords: Sanction, Law theory, Philosophy of Law, Norberto Bobbio, Kelsen

INTRODUÇÃO

A questão da sanção parece ser um dos grandes temas de Norberto Bobbio, e é aqui utilizada para percorrer o itinerário de Bobbio por meio de várias fases de sua obra. Afasta-se dos estudos dos “ismos” em Bobbio e busca-se identificar um panorama geral de sua luta teórica. Alguns comentadores optam por ressaltar outros pontos em Bobbio, analisando sua teoria do Direito a partir da teoria analítica¹, pela metodologia² etc.. O foco escolhido para o estudo é o da sanção na teoria do Direito.

Bobbio vê no conceito de sanção um elemento para pensar um novo Direito e para tentar superar o paradigma do juspositivismo. O tratamento da sanção é muito diferente, quando se analisa as diversas fases da obra de Bobbio. Há um itinerário a ser percorrido por aquele que quer entender sem reducionismos o pensamento bobbiano.

O jusfilósofo italiano a partir da década de setenta dedica-se a uma análise funcional do Direito. Bobbio busca construir um novo conceito de Direito que não dependa diretamente da coerção e que não fique enclausurado no mundo do dever-ser. A todo o momento o que se busca superar é o paradigma kelseniano.

Bobbio parece não avançar sobre os estudos do Direito como função, tendo poucos artigos sobre o tema. As suas obras de Direito que se tornam mais conhecidas são aquelas que utilizam o instrumental kelseniano. Porém, não se pode negar que há uma mudança de tratamento do Direito, para textos posteriores, ou seja, que datam da década de 80. Bobbio não volta a escrever sobre o Direito no fim da vida nos mesmos moldes que adotava ao iniciar sua carreira de professor de Direito. Como Bobbio não escreveu um grande tratado sobre o Direito, mas sim obras esparsas, que são na sua maioria artigos, fica difícil reconstruir as mutações no pensamento de Bobbio sobre o Direito. O que fica claro é que sua obra sobre o Direito não tem um só matiz. Há diversas

¹ BORSELINO, Patrizia. Norberto Bobbio: metateorico del diritto

² MIGUEL, Afonso-Ruiz. Filosofia y derecho en Norberto Bobbio e GREPPI, Andrea. Teoria e ideologia en el pensamiento de Norberto Bobbio.

definições e concepções de Direito, todas elas referindo-se a um Direito Estatal ou ao Direito Internacional, ou seja, um Direito oficial.

Interessante ressaltar que Bobbio não leva a fundo sua incursão na teoria da função do Direito. Bobbio tentava superar o conceito de um 'Direito como é' (geralmente objeto da sociologia) e também de um 'Direito como dever-ser' (geralmente objeto do Direito). Tentava, assim, um conceito de Direito que o definisse a partir da sua função.

Bobbio altera as definições de seus objetos de estudo a cada fase de sua obra. Isso marca a evolução do pensamento de um autor, mas também as dificuldades de se esquivar de uma teia conceitual que é amplamente aceita. Bobbio parecia buscar nas suas várias tentativas, uma que se adequasse melhor ao seu pensamento. Porém, nas várias tentativas que faz, deixa um caminho a ser continuado.

Assim, refazer o caminho de Bobbio tentando ver como poderiam ser reelaborados seus escritos das primeiras fases de sua obra, com as conclusões que chegou ao fim de sua vida, a partir de uma explicação teleológica de seu percurso intelectual, torna-se sem sentido. Isso porque não há um conceito de Direito, ou mesmo dois; mas sim vários muitos deles parecem ser abandonados ou amplamente reformulados. Bobbio escreveu muito e por um longo período, deste modo, pode reformular seus conceitos e pensamentos, porém não o fez de uma forma explícita.

Bobbio parece a todo tempo estar tratando de um mesmo Direito, ou pelo menos, com um conceito mais ou menos constante. Não é isso que uma análise um pouco mais cuidadosa da obra do jusfilósofo italiano demonstra. Assim, é interessante lembrar o método que o próprio Bobbio utilizava-se quando se deparava com situações confusas em que o mesmo termo era usado de diferentes modos perguntar: Qual Direito? Bobbio é um jurista de diferentes conceitos de Direito. O que há de interessante no seu pensamento não é a constância, mas sim as alterações. Assim, não se busca responder a pergunta de qual Direito, entendendo que a sua última concepção de Direito é a tida como a acertada. A trajetória de Bobbio parece ser uma luta constante para superar a grande pedra conceitual no Direito, chamada Kelsen.

Entender essa diferença de tratamento nas obras de Bobbio é um primeiro passo para se evitar compatibilizar conceitos que não se misturam, ou

mesmo que se excluem. A sanção é um dos conceitos que Bobbio alterou ao longo de sua vida e através dela é possível reconstruir os passos de Bobbio. Isso não quer dizer que a sanção é o único elemento da teoria de Bobbio que sofreu modificações no decorrer de sua obra, porém como este está diretamente ligado ao conceito de Direito, estas alterações foram significativas.

Considerações Iniciais sobre a obra de Bobbio

As Obras de Bobbio

Bobbio não escreveu, ao contrário de muitos filósofos do Direito, um tratado ou uma obra de peso. Grande parte de seus livros são compilações de artigos escritos em diversas etapas da sua vida, e para diferentes públicos. Podemos destacar três grandes características nas obras de Bobbio: a) são escritos para públicos muito distintos (leigos, estudantes e especialistas); b) não apresentam sistematização e privilegiam artigos; c) foram escritos em um espaço temporal grande, o que permite a mudança de conceitos.

Quanto ao público destinatário das obras, é possível identificar em Bobbio: artigos escritos para especialistas, outros escritos para estudantes e também para o grande público, que eram publicados muitas vezes em jornais italianos. Grande parte dos artigos de Direito tinham como público alvo seus estudantes e com isso, privilegiavam a clareza, o tom didático e a amplitude de conceitos e autores, em detrimento da complexidade. Não se pode esquecer que Bobbio sempre se disse um professor acima de tudo. Grande parte de sua carreira foi trilhada como professor universitário. Bobbio foi um 'facilitador' de autores clássicos do Direito e da Política, com o papel de 'divulgador' das idéias acadêmicas ao grande público, levando a ciência para fora do restrito círculo universitário.

A própria estrutura do pensamento de Bobbio impede a sistematização, porque é fragmentária. Quando isso é somado ao método da escrita em artigos, aumenta ainda mais a dificuldade de uma sistematização. A reunião dos artigos em seus livros geralmente se dá pelo tema. Bobbio trata ao longo da sua vida de alguns temas recorrentes, especialmente em Política e Direito.

Esses artigos de conteúdo semelhantes são reunidos e publicados. Porém não se trata de uma obra, nem mesmo o autor faz questão de dar o tom de unidade, a não ser pelo tema.

Essa unidade não é possível, pois apesar de Bobbio estar sempre falando de um tema específico, suas posições e seus conceitos não são os mesmos. Muitas vezes o girar da roda parece chegar ao mesmo ponto, porém cada vez que Bobbio retorna a esses pontos há uma novidade. Estar centrado em um eixo, não significa não sofrer alterações.

Em seus comentários sobre sua própria obra, Bobbio parece não perceber as mudanças que sofreu seu pensamento. Há somente uma menção quanto às alterações devidas à juventude ou velhice do próprio autor. Alguns comentadores destacam que Bobbio é muitas vezes contraditório. Bobbio recebia essas críticas, porém não parecia reconhecer essa característica em suas obras. O jusfilósofo italiano altera muito seus conceitos de Direito ao longo da sua vida e a reunião dos artigos, em livros, muitas vezes não permite que se reconheça as diferenças.

Lidando com as fontes – a extensa obra de Norberto Bobbio

A produção de Norberto Bobbio é consideravelmente extensa, repleta de livros, resenhas, artigos de revistas, artigos de jornais, etc. Diante dessa imensidão é muito fácil um pesquisador se perder. A pergunta que surge é o que pesquisar em Bobbio, quando se pretende estudar suas considerações sobre o Direito? A resposta imediata levaria a pensar que analisando seus principais livros sobre o assunto, pudesse proporcionar um panorama razoável do pensamento de Bobbio. Porém um olhar mais apurado leva ao pesquisador a constatação de que grande parte dos livros de Bobbio, não só os livros que se referem ao Direito, são compilações de artigos, muitas vezes escritos em ocasiões diversas (palestras, colóquios, publicações de revistas) e em datas distintas (muitas vezes com décadas separando um artigo do outro).

Bobbio apresenta-se como um autor de artigos, que muitas vezes se juntam por afinidade do tema. Porém seriam esses artigos representantes de um só modo de pensar de Bobbio? Como identificar as possíveis mudanças em sua obra? Essas mudanças existiram ou Bobbio apresenta um pensamento de

bloco monolítico? Essas perguntas não podem ser desconsideradas quando se trata das obras de Norberto Bobbio.

Outra questão de grande relevância em Bobbio diz respeito à sobrevivência dos artigos. Como muitos livros são seleções de artigos, há artigos que se tornam mais conhecidos, enquanto outros são deixados de lado ou mesmo esquecidos. Há uma seleção prévia das fontes, que determina o que seguirá para a história da filosofia. Dos artigos de Bobbio, aqueles que estão nos livros têm maior alcance ao público, são mais conhecidos e tendem a se perpetuar com mais facilidade. Mas seria somente esse Bobbio que existe? Há também o Bobbio dos pequenos artigos, do comentário aos fatos cotidianos da Itália, dos necrológicos, etc. Nesses artigos também há referência ao Direito, muitas vezes de um Direito vivo que se misturava à política, outras de um Direito morto produzido por seus colegas e exaltado nas notícias de morte.

Optar por uma pesquisa sobre os principais livros de Bobbio é desconsiderar todo esse panorama e essa complexidade de um autor. É também uma opção pela história da Filosofia do Direito, pela ótica do selecionador dos textos. Entende-se como selecionador dos textos, tanto o próprio Bobbio, como um editor, o tempo ou mesmo a relevância imediata do tema tratado. A opção por ler tudo o que foi produzido por Bobbio, também não parece ser a mais acertada, uma vez que o próprio Bobbio afirmou que conheceu poucas pessoas que leram tudo o que tinha produzido. Não se trata somente de tempo hábil para a leitura, mas de relevância de cada obra. Como estabelecer o que interessa e o que não interessa a uma análise das considerações de Bobbio sobre o Direito?

A pergunta parece insolúvel se o que se busca é um cânone, que tenha como critério um consenso. Porém é possível o estabelecimento de alguns parâmetros que proporcionem uma saída para o dilema do tudo ou muito pouco. Esses parâmetros escolhidos para essa pesquisa não são neutros, mas extremamente pessoais, e tem como critério principal a busca de textos que pretendam ressaltar a tese de uma obra jurídica e uma obra política que se fundem e se distanciam.

Para isso escolheu-se como textos bases dessa pesquisa, as seguintes obras: “Teoria da Norma Jurídica” e “Teoria do Ordenamento Jurídico”, também

conhecidas conjuntamente através da edição em espanhol de “Teoria Geral do Direito”; “O Positivismo Jurídico” e “Da Estrutura à Função”. Os primeiros dois livros focam-se na fase em que Bobbio se reaproxima do kelsenianismo; o terceiro livro apresenta importantes considerações sobre o positivismo, e o último livro é fruto das incursões de Bobbio no mundo da teoria da função do Direito³. Outras obras de Bobbio foram selecionadas para auxiliar no entendimento mais completo do pensamento do jusfilósofo.

Discussão sobre o método fragmentário de Bobbio

Como foi afirmado, grande parte das obras de Norberto Bobbio são resultados de fragmentos reunidos em torno de uma matéria específica, e não uma obra fechada propriamente dita. Nesse sentido diz Bobbio dos seus escritos: “Nunca escondi que o que eu escrevia tinha – precisava ter- um caráter provisório. Sempre adiei a passagem do provisório para o peremptório – para retomar duas expressões kantianas - , para um futuro que nunca esteve bem definido, que nunca se realizou, e que agora é tarde demais para iludir-me que ainda possa se realizar”⁴.

O método que Bobbio se utiliza para a estruturação de suas obras é um método que privilegia a ruptura, em detrimento da coesão, uma vez que lida na sua maior parte com artigos. Essa característica leva a uma dificuldade de se estabelecer a completude de sua obra, uma vez que o próprio método de confecção é a incompletude. Assim, Bobbio poderia reformular inúmeras vezes seu pensamento, sem que fosse necessária a quebra de um edifício inteiro. Utilizando-se de pequenos blocos, Bobbio ia montando o edifício de seu pensamento por partes, que podiam ser às vezes alteradas parcial ou totalmente e outras vezes reiteradas.

O trabalho do pesquisador que olha o edifício montado tende a dar um caráter de completude e finitude, em um lugar em que isso não existia. O cuidado que se deve ter ao abordar a obra de Bobbio é de levar em

³ O termo “teoria da função do Direito” é utilizado para se diferenciar da abordagem funcionalista do Direito, isto porque se entende que Bobbio ao conceber seus estudos se reportava realmente a esse tipo de escola, pois não se utilizava de seus pressupostos e paradigmas. Para Bobbio a teoria da função é um aspecto que complementa, e que não se contrapõe, a uma teoria da estrutura do Direito.

⁴ BOBBIO, Norberto. O tempo da memória. p. 147.

consideração que o próprio autor não fechou sua obra. Porém é quase que automático ao pesquisador buscar um fio condutor para unir toda ou grande parte da obra. Mas como trabalhar com essa fragmentação? Seria permitido unir as reflexões de Direito e de política? Ou o mais certo é separá-las como se fossem feitas por pessoas distintas, levando à conhecida esquizofrenia dos filósofos que não são uma só pessoa, mas várias em uma?

Bobbio utilizava-se de seu método, conhecido como filosofia analítica, para observar o objeto de diversos ângulos. Porém esse método trazia o inconveniente de não fechar as questões, dificultando ao leitor saber da opinião do próprio Bobbio. Essa dificuldade é apontada por Bobbio, no seguinte trecho: “Fiel ao método analítico, cuido de observar cada problema de diversos ângulos. Observando um objeto a partir de diversos ângulos, acabo por não conseguir dar uma definição linear e deixar a questão em aberto”⁵. O que Bobbio não atentou é que a própria seleção dos conceitos, dos jusfilósofos utilizados, dos paradigmas, etc.; indicavam um caminho seguido.

O que se defende nesse texto é que Bobbio apresenta diversas fases e que cada uma delas, apresenta um ponto de vista. Alguns temas são mantidos ao longo de toda sua vida acadêmica, como preocupações recorrentes, entre eles a democracia. A sanção não é um desses temas, pois somente será enfrentado diretamente em dois momentos: um primeiro em que aceita as posições kelsenianas e outro em que pretende reformular a teoria positivista do Direito, atacando seu grande centro que é a aceitação à teoria coercitiva.

Incompletude e não sistematização da obra de Bobbio

O caráter da completude/incompletude da obra gera um outro problema, o de como tratar das contradições. Uma obra que é entendida como completa, como um todo que faz sentido entre suas partes, apresenta contradições, mas essas podem ser afastadas. Essa questão ainda é mais forte em Bobbio que construía suas obras através da oposição de pares dicotômicos, sendo raro a síntese. Esse seria um método lógico e não pertence a uma análise lingüística, que Bobbio se utiliza em fase inicial de sua obra.

⁵ BOBBIO, Norberto. O tempo da memória. p. 145.

Assim, Bobbio opõe: ser/dever-ser, público/privado, sanção positiva/sanção negativa, função positiva/função negativa, jusnaturalismo/positivismo jurídico, direita/esquerda, socialismo/liberalismo, Direito/moral, Estado liberal/Estado do bem-estar social, estado de natureza/estado civil etc.. Através de regras de interpretação é possível identificar as contradições, e também de certa maneira resolvê-las total ou parcialmente, através da própria obra ou de um confronto com outras obras. Mas como lidar com obras que antes de constituir um todo orgânico, são fragmentos justapostos? Uni-los não seria ir além daquilo que o próprio autor pretendeu?

Neste ponto é necessário um distanciamento do autor e do pesquisador. Bobbio escreve seus textos como um inquiridor do mundo, com uma balança em sua frente, ponderando, medindo, confrontando opiniões. Seu método fundamental não é o da resposta pronta, mas o da dúvida. O pesquisador olha para as obras de Bobbio não com uma balança, mas sim com um coletor de pensamentos que vai reunindo tudo em um grande cesto, para depois olhar o todo e tirar suas conclusões. Esse é um dos muitos aspectos que diferencia o filósofo, do historiador da filosofia.

Com isso fica claro que o que se propõe aqui em relação à Bobbio, é um trabalho de coleta, que necessita entender a obra do autor completa, mesmo sabendo-se que esta não o é. O historiador da filosofia busca sistemas de pensamento e tende a interpretar a poeira de fragmentos, como parte de um grande complexo com articulações internas que muitas vezes escaparam do próprio autor.

Bobbio ao expressar seu pensamento nas letras de seu texto, torna esse livre para o mundo. Torna o texto autônomo, independente do seu criador. O texto é um meio entre o autor e o leitor. Ao interpretar o texto do autor, o leitor acaba por se colocar. O que se busca explicitar aqui é que neste trabalho não se achará um “Bobbio em si”, mas sim um Bobbio traduzido, um Bobbio interpretado, que passou pelas lentes de quem o leu, no caso o pesquisador/historiador da filosofia. Esse fato chama a atenção para as possíveis distorções e mutações, que o pensamento do autor pode ter sofrido, mas também para a impossibilidade de se operar de outro modo.

É o próprio Bobbio que afirma sobre a incompletude de sua obra: “Minha obra é feita de numerosos fragmentos esparsos em livros, artigos,

discursos, sobre temas diversos ainda que ligados entre si. Eu mesmo tenho alguma dificuldade para extrair disto tudo uma visão de conjunto.”⁶ O que permite uma união de suas obras, é muito mais o assunto, ou seja, os conteúdos. Assim, diversos textos escritos esparsamente são reunidos em livros que procuram tratar de um tema comum, mas não são produzidos em um único período, o que leva a repetições, contradições e alterações do pensamento.

Esse caráter de incompletude é que leva Bobbio a afirmar que nunca fez Filosofia, mas sim Teoria Gera do Direito. “Se a filosofia é síntese e sistema, grande parte do meu trabalho não foi um trabalho filosófico. Porém sempre pensei como Croce, que não se pode fazer filosofia todos os dias, que a filosofia é obra de dias festivos. Até agora, pelo que saiba, este dia de festa ainda não chegou”⁷. Bobbio entende que a Teoria Geral do Direito é uma das partes da Filosofia e não necessita da completude que a Filosofia requer.

Assim, a própria reunião do pensamento de Bobbio para um estudo, já leva a uma violação da não sistematicidade, que é inevitável em uma pesquisa, mas que não foi desejada por Bobbio. Para não violar tanto a fragmentação, este trabalho pretende apontar os textos utilizados em cada livro e sempre considerá-los a partir das fases de Bobbio, ou seja, respeitando a marcha do pensamento do autor na história.

As fases de Bobbio

Ao lidar com as obras de Bobbio a preocupação com a datação é fundamental, isso porque é possível estabelecer diversas fases na vasta obra do jusfilósofo italiano. Entende-se que Bobbio apresenta pelo menos cinco fases em relação ao Direito: 1) busca da superação da teoria kelseniana via fenomenologia, 2) busca da superação da teoria kelseniana via teoria da linguagem, 3) aceitação da teoria kelseniana, com algumas reservas, 4) busca da superação da teoria kelseniana via teoria funcionalista, 5) mistura de um padrão conservador e reformista ao pensar o Direito por meio da Política. Há

⁶ BOBBIO, Norberto. O futuro da Democracia. p. 16.

⁷ BOBBIO. Apud. MIGUEL, Alfonso Ruiz. Filosofia y Derecho en Norberto Bobbio. p, 97

ainda outras fases de Bobbio, que podem ser identificadas, quando suas preocupações não se limitam ao Direito⁸.

Entende-se aqui que a fase de Bobbio dedicada à filosofia da linguagem no Direito, identificada como escola analítica, é apenas uma das fases de Bobbio, que visava à superação da teoria positivista. Não há uma fase principal em Bobbio. Esse trabalho se reporta em especial a terceira e quarta fase de Bobbio, no âmbito do Direito, por serem as fases que abordam com mais detalhe o tema da sanção.

Mario Losano, um de seus críticos, entende que a obra madura de Bobbio tem início em 1949, com a publicação de uma análise e comentários à obra de Carnelutti. É da década de 50 também sua aproximação com a Escola Analítica e com o positivismo kelseniano, que enfrentava as críticas de Carnelutti. No fim da década de 50 e início da de 60 ressalta-se os estudos de Bobbio, relativos à teoria da norma e do ordenamento jurídico em seus cursos de inspiração kelseniana. Na década de 60, Losano ressalta a obra “Jusnaturalismo e Positivismo jurídico” e a influência de Renato Treves em seus estudos. A década de 70 é dedicada ao aprofundamento de uma teoria do Direito, com a análise do estruturalismo e do funcionalismo⁹.

Devido às diferentes fases que correspondem a uma busca por um novo Direito, Bobbio apresenta em suas obras diversos conceitos que se repetem, porém que não são os mesmos, uma vez que Bobbio está partindo de diferentes pressupostos. Essa mudança leva os críticos de Bobbio a classificarem sua teoria como: analítica, lógica, realista, neoempirista, neopositivista, funcionalistaetc.. Entende-se aqui que os rótulos dados a Bobbio não são excludentes, porém nenhum deles pode dar conta da teoria de Bobbio, que em diversos períodos foi continuamente alterada.

Bobbio admite que o problema da classificação sempre o rondou. Ele mesmo afirma que lhe foi dito: “Bobbio não pode ser classificado em nenhuma das correntes filosóficas contemporâneas”¹⁰. E prossegue dizendo: “Essa observação foi apresentada como uma crítica, mas eu a considerei um elogio.

⁸ Para um panorama das diferentes fases de Bobbio ao longo de sua vida ver, GREPPI, Andrea. Teoria e ideologia en el pensamiento de Norberto Bobbio.

⁹ LOSANO, Mário. Prefácio a Edição Brasileira. In: Da estrutura à Função. p. XIX a XXLIX

¹⁰ BOBBIO. In: Norberto Bobbio, um filósofo de nosso tempo. p, 31.

Os 'ismos' fecham"¹¹. Respondendo Reale, Bobbio afirma que: "considero-me mais positivista que neopositivista. Entretanto, sou positivista no sentido jurídico, não no sentido filosófico"¹². Há alguns comentadores de Bobbio que o classificam como jusnaturalista, por não aceitar todos os pressupostos do juspositivismo. Bobbio prefere, entre tantos rótulos, o de um "positivista inquieto", ou mesmo insatisfeito com o positivismo.

Entende-se que Bobbio é um positivista, uma vez que aceita muito do que foi colocado por Kelsen, porém entende as limitações da teoria pura. O grande diálogo que Bobbio estabelece, ao longo de quase todas suas obras relativas ao Direito, é com Kelsen e com seus seguidores. Bobbio não se ocupou somente do jurista praguense, mas de milhares de juristas e filósofos, dentre eles muitos italianos. Nem todos seus artigos estão compilados em livros, o que dificulta o acesso do grande público aos comentários de Bobbio sobre esses autores. Porém não se pode negar que nenhuma outra teoria foi tão desafiadora à Bobbio, como a de Kelsen.

Bobbio é tido no Brasil como um filósofo do Direito sem muitas novidades frente à tradição, isto porque a maioria de suas obras publicadas no país pertencem à fase dedicada ao estudo do Direito como linguagem e à fase que aceita a teoria kelseniana. Assim, Bobbio é visto como um jurista que não enfrenta Kelsen a todo tempo, mas sim que o adota e apenas insere pequenas alterações no seu pensamento. O mais interessante da obra do jurista italiano é perdida, ficando diminuída sua eterna briga com o pensamento kelseniano e a tentativa de superação.

As obras de política se tornaram também muito populares e Bobbio passa a ser um dos grandes arautos da democracia. Sua influência na Itália, Espanha e nos países de América Latina aumenta ao longo de sua vida, em especial com sua nomeação como senador vitalício. Bobbio passa a ser conhecido muito mais como um teórico da Política do que do Direito.

¹¹ BOBBIO. In: Norberto Bobbio, um filósofo de nosso tempo. p, 31

¹² BOBBIO. In: Norberto Bobbio, um filósofo de nosso tempo. p, 32.

Objetivo

O objetivo principal deste trabalho é apresentar as mudanças e passagens do conceito de sanção na obra de Bobbio, a partir de comparações entre suas obras de Teoria Geral do Direito, de cunho kelseniano, e suas obras de teoria da função do Direito. O objetivo secundário é mostrar como a transformação do conceito de sanção implicava em uma busca maior, a saber, a tentativa de se encontrar um outro conceito para o Direito fora dos padrões metodológicos e ideológicos que o positivismo jurídico estabelecera.

Limites

A tese trata dos estudos de Teoria Geral do Direito de Norberto Bobbio relativos ao fim da década de 50 e dos estudos de Teoria da Função do Direito da década de 70. Essa limitação é necessária devido à imensa e esparsa obra de Bobbio, que percorre não só um largo lapso temporal, como possui diversos assuntos com uma abordagem também diferente.

O estudo da sanção em Bobbio tem como objeto as suas próprias obras. Isso significa que a sanção será analisada a partir de seus textos, e não por uma reconstrução do conceito que liga texto e contexto¹³. Desta maneira, o estudo não tem como pretensão apresentar um panorama da vida de Bobbio, nem do contexto cultural, histórico e político de sua obra. Isso já foi feito pelo próprio Bobbio e por diversos comentadores aos quais podem recorrer os interessados¹⁴.

No que diz respeito à Teoria Geral do Direito, este estudo limita-se ao tema da sanção. Desse modo, a tese não trata diretamente de temas que são mais recorrentes no conjunto da obra de Bobbio, como: poder, democracia, socialismo, liberalismo e Estado. Alguns desses temas, que têm relação direta com a sanção, são abordados nessa tese. Para os outros temas não tratados

¹³ Essa última abordagem é feita por UNZUETA, Maria Angeles Barrère. *La escuela de Bobbio – reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.

¹⁴ Para esse aspecto ver: BOBBIO, N. *O Tempo da Memória e Diário de um século: Autobiografia*. e MIGUEL, Afonso Ruíz. *Filosofia y derecho em Norberto Bobbio*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

recomenda-se a consulta da obra de comentadores, listados na bibliografia, que trataram dessa questão de modo mais detalhado.

A referência a outros autores que não Bobbio não visa mais do que esclarecer sobre a própria obra do jusfilósofo italiano. Outros autores foram utilizados com o objetivo de confrontar seu pensamento ao do jusfilósofo italiano. Não se pretende um resumo, ou mesmo uma abordagem mais completa desses outros autores, por desviar o foco da tese que é a sanção na teoria do Direito de Bobbio.

Metodologia

Essa pesquisa utilizou-se do método de análise nos estudos filosóficos, que visa: levantar perguntas sobre o tema, fazer uma dissecação do texto do autor, confrontar os textos com outros autores que trataram do mesmo tema, apresentar as posições de comentadores da obra do filósofo, e tecer comentários a partir dos dados extraídos da pesquisa. Trata-se de uma reconstrução dos conceitos da filosofia de Bobbio a partir de seus textos, e não uma reconstrução histórica desses conceitos.

Esta pesquisa tem como fontes primárias as obras de Bobbio, relativas ao Direito, que são mais significantes em cada fase de seu pensamento. Foram utilizadas também outras obras de Bobbio, em especial aquelas que tratam da relação Política e Direito. Como fontes secundárias, foram utilizadas diversas obras de autores citados nos textos do próprio Bobbio, ou seja, obras que Bobbio escolhe como fonte de diálogo. Entre essas, destaca-se a obra 'Teoria Pura do Direito' de Hans Kelsen, que se entende aqui como um dos principais interlocutores do jusfilósofo italiano.

Foram utilizados também diversos livros de juristas e jusfilósofos que lidaram com os mesmos temas que Bobbio, a partir de outras abordagens. Dos diversos comentadores de Bobbio, foram selecionados para a pesquisa, aqueles que estabeleceram um diálogo verdadeiro e uma crítica relevante das obras de Bobbio. Evitou-se com isso os autores que são apenas facilitadores da obra de Bobbio, e também os estudos cerimonialistas e as "obras de louvor".

Esse tipo de “obra de louvor” e de homenagem, tratando da figura de Bobbio e suas obras, são muito comuns. O que levou Constanzo Preve a escrever um livro só de críticas ao que chamou de “bobbianismo cerimonial”¹⁵. Bobbio era uma figura carismática, o que levou muitos de seus colegas a utilizarem sua obra como fonte de autoridade e não como ponto de partida para uma discussão. Algumas dessas obras estão citadas na bibliografia, porém não no corpo do texto, uma vez que não auxiliam significativamente a compreensão do pensamento de Bobbio.

Quanto às regras de citações e referências bibliográficas, pretendeu-se adotar em grande parte as regras da ABNT. Optou-se por não utilizar as abreviaturas que são convencionais na citação (idid, ibidem, op. cit.), para facilitar a consulta dos textos referidos. Devido à peculiaridade da obra de Bobbio, quando necessário, optou-se por citar os capítulos dos livros, uma vez que estes estão presentes repetidamente em diversos livros, além de encontrarem-se de forma esparsa em revistas e periódicos.

Quanto à tradução, optou-se por citar as obras de Bobbio já traduzidas para o português, quando essas existissem. Nas obras em outras línguas, optou-se por traduzir o texto citado para o português. Nesses casos a tradução é da autora.

Plano do estudo

O primeiro capítulo tem como objetivo apresentar as discussões iniciais entre o conceito de sanção e o conceito de Direito, apontando que devido à adoção de um Direito coercitivo a sanção passa a ser elemento fundamental da definição daquele. Destaca-se em seguida o papel da ciência do Direito que estabeleceu parâmetros de uma ciência positiva e formalista, que utiliza da sanção coercitiva. Aponta-se em seguida o papel da ideologia no Direito que reforça a necessidade da sanção e que está ligada diretamente a uma metodologia específica.

O segundo capítulo resgata a discussão feita por Bobbio ao tratar do jusnaturalismo e do positivismo jurídico sob prisma da sanção. No

¹⁵ PREVE, Constanzo. Le contraddizioni di Norberto Bobbio: per una critica del bobbianismo cerimoniale

jusnaturalismo destaca-se a posição de Hobbes, Kant, Grotius, Bentham, Beccaria e Christian Thomasius. Destaca-se a posição de Savigny, para começar discutir a sanção no juspositivismo, por meio de: Jhering, Kelsen, e alguns de seus críticos como: Alf Ross, Hart, Capella, Carrió e Canelutti.

O capítulo três passa a identificar como a sanção é vista na Teoria do Direito de Bobbio, discutindo inicialmente temas como: sanção e coerção, a sanção como força e sanção alocada no ordenamento jurídico. Destaca-se ainda o entendimento do Direito como um meio para se estabelecer o controle social e, com isso, chegar à paz social. Nesse capítulo ressalta-se a aproximação de Bobbio com a teoria kelseniana, a partir das obras “Teoria do Ordenamento jurídico” e “Teoria da Norma jurídica”.

O capítulo quarto procura abordar a sanção na sua forma coercitiva na Teoria Geral do Direito de Bobbio. Busca-se estabelecer os parâmetros da sanção negativa, para, no capítulo seguinte, tratar da sanção positiva em oposição. As sanções negativas estão ligadas a um controle social, ao Estado Liberal e as discussões sobre a validade da norma jurídica.

O capítulo quinto tem como objetivo abordar as sanções positivas na obra de Bobbio, que está presente nos textos do livro “Da Estrutura à função”. Primeiramente o conceito de sanção positiva é destacado em outros autores como Jhering, Kelsen, Canelutti, Skinner e Parsons. Em seguida, aponta-se como Bobbio apresenta seu conceito de sanção positiva e a relação dessa sanção com a direção social, com o Estado de Bem Estar social e com as normas jurídicas. Destacam-se as conseqüências desse conceito em uma nova teoria do Direito, dentre elas: a inversão da relação Direito/dever na sanção positiva, a nova concepção do sujeito das normas, a importância da eficácia em detrimento da validade na sanção positiva e a importância de novas fontes do Direito quando não conta a hierarquia das normas.

O capítulo sexto busca abordar a teoria da função do Direito em Bobbio, que engloba a sanção negativa e a sanção positiva. Inicialmente aponta-se a diferença entre a teoria funcionalista, a partir dos estudos de Merton, Parsons e Luhmann, para depois apresentar a teoria da função de Bobbio que parece não ter relação direta com o funcionalismo. No momento seguinte discute-se como Bobbio construiu sua teoria da função em oposição a uma teoria da estrutura atribuída a Kelsen. Nesta teoria Bobbio une sanção e função, para estabelecer

um novo tipo de estudo sobre a norma, dando ao Direito, além da função coercitiva, uma função promocional.

Bobbio altera alguns conceitos e paradigmas utilizados por Kelsen, passando a entender o Direito como um fim e não como um meio. Um item é dedicado às normas jurídicas e à sua relação com a função, destacando os trabalhos de Hayek e Hart, que influenciaram Bobbio para pensar a teoria da função. Essa nova teoria cria uma nova percepção do poder, enfatizando o poder econômico. Por fim, aponta-se algumas críticas levantadas por comentaristas sobre a teoria da função, em especial as apresentadas na revista *Sociologia del Diritto* e que foram respondidas por Bobbio.

O capítulo final aborda a questão da sanção na fase que Bobbio estava se dedicando aos estudos de Política e havia abandonado os estudos de Direito. Destaca-se a importância da sanção como um elemento que fez Bobbio pensar também na sua posição em relação à metodologia e ideologia no Direito. Busca-se entender a passagem do Direito à Política, por meio de um ponto de vista conceitual. Assim, resgata-se os limites da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito, para em seguida apontar o esgotamento da primeira, devido a formatação inicial da matéria a partir do positivismo jurídico.

A política é proposta como saída para as discussões de Direito, que em Bobbio, cada vez mais, tornavam-se políticas. O caráter político no Direito leva Bobbio a ressaltar a relação da moral com o Direito. A sanção também é tratada nos estudos sobre Política de forma indireta, levando a um conceito novo. Por fim aponta-se o papel da sanção como elemento de conceituação do Direito em Bobbio.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: SANÇÃO E A FILOSOFIA DO DIREITO

A sanção sempre foi um dos elementos mais discutidos no âmbito do Direito. Uma das áreas que mais tratou da sanção e de seus efeitos foi o Direito Penal, que se preocupa com as sanções de conseqüências mais drásticas, como a restrição à liberdade, restrição a Direitos etc.; conhecidas como penas. Porém outros âmbitos do Direito também aplicavam sanções. Apesar de imensamente utilizadas pelos diferentes ramos do Direito, as sanções não eram discutidas em profundidade em cada um desses ramos.

A grande discussão sobre o papel e o estatuto da sanção foi geralmente feita no âmbito da Filosofia do Direito. Buscando tratar da sanção em um plano mais abstrato, a Filosofia do Direito não se preocupava com as particularidades da sanção em cada âmbito do Direito, mas sim com seus aspectos gerais. Destacam-se as relações da sanção com o conceito de Direito, com o poder, com as normas, com a obediência das normas etc..

As discussões da sanção na Filosofia do Direito não costumavam entrar na ceara da sua aplicação ou eficácia, que ficaram restritas ao campo da Sociologia do Direito. Grande parte dos estudos em Filosofia do Direito também restringia a sanção a um papel coercitivo, muitas vezes entendendo-a como uma pena, um mal. Cada restrição que a sanção sofria nos âmbitos da discussão da Filosofia do Direito, estava pautada por uma escolha metodológica e ideológica, que muitas vezes não era explicitada.

Bobbio é um dos muitos jusfilósofos que tratam da questão da sanção no âmbito da Filosofia do Direito, ou melhor, naquilo que chama de Teoria Geral do Direito. O jusfilósofo italiano busca uma superação do paradigma de ciência do Direito, através da crítica, da procura por outros paradigmas, mudança de métodos e áreas, explicitação das ideologias etc.. Seu percurso sobre o tema da sanção é rico, pois muda diversas vezes ao longo de sua obra, possibilitando um mapeamento da transformação. Cada inovação sobre a sanção, também é uma inovação frente ao Direito, assim cada pequena mudança ao pensar a sanção tem um grande impacto no modo de entender o Direito.

1.1. Sanção e o conceito do Direito

O Direito é definido na tradição positivista a partir do conceito de sanção, por isso a sanção é tão importante para ser analisada, uma vez que se tornou pedra angular do Direito. A definição do Direito a partir da sanção não é única, pois existe uma pluralidade de definições, porém esta é definição hegemônica na teoria do Direito ocidental do século XX.

As definições de Direito são inúmeras, não só pelo enfoque desse objeto multifacetado, mas também pelas múltiplas teorias que se formaram, ao longo dos tempos, para tentar explicá-lo. Cada definição de Direito indica um série de conceitos a serem seguidos e que determinam como será entendida a sanção. Essas diferentes teorias podem ser consideradas conjuntamente e outras não admitem essa sobreposição. Há entre elas aquelas predominantes em uma fase da história e outras minoritárias.

Bobbio parte do entendimento que o Direito é um fenômeno historicamente determinado, o que leva a pensar que a sua teoria do geral do Direito é também historicamente determinada por um Direito. O que Bobbio parece fazer ao longo de toda a sua vida é adequar a teoria do Direito a um Direito que já apresentava mudanças. O que Bobbio ressalta, para seus leitores, é que sua Teoria Geral do Direito não é a única possível e que nela está presente um esforço para superar o positivismo como teoria do Direito.

Se há uma imensa vontade em Bobbio de propor um outro modelo de Direito, em nenhum momento há o abandono da noção de Direito como sanção. Essa é modificada, transformada, mas nunca alterada significativamente, mantendo Bobbio em padrões que o impediam de inovar de uma maneira radical. O conceito de Estado, como órgão centralizador da força e com o monopólio do Direito, é mantido. A noção de norma e ordenamento jurídico também não é alterada.

Um Direito que possui como elemento central a sanção é parte de uma teoria do Direito que encara a sanção como único, ou pelo menos principal, ordenador da sociedade. Durante muitos anos esse foi o padrão hegemônico da Teoria Geral do Direito. Porém ao longo dos anos surgem cada vez mais concepções de Direito que escolhem outro foco que não o da sanção.

Autores que estão preocupados com o Direito como linguagem, lógica, conciliação, tecnologia, emancipação ou como justiça podem optar por não tratar da sanção. Isso porque o Direito não precisa ser sempre definido como um instrumento para controle social ou instância para solução de conflitos. A definição hegemônica do Direito não elimina outras, que podem conviver ou mesmo confrontar com essa e, com isso, propiciar diferentes olhares sobre o mesmo objeto chamado Direito.

Segundo Bobbio há três enfoques quanto à relação do Direito com a coerção: “a) coerção como elemento essencial instrumental, b) coerção como elemento não essencial material, c) coerção como elemento essencial material”¹⁶. A sanção sempre está presente no Direito, o que diferencia uma teoria de outra é a sanção ser ou não elemento fundamental do Direito.

Dos vários autores que tratam da sanção está Pasukanis, que não se utiliza da sanção para definir o Direito e também não se filia à escola jusnaturalista, nem à normativista. O que define o Direito é sua relação com o modo de produção capitalista. Critica os normativistas uma vez que seu modelo explicativo só funciona tomando-se como base o sistema jurídico capitalista e mesmo assim não consegue explicar a oposição entre o mundo das leis e o real. Assim, dirá Pasukanis: “para a ordem jurídica o ‘fim em si’ nada mais é do que a circulação de mercadorias”¹⁷. O Direito é visto como uma forma jurídica, que independe do conteúdo, porém é diretamente dependente da ideologia adotada. A forma jurídica será uma forma histórica e, com isso, Pasukanis consegue dar conta da dicotomia tão cara aos neokantianos e em especial a Kelsen, do ser e do dever-ser.

As sanções têm para Pasukanis um caráter político. Para o jusfilósofo russo a sanção é essencial ao Direito, pois é através dela que o Estado exerce o poder, que tem em sua base a força física. A sanção do Estado moderno é diferente das outras sanções dadas na história, pois nela há a presença do elemento reparação enquanto troca. Assim, a sanção não é apenas vingança, mas sim forma jurídica que explicita uma forma de troca mercantil. Nas palavras de Pasukanis:

¹⁶ BOBBIO, N. Derecho y Fuerza. In: Contribucion a la teoria del derecho de Noberto Bobbio P. 342

¹⁷ PASUKANIS, E.B. Teoria Geral do Direito e o Marxismo. P, 72.

“O delito pode ser considerado como uma variedade particular de circulação, na qual a relação de troca, a relação contratual, é fixada pela ação arbitrária de uma das partes. A proporção entre delito e separação igualmente se reduz a uma proporção de troca”¹⁸.

É somente na sociedade capitalista que o trabalho pode ser transformado em tempo e dinheiro, que a liberdade passa a ser importante para a definição de sanção. A sanção de liberdade significa a impossibilidade da grande maioria, os trabalhadores, que, por definição, só tem como riqueza social seu trabalho, de trabalhar. A troca que acontece entre aquele que cometeu o delito, estabelecida entre o dano causado (seja a um particular ou ao Estado) e o tempo privado de liberdade, ressalta o caráter histórico da sanção, que só tem sentido no sistema capitalista moderno. Desse modo, pode-se dizer que para Pasukanis a sanção é uma determinação necessária da forma jurídica¹⁹. Esse mesmo sistema de trocas é utilizado em outras instituições modernas, que não nos presídios, como: escolas, manicômios, indústrias. Em todas essas instituições a questão do tempo, da liberdade e retribuição é fundamental. Pasukanis de certa forma antecipa a relação que Foucault faria anos mais tarde, porém não com o mesmo viés.

Outro estudioso que não se utiliza do padrão que define o Direito como sanção é Robert Rouland. Em seu livro “Nos Confins do Direito” entende que o Direito deve ser visto como um instrumento de conciliação. A concepção de Rouland parte de um Direito plural, em que o Estado detém apenas uma esfera de várias que pode ser chamada de Direito. Rouland aponta para um novo Direito que tem mais papel conciliador e mediador, do que punitivo. O antropólogo destaca que a sanção vem como substituto da vingança, porém nem sempre mediada pelo Estado²⁰. A conciliação é mais importante do que a sanção, uma vez que o Direito não é entendido apenas como o Direito estatal, mas um Direito que a sociedade produz.

Habermas elabora uma concepção de Direito bem diferente do que tradicionalmente se estuda nas escolas, pois está interessado no Direito que possa promover a emancipação. Para Habermas a concepção tradicional de

¹⁸ PASUKANIS, E.B. Teoria Geral do Direito e o Marxismo. P, 146.

¹⁹ PASUKANIS, E.B. Teoria Geral do Direito e o Marxismo. P, 166.

²⁰ ROULAND, Norbert. Nos confins do Direito.

Direito não satisfaz, uma vez que está inserida em uma racionalidade instrumental, que trás em seu bojo a alienação. A emancipação, segundo Habermas, não ocorre através de uma classe social, como planejava Marx, mas através da democracia, inaugurando um outro campo para a teoria crítica que não havia sido proposto até então.

A democracia passa a ser o novo campo de batalha, uma vez que a emancipação via socialismo torna-se cada vez mais distante. Habermas entende que é possível uma emancipação, porém esta é sempre parcial. A partir da distinção entre mundo do trabalho e mundo da vida, Habermas consegue uma esfera em que a emancipação seja possível²¹. Essa diferenciação é proporcionada pela distinção, que Habermas colhe em Hegel, de trabalho e interação. Ao separar essas duas esferas, Habermas vai além de Marx, que reduzia uma esfera à outra, impossibilitando a emancipação. O mundo da vida é aquele onde ocorre uma ação comunicativa, uma interação, é aquele em que se pode superar a razão instrumental²². Assim, há uma ambivalência na teoria de Habermas que permite a possibilidade de resistência, superando a proposta dos marxistas, que viam no capitalismo a alienação completa.

Suas considerações sobre Direito encontram-se, principalmente, no livro "Direito e Democracia: entre factividade e validade". Habermas utiliza-se de Weber para desenvolver seu conceito de racionalidade comunicativa e revisita a teoria do Direito de Kant para retomar a relação de Direito e Moral. Um novo Direito é apenas uma parte do projeto habermasiano que une democracia, Direito e política. O Direito tal qual é estudado hoje é, para Habermas, fruto do esfacelamento gerado pela modernidade, das esferas do Direito, religião, política, moral, economia etc.. Assim, o Direito é parte de um projeto grandioso de reconstrução de uma nova ciência e principalmente de uma nova sociedade.

A proposta de Habermas é construir um Direito, ligado a uma racionalidade comunicativa, que inclua a democracia e um agir comunicativo. Portanto se afasta de uma visão do Direito de cunho formalista. Essa nova definição de Direito não chega a trazer uma concepção muito diferente da teoria tradicional de sanção. Habermas entende que o Direito é obedecido não

²¹ HABERMAS. Técnica e Ciência como ideologia. p, 57.

²² HABERMAS. Técnica e Ciência como ideologia. p, 60.

só pela coerção, mas porque os cidadãos entendem que as normas foram feitas com sua participação, através do processo democrático e do consenso no agir comunicativo. O Direito positivo torna-se vigente através da coerção e da autolegislação e, desse modo, pode-se garantir a esfera da liberdade. Nesse sentido o Direito não tem como função principal a coerção, nem a regulação da sociedade em todas as suas esferas, mas sim a integração social.

Miguel Reale, seguindo uma linha muito diferente dos autores acima citados, também procura construir um novo conceito de Direito. A definição de Direito de Bobbio influi naquilo que se entende por sanção. O mesmo ocorre com Miguel Reale, pois ao alterar o conceito de Direito para uma concepção tridimensional, o jusfilósofo brasileiro leva a pensar como a sanção residiria nesse novo conceito de Direito.

O Direito a partir da teoria tridimensional do Direito é definido como: fato, valor e norma. A coação é classificada em forma de violência privada e como força organizadora do Direito. Em sua 'Filosofia do Direito', Reale ressalta que a sanção faz parte da lei jurídica e moral, mas não da lei natural. Porém, é o valor que determina se um comportamento deve ser sancionado ou não. Reale apresenta a seguinte definição de sanção:

“Sanção é toda conseqüência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório. Sanção, portanto, é somente aquela conseqüência querida, desejada, posta com o fim específico de tutelar a regra. Quando a medida se reveste de uma expressão de força física, temos propriamente o que se chama de coação. A coação, de que tanto falam os juristas é, assim uma espécie de sanção, ou seja, a sanção de ordem física”²³.

A sanção para Reale é uma possibilidade e não uma certeza na sua ocorrência. “No mundo jurídico, ao contrário, a conseqüência pode sobrevir ou não, conforme surja ou não, extrínseca ou externamente ao processo, uma sanção”²⁴. A sanção não é uma certeza, pois o Direito não é somente norma. “Toda vez que surge uma regra, há uma medida estimativa do fato, que envolve o fato mesmo e o protege. A norma envolve o fato e, por envolvê-lo,

²³ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. p. 260.

²⁴ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. p. 261.

valora-o, mede-o em seu significado, baliza-o em suas conseqüências, tutela o seu conteúdo, realizando uma mediação entre o valor e o fato”²⁵. O Direito não é, portanto, só definido a partir da coercitividade.

Autores como Pasukanis, Roulard, Habermas e Miguel Reale, apresentam um conceito de sanção que é diferente do utilizado pela tradição positivista, exatamente porque não partem dos pressupostos juspositivistas do Direito definido como norma. O Direito é concebido a partir de uma definição mais alargada, ou de um outro ponto de vista, alterando completamente o conceito de sanção. Outros jusfilósofos, mesmo aceitando a existência e a necessidade da sanção para o Direito, não o fazem a partir dos cânones juspositivistas, apresentando, com isso, diversos modos de se entender o Direito. Dessa maneira, caberá a Filosofia do Direito colocar em pauta a discussão sobre a relevância e aplicação da sanção na sociedade moderna.

A sanção é discutida principalmente nos estudos de Filosofia do Direito e em especial na Teoria Geral do Direito. Porém, como a sanção depende do conceito de Direito adotado, há variações no seu entendimento. Assim, não há um conceito de Direito, mas diversos conceitos, que se chocam e se intercalam. O surgimento de outros debates e posições sobre a sanção é um indicativo de que o paradigma do Direito como coerção está sendo colocado em xeque.

Bobbio busca, com seus estudos de Teoria Geral do Direito e de Política, ultrapassar a noção tradicional de sanção. Do conceito de sanção negativa, para o de sanção positiva, há uma transformação também no conceito de Direito. Para Bobbio, o Direito não é apenas coativo e mesmo esta esfera tem perdido espaço para um papel promocional, ou seja, que incentiva comportamentos ao invés de reprimi-los. Para isso, o Estado também tem se alterado, incorporando essas novas técnicas e uma nova Teoria Geral do Direito. Isso leva a uma mudança de diversos conceitos até então tidos como imutáveis no Direito, em especial do conceito de sujeito.

A sociologia e a filosofia, por não estarem necessariamente pautadas nos padrões positivistas do estudo do Direito, voltam a ser palco das discussões sobre o papel das sanções, conseguindo uma abordagem mais ampla e complexa, necessária para entender as diversas relações na

²⁵ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. p. 262.

sociedade moderna. A volta a estudos amplos parece indicar que somente o Direito não pode explicar os fenômenos sociais, econômicos, políticos de uma sociedade. Essa interrelação, entre as diversas áreas dos saberes, permite um estudo mais apropriado para entender aspectos de uma sociedade altamente complexa, em que nada é estanque e quase tudo se transforma com rapidez.

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

1.2. O problema da metodologia da Ciência do Direito

A pergunta sobre o próprio estatuto do Direito é uma pergunta difícil de ser respondida, porque ela pressupõe que se responda não uma, mas duas questões: o que é Direito e o que é ciência. Por mais que os manuais jurídicos definam o que é Direito, esse é um conceito aberto e qualquer definição que não se proponha a um caráter de definição muito geral, não dá conta de defini-lo com alguma propriedade. O mesmo se dá com o termo ciência. Qualquer tentativa de capturá-los leva o estudioso a ter nas mãos nada mais do que fumaça.

Se a pergunta, a primeira vista, parece ser impossível de ser respondida, é possível delinear as discussões que a cercam. O que se visa, ao discutir o problema do caráter científico do Direito, é entender que há outras formas de se definir o que é Direito. Alguns estudiosos do Direito entendem o Direito de diferentes formas: como técnica, como instrumento do poder, como procedimento, como retórica, como linguagem, como meio de comunicação etc.. Antes de tratar do movimento que tem como objetivo descaracterizar o

Direito como ciência, primeiro é necessário buscar como e quando ocorreu a aproximação de Direito e ciência.

A aproximação do Direito com a ciência ao contrário do que se costuma supor é relativamente recente, podendo ser datada no século XIX. Anteriormente o Direito costumava ser identificado como a arte das palavras. A palavra grega para Direito, na antiguidade, era *Diké*. Assim, a deusa *Diké*, filha de Zeus e Themis, declarava o Direito buscando o equilíbrio dos pratos da balança, o justo (*jus*). Na Roma antiga, a deusa se chamava 'Iustitia' e declarava o Direito tendo por base o fiel da balança. Declarava o Direito reto (*derectum*)²⁶. A expressão utilizada atualmente é Direito e não *jus*. Porém, o caráter do *jus*, da busca da justiça, também está no Direito de forma indireta. Pode-se observar que Direito não era uma *ephisteme*, mas sim uma arte de dizer o justo, o reto. Essa situação é mantida no Direito medieval entre os glosadores.

Até o século XIX, o Direito convive com um duplo estatuto: o Direito natural e o Direito posto. Existem diversas definições de Direito Natural, porém quase todas se referem a um Direito que não se encontra em um ordenamento jurídico, mas que decorre de leis dadas na natureza (seja a natureza divina ou natureza do homem). Com a criação dos Estados nacionais, o Direito que se encontrava disperso começa a ser compilado e unificado, passando a valer em todo o território. Assim, os Estados começam a dizer o Direito por meio de seus soberanos e a estabelecer um ordenamento jurídico. O Direito que passa a valer não é mais o encontrado na natureza, mas aquele declarado, posto pelo soberano. Esse Direito passa ser conhecido como Direito positivado. O Direito positivo ganha estatuto de único Direito aceito no âmbito do Estado. Com o crescimento e a burocratização do Estado, o ordenamento jurídico começa a se agigantar para dar conta dos regramentos necessários aos diversos aspectos da vida humana.

O primeiro movimento que pretende dar um caráter ao Direito que não o de arte é o historicismo, que irá se contrapor ao Direito natural. Tal movimento surge na Alemanha e pretende exaltar a especificidade do homem, o sentido racional da história e o pessimismo antropológico. Esse movimento se volta contra o racionalismo aceito até então. Um dos maiores representantes do

²⁶ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. p, 32.

historicismo é Savigny, que evoca a tradição e o costume como principais fontes do Direito. Gustav Hugo, também representante desse movimento, propõe uma divisão do conhecimento do Direito em: dogmática jurídica, filosofia do Direito e história do Direito.

Quem rivaliza com o historicismo jurídico é um movimento que se forma a partir do positivismo de Comte, o positivismo jurídico, que transfere para a área jurídica as indicações feitas anteriormente para a ciência em geral. Passa-se a exigir do Direito um método rigoroso, neutralidade, uso da descrição etc..

Na medida em que Direito vai se positivando e se tornando Direito estatal, começam a surgir teorias para justificar seu estatuto. A positivação do Direito acaba se encontrando com a noção de ciência positiva. É necessário ressaltar que se trata de movimentos diferentes, um que ditava que as regras que deviam ser declaradas (positivação do Direito), outro que a ciência deveria ganhar um estatuto próprio, independente da teologia e da metafísica (positivismo).

August Comte é um dos principais autores dessa última corrente. Para Comte a humanidade ainda estava na sua infância, não tendo atingido sua maturidade. Comte divide a humanidade em três estágios: teológico, metafísico e positivo. Somente no estado positivo é que o homem tem noção dos seus limites de conhecimento e busca descobrir, através do raciocínio e da observação. O que Comte visa é delimitar os campos do conhecimento, trazer a especialização de cada segmento e implantar um sistema educacional que mantenha e propague esses valores.

A ciência como descrição começa a tomar ares de descompromisso ideológico, com a exacerbação da neutralidade científica. Isso porque para o positivismo o que importava era que fossem seguidas as leis da causalidade, que era a lei que, para essa teoria, pautava a concepção de mundo.

“A imagem do mundo do positivista se orienta para qualquer setor da realidade que compreendemos, com fórmulas e leis da mecânica. Deste ponto de vista, o mundo se oferece como um conjunto de coisas corporais singulares que se influem reciprocamente segundo leis naturais gerais. O mundo não é nenhum organismo, nenhuma totalidade ou forma, nenhuma manifestação do espírito criador, nenhum símbolo absoluto; não é, ao menos para a ‘opinião científica’, mais do que aquilo

que nós percebemos e podemos compreender mediante análises lógicas: um agregado de coisas singulares e de forças amalgamadas exclusivamente e somente pela lei da causalidade que a tudo rege”²⁷.

As ciências que o positivismo tem como parâmetro são as ciências ditas exatas e biológicas, pois se preocupam com objetos possíveis de calcular e descrever objetivamente. Bobbio identifica que o positivismo estabelece essa divisão entre ciências valorativas e as verdadeiras ciências, a partir da distinção de juízos de fato e juízos de valor.

“O motivo dessa distinção e a dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre outro ...”²⁸.

As ciências para terem o status de ciência, buscavam afastar o subjetivismo e se focar no objetivismo. O ideal do sujeito conhecedor do objeto era o sujeito neutro, que não se envolvia e que buscava através de diversos métodos não apresentar seu ponto de vista sobre o objeto. Os pressupostos dessa noção de ciência estavam baseados, em um paradigma dado pela ciência newtoniana.

O Direito começa a ser encarado como um dos ramos dos saberes e surge uma busca frenética de adequar seu estatuto, aos moldes de algumas das ciências. A dificuldade se mostra patente desde o início. A pergunta que surge é qual é o ganho obtido com a mudança de estatuto do Direito? Uma das prováveis causas desse fenômeno é necessidade de uma maior previsibilidade do Direito, proporcionando à sociedade um pretense aumento da segurança. O Direito, assumindo o estatuto de ciência, passa a ser mais previsível, uma vez que a sua interpretação se vê ainda mais controlada. A grande mudança não ocorre na “fabricação” das leis pelo Legislativo, mas sim na sistematização que será dada ao Direito quando este for interpretado pelos juristas, juizes, funcionários judiciais etc..

²⁷ LARENZ, Karl. La filosofía contemporánea del derecho y del Estado. P, 35.

²⁸ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. (Parte II, Cap. I). p, 135.

O positivismo jurídico garante uma pretensa “neutralidade” na interpretação e aplicação das leis. Isso só se dá pois os juristas passam a determinar na doutrina (ou seja, nos livros que comentam as leis) os significados, definições e um método correto para a sua interpretação. Assim, os conteúdos das normas (leis) passam a ser pré-estabelecidos, gerando também uma restrição no universo interpretativo.

Porém, esse padrão de neutralidade passa a ser questionado, uma vez que mesmo nas ciências naturais há um fator ideológico importante em suas pesquisas e resultados. O Direito, como grande parte das ciências humanas, buscava no parâmetro dessas ciências sua base para construir uma metodologia não valorativa, porém o que ficou constatado é que a tarefa era quase impossível, já que partiram de padrões necessariamente valorativos. Bobbio não aponta que as ciências naturais também têm esse caráter valorativo.

A mudança também pode ocorrer nos métodos de interpretação do Direito. Há interpretações que são restritivas e outras que pretendem dar ao conteúdo da norma uma interpretação que amplia as definições. Há interpretações dos mais variados tipos. Cada uma dessas interpretações pode dar ao Direito uma nova apreciação. Portanto, definições, conceitos e interpretações tendem a limitar o conteúdo do Direito. Não é mais qualquer definição de família que se pode adotar, mas somente aquelas estipuladas pelos tribunais e reiteradas pela academia. O controle do sentido da norma passa a ser uma das principais conquistas do positivismo jurídico.

Porém, foi também com o positivismo jurídico que começa a se pensar em uma ciência do Direito em termos gerais. Nos cursos de Direito é possível encontrar duas espécies de matérias, aquelas que têm no título o nome Direito (Direito civil, Direito penal, Direito internacional, etc.) e aquelas que têm no título o nome de outras áreas e que utilizam a palavra Direito como o objeto a ser estudado (filosofia do Direito, história do Direito, sociologia do Direito etc.). As matérias que são eminentemente Direito são aquelas que a partir do positivismo jurídico passam a ter maior importância no currículo. São essas matérias que passam a ser ditas como verdadeira “ciência do Direito”, pois é nelas que a pretensa neutralidade é implantada com mais peso.

Hans Kelsen é um dos principais juristas que leva o positivismo de Comte, para o âmbito do Direito. Kelsen fazia parte do Círculo de Viena que buscava uma nova visão do positivismo, opondo-se a qualquer tipo de metafísica e advogando um enfoque neutro do objeto. Kelsen estabelece, em sua principal obra, a Teoria Pura do Direito, um procedimento para afastar o Direito das outras áreas que estão com ele relacionadas. No prefácio da primeira edição de seu livro, Kelsen comenta que:

“há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto”.²⁹

Kelsen busca delimitar o objeto da ciência do Direito, tirando desse campo tudo quanto não era próprio do Direito. Assim, afasta as relações do Direito com a sociedade, economia e política. Kelsen visa, nos moldes do positivismo, uma ciência pura, ou seja, uma ciência que “propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao Direito”³⁰.

Kelsen atribui ao seu estudo o estatuto de ciência do Direito e não de uma política do Direito, exatamente por tentar excluir dela o caráter ideológico. Ao estabelecer seu método purificador do Direito, Kelsen depara-se com a norma (lei) e conclui que somente a norma é objeto do Direito. O jusfilósofo praguense busca estudar o Direito em um aspecto lógico, em que o objeto de estudo fosse delimitado e passível de observações objetivas. Kelsen pode ser considerado como um jusfilósofo analítico ao buscar fazer uma filosofia com base na lógica, em especial de Frege e Russel.

A teoria de Kelsen vai ser amplamente utilizada no âmbito da academia, pois traz uma justificação do método positivista e eleva o Direito a condição de ciência. A grande dificuldade de Kelsen estava em estabelecer um objeto e um método próprio do Direito. Devido a essas dificuldades, diversos juristas começam a por em dúvida o estatuto de ciência do Direito. Volta-se aqui a questão inicial, se Direito é ciência, que ciência é esta? Não se pode

²⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Prefácio.

³⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. p. 17.

falar em uma ciência aos moldes da física, química, ou mesmo de ciências humanas como história, ciências sociais, ciência política. Dependendo do que for definido como ciência, o Direito poderia ser considerado como ciência ou não.

Começa a ser retomada, depois de Kelsen, uma série de linhas ou programas que ficaram esquecidos ou que foram considerados 'perdedores'. Retoma-se a noção de Direito Natural para impedir que a norma seja interpretada de forma mecânica, sem a consideração de valores éticos e morais. Retoma-se a noção de Direito como retórica, como uma arte da fala e da comunicação. Retoma-se a noção de Direito como técnica, mas também como uma tecnologia.

O caráter científico do Direito não é desafiado na teoria de Bobbio, pois há um rigor no seu estudo, que é dado por uma análise da linguagem e da história dos conceitos. Um dos pontos que Habermas diferencia-se de Bobbio, é que o filósofo alemão, entende que somente com a mudança do conceito de ciência é que se pode fazer uma superação do Direito como é entendido na atualidade. Seguindo a linha da Escola de Frankfurt, Habermas entende que a ciência está colonizada e impede a emancipação e, para chegar até esse patamar, é necessário romper com o próprio conceito de ciência.

Transformando conceitos, Habermas chega à colonização da ciência a partir do conceito de coisificação de Luckács, que se refere ao fetichismo da mercadoria. É de Luckács a afirmação: "... a ciência perde a capacidade de compreender o nascimento e o desaparecimento, o caráter social de sua própria matéria, bem como o das possíveis atitudes a seu respeito e a respeito do seu próprio sistema de formas"³¹. Assim, o positivismo jurídico seria fruto da concepção de Direito ligado ao conceito de ciência. Toda a ciência do Direito, produzida nos moldes de uma ciência racional, seria fruto do positivismo, sendo impossível sua superação a não ser fora desse esquema.

Bobbio não propõe uma mudança radical do Direito e da sociedade, pois sua mudança é dentro dos próprios moldes adotados pelo Estado democrático de Direito. Bobbio propõe apenas mais democracia, enquanto Habermas entende que apenas o aumento quantitativo da democracia não é suficiente para assegurar Direitos que não estão contemplados na estrutura

³¹ LUCKÁCS, Georg. História e Consciência de classe. p. 230.

atual. Bobbio trás uma concepção de Direito que leve em conta uma sociedade capitalista e liberal. Isso não exclui que Bobbio agregue, a esse prato principal, pitadas de idéias socialistas, tornando o prato exótico e confundindo o paladar dos *conoseurs*.

O que aproxima os dois autores, apesar das inúmeras diferenças, é acreditar que a ciência não é neutra. A ciência apresenta valores e demonstra valores. Desse modo é impossível fazer uma ciência que não leve em consideração arcaísmos conceituais e ideológicos prévios. Bobbio e Habermas assumem claramente seu ponto de vista, um garantindo a ordem estatal estabelecida e propondo o aumento da democracia para a melhora da sociedade, outro propondo outra ordem para uma sociedade que busca superar as crises atuais e a emancipação.

Outros autores, como Boaventura Sousa Santos, propõem também uma superação do Direito positivista, porém sem a necessidade de subverter a ordem econômica. Para o filósofo português, que toma conceitos de Thomas Kuhn para pensar a ciência, o Direito da atualidade encontra-se esgotado, porém ainda não surgiu um novo paradigma para ele.

Uma das inovações trazidas por Bobbio no âmbito da metodologia da ciência do Direito foi questionar a limpeza metodológica, proposta por Kelsen, tentando reintroduzir um diálogo com as ciências sociais e com a política. A fronteira entre essas áreas deve deixar de ser uma barreira, para se tornar uma zona de intersecção.

Bobbio também não crê que exista uma só ciência jurídica possível, porém, em diversos momentos defende que há uma ciência tida como hegemônica. Assim, afirma Bobbio:

“Parto de uma premissa nem sempre levada em consideração: não existe uma única ciência jurídica (permitam-me, para abreviar, chamar de ‘ciência jurídica’, ainda que a expressão seja equivocada, a atividade do jurista), mas tantas ‘ciências jurídicas’ quantas são as imagens que o jurista tem de si mesmo e da própria função na sociedade”³².

A sociedade de que parte o jusfilósofo é também determinante de sua ciência, pois ela estabelece limites. Assim, o método utilizado para o conhecimento do Direito também terá limitações históricas, que não são muitas

³² BOBBIO, N. Direito e ciências sociais. In: Da Estrutura à Função. P, 37.

vezes limitações do cientista, mas sim limitações dadas pelas condições de desenvolvimento de uma sociedade³³.

Como em grande parte das definições de Direito, o elemento da sanção está presente, seja como elemento principal ou secundário. Desse modo, há uma direta correlação do conceito de Direito e de ciência escolhidos. Cada autor elege ou cria um conceito de Direito e estabelece uma metodologia para estudar o Direito. No último século a metodologia do Direito dominante foi a do positivismo jurídico, que sofreu muitas críticas teóricas, mas que no campo da aplicação do Direito, ainda parece ser a metodologia dominante.

O Direito, definido como um sistema que tinha como elemento fundamental a norma estatal, não é somente metodologia do Direito, mas passa a configurar-se como conceito do Direito, nos códigos e legislações de diversos países. A necessidade de um Direito com um 'padrão de neutralidade' ainda é ideal de muitos estudiosos do Direito. O Direito que visa aplicar uma pena, castigo ou restrição, ainda é visto por muitos como o grande instrumento para a paz social, muitas vezes como o único.

1.3. Sanção e o papel da ideologia para o Direito

Em quase toda a obra de Bobbio há uma preocupação com a questão da ideologia, em especial quando trata de questões como o Direito. Bobbio ressalta, em grande parte de suas obras, que não há ciência sem que se escolha um ponto de vista, do qual o locutor fala. O jusfilósofo italiano destaca a posição consolidada a partir da teoria kelseniana, que o Direito deve ser apartado de valores, assim como é feito nas ciências naturais.

A crítica ao caráter de neutralidade da teoria do Direito não é muito aparente nas obras de Bobbio de viés kelseniano. Na 'Teoria da Norma Jurídica' e na 'Teoria do Ordenamento Jurídico', Bobbio, em grande parte, repete as fórmulas jurídicas consolidadas pela tradição. Porém, o que moveu Bobbio a romper com o postura kelseniana frente ao Direito como ciência foi, dentre outros fatores, a pretensa neutralidade que essa última exigia.

³³ BOBBIO, N. Túlio Ascarelli. In: Da Estrutura à Função. P, 214.

A neutralidade das ciências humanas pretendia proporcionar um caráter de ciência, ao afastar as ligações com a política e os juízos de valor. Preocupação que teve como grande expoente no Direito, Hans Kelsen, porém que não ficou sozinho. Weber e Pareto também buscavam, de acordo com Bobbio, essa mesma neutralidade. Bobbio comentando sobre a postura da neutralidade positivista de Kelsen afirma:

“Sem jamais ter lido Pareto e sem citar Max Weber, Kelsen perseguia o mesmo objetivo no campo do Direito e tendia a ele confiando na mesma inspiração fundamental, que era a separação entre pesquisa científica e programas políticos e o impedimento de que os juízos de valor corrompessem a pureza da pesquisa”³⁴.

A postura de Kelsen parte de uma valoração negativa de ideologia, relacionando-a com um estudo tendencioso e ligado a uma determinada posição política. Por entender ideologia desse modo, Kelsen não entende como ciência do Direito os estudos de Direito de caráter marxista. A Teoria Geral do Direito proporcionaria que se estudasse um Direito, independente de uma ordem jurídica específica, uma vez que não se preocupa com uma política judiciária. Isso somente ressaltou o caráter da Teoria Geral do Direito, ligado a um formalismo jurídico e ao estudo do Direito positivado.

Wolkmer ao analisar a ideologia em Kelsen, destaca a seguinte posição do jusfilósofo praguense:

“Defendendo a todo custo o chamado princípio da objetividade do conhecimento científico e honrando toda uma tradição teórica alemã (neokantismo), maçada pela rigorosa distinção entre ‘juízos de valor’ e ‘juízos de fato’ (daí a distinção entre política e ciência), Kelsen procura extrair da esfera específica da dogmática jurídica todos os resíduos ideológicos e os princípios transcendentais inerentes às noções de Direito natural, justiça, moral, etc.”³⁵.

Bobbio entende a questão da ideologia em suas obras da maturidade (referente à década de 50 em diante), a partir de uma valoração positiva. Para o jusfilósofo toda ciência, teoria, linguagem, transparece a posição política daquele que fala. Assim, um estudo do Direito sempre será um estudo que tem

³⁴ BOBBIO, N. Estrutura e função na teoria do Direito de Kelsen. In: Da estrutura à função. P, 189.

³⁵ WOLKMER, A. Introdução ao pensamento jurídico crítico. P, 164.

bem delimitado, o falante (estudioso) e o que esse entende sobre seu mundo (conceitos). A questão da objetividade do estudo do Direito passa a ser bem menos importante, ao longo da obra de Bobbio, em especial quando se aproxima da Política.

Para Bobbio, a ideologia transparece mesmo na obra de Kelsen. Para Bobbio a não neutralidade da teoria kelseniana, se dá na aceitação de uma função do Direito que, como parte da teoria, é negada por Kelsen. Em outras palavras, Bobbio critica Kelsen por afirmar que o Direito não deve se preocupar com a sua função. Mesmo não tratando da função, Kelsen não deixa de propor que a função do Direito é a paz ou a segurança social. Isso pode ser visto a partir da seguinte afirmação de Bobbio:

“Não existe uma teoria tão ascética que não deixe intuir elementos ideológicos que nenhuma pureza metodológica chega a eliminar por inteiro. Inclusive a teoria pura do Direito de Kelsen, em que encontrei minha fonte principal de inspiração para uma Teoria Geral do Direito e que sempre tenho presente como modelo, também nos meus escritos de teoria política, toma como ponto de partida o pressuposto, que bem pode ser considerado ideológico, de que o Direito enquanto tal, inclusive se é definido de forma neutra como técnica de organização social, tem uma função social axiologicamente positiva, até o ponto de que pode ser considerado um meio necessário para alcançar e conservar o bem coletivo como a paz interna e a paz internacional”³⁶.

A não negação da ideologia dos estudos de Direito também é cara a Bobbio, devido ao seu conceito de Direito intimamente ligado à política. Em grande parte dos jusfilósofos positivistas, há uma nítida separação de ciência e política. A teoria dominante aceitava a divisão e não encarava a necessidade de um estudo conjunto com bons olhos. O Direito, dependente da política, não poderia ser compatível com um conceito de Direito que buscava, através de seu estatuto de ciência, a neutralidade. Isso não ocorria no período dos estudos ditos jusnaturalistas, pois o Direito não era visto como ciência. Bobbio percorreu diversos caminhos, para tentar manter sua proposta de unir Direito e Política.

³⁶ BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: Teoria e ideologia en el pensamiento de Norberto Bobbio. p. 11.

A busca por uma explicação do Direito de cunho não positivista levou Bobbio primeiramente à teoria da linguagem. Essa busca de superação da teoria kelseniana também estará presente nas obras de Bobbio referentes à teoria da função do Direito. Nessas obras Bobbio afirma não só o caráter ideológico do Direito, mas o caráter ideológico da sanção.

O positivismo jurídico é encarado por Bobbio, dentre os diferentes aspectos, também como uma ideologia, apesar de ter se apresentado sempre como uma teoria. Bobbio diferencia teoria e ideologia nos seguintes termos:

“dissemos que a teoria é a expressão da atitude puramente cognoscitiva que o homem assume perante uma certa realidade e é, portanto, constituída por um conjunto de juízos de fato, que têm a única finalidade de informar os outros acerca de tal realidade. A ideologia, em vez disso, é a expressão do comportamento avaliativo que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm como escopo de influírem sobre tal realidade”³⁷.

Bobbio não deixa de ressaltar que, depois desse debate, o que prevalece hoje é um crescente estudo sobre a ciência política. Isto mostra que as bases que eram amplamente aceitas por aquelas ciências, começam a ser questionadas.

“Hoje sabemos que o nobre castelo das ciências puras estava cheio de impureza ideológica. Por detrás do formalismo jurídico existia o ideal do Direito como ordem, de ordenamento jurídico como promotor e fiador da paz social, do Estado de Direito entendido kantianamente como Estado que não tem outro objetivo além do Direito (e não o bem-estar, a justiça, a felicidade dos súditos), um ideal essencialmente conservador de aceitação do *status quo*, adaptado aos tempos de estabilidade política já alcançada e uma ordem de estabilidade política e social mantida ou desejada imutável”³⁸.

³⁷ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. P. 223.

³⁸ BOBBIO, N. Ensaio sobre ciência política na Itália. p. 26.

Ao destacar o papel da ideologia sempre presente em qualquer tipo de estudo, realçando que o estudo e o Direito são condicionados por uma ideologia, Bobbio buscava explicitar a não neutralidade das ciências e do Direito. O jusfilósofo italiano exerce um papel importante ao afirmar que um Direito sempre apresenta uma concepção ideológica.

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

Desse modo, em Bobbio, as discussões sobre o conceito de sanção, o conceito de Direito, a ideologia e a metodologia estão intimamente ligadas. Um estudo que busque uma metodologia não positivista altera todo o conceito de Direito e, conseqüentemente, o que se entende por sanção. Portanto, neste trabalho, destacam-se as posições metodológicas de Bobbio, que são diferentes em cada fase de sua obra, uma vez que essas são importantes para entender como Bobbio altera seus conceitos e chega a propor um novo modo de se entender a sanção.

2. SANÇÃO NA TRADIÇÃO DOUTRINÁRIA A PARTIR DE BOBBIO

No âmbito dos estudos de Direito, dificilmente há a discussão sobre o papel da sanção no Direito, nem de sua relação e efeitos na sociedade. Tudo parece estabelecido e dificilmente é colocado em dúvida. A sanção existe e está presente no Direito, seja como elemento principal ou secundário. Estudos e mais estudos de Direito repetem sem questionar o mesmo paradigma do século XIX, a saber, a existência de uma sanção jurídica coercitiva.

O que diferencia os estudos de Direito que tratam de sanção é o status desta na definição do Direito. Assim, não são todos os juristas e filósofos que defendem um Direito que tem como elemento principal a sanção. Para alguns, a sanção é um elemento secundário do Direito, que não tem relevância necessária para ser considerada como elemento fundamental da definição de Direito. Entretanto, a sanção é um dos temas centrais para Bobbio, que afirma:

“Sobre o problema da sanção foram derramados rios de tinta pelos clássicos: quase se poderia distinguir os filósofos do Direito do passado e do presente em duas grandes fileiras, das quais uma é aquela dos ‘sancionistas’ e outra a dos ‘não-sancionistas’. Talvez não haja problema da filosofia do Direito que tenha atraído maiores e mais ferozes discussões, e que tenha sido objeto de maiores indagações e reflexões”³⁹.

Isso leva Bobbio a classificar os autores em coativistas e não-coativistas⁴⁰, de acordo com o fato de defenderem, ou não, uma teoria da coatividade do Direito. Adotam a teoria da coação: Christian Thomasius (*Fundamenta juris naturae et gentium*), Kant, Jhering, George Ribert, Del Vecchio (Lições de filosofia do Direito) e Carnelutti (Teoria Geral do Direito),

³⁹ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. (Cap. V, 42). P. 162.

⁴⁰ Prefere-se a tradução do termo utilizado por Bobbio, por coativista, ao invés de sancionista. Isso porque o que se altera não é a existência ou não de sanção, mas sobre o status dessa sanção frente ao Direito. Porém, a obra de Bobbio permite as duas traduções, uma vez que o jusfilósofo não traça uma grande diferenciação entre os dois termos, como é apontado no item 3.1.

Kelsen, Ross. Não adotam essa teoria, segundo Bobbio: Jellineck, August Thon. Há outros autores anti-coativistas como: Trendelenburg e Ahrens⁴¹.

Essa classificação se estende, quando se engloba os autores que se dedicam a uma investigação sociológica do Direito. Não defendem a teoria coercitivistista, nessa linha: Eugen Ehrlich, Roscoe Pound, Durkheim e León Duguit. Porém, há outros autores que, por ter uma definição diversa do que venha a ser o Direito, não entendem o Direito como coação. Esse é o caso dos institucionalistas como Hauriou, Delos e Renard⁴². Também é o caso de juristas puros, como Haesaert, não defensor do coercitivismo, pois para ele a sanção é excepcional⁴³.

Um dos representantes do não coativismo é Ehrlich, para quem a coerção é entendida como um poder que é exercido sobre as pessoas, quando estas estão reunidas em associações, quando estão organizadas. A coerção não é um poder que é exercido só de cima para baixo, ou seja, o poder dos círculos dominantes para o resto da população. Ehrlich se põe a seguinte pergunta: “como as associações sociais podem levar o indivíduo que delas faz parte a seguir suas normas?”⁴⁴. Ele se pergunta sobre o mistério da obediência legal às normas, mesmo quando elas não estão em vigor. A observância às normas não é devida, de acordo com Ehrlich, às penas atribuídas.⁴⁵ A observância às normas é uma espécie de retribuição que a pessoa deve prestar às associações, às comunidades de que se beneficia, seja uma associação profissional, família ou círculo de amigos.

A coação não é atributo da norma jurídica, pois está presente também em outras normas, como as normas da moral, religião, costumes, boas maneiras, moda⁴⁶. A coação pressupõe uma coletividade, é um fator de coesão, logo não se pode pensar na sanção para o indivíduo, não considerado como parte da sociedade.⁴⁷ É a coesão que leva os homens a observarem as leis e não propriamente à pena que possam sofrer⁴⁸. A coação jurídica seria

⁴¹ MATA MACHADO, Edgar de Godói. Direito e Coerção. Cap. 3.

⁴² MATA MACHADO, Edgar de Godói. Direito e Coerção. Cap. 6.

⁴³ MATA MACHADO, Edgar de Godói. Direito e Coerção. p. 178.

⁴⁴ EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. p. 54.

⁴⁵ EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. p. 54.

⁴⁶ EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. p. 54.

⁴⁷ EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. p. 54.

⁴⁸ EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. p. 59.

apenas um elemento, e não o principal, que leva com que os homens cumpram as regras. Para Ehrlich não é o Estado com o Direito que mantém uma sociedade ordenada⁴⁹.

O não coativismo é uma corrente pouco desenvolvida entre os jusfilósofos e entre os juristas. Há um número muito menor de autores não coativistas, se comparado aos coativistas. A sanção se tornou elemento tão comum entre os estudos do Direito, que é difícil pensar em toda estrutura e aparato jurídico sem ela. Um Direito que não faça uso das sanções, ou que a utilize de forma secundária, parece muito distante de ser amplamente adotado.

A sanção é estabelecida no Direito para um motivo, que geralmente é pré-estabelecido. Há quem entenda que a sanção é necessária: para o controle social, para a paz social, para prever comportamentos, para manter a segurança jurídica, para a manutenção do sistema capitalista etc.. Assim, a sanção tem um caráter de perpetuar e manter o *status* de um sistema de normas. Porém outros objetivos poderiam ser estabelecidos para o Direito e com isso seria alterado também o caráter da sanção. Em uma sociedade que se elege como objetivo do Direito a integração social, a fraternidade ou a felicidade, a sanção poderia ter outro sentido ou mesmo não ser utilizada.

Guyau na “Crítica da idéia de sanção” defende que as sanções são inúteis. O filósofo e poeta francês faz essas considerações para o âmbito da moral. Quando se busca uma sociedade mais feliz, não há sentido em punir com um mal aquele que é mau e com um bem aquele que cometeu um bem, isso porque somente tornaria o indivíduo mau, ainda pior. Assim, a sanção para Guyau, “deve, portanto, encontrar-se inteiramente fora das regiões da finalidade e, com mais forte razão, da utilidade”⁵⁰.

A sanção não deve ser utilizada para a expiação, pois o que se busca é um novo conceito de justiça, que não é o distributivo. Guyau aponta para uma sanção em uma sociedade melhor, dizendo que “a justiça estreita e totalmente humana, que recusa o bem a quem já é bastante infeliz por ser culpado, deve ser substituída por outra mais ampla, que ofereça o bem a todos, não somente

⁴⁹ EHRlich, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. p. 61.

⁵⁰ GUYAU, Jean-Marie. Crítica da idéia de sanção. p. 40.

ignorando com que mão ela o dá, mas não querendo saber que mão o recebe”⁵¹.

O não coativismo significa não sancionar, logo isso é mais do que o perdão, uma vez que esse gera um sentimento de dívida/gratidão do perdoado àquele que perdoa e um sentimento de poder desse para com o perdoado. Não sancionar significa o estabelecimento de um outro Direito e não a anarquia como aponta muitos juristas⁵².

Bobbio é um jusfilósofo que entende que a sanção é parte do Direito. Porém, busca uma reformulação da teoria coativista ao propor uma modificação no modo de ver as sanções. Bobbio aceita grande parte da tradição do Direito, que entende ser a sanção necessária para a sociedade e que esta faz parte das normas jurídicas.

O jusfilósofo italiano apresenta uma postura diferente quanto ao tema da sanção nas suas diversas obras. Há uma mudança de foco considerável em cada um de seus livros, dependendo do enfoque utilizado e da fase a qual a obra pertence. Este é um aspecto que deve ser levado em conta, para não relacionar conceitos que não são os mesmos. Apesar de Bobbio sempre falar de sanção, em cada momento de sua obra, ela deve ser entendida de uma específica maneira.

Em seu livro o “Positivismo jurídico”, Bobbio utiliza-se de um método histórico, que recupera autores e a produção sobre a sanção, em diversas épocas, para tratar do tema. Nos livros a “Teoria da norma jurídica” e “Teoria do ordenamento jurídico” o enfoque é da Teoria Geral do Direito, que apresenta a sanção a partir dos cânones formais da ciência do Direito. No livro dedicado à teoria da função do Direito, ou seja, “Da estrutura à função”, a sanção passa a ser elemento principal para um estudo e crítica do Direito. Nesse livro a busca de uma nova sanção também é fundamental para a construção de um Direito mais adequado à sociedade atual.

A questão de um Estado forte e que poderia aplicar sanções, por meio de um Direito instituído de forma sólida, também é outro dos pontos que parece

⁵¹ GUYAU, Jean-Marie. Crítica da idéia de sanção. p, 40.

⁵² Este é o posicionamento de Ricasens Siches no seguinte trecho: “Direito é por essência norma de império inexorável, irresistível, exigência coercitiva. Uma ordem jurídica que consiste somente em um mero dever, cuja essência se esgota em um puro dever ser, porque sem isso não seria propriamente uma ordem jurídica. Direito sem coercitividade é uma condição in adjeto. Por isso em rigor a tese anticoertivista é no fundo anarquismo, ainda que seus defensores não se tenham dado conta”. (p.106)

ter levado Bobbio a estabelecer mais essa dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. A relação é feita por muitos autores, porém nem sempre é necessário o Estado para existir sanções jurídicas. Outras vezes, mesmo a sanção jurídica parece não ser necessária, em especial nas sociedades menos complexas ou sem Estado, em que há um Direito, mas este não está institucionalizado. Antropólogos como Pierre Clastres (*A sociedade contra o Estado*) e Robert Weaver Shirley (*Antropologia Jurídica*), destacam a existência de um Direito sem sanção jurídica e de um Direito sem Estado. Esses autores indicam que a sanção jurídica é substituída por uma outra sanção, que pode ser a sanção social ou moral, que geralmente ataca o ser e a honra do sancionado.

O grande divisor de águas entre os autores do jusnaturalismo e do positivismo jurídico parece ser, para Bobbio, a figura de Kelsen. Assim, diversas posturas relevantes são perdidas ao longo dessa simplificação, uma vez que nem todos os conceitos que levaram ao positivismo jurídico são desenvolvidos pelo próprio Kelsen.

Há uma longa tradição no estudo da sanção na área do Direito e da Filosofia do Direito. Bobbio não recupera toda a tradição, porém, apresenta um panorama considerável sobre o tema. Reconstruir o panorama histórico da sanção é um modo de tentar discutir um dos principais temas do positivismo jurídico, que é a adoção de uma teoria do Direito em que a sanção exerce um papel importante. Por meio da sanção pode-se intuir que tipo de Direito se está adotando como paradigma para a discussão. A presença de um Estado que tem o monopólio do Direito e da coerção tem direta relação com a divisão proposta por Bobbio.

É a partir desse panorama traçado por Bobbio que este estudo inicia a trajetória da sanção em Bobbio. A sanção apresenta, pelo menos, dois momentos distintos: um de adesão à tradição, em que impera a sanção negativa, e outro de crítica e reconstrução do modelo de sanção e do Direito, em que impera a sanção positiva e uma teoria da função do Direito. O conceito de sanção, como está ligado ao de Direito, tem íntima relação com a questão da superação dos paradigmas do positivismo que tanto Bobbio busca.

2.1. Sanção no jusnaturalismo

Entende-se aqui por jusnaturalismo a corrente de pensamento que engloba diversos matizes e escolas, tendo como elemento principal a defesa do Direito natural, em detrimento do Direito positivado. Bobbio diferencia esses dois Direitos por meio de seis critérios, que correspondem respectivamente ao Direito natural e ao positivo: a) universalidade, particularidade; b) imutabilidade, mutabilidade; c) tem como fonte a natureza, fonte é o poder do povo; d) conhecido pela razão, conhecido pela declaração de vontade; e) tem como objeto comportamentos bons ou ruins em si mesmos, tem como objeto o que foi regulado e o comportamento é lícito ou ilícito; f) estabelece o que é bom, estabelece o que é útil⁵³.

A grande preocupação entre autores do jusnaturalismo, o que inclui filósofos e juristas, estava na questão da Justiça, da Liberdade, da Moral etc.. Não existia uma preocupação de se entender o Direito como ciência, que é fruto do positivismo jurídico. A diferença entre a teoria jusnaturalista e a juspositivista não pode ser traduzida somente na primazia do Direito positivado. Há uma questão de fundo mais importante que é a construção do Direito como ciência e do papel do Estado, que necessitava de um Direito que conservasse a ordem política e econômica. Sempre houve sanções no Direito ao longo da história, o que diferencia é que a cada momento a sanção foi utilizada de um modo e com um propósito específico.

Bobbio não estabelece uma marcação muito profunda entre os filósofos do jusnaturalismo, mas não deixa de se referir a esta divisão, quando afirma que sob essa etiqueta escondem-se autores e correntes muito diversas⁵⁴. Por varrer um período longo na história do Direito o jusnaturalismo tem suas fases. Há alguma diferenciação presente no livro “Locke e o Direito Natural”, em que Bobbio distingue o jusnaturalismo de Aristóteles, Hobbes, Locke, Tomás de Aquino e Espinosa.

Bobbio repete, ao longo de suas obras sobre o jusnaturalismo, que esta é uma teoria ética ou meta-ética. O que para Bobbio une os jusnaturalistas não é propriamente um conteúdo comum, mas o método que utilizam. Bobbio

⁵³ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. P, 22 e 23.

⁵⁴ BOBBIO, N. O Caráter do jusnaturalismo. In: Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna. P, 14.

entende como jusnaturalismo o racionalismo ético, que possui as seguintes características:

“a) as leis do mundo moral (e jurídico) não são menos objetivas e universais que aquelas do mundo físico, porque ambas derivam de uma única mente organizadora (postulado ontológico); b) essas leis são conhecidas pelo homem por meio de um exercício rigoroso das capacidades racionais (postulado gnosiológico); c) uma vez conhecidas pelo homem, essas leis tornam-se o motivo determinante da conduta do homem (postulado prático)”⁵⁵.

Wieacker estabelece uma classificação mais elaborada, incluindo autores que não são jusracionalistas. Distingue no jusnaturalismo, os seguintes tipos: jusnaturalismo antigo; jusnaturalismo escolástico e teológico; jusracionalismo, jusracionalismo de cunho histórico⁵⁶.

A questão da sanção também tem relação com a existência de um Estado forte, que possa exigir, por meio da legislação, as sanções. Deste modo, o conceito de um Direito que tenha leis coercitivas somente será corrente quando existir um Estado centralizado e soberano. Durante muitos séculos, o que ocorre é a existência de normas religiosas, jurídicas, sociais e políticas, com praticamente a mesma força e convivendo em um mesmo tempo e espaço. Essa convivência muitas vezes não foi pacífica, pois travava-se de uma disputa de poderes entre os que legislavam. Com o monopólio da legislação nas mãos do Estado cria-se uma ficção de que toda legislação é legislação estatal. Isso permite uma organização do processo e do material legislativo, tornando-o mais acessível e possível de ser exigido.

Nos autores tidos como jusnaturalistas, a questão da sanção não era central, apesar de estar presente. Não havia um Estado para exigir que a sanção jurídica fosse cumprida, assim sua eficácia se matinha no mesmo nível da sanção moral ou religiosa. A sanção precisaria ser institucionalizada para se tornar um elemento importante a ser discutido no âmbito do Direito.

Bobbio, juntamente com quase toda a tradição positivista, entende que a sanção é um dos elementos principais para se definir o Direito. Essa passa a ser importante de ser analisada inclusive nos autores jusnaturalistas, porém,

⁵⁵ BOBBIO, N. Pareto e o Direito Natural. In: Ensaio sobre Ciência Política na Itália. P, 166.

⁵⁶ WIEACKER. História do Direito Privado Moderno. P, 397.

cabe destacar, que eles dificilmente definiam o Direito a partir da sanção ou sanções. A recuperação da discussão da sanção nesses filósofos revela em Bobbio uma preocupação em apontar como a sanção jurídica foi encarada de diversas maneiras. A história é um método largamente utilizado por Bobbio para justificar, dar respaldo às teorias e também para apontar como os padrões de diversos conceitos jurídicos são alterados ao longo do tempo.

Hobbes⁵⁷ apresenta um amplo e acurado estudo sobre as leis da natureza e as leis do homem, porém, não se foca na questão da sanção jurídica como fariam os jusfilósofos do século XIX. No entender do jusfilósofo italiano, Hobbes defende que deve prevalecer a lei do soberano, à medida que somente esta pode garantir a paz social e livrar os homens do estado de natureza⁵⁸. Bobbio associa as leis civis com a justiça, uma vez que, para Hobbes, somente as leis civis podem ser justas. Bobbio entende que Hobbes pode ser considerado um positivista, pois coloca foco nas leis dos homens e não nas leis da natureza⁵⁹.

Essa interpretação de Bobbio é minoritária entre os comentadores do filósofo inglês, que entendem Hobbes como um jusnaturalista, uma vez que as leis do homem são derivadas diretamente das leis da natureza. Desse modo, há uma íntima ligação entre as normas da moral e as normas sociais com as normas jurídicas. Bobbio acredita que Hobbes é um positivista, pois a lei da natureza será positivada no Estado e esta vira lei dos homens, que é a lei do soberano e é esta que, se for descumprida, acarretará sanção.

Bobbio entende que há uma diferença entre os dois tipos de leis em Hobbes e o que as difere é a exigibilidade frente ao Estado soberano, que se dá pela existência de uma sanção estatal. Para Bobbio, a definição de Hobbes de Direito é puramente formal, assemelhando-se aos padrões que serão admitidos no positivismo jurídico. Isso acontece, segundo Bobbio, porque Hobbes “não faz referência nem ao conteúdo, nem ao fim do Direito: não se define o Direito nem com referências às ações que estão disciplinadas ao

⁵⁷ Muitas das idéias e passagens aqui utilizadas são fruto do trabalho apresentado pela autora como tese de mestrado “Contrato como transferência de Direitos em Thomas Hobbes”. PUC-SP, 2003. As considerações de Bobbio sobre o tema são destacadas.

⁵⁸ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P. 59 à 61.

⁵⁹ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P. 58-61

conteúdo de tal disciplina (...), nem com referência aos resultados que o Direito deseja conseguir (...). A definição do Direito é dada apenas com base na autoridade que põe as normas, e portanto com base num elemento puramente formal”⁶⁰. O jusfilósofo italiano conclui, desse formalismo de Hobbes, que há uma sanção forte nas leis dos homens, que é ditada pelo soberano, e essa lei pode ter, portanto, um caráter de um comando.

Há em Hobbes a utilização do conceito Direito com diferentes significados. O termo Direito no *Leviatã* não é um termo unívoco. Direito pode-se referir ao Direito natural ou ao Direito positivado. Quando Hobbes trata do Direito, como Direito natural, o Direito é definido como: “liberdade de fazer ou de omitir”⁶¹. É desse Direito que o súdito, ao estabelecer o contrato social para a formação do Estado, tem de abrir mão. Como é um Direito de liberdade, e esta não pode existir plenamente no Estado civil, é necessário que o súdito transfira seus Direitos de natureza para o soberano. O soberano, por outro lado, é o único que permanece com os Direitos de natureza. Hobbes define como Direito de natureza:

“a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja, da sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim”⁶².

Hobbes refere-se também ao Direito positivado, ou seja, aquele que é posto pelo soberano como Direito estatal. É nesse sentido que Hobbes diferencia lei e Direito, no capítulo XIV do *Leviatã*. Hobbes afirma que: “Direito consiste na liberdade de fazer ou omitir, ao passo que a lei e o Direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma matéria”⁶³. No capítulo XXVI, que trata das leis civis, Hobbes refere-se ao Direito no seu sentido positivado. Desta maneira há uma diferenciação entre leis naturais e leis civis em Hobbes. Leis civis são entendidas como: “aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente da sua vontade, para usar como critério de

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. p, 36.

⁶¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã* (cap. XIV) p, 115.

⁶² HOBBS, Thomas. *Leviatã* (cap. XIV) p, 115.

⁶³ HOBBS, Thomas. *Leviatã* (cap. XIV) p, 115.

distinção entre o bem e o mal, isto é, do que é contrário à regra”⁶⁴. Essas são as leis que vigem no Estado, leis positivadas.

Hobbes trás importantes considerações sobre o tema da sanção porque é um dos filósofos políticos que unem este conceito ao de Estado. Nele não há um Direito dissociado de questões morais, porém estas já não são dependentes da religião. A razão e a linguagem são instrumentos importantes para que o homem se torne um homem político, pois vive em sociedade e sob um governo. A prudência não é suficiente para que o homem atinja a paz social, que somente é possível com o surgimento do Estado soberano.

“As obras de Hobbes foram frequentemente acusadas de proclamar o poder como força, muitas vezes física (*vis*), que era exercida pelo soberano contra o súdito. A força exercida pelo soberano para manter o Estado civil, se opõe à força existente no estado de natureza. A força do Estado é justificada, pois essa é uma força regrada, enquanto que no estado de natureza todos podem exercê-la, instaurando a guerra de todos contra todos”⁶⁵.

“Hobbes não descarta a força como um elemento do poder, porém destaca que somente força não basta para o exercício do poder. Do mesmo modo como não basta o medo para deixar-se ser governado, é preciso crença em uma sociedade melhor, o que para Hobbes seria o estado civil. Somente a força não consegue manter o Estado, nem sob a espada. Nesse ponto é imprescindível o Direito positivo (...). Hobbes percebe a importância do Direito como aquele que vai regular como essa força vai ser exercida e proporcionar um controle da sociedade, permitindo com isso o controle do caos e a busca da paz. Não é sem motivo que Hobbes cola a lei positiva e a força, na figura do Estado. Ao fazer isso Hobbes desnuda o papel do Direito positivo, mostrando algumas de suas engrenagens: o poder, força e persuasão”⁶⁶.

Hobbes, além da coerção via sanção do soberano, entende que há outros tipos de direção de comportamentos. Outras formas de se conseguir a obediência dos súditos além da sanção são a educação e a persuasão. Essas não se dão a partir da sanção estatal, mas sim através do poder de convencimento do soberano, que é exercido pela linguagem. Para Hobbes, a

⁶⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã* (cap. XXVI) p, 217.

⁶⁵ SALGADO, Gisele Mascarelli. *Contrato como transferência de Direitos em Thomas Hobbes*. P.154

⁶⁶ SALGADO, Gisele Mascarelli. *Contrato como transferência de Direitos em Thomas Hobbes*. P.155.

espada não supera o poder da persuasão dos súditos para o cumprimento das normas, mas atua conjuntamente a este. Esses dois tipos de poder, um por meio da linguagem e outro da força física, são os meios para que o Estado atinja a paz entre os súditos e também a liberdade em sociedade civil, que é a verdadeira liberdade.

O papel atribuído à linguagem por Hobbes permite que essa seja considerada também como um elemento de poder. Assim, a linguagem do soberano é que propicia a direção dos súditos para uma conduta social desejada pelo Estado. Com isso, Hobbes entende que a persuasão é tão importante quanto a sanção. A persuasão não é feita por meio de sanções positivas, como vai apontar Bobbio. Porém, há o destaque para um papel do Estado, que é o de dirigir através de outros meios que a coação direta via força física.

Bobbio entende que Kant também traz importante contribuição para o conceito de sanção. Kant já faz parte de um jusnaturalismo que buscava uma independência entre as leis da religião e as leis da razão, construindo um Direito que fundamentava de forma independente suas regras⁶⁷. Porém, Kant não faz uma distinção radical entre Direito e Moral. Suas considerações sobre Direito estão em seu livro 'Metafísica dos Costumes', que tem como uma outra parte a 'Doutrina da Virtude'.

Porém, é interessante destacar que a interpretação que Bobbio faz de Kant, é bem peculiar, distinguindo Moral e Direito. Isso leva a uma interpretação sobre a questão da sanção em Kant muito distinta de outros autores. A obra escolhida por Bobbio para analisar Kant, é a Metafísica dos Costumes (Doutrina do Direito). O jusfilósofo italiano afirma, sobre a questão do Direito em Kant que:

“O que distingue o Direito da moral é precisamente o fato, que enquanto o primeiro é coercitivo, a segunda não o é; esta relação diversa do Direito e da moral com a coerção deriva da natureza diversa do ato jurídico e do ato moral; o ato jurídico consiste puramente na conformação ser obtida mediante a força não nega a juridicidade do ato; o ato moral consiste, ao contrário, na adesão à norma e, assim, o fato de tal conformação ser obtida

⁶⁷ KANT, E. Doutrina do Direito. P, 44-45.

mediante a força não nega a juridicidade do ato; o ato moral consiste, ao contrário, na adesão à norma por respeito à própria norma, não podendo, pois ser, obtido mediante a força, porque esta não obtém a adesão interna necessária para a moralidade do ato⁶⁸.

Bobbio conclui dizendo que, em Kant, "a coação se concilia com a norma jurídica porque esta é heterônoma, mas não com a norma moral, porque esta é autônoma"⁶⁹.

Direito e Moral são âmbitos que estão entrelaçados e o que os diferencia não é propriamente a sanção, mas sim o "fundamento subjetivo que determina a vontade no processo da ação"⁷⁰. Esse fundamento é, na ética, o dever, que se resume no respeito pela lei moral. Já no Direito, o fundamento não é apenas o dever, mas também a sanção, que é um tipo de dever externo. Apesar de diferentes, as leis morais e as leis jurídicas são parte da doutrina dos costumes, devem levar em consideração a autonomia da vontade e o princípio do imperativo categórico.

Desse modo, é possível afirmar que, para Kant, toda legislação tem duas partes, uma que faz da ação um dever e outra que faz do dever um motivo. "A legislação que de uma ação faz um dever e que ao mesmo tempo dá tal dever por motivo, é a legislação moral. No entanto, aquela que não faz entrar o motivo da lei, que conseqüentemente, permite outro motivo à Idéia do próprio dever, é a legislação jurídica"⁷¹. A diferença também é dada pela possibilidade dos deveres de Direito terem uma legislação exterior e os deveres da virtude ou ética terem uma legislação interior⁷².

As duas legislações têm como fundamento a autonomia da vontade e também ambas tem como princípio o imperativo categórico, que é assim expresso: "Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal"⁷³. Como conseqüência, a lei universal do Direito é expressa do seguinte modo: "age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos, segundo uma

⁶⁸ BOBBIO, N. O positivismo jurídico (Parte II, cap. II, 38). p, 152.

⁶⁹ BOBBIO, N. O positivismo jurídico (Parte II, cap. II, 38). p, 152.

⁷⁰ TERRA, Ricardo. Kant e o Direito. P, 14.

⁷¹ KANT. Doutrina do Direito. P, 30

⁷² KANT. Doutrina do Direito. P, 57.

⁷³ KANT. Fundamentação. P, 59.

lei universal"⁷⁴. Para Kant, a liberdade do homem só é possível quando este respeita o imperativo categórico, o que parece paradoxal, pois a liberdade se dá exatamente porque o homem está obrigado às leis e não porque não as tem de cumprir. A liberdade é uma condição da lei moral e é a única dessas que é acessível ao conhecimento humano.

Kant não nega que a diferença se dá pela coerção do Direito, tanto é que inaugura, na Doutrina da coação, a coercitividade que é a coação em ato, onde antes só havia a coercibilidade (coação em potência), mas não deixa de ressaltar que no Direito há a coerção com a liberdade. É possível ver em Kant um Direito elaborado, não somente ligado a idéia de coação, como aponta Bobbio⁷⁵. É essa noção elaborada de Direito de Kant que vai ser resgatada para o desenvolvimento de algumas teorias da justiça.

Grotius não se utilizava da sanção para estabelecer o conceito de Direito. Bobbio aponta que na obra "*De jure belli ac pacis*", Grotius faz distinção entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* que se refere respectivamente à justiça atribuidora e a justiça executora⁷⁶. Grotius trata da pena como um mal que é dado àquele que cometeu um mal. Na terminologia de Bobbio, é possível dizer que Grotius apenas se refere à sanção negativa, pois somente destaca a pena. Essa tem um caráter ao mesmo tempo de punição e de prevenção a outros atos ilícitos. O caráter de prevenção da punição é um aspecto importante, uma vez que para Grotius, o infrator pode ser perdoado, sem com isso afetar a existência da pena. Grotius repete a máxima de Sêneca que diz : "nenhum homem sábio pune porque o erro foi cometido, mas a fim de que o erro não seja cometido..."⁷⁷. Grotius defende que pelo Direito natural a punição está disponível a qualquer homem, porém o Direito divino e o Direito civil restringem essa possibilidade.

Jeremy Bentham é outro dos filósofos relacionados por Bobbio ao tratar da sanção. Bentham apresentou um papel importante na configuração moderna do Direito, pois elaborou uma teoria sobre a codificação, sendo

⁷⁴ KANT. Doutrina do Direito. P, 46.

⁷⁵ BOBBIO, N. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. P, 123.

⁷⁶ BOBBIO, N. Positivismo Jurídico. P, 148.

⁷⁷ GROTIUS, H. Sobre os Direitos da guerra e paz. P, 96.

chamado por isso de o “Newton da Legislação”⁷⁸. Segundo Bobbio, Bentham não era propriamente um jusnaturalista, uma vez que essa doutrina de cunho iluminista confrontava-se às suas convicções empiristas. Busca estabelecer, como os jusnaturalistas, uma ética objetiva, que poderia ser deduzida e verificada cientificamente⁷⁹. Porém, Bentham apresenta algumas características do iluminismo, como a defesa de que as leis fossem claras e concisas⁸⁰.

É de se ressaltar aqui a preocupação que o filósofo inglês teve não só com a codificação e sistematização das leis e do judiciário, mas também em relação às penas. Essas ‘sanções negativas’ que buscavam restringir a liberdade deveriam ser cumpridas em estabelecimentos especiais, em que imperava a vigilância, o controle, e a violência sobre os corpos do condenado era diminuída. Esse sistema foi denominado de Panóptico, que era um edifício circular com celas individuais controladas por uma torre central, que permitia um controle máximo do controlador sob o controlado, permitindo tudo ver sem ser visto⁸¹.

O panóptico foi idealizado inicialmente como um projeto para uma prisão, porém o próprio Bentham, no título do livro que dá nome ao seu sistema, indica que a construção é “aplicável a qualquer sorte de estabelecimento, no qual pessoas de qualquer tipo necessitem ser mantidas sob inspeção; em particular às casas penitenciárias, prisões, casas de indústrias, casas de trabalho, casas para pobres, manufaturas, hospícios, lazaretos, hospitais e escolas”⁸². Bentham buscava através desse sistema uma racionalização para que se obtivesse uma diminuição da dor e maximização dos prazeres dos indivíduos.

É através desse cálculo dos sentimentos que Bentham procura reconstruir as idéias do Direito natural, estudando os prazeres, os castigos e recompensas, a partir de uma visão utilitarista. Em sua obra “Princípios da Moral e da Legislação”, o filósofo entende que há quatro tipos de sanções, que tem como molas a dor e o prazer: sanção física, sanção moral, sanção política

⁷⁸ BOBBIO, N. O positivismo jurídico (Parte I, cap. IV, 23). p. 91.

⁷⁹ BOBBIO, N. O positivismo jurídico (Parte I, cap. IV, 23). p. 92.

⁸⁰ BOBBIO, N. O positivismo jurídico (Parte I, cap. IV, 23). p. 92.

⁸¹ BENTHAM, J. O Panóptico. Carta II. P, 18 - 20

⁸² BENTHAM, J. O Panóptico. Título original. P, 13.

e sanção religiosa⁸³. Bentham introduz um método para medir o prazer ou a dor, estabelecer uma proporcionalidade entre as punições e os crimes, apresentando inclusive casos em que não se caberia punir.

Cesare Beccaria não é citado por Bobbio quando trata da teoria coercitiva, mas não é esquecido por Bobbio em outros de seus textos. Beccaria trás interessantes considerações sobre a sanção. Beccaria está inserido dentre os jusnaturalistas, pois há o predomínio da lei natural sobre a lei positivada. Há uma grande preocupação de se estruturar as sanções, em especial as penas. Beccaria busca responder diversas perguntas que permanecerão até os dias atuais: “em que se funda o Direito de punir? Quais as punições que se devem aplicar aos diferentes crimes? A pena de morte será realmente útil, necessária, imprescindível para a segurança e a estabilidade social? Serão justos os tormentos e as torturas? Levarão o fim proposto pelas leis? Quais são os meios mais apropriados para prevenir os delitos? As mesmas penas serão, igualmente úteis em todas as épocas? Qual a influência que exercem sobre os costumes?”⁸⁴.

O Direito de punir não advém do Estado, mas sim da reunião de pequenas parcelas das liberdades dadas pelos súditos, para poder ter segurança. Parte da liberdade é sacrificada, porém essa parte deve ser sempre a menor possível e para alcançar a maior segurança possível⁸⁵. Para que o Direito de punir seja exercido é necessário que o crime esteja estabelecido em lei penal e não apenas em convenções. Isso visava dar garantia de uma cominação anterior e um processo justo.

As penas deveriam ser moderadas e serem aplicadas com proporcionalidade. Beccaria resume nas seguintes palavras suas considerações sobre como deveria ser a pena: “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”⁸⁶.

⁸³ BENTHAM, J. Princípios da Moral e da Legislação. In: Os pensadores. P, 13.

⁸⁴ BECCARIA, C. Dos delitos e das Penas. P, 13

⁸⁵ BECCARIA, C. Dos delitos e das Penas. P, 15.

⁸⁶ BECCARIA, C. Dos delitos e das Penas. P, 97.

Christian Thomasius é tido por Bobbio como um dos primeiros pioneiros da teoria coercitiva do Direito, pertencendo à corrente dos jusnaturalistas racionalistas⁸⁷. Thomasius escreveu “*Intitutiones jurisprudentiae divinae*” (1688) de inspiração pufendorfiana e “*Fundamenta juris naturae et gentium*” (1705), sendo que é nessa última que ele desenvolve a questão da relação entre coerção e Direito. Thomasius muda muito de opinião ao longo de sua vida intelectual, existindo uma relevante variação de conceitos. Porém, em quase todas as obras de Thomasius a questão da religião está presente, mas não há uma adesão e sim uma forte crítica à escolástica⁸⁸.

Para Bobbio, Thomasius distingue as normas da esfera ética, das normas com coerção, porém não há propriamente uma bipartição entre a esfera do Direito e da Moral, mas uma tripartição. Thomasius distingue as condutas humanas em três categorias: *honestum*, *justum* e *decorum*, com as seguintes máximas respectivamente: faz por mim o que quer que os outros façam por si mesmos; faz aos outros o que quer que os outros façam a ti; não faz aos outros o que não quer que os outros façam a ti⁸⁹.

Segundo Bobbio, o Direito na definição de Thomasius tem como características: regular a exterioridade da ação, regular ações intersubjetivas e valer-se da força⁹⁰. “O Direito coincide com as normas referentes à esfera do *justum*, enquanto que o *honestum* e o *decorum* compreendem todas as ações que o homem realiza para cumprir um dever consigo mesmo, refira-se tal dever ao próprio sujeito agente (...) ou refira-se tal dever a outros sujeitos...”⁹¹.

Thomasius não trata diretamente da questão da sanção, porém ao enfatizar o papel do Direito de regular as condutas humanas através da força, é um dos primeiros a esboçar uma teoria coercitiva do Direito. Sua influência foi tamanha que leva Bobbio ao seguinte comentário: “Depois de Thomasius ter transformado a distinção entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* na distinção entre Direito (*justum*) e moral (*honestum* e *decorum*), no desenvolvimento posterior do pensamento jurídico, Direito e coação se tornaram dois termos

⁸⁷ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. (Parte II, cap. II, 37). P, 147 à 150.

⁸⁸ THOMASIIUS, Cristian. Introdução. Enssays of church, State and Politics. P, X – XV.

⁸⁹ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. P, 149 e 150 e Teoria da Norma Jurídica. P, 109 a 111.

⁹⁰ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. P, 150.

⁹¹ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. P, 149.

quase indissolúveis⁹². Ele é um dos autores mais destacados por Bobbio, quando trata da teoria coercitiva no jusnaturalismo.

2.2. Sanção no positivismo jurídico

Bobbio em seu texto “O positivismo jurídico” apresenta através de seu método analítico a diferenciação de pelo menos três tipos de positivismo: positivismo entendido como método, como técnica e como ideologia.

O jusfilósofo italiano não traça maiores diferenças entre os juristas que tratam do positivismo como Direito posto. O Direito positivo nesse sentido é diferente do positivismo jurídico. “O conceito de Direito positivo, positivismo, provém (...) de *legem ponere*; *ius positum* é o Direito legal, *ius positivum* a ordem jurídica baseada na postura (edição legal)”⁹³.

Há autores que defendem uma classificação do positivismo, em positivismo lógico e positivismo racional. Wieacker entende que o positivismo científico do século XIX não se confunde com o positivismo legalista, nem com o positivismo comteano, sendo melhor denominado de formalismo científico⁹⁴. Esse não é o entendimento de Bobbio, que distingue o positivismo do formalismo.

Kaufman entende que no positivismo jurídico empírico, que surge na segunda metade do século XIX, pode ser feita ainda uma diferenciação entre: positivismo jurídico psicológico, de Ernst Rudolf Bierling, que concebe o Direito como um fato da realidade sensível; e positivismo jurídico sociológico, de Jhering e Max Weber, que concebe o Direito como fato do mundo exterior⁹⁵.

Bobbio não faz maiores diferenciações em seus textos, tratando a ampla gama de autores que podem ser considerados juspositivistas. Das poucas referências que faz à diferenciação do positivismo, Bobbio traz um esclarecimento sobre os termos, preferindo chamar de positivismo ético, o que se chama de positivismo jurídico, para evidenciar o caráter não científico, mas sim moral ou ideológico. Esse positivismo ético apresenta sua forma moderada

⁹² BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico (Parte II, cap. II, 38). p. 151.

⁹³ WIEACKER, F. História do Direito Privado Moderno. Nota 5, P, 493

⁹⁴ WIEACKER, F. História do Direito Privado Moderno. P, 493

⁹⁵ KAUFMANN, A. Filosofia do Direito. p, 21.

e tradicional. Bobbio também chama a atenção para a vertente histórica do positivismo, que tem relação com o pensamento filosófico alemão da primeira metade do século XIX, ressaltado especialmente por Hegel⁹⁶. São características do positivismo jurídico, segundo Bobbio:

“definição do Direito do ponto de vista da coação, teoria imperativista da norma jurídica, primado da lei, isto é, da vontade geral, sobre todas as outras fontes de produção jurídica, teoria da completude (e, por vezes também da coerência) do ordenamento jurídico, teoria mecanicista da interpretação”⁹⁷.

A sanção é definida por Bobbio no positivismo jurídico de forma tradicional, ou seja, como resposta a uma conduta humana contrária ao estabelecido pelo Direito. Savigny faz parte da escola histórica do Direito, porém apresenta elementos fundadores do positivismo, que serão interessantes para Jhering e Kelsen, e por isso está aqui retratado ao lado daqueles.

Savigny é tido como um dos fundadores da escola histórica do Direito. Porém, Savigny também se destaca por ter formulado o Direito tal como a sociedade atualmente o concebe, introduzindo o primado do Direito positivado. O Direito tem como objeto de sua ciência as seleções normativas existentes em uma dada sociedade, mediante a chancela formal do Estado⁹⁸. O primado do Direito positivado já era conhecido por alguns autores durante o jusnaturalismo, porém Savigny introduz esse primado no âmbito de uma construção da ciência do Direito. Essa ciência é formada pela interpretação, construção do Direito positivado e pode ser traduzida na história do Direito⁹⁹.

O Direito positivado passa a ser ponto de partida e chegada para a reflexão científica. Dessa maneira forma-se um círculo para a explicação do Direito, isso porque somente o Direito positivado seria objeto da ciência do Direito. Esse círculo faz com que a ciência do Direito somente foque no Direito Estatal, uma vez que outros Direitos não são levados em consideração. Em

⁹⁶ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. (Parte II, Introdução). P,133.

⁹⁷ BOBBIO, N. Túlio Ascarelli. In: Da Estrutura à Função. P, 242. e O Positivismo Jurídico (Parte II, Introdução, 131)

⁹⁸ DE GIORGIO, Raffaele. Scienza do Diritto e Legitimazione. P, 29.

⁹⁹ DE GIORGIO, Raffaele. Scienza do Diritto e Legitimazione. P, 31.

Savigny há uma confusão de metodologia e teoria, que só será resolvida em Kelsen, que separa os termos e pode propor uma neutralidade da ciência do Direito¹⁰⁰.

Jhering tem como uma de suas principais questões a sanção e a coação, não só no âmbito do Direito, estudando também a coação moral, física e psicológica. O Estado tem um papel importante, pois é ele quem organiza a coerção. Isso leva Jhering à seguinte afirmação: “Para realizar seus fins, o Estado imita a natureza: procede pela coação direta ou mecânica, e pela coação indireta ou psicológica”¹⁰¹. O Estado será definido como organizador da força e única fonte do Direito: “porque as normas que não podem ser impostas por quem as estabelece, não são regras de Direito”¹⁰².

Bobbio afirma que “segundo Jhering, a categoria fundamental para interpretar o mundo das ações humanas é a finalidade...”¹⁰³. Há quatro categorias fundamentais das ações humanas, para Jhering: “a) o ganho (Lohn) e a coação (Zwang) que caracterizam respectivamente a esfera do econômico e a esfera do jurídico. A atividade econômica é uma atividade dirigida para a obtenção de um ganho; a jurídica é dirigida para evitar uma consequência desagradável (a pena); b) o sentimento do dever e do amor que caracterizam as esferas das atividades éticas”¹⁰⁴.

A ação do indivíduo também não é negligenciada, uma vez que há um fim individual e um fim da sociedade, cada um com um motor específico. A coação é entendida por Jhering como um motor egoísta do movimento social. “A coação, tomada a palavra em sentido geral, consiste na realização de um fim por meio do constrangimento de uma vontade estranha. A coação supõe ativa e passivamente um ser vivo dotado de vontade”¹⁰⁵. Há dois tipos de coação: coação mecânica e coação psicológica.

O Direito e a força não estão dissociados, o que leva Jhering a afirmar que: o Direito é a política da força. Quando o Direito consegue manter a sociedade em ordem a força não aparece, porém quando essa tarefa não é

¹⁰⁰ GIORGIO, Raffaele. *Scienza do Diritto e Legittimazione*. P, 44.

¹⁰¹ JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. p, 53.

¹⁰² JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. p, 254.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico (Parte II, cap. II, 38)*. p, 153.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico (Parte II, cap. II, 38)*. p, 153.

¹⁰⁵ JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. p, 199.

realizada ela emerge. Essa conciliação entre os dois elementos só é possível graças ao motor do egoísmo, o que leva o jusfilósofo a afirmar: “O trabalho do egoísmo consiste em conciliar os dois elementos que constituem a noção do Direito: a norma e a força. Para isso abrem-se-lhe dois caminhos: a norma terminando na força, a força terminando em a norma”¹⁰⁶.

Jhering apresenta a força como elemento necessário ao Direito, para que se tenha a força justa. Porém, quando o Direito não pode manter a sociedade, surge a força, mas sem o Direito. A força, no entender de Jhering, é mais forte que o Direito: “A força pode, em caso de necessidade, viver sem o Direito, como já o tem provado; o Direito sem a força é uma palavra sem sentido. Só a força realiza as normas de Direito, e faz deste o que ele é e deve ser”¹⁰⁷.

A coação é parte integrante do Direito para Jhering, fazendo parte do seu conceito: “O Direito pode, em meu entender, definir-se exatamente - o conjunto de normas em virtude das quais, num Estado, se exerce a coação”¹⁰⁸. Isso leva Bobbio a classificar Jhering como filósofo que defende a teoria da coatividade, sem coação não há Direito para Jhering, o que pode ser visto na seguinte afirmação: “A coação exercida pelo Estado constitui o critério absoluto do Direito; uma regra de Direito desprovida de coação jurídica é um contra-senso: é um fogo que não queima, um facho que não alumia”¹⁰⁹.

Jhering busca um método de universalidade da ciência jurídica através de análises lógicas, visando à simplificação do material jurídico, através de três operações básicas: a) análise jurídica para decompor o material jurídico em elementos simples, b) síntese para recompor o que foi decomposto, e construção de princípios, c) visão de conjunto dos dados e produção de dados, através da noção de ordenamento sistemático.¹¹⁰

De Giorgi destaca que foi Jhering um dos primeiros jusfilósofos a propor que fossem utilizadas abstrações e, com isso, permitiu a universalidade da ciência do Direito¹¹¹. Esse vai ser um dos fatores primordiais para que se possa desenvolver uma Teoria Geral do Direito, em que não há uma preocupação

¹⁰⁶ JHERING, Rudolf von. A Evolução do Direito. p, 208.

¹⁰⁷ JHERING, Rudolf von. A Evolução do Direito. p, 211.

¹⁰⁸ JHERING, Rudolf von. A Evolução do Direito. p, 256.

¹⁰⁹ JHERING, Rudolf von. A Evolução do Direito. p, 257.

¹¹⁰ BOBBIO, N. Positivismo Jurídico. (Parte I, Cap IV , 31) p, 122- 127.

¹¹¹ DE GIORGI, Raffaele. Scienza del Diritto e Legittimazione. P, 70.

com as normas específicas e suas especificidades, mas sim de como estão sistematizadas e como se estruturam. O jusfilósofo alemão pode ser considerado um imperativista, porém não define o Direito como coação, mas considera a coação como um dos elementos do conceito de Direito. Isso leva Tércio Sampaio, comentando a teoria da norma de Jhering, a dizer:

“A norma de Jhering, porém, não se confunde com a coação, a norma é dotada de coação, mas ela mesma não chega a ser uma coação, a norma é um imperativo, é apenas um comando, a coação vem depois, pelo descumprimento. Não obstante a coação é um elemento fundamental do Direito e da concepção jurídica da norma. Kelsen já no século XX, vai dizer que a norma é um imperativo sobre a coação. Enquanto Jhering é um pensamento expresso em uma preposição, Kelsen vai dizer que a norma tem por conteúdo a coação, ela diz algo sobre a coação”¹¹².

Bobbio utiliza-se muito da teoria de Jhering para se contrapor à teoria kelseniana, chegando a incentivar a tradução da obra “A finalidade do Direito”, traduzida também no Brasil como “A evolução do Direito”. O interesse de Bobbio pela teoria de Jhering estava na relevância que o jusfilósofo alemão dava à função. Essa mudança de interesses leva um dos comentadores de Bobbio, Mario Losano, a dizer: “cada vez com maior frequência nos escritos de Bobbio a concepção sistemática de Kelsen era contraposta à concepção sociológica de Jhering, na qual a função promocional do Direito tem uma posição de particular relevo”¹¹³.

Kelsen e Alf Ross são considerados autores que fazem a formulação moderna da teoria da coação. Nesse sentido, dirá Bobbio: “Para a teoria moderna, a coerção é o objeto das normas jurídicas ou, em outros termos, o Direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa”¹¹⁴. Kelsen é utilizado por Bobbio como contraponto, em grande parte das suas obras, para ressaltar discordâncias com o jusfilósofo praguense, mas também para ressaltar as importantes modificações no estudo do Direito, propostas por

¹¹² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A Teoria da Norma Jurídica em Rudolf von Jhering. In: Jhering no Brasil. P. 216- 217.

¹¹³ LOSANO, Mário. Prefácio à Edição brasileira. In: Da estrutura à função. p. XL.

¹¹⁴ BOBBIO, N. O positivismo jurídico (Parte II, cap. II, 39). p. 155.

Kelsen. Alf Ross e outros jusfilósofos da escola realista de Direito são também utilizados por Bobbio para auxiliar na sua discussão com Kelsen.

Kelsen apresenta diferentes noções de sanção em suas obras, porém todas elas têm relação direta com a coerção. Assim, dirá Kelsen: “Direito é essencialmente ordem de coação. Prescreve uma certa conduta de modo que, como consequência, liga um ato de coação à conduta contrária do ser-devido”¹¹⁵. Três obras de Kelsen serão destacadas: Teoria Pura do Direito (segunda edição), Teoria Geral do Direito e do Estado e Teoria da Norma Jurídica.

Na ‘Teoria Pura do Direito’ a sanção está alocada na primeira parte da obra, denominada Direito. Essa parte se divide em duas: estática jurídica e dinâmica jurídica. É na estática jurídica que Kelsen define o conceito de Direito, que se relaciona diretamente com a questão da sanção. É no primeiro capítulo denominado “O conceito de Direito”, que Kelsen apresenta suas concepções mais relevantes sobre sanção. Kelsen afirma que o Direito é “uma ordem da conduta humana. Uma ordem é um sistema de regras (...) É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade de que entendemos por sistema”¹¹⁶.

O Direito por ser entendido como um sistema permite a Kelsen diferenciar normas jurídicas autônomas e normas jurídicas não-autônomas. As primeiras são aquelas que têm expressa a sanção devida para a conduta contrária à norma. Há diversos tipos de normas jurídicas não-autônomas: as que precisam de outra norma para regular a conduta ilícita, uma sanção, e aquelas que permitem positivamente uma conduta (esse é o caso, por exemplo, da norma que permite a legítima defesa), normas derogatórias, normas que conferem competência para realizar uma determinada conduta (é o caso de normas que conferem competência para a produção de normas jurídicas gerais, normas da Constituição que regulam procedimento legislativo etc.), normas que determinam com maior exatidão o sentido de outras normas, definindo um conceito utilizado na formulação de uma outra norma ou interpretando autenticamente uma norma.

¹¹⁵ KELSEN, Hans. Teoria da Norma. p, 30.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 5.

A noção de sistema jurídico também propicia a Kelsen diferenciar normas primárias e secundárias. Essa classificação é que permite Kelsen distinguir as regras do Direito e as da Moral. Kelsen aponta uma diferença no seu pensamento quanto à relação das normas primárias e secundárias da moral e do Direito. Distingue dois tipos de normas: as que impõem uma determinada conduta (normas primárias) e as que estatuem sanção para hipótese de não cumprimento da conduta (normas secundárias). Esses dois tipos de norma formam, no que se refere às normas jurídicas, uma unidade. No Direito a norma secundária não precisa ser expressamente formulada, como no caso da Moral. Quanto à relação de norma jurídica e sanção, Kelsen afirma:

“Nisto se expressa o decisivo papel que a sanção existente num ato de coação desempenha no Direito como uma ordem de coação. A estatuição desta sanção é tão essencial que se pode dizer: o Direito impõe uma conduta determinada somente por ligar à conduta contrária um ato de coação como sanção, de modo que uma certa conduta somente depois de imposta pode ser considerada como conteúdo de um dever jurídico, quando o oposto é a condição à qual uma norma liga uma sanção”¹¹⁷.

Kelsen não diferencia a Moral e o Direito a partir da classificação tradicional, de normas com sanção interna e normas com sanção externa, isto porque, para o jusfilósofo praguense, ambas são normas de conduta. O que diferencia o Direito não é o tipo de sanção, mas que a sanção jurídica está garantida pelo Estado através da força.

A concepção de Direito de Kelsen está diretamente ligada à sanção, uma vez que a definição dos dois conceitos é auto-referente. O Direito é definido como norma, especificamente norma estatal e esta como tendo uma sanção. Assim, os conceitos de Direito, Estado e sanção estão interligados. O Direito tem, como característica especial, o fato de que sua reação “consiste em uma medida de coerção decretada pela ordem e socialmente organizada,

¹¹⁷ KELSEN, Hans. Teoria da Norma. p, 182.

ao passo que a reação moral contra a conduta imoral não é nem estabelecida pela moral, nem é, quando estabelecida socialmente organizada”¹¹⁸.

Sanção está ligada a uma força física que é aplicada pelo Estado e que tem caráter excepcional. O Direito é uma ordem coercitiva. O Direito se distingue das outras ordens sociais, pois a eficácia do Direito se encontra na coerção e não na obediência voluntária¹¹⁹. Kelsen define sanção como um dos conceitos fundamentais do Direito, tendo o caráter de atos coercitivos desenvolvidos pelo Estado. As sanções são “estabelecidas pela ordem jurídica com o fim de ocasionar certa conduta humana que o legislador considera desejável”¹²⁰.

Kelsen ainda apresenta duas outras definições de sanção: a) “A sanção socialmente organizada é um ato de coerção que um indivíduo determinado pela ordem social dirige, da maneira determinada pela ordem social, contra o indivíduo responsável por uma conduta contrária a essa ordem”; b) “A sanção é a reação da ordem jurídica contra o delito ou, o que redunde no mesmo, a reação da comunidade, constituída pela ordem jurídica, contra o malfeitor, o delinqüente”¹²¹.

A eficiência da sanção não pode ser vista, de acordo com Kelsen, como parte do conceito de Direito, sob pena de entender a coerção como mera compulsão psíquica¹²². Com isso, Kelsen quer dizer que não é a sanção atribuída a uma determinada conduta prevista legalmente, que leva o indivíduo não realizá-la, ou seja, não se comete o ato previsto porque há uma “medida coercitiva que o órgão efetivamente executa, mas ao medo do sujeito de que a medida seja executada em caso de não obediência à conduta legal”¹²³. O problema de Kelsen é afirmar a eficácia do Direito pela sanção.

Kelsen diferencia a sanção penal da sanção civil, que tem como ponto que as diferencia o propósito: retribuição/coibição/prevenção, no caso da sanção penal e a reparação, no caso da sanção civil. Como ponto em comum, a mesma força no que tange ao caráter de sanção. Isto leva o jusfilósofo

¹¹⁸ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 28.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 27.

¹²⁰ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 71.

¹²¹ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 29.

¹²² KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 32.

¹²³ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 33.

praguense a dizer: “Se considerarmos, porém, apenas a natureza externa das sanções, não podemos encontrar quaisquer características distintivas”¹²⁴.

Outro aspecto importante na sanção é que ela será resposta a um ilícito. A sanção que é definida dentre outras formas, como um “ato de coerção que são estatuídos contra ação ou omissão determinada pela ordem jurídica”¹²⁵, e que leva a uma ação que representa um mal, pode não ter uma conotação valorativa. Isso porque, segundo Kelsen, para que ocorra a sanção é necessário que uma ação contrária à norma tenha ocorrido e isso independe da valoração da ação por aquele que a está analisando. Nesse sentido, afirma o jusfilósofo praguense:

“Somente pelo fato de uma ação ou omissão ser determinada pela ordem jurídica ser feita pressuposto de um ato de coação estatuído pela mesma ordem jurídica é que ela é qualificada como ilícito ou delito; apenas pelo fato de um ato de coação ser estatuído pela ordem jurídica como consequência de uma ação ou omissão por ela determinada é que este ato de coação tem o caráter de uma sanção ou consequência do ilícito”¹²⁶.

Para Kelsen a sanção não é resposta para um ato imoral, mal, ou com qualquer outro tipo de valor, mas somente pelo fato da ação ou omissão não estar de pleno acordo com as normas, sendo um ilícito. “Não há *mala in se*, mas *mala in prohibita*”¹²⁷. A postura de Kelsen relativa somente à formalidade do sistema jurídico visava afastar os juízos de valor, que eram utilizados amplamente pelo jusnaturalismo, para balizar que normas deveriam ser seguidas. Desse modo, a questão da sanção passa a não ser balizada por juízos de valor, mas sim pelo padrão da legalidade/ilegalidade.

Isso não quer dizer que não haja valoração, porém, essa é feita pelo legislador, que escolhe quais valores serão privilegiados e quais condutas serão permitidas ou proibidas. Porém, uma vez que estas estejam previstas nas normas, não cabe ao jurista valorar as ações ou omissões, pois essa atitude é irrelevante, uma vez que o que se pretende analisar é a conformidade

¹²⁴ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 72.

¹²⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p, 163.

¹²⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p, 166.

¹²⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p, 168.

ou não à lei. Como sanção não estabelece mais a ligação entre ‘pessoa que realizou ação/omissão – ação/omissão má – sanção’, torna-se possível que outro sujeito venha a cumprir a sanção¹²⁸.

A sanção de Kelsen parece estar mais ligada a uma noção de sanção penal, pois a sanção é vista sempre como um mal. A sanção, é nesse caso, uma pena que, pela própria denominação, não é considerada algo bom para quem a recebe. Kelsen não faz diferenciação entre as sanções das diversas áreas do Direito, porém parece focar uma determinada área. Mesmo a sanção vinda do Direito civil, administrativo ou tributário tem mais caráter de indenização do que uma pena. Nesses casos o caráter de malefício ao sancionado é menor.

É a sanção que proporciona a delimitação da liberdade. Como a sanção estabelece quais condutas humanas são proibidas, através das normas jurídicas, as outras condutas, não proibidas, são logicamente permitidas. Estabelece-se pela tipificação das condutas um rol do que é proibido. Para Kelsen as condutas permitidas formam o que denomina de “mínimo de liberdade”. Isso ocorre porque o Estado só tem interesse em punir algumas condutas e outras não. Essas condutas que não tem sanção, não são necessariamente irrelevantes para o Estado, podendo até serem condutas lesivas, porém há uma impossibilidade de uma ampla tipificação.

Alf Ross é considerado por Bobbio um dos autores que apresentam uma formulação moderna da teoria da coação. Ross é considerado um positivista e assimila diversos conceitos de Kelsen. Porém, é justamente através de Kelsen que tece suas críticas, uma vez que critica o idealismo kelseniano, quando busca construir uma teoria empirista. O conceito de sanção (coerção) não sofre grandes alterações em Ross, pois o Direito continua tendo como objeto o exercício da força.

Para Ross o Direito não pode ser dissociado da sociologia do Direito. “A fronteira entre ciência do Direito e a sociologia do Direito não é nítida, residindo sim numa relativa diferença de abordagem e interesse”¹²⁹, e continua, “Embora

¹²⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p. 171.

¹²⁹ ROSS, Alf. Direito e Justiça. P. 43

a ciência do Direito esteja interessada na ideologia, é sempre uma abstração da realidade social”¹³⁰. Ross é um dos que assumem o caráter ideológico do Direito, chegando a falar em Política Jurídica.

Ross distingue normas de conduta e normas de competência. Nas primeiras há sanção, pois têm o elemento coercitivo, nas segundas há um elemento institucional. Desta maneira, o Direito não está pautado somente na força, pois se assim fosse não haveria normas de competência, que são normas sem sanção. Nesse sentido vai dizer Ross:

“É forçoso, portanto, que insistamos que a relação das normas jurídicas com a força consiste no fato de que se referem à aplicação da força e não que são respaldadas pela força”¹³¹.

Como para Ross grande parte das normas é dirigida ao juiz, as sanções dessas normas seriam também dirigidas a ele. “As sanções legais que atingem a um juiz em função da forma como executa suas tarefas somente são possíveis em casos de desvios judiciais extremos (suborno e similares) e dificilmente têm papel efetivo na prática. O motivo que leva os juízes a respeitar as normas não se encontra, portanto, na justiça retributiva”¹³². Para Ross as normas de competência são respeitadas simplesmente porque há uma voluntariedade nisso.

Para as normas de conduta em que há uma sanção, Ross entende que também não é a sanção que leva à obediência às normas. “A maioria das pessoas obedece ao Direito não só por receio da política e das sanções sociais extrajudiciais (perda da reputação, da confiança, etc.), mas também por acato desinteressado ao Direito”¹³³. Há portanto uma motivação desinteressada no cumprimento das normas.

Um dos pontos que Ross se diferencia de Kelsen é quanto à relação do poder com o Direito. Bobbio tem uma postura muito semelhante à de Ross ao afirmar a íntima relação de Direito e poder. Nesse sentido, Ross, que assume um ponto de vista realista, afirma:

“Se por poder social entendemos a possibilidade de dirigir as ações de outros seres humanos, então o Direito é um instrumento de poder, e a

¹³⁰ ROSS, Alf. Direito e Justiça. P, 43.

¹³¹ ROSS, Alf. Direito e Justiça. P, 78.

¹³² ROSS, Alf. Direito e Justiça. P, 79.

¹³³ ROSS, Alf. Direito e Justiça. P, 80.

relação entre os que decidem o que há de ser Direito e os que estão submetidos a esse Direito é uma relação de poder. O poder não é alguma coisa que esta posta “por trás” do Direito, e sim alguma coisa que funciona por meio do Direito”¹³⁴.

Ross explicita um ponto que fica encoberto em Kelsen, ou seja, a relação do Direito com o poder através da política. O poder a que está mais ligado ao Direito é o poder político. Esse poder é exercido mediante o Direito e através do Estado, que é o aparato legítimo para o exercício da força. O papel do Direito como mantenedor da ordem social é ressaltado. Ross explicita também o caráter necessariamente ideológico do Direito no seguinte trecho:

“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. O fato de que eles ocupam as posições chaves que, de acordo com a Constituição, outorgam a competência jurídica para exercer esse poder. Todo o poder político é competência jurídica. Não existe um poder ‘nu’ , independente do Direito e de sua base”¹³⁵.

Ross faz a diferenciação entre Direito e moral a partir da sanção, porém essa diferenciação se dá não só pela sanção, mas por outros fatores. Ross aponta no Direito dois fatores para evitar o ilícito: temor à sanção e sentimento de se achar obrigado pela norma. Na moral esses dois mesmos fatores para evitar a conduta reprovável não se encontram unidos, mas estão dissociados. Com isso, na moral há uma dupla motivação para se seguir as normas. Nas palavras do autor:

“No Direito o temor da sanção e o sentimento de se achar obrigado pelo que é válido operam conjuntamente como motivos integrantes da mesma ação; na moral e na convenção, ao contrário, os motivos correspondentes se integram a cada um de acordo com sua maneira e independente um do outro. O motivo que interessa, o temor da sanção motivam uma pessoa a agir de um tal modo que não a faça merecer reprovação das outras. O

¹³⁴ ROSS, Alf. Direito e Justiça. P, 84.

¹³⁵ ROSS, Alf. Direito e Justiça. P, 84.

motivo desinteressado, o sentimento de um impulso interior rumo ao que é 'correto' a motiva a agir de tal maneira que ela própria aprove sua ação"¹³⁶.

Para Ross Direito e moral se diferenciam quanto aos seus efeitos na vida social, sendo que o Direito tem o monopólio da força e busca a manutenção da paz, enquanto a moral é fenômeno individual, que não visa necessariamente a paz, podendo levar os homens ao conflito ou uni-los¹³⁷.

- Quadro explicativo da sanção para Ross

	Sanção		
	Força física	Expulsão	reprovação
Fenômeno institucional	Direito	Lei de associação	Direito internacional
Fenômeno individual	Ex: regras da vingança privada – não existem no Estado moderno que monopoliza a força	Moral Usos convencionais	

Hart é um dos autores utilizado por Bobbio para a formulação de sua teoria da função do Direito. O jusfilósofo tem como objetivo no livro "O conceito do Direito", "aprofundar a compreensão do Direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais diferentes, mas relacionados"¹³⁸. Hart busca uma resposta mais complexa do que a dada por Kelsen e pela tradição, do que é o Direito. Deste modo não vai definir o Direito como uma regra imperativa, ou mesmo a partir da sanção. "É óbvio que a previsibilidade do castigo é um aspecto importante das regras jurídicas; mas não é possível aceitar isso como uma descrição exaustiva do que se quer dizer com a afirmação de que uma regra social existe ou do elemento <<ter de>> ou << ter o dever de>> abrangido nas regras"¹³⁹.

Como Austin, Hart faz a diferenciação entre leis, comandos e ordens, entendendo que as leis têm como características: ordens gerais, durabilidade

¹³⁶ ROSS, Alf. Direito e Justiça. P, 88.

¹³⁷ ROSS, Alf. Direito e Justiça. P, 90.

¹³⁸ HART, H. O Conceito de Direito. P, 1

¹³⁹ HART, H. O Conceito de Direito. P, 15

na coercitividade, são baseadas em ameaças, apresentam probabilidade da execução da ameaça, são na maior parte do tempo obedecidas espontaneamente e são produzidas e asseguradas pelo Estado. O conteúdo das regras não é ignorado por Hart, pois para ele há de se fazer uma diferenciação de como funcionam as regras penais, administrativas etc.. Hart busca ressaltar o conteúdo da norma e não apenas sua estrutura, ou a ênfase na sanção, distinguindo as normas que impõem deveres das normas que conferem poderes.

A partir de uma nova visão do Direito, Hart pode alargar o conceito de sanção. Assim, o Direito não é entendido apenas como norma que aplica sanção, mas como tendo cláusulas condicionantes. Isso faz com que ocorra uma mudança de uma teoria que entende o Direito como ordem baseada em sanção e aplicada quando a ordem for desobedecida, para uma teoria em que a ordem é dirigida ao funcionário para que aplique a sanção¹⁴⁰. A crítica de Hart às teorias que entendem que a sanção é um elemento essencial do Direito, vai no sentido de que estas “pagam um preço demasiado alto, ao distorcerem as diversas funções sociais que os distintos tipos de regra jurídica cumprem”¹⁴¹.

Quando o Direito fica restrito às sanções, as outras técnicas de controle da sociedade acabam ganhando uma importância menor. Desse modo, a desvinculação da sanção como elemento constitutivo do Direito afeta o entendimento do Direito como meio de controle social. Hart vai se preocupar como a sanção é aplicada pelos tribunais e não somente com sua previsão.

“A teoria do Direito como ordem coerciva encontra à partida a objeção de que há variedades de leis em todos os sistemas que, em três aspectos principais, não se enquadram naquela descrição. Em primeiro lugar, mesmo uma lei criminal, a que mais se lhe aproxima, tem muitas vezes um âmbito de aplicação diferente do de ordens dadas a outros; porque uma tal lei pode impor deveres àqueles mesmo que a fazem, tal como a outros. Em segundo lugar, outras leis são distintas de ordens na medida em que não obrigam pessoas a fazer coisas, mas podem converir-lhes poderes; não impõe deveres, antes oferecem dispositivos

¹⁴⁰ HART, H. O Conceito de Direito. P, 45

¹⁴¹ HART, H. O Conceito de Direito. P, 46

para a livre criação de Direitos e deveres jurídicos na estrutura coerciva do Direito. Em terceiro lugar, embora a promulgação de uma lei seja em alguns aspectos análoga à emissão de uma ordem, certas regras de Direito são originadas pelo costume e não devem o seu estatuto jurídico a qualquer ato consciente de criação do Direito”¹⁴².

Hart faz uma dura crítica à teoria coercitiva do Direito, destacando que a redução à coerção, gerou uma série de falhas e simplificações demasiadas, que impediram o entendimento do Direito em sua complexidade. A crítica de Hart apresenta-se na seguinte afirmação:

“Em primeiro lugar, tornou-se claro que, embora uma lei criminal que proíbe ou prescreve certas ações sob cominação de pena, se assemelhe mais, entre todas as variedades de Direito, as ordens baseadas em ameaças dadas por uma pessoa a outras, tal lei mesmo assim difere de tais ordens no aspecto importante de que se aplica geralmente àqueles que a criam e não apenas aos outros. Em segundo lugar, há outras variedades de Direito, nomeadamente as que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes públicos) ou para constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados), as quais não podem, sem absurdo conceber-se como ordenas baseadas em ameaças. Em terceiro lugar, há regras jurídicas que diferem de ordens no seu modo de origem, porque nada de análogo a uma prescrição explícita lhe dá existência. Finalmente, a análise do Direito em termos de soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de todas as limitações jurídicas foi incapaz de explicar a continuidade da autoridade legislativa característica de um sistema jurídico moderno, e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas, nem com o eleitorado, nem com o órgão legislativo do Estado moderno”.¹⁴³

A finalidade do Direito não é entendida por Hart como sendo a de justificar o uso da coerção. Para o jusfilósofo não há outra finalidade do Direito, que não a de fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de

¹⁴² HART, H. O Conceito de Direito. P, 57.

¹⁴³ HART, H. O Conceito de Direito. P, 89 e 90.

tal conduta¹⁴⁴. Desse modo, Hart se distancia da tradição positivista que adotava em geral a teoria da coerção do Direito.

Para Hart o sistema jurídico contém regras primárias e secundárias. As regras primárias são regras e obrigação, enquanto as regras secundárias são regras de reconhecimento, alteração e julgamento¹⁴⁵.

As regras de reconhecimento, dificilmente são enunciadas expressamente. Ela é também a mais complexa, o que leva Hart a dizer: “Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de fontes de Direito, a regra de reconhecimento é correspondente mais complexa: os critérios para identificar o Direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais”¹⁴⁶. Esta regra é a que proporciona o fechamento do sistema jurídico, ao trazer em seu conteúdo que todas as regras do sistema devem ser seguidas.

A teoria de Hart também considera o ponto de vista interno e o ponto de vista externo do Direito. O ponto de vista interno é o do legislador e o ponto externo é o dos tribunais.

“Argumentar no sentido de que o Direito internacional não é vinculativo por causa da sua falta de sanções organizadas traduz-se na aceitação tácita da análise da obrigação contida na teoria de que o Direito é essencialmente uma questão de ordens baseadas em ameaças. Esta teoria, como vimos identifica a afirmação <ter uma obrigação> ou <estar vinculado> com a afirmação de que é provável sofrer a sanção ou o castigo objeto da ameaça pela desobediência”¹⁴⁷.

Capella é um dos jusfilósofos que aborda a filosofia da linguagem no âmbito do Direito e que busca superar os paradigmas que o positivismo jurídico estabeleceu. O jusfilósofo faz parte de uma reação ao juspositivismo, não nos mesmos moldes que Bobbio, porém estabelecendo críticas que em parte lembram o jusfilósofo italiano. Capella pode ser dito como um dos juristas da escola da “jurisprudência analítica”. Seu trabalho está voltado para o estudo do Direito positivo, dentro da temática da linguagem, com um enfoque na lógica

¹⁴⁴ HART, H. O Conceito de Direito. P, 310

¹⁴⁵ HART, H. O Conceito de Direito. P, 107.

¹⁴⁶ HART, H. O Conceito de Direito. P, 112.

¹⁴⁷ HART, H. O Conceito de Direito. P, 234

normativa. Capella utiliza Kelsen como um grande interlocutor, mas não deixa de se referir a Hart e Ross.

A sanção, na lógica de Capella, pode ser de duas formas: ameaça de sanção e execução da sanção. O primeiro é um feito lingüístico e o segundo um feito no lingüístico. Recorda o autor que para Kelsen a sanção é mais um problema da sociologia do que propriamente do Direito. Para Kelsen o problema da sanção não é um problema de assegurar a eficácia das normas jurídicas, mas do conteúdo da norma. O que difere a norma jurídica da norma moral, para Kelsen, é a norma jurídica fundamental. Nas palavras de Capella: “as normas jurídicas, além de seu sentido normativo, subjetivo, tem um sentido normativo objetivo que é dado pela norma fundamental e que carecem nas ordens de um bandido”¹⁴⁸. Ao fazer isso Capella destaca que Kelsen foge do escopo da teoria pura do Direito, que somente buscava descrever o Direito, pois coloca na norma fundamental a questão do valor.

Em sua obra Capella defende que a semelhança entre as normas morais e as normas jurídicas se dá pela mesma sintática e que a diferença se dá pela semântica. Decorre daí que as normas morais têm uma edição subjetiva, ou seja, pretendem descrever e não propriamente explicar e têm uma estrutura mais simples do que as normas positivas.

Capella entende que as normas morais, ou de uso social, e as normas jurídicas têm tipos diferentes de sanção. As sanções jurídicas estão prescritas nas normas jurídicas. O autor não se atém a formalidade do encadeamento entre normas e sanções. Capella também fará a diferenciação entre sanções positivas e sanções negativas, porém não desenvolve esse tópico, como ocorre na teoria da função do Direito de Bobbio.

Carrió, em seus estudos sobre “Direito e Linguagem”, utiliza-se de um aparato teórico diferente do positivismo jurídico, exatamente para poder criticá-lo e, na medida do possível, superá-lo. Um dos grandes problemas na aceitação de Carrió da postura kelseniana, ocorre justamente no âmbito da sanção. Carrió não concorda com a denominação de Kelsen de chamar a sanção, em última análise, de Direito, e o comportamento contrário à norma de dever jurídico. Isso porque nem toda norma que “ordena ou autoriza um ato

¹⁴⁸ CAPELLA. El Derecho como language. p, 188.

de força configura um delito nem, indiretamente, um dever jurídico, somente pode se falar de delito, dever e sanção (em sentido estrito) se a proposição jurídica do ato de força é imputado a um comportamento humano¹⁴⁹.

Carrió não deixa de destacar que Kelsen não apresenta somente um sentido de sanção. “Kelsen distingue mais de um sentido de sanção, no sentido estrito. Em uma acepção mas ampla se pode falar de sanção para se referir a todos os atos de força estabelecidos pela ordem jurídica, que relaciona de maneira frente a um feito ou a uma situação socialmente não desejada e afirma o caráter de indesejável de uma ou outra mediante a reação¹⁵⁰. Porém parece ser constante na obra de Kelsen a relação entre sanção e controle social, isso acontece segundo Carrió, por que:

“Para Kelsen o Direito é uma técnica de controle social caracterizada essencialmente pelo uso da força: todo ordenamento jurídico não é senão uma ordenação dela. Essa técnica opera tipicamente, provocando certos comportamentos desejados (o cumprimento de deveres jurídicos) mediante a ameaça de um ato de força (a sanção no sentido estrito) para o suposto comportamento contrário (a comissão de atos ilícitos). A sanção – no sentido amplo – é um elemento necessário de toda norma jurídica¹⁵¹.

O jusfilósofo argentino afirma que o esquema kelseniano apresenta diversos problemas, e esses se agravam quando o foco dos estudos está na sanção. Isso ocorre, no seu entender, por causa da distinção entre dever e responsabilidade e, em especial, pela dificuldade de identificar de forma clara, sem circularidade, que atos da força são considerados sanção no sentido estrito¹⁵².

A diferença entre Direito e Moral, no entender de Carrió, também não pode ser dada somente a partir da sanção, uma vez que ela não basta como elemento definidor. Nesse sentido afirma Carrió:

“Hoje é sem dúvida demasiado tosco dizer que o único critério diferenciador entre Direito e moral (ou se preferirem, entre dever jurídico e dever moral) é o tipo de sanção que um e outro domínio empregam,

¹⁴⁹ CARRIÓ. Notas sobre derecho y language. p,180.

¹⁵⁰ CARRIÓ. Notas sobre derecho y language. p,181

¹⁵¹ CARRIÓ. Notas sobre derecho y language. p,182.

¹⁵² CARRIÓ. Notas sobre derecho y language. p, 181.

assim como afirmar que a função primordial do Direito é criar deveres”¹⁵³.

Carrió aponta que há um núcleo comum entre os autores que se filiam a Kelsen, que pode ser visto através das seguintes características:

“(i) não se pode definir dever jurídico sem ajuda da noção de força socialmente organizada (sanção). O nexó entre ambos os conceitos são muito fortes, ao ponto de se afirmar que só se tem um dever jurídico de se fazer x, se não fazer X é trazido por uma sanção, (ii) A noção de dever jurídico, caracterizada dessa maneira é fundamental. O Direito é essencialmente um sistema coativo que impõe deveres: um conjunto orgânico de mandamentos e proibições impostos pela força”¹⁵⁴.

A crítica de Carrió sobre a definição da sanção também se pauta pelo surgimento de outras formas de sanção, que não apenas as sanções negativas. O Estado na atualidade apresenta uma série de normas, que não se resumem às normas positivadas¹⁵⁵. Para essas normas não positivadas também há sanções, que devem ser consideradas pela teoria do Direito. É a partir dessas considerações de Carrió que Bobbio começa a pensar sua teoria da função do Direito, que engloba conceitos como: sanção positiva, nova postura do Estado frente às normas e às sanções, função positiva etc..

Carnelutti é um dos autores que também faz uma crítica à teoria juspositivista, apresentando uma definição interessante de sanção e também de Direito. Sua posição é importante, mesmo Bobbio não o citando como um dos defensores do coativismo, pois Bobbio dialoga, ao longo de sua obra, com seu colega italiano. Carnelutti compara o Direito à Arte, e de certa forma propõe uma volta ao respeito às leis naturais. Não se pode falar de um jusnaturalismo propriamente dito, porém há uma referência a essa teoria, na tentativa de se fugir do positivismo. Carnelutti não concorda com a posição de Kelsen e afirma:

¹⁵³ CARRIÓ. Notas sobre derecho y lenguaje. p.190.

¹⁵⁴ CARRIÓ. Notas sobre derecho y lenguaje. p.184.

¹⁵⁵ CARRIÓ. Notas sobre derecho y lenguaje. p.188.

“... sem faltar com o respeito à Kelsen e a sua escola, eu duvido que o termo primeiro de sua definição opositiva de lei jurídica a lei natural seja verdadeiramente exata”¹⁵⁶.

Para o jurista italiano a lei jurídica deve se referir à lei natural. “O mecânico fabrica o fantoche automático estudando o homem como o escultor ou o pintor. E a lei jurídica respeita a lei natural como o fantoche respeita o homem”¹⁵⁷.

O Direito é também definido como a “armação do Estado”¹⁵⁸, porém não são uma e mesma coisa. Carnelutti compara o Estado a um arco, que pode estar com ou sem armação. “Um arco sem armação é, segundo nosso entender, um Estado sem Direito”¹⁵⁹. Ao diferenciar Direito e Estado, Carnelutti faz uma crítica aos juristas positivistas:

“Os juristas modernos, quer dizer, os juristas positivos, tem o costume de conceber o Direito como ordenamento do povo, justamente este conceito condiciona a identificação corrente do Direito e do Estado. Mas bastaria um pouquinho de atenção para advertir o equívoco; quando o Direito se concebe como ordenamento jurídico, se confunde o que qualifica pelo que é qualificado; jurídico não significa mais do que atinente ao Direito e por isso não podem se o mesmo substantivo e adjetivo”¹⁶⁰.

Carnelutti apresenta uma outra definição de Direito, levando em conta o papel ordenador do Direito. “Direito, pois, não consiste no ordenamento senão no que ordena, quer dizer que une ou, de uma maneira mais realista, que liga; e, portanto, é uma força”¹⁶¹. Define força como: “idoneidade de algo para transformar o mundo”¹⁶². O Direito é necessário para Carnelutti, pois o homem ainda não atingiu um patamar para poder viver sem ele. Esse patamar é o amor. “Enquanto falte a força interior ou francamente, enquanto falte o amor, a vida do Estado está em perigo sem Direito, como a existência do arco sem armação”¹⁶³.

¹⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 25.

¹⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 33.

¹⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 14.

¹⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 16.

¹⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 19.

¹⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 19.

¹⁶² CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 19.

¹⁶³ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 18.

O jurista define a sanção, em sua obra “A arte do Direito”, como uma consequência artificial derivada da conduta contrária à prescrita em uma lei jurídica. Carnelutti distingue dois tipos de sanção, a execução e a pena, em seu livro ‘Lições de Direito Processual’, escrito em sua juventude. Porém, muda de opinião e afirma nesse livro que: “restituição e pena, são verdadeiramente duas espécies do gênero sanção”¹⁶⁴. Nessa última distinção Carnelutti entende que a sanção no Direito civil e no Direito penal são diferentes, correspondendo respectivamente à restituição e à pena. O papel dessas duas sanções seria distinto no seguinte sentido: “...em matéria civil, a sanção é preventiva e repressiva, e tão somente preventiva em matéria penal”¹⁶⁵.

Porém, esse caráter da pena não é só o do castigo, pois também visa à reintegração do delinqüente à sociedade. A pena tem portanto duas características: é medida de isolamento e é também humilhação (o recluso não tem mais nome, perde sua individualidade, perde sua fala, é um mutilado). O recluso é aquele que cometeu um delito, e delito é definido como: “falta de amor aos demais e a si mesmo”¹⁶⁶. Assim, “tira-se do réu tudo o que ele não amou; os outros e ele mesmo. Portanto, o recluso é, verdadeiramente um mutilado, até de si mesmo”¹⁶⁷. O papel do Direito é não só o de castigar, mas de misericórdia. “Assim a sanção punitiva, na aparência severa e cruel, revela sua verdade profundamente misericordiosa. O Direito deve castigar; mas não como o carrasco, que goza vendo sofrer o condenado, senão como pai que alcança, por procurar dor em seu filho, e cobre de amor”¹⁶⁸. Carnelutti termina afirmando sobre a sanção : “...se o juiz não ama o acusado em vão crê alcançar a justiça”¹⁶⁹.

Influenciado por estas e muitas outras obras que tratam do tema da sanção, Bobbio traça suas próprias considerações sobre o tema. Escolhendo jusfilósofos na maioria coativistas, Bobbio identifica sua postura de valorar a sanção como elemento do Direito. Em cada fase é possível apontar a influência mais forte de um ou outro autor. Na fase em Bobbio se aproxima da tradição

¹⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 64.

¹⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 66.

¹⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 71.

¹⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 71.

¹⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 73.

¹⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. p. 86.

quanto à sanção, o jusfilósofo utiliza-se de autores como Kelsen. Carnelutti também tem obra que trata da sanção de uma forma não tradicional, mais ligada a um humanismo, com grande repercussão na Itália. Na fase em que Bobbio procura questionar o conceito de sanção em Kelsen, autores como Hart, Ross e Carrió serão amplamente utilizados.

3. SANÇÃO NA TEORIA GERAL DO DIREITO DE BOBBIO

A preocupação de Bobbio nos primeiros escritos de Direito, não é propriamente com a questão da sanção. Essa questão somente surge com os textos de influência kelseniana dados como cursos na faculdade de Direito. Bobbio repete algumas formulações da tradição jurídica, porém em alguns pontos apresenta estudos que não podem ser compatibilizados com a velha tradição. A questão da sanção não é modificada, indicando a dificuldade de ir além da formulação tradicional, aceitando muitos dos paradigmas do positivismo jurídico.

Em sua “Teoria da Norma Jurídica”, Bobbio apresenta as sanções em três grupos clássicos, correspondendo aos tipos de normas a eles relacionados. Desse modo, distingue-se a sanção social, a sanção moral e a sanção jurídica. Para Bobbio, não basta um critério formal para distinguir esses tipos de sanção e conseqüentemente de normas. Os critérios que levam em conta o conteúdo, o fim, o valor da justiça, o modo que é acolhida pelo destinatário ou mesmo o sujeito que estabelece a norma são tidos como insuficientes para definir o Direito. É interessante ressaltar que é justamente o critério do fim do Direito, que será retomado por Bobbio nas obras relativas à teoria da função do Direito. Porém, nas primeiras obras, por adotar o critério kelseniano, Bobbio não dá muita atenção à questão do fim do Direito¹⁷⁰.

A especificidade de uma norma jurídica não está na forma, mas em ser uma norma com eficácia reforçada. Os diferentes sistemas normativos possuem sanções, o que é definido genericamente por Bobbio como um “expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias...”¹⁷¹, ou seja, a sanção é uma resposta à violação da norma que todo sistema normativo possui¹⁷². Em obra posterior, apresenta outra definição genérica de sanção, nos seguintes termos:

“podemos dizer que existe um consenso em entender como sanção a resposta ou a reação de um grupo social por ocasião de um

¹⁷⁰ Essa postura de Bobbio pode ser encontrada no cap. V, item 2, do Teoria da Norma Jurídica, que trata das prescrições jurídicas.

¹⁷¹ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 153.

¹⁷² BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 154.

comportamento por algum motivo relevante de um membro do grupo (...) com objetivo de exercer um controle sobre o conjunto dos comportamentos sociais e direcioná-los a certos objetivos mais do que a outros”¹⁷³.

A divisão entre normas jurídicas, morais e sociais, está muito presente em Bobbio, não só nas obras de Direito. Ao analisar as obras de Kant, Bobbio estabelece a distinção entre Direito e Moral, que é tão presente nos trabalhos de juristas e jusfilósofos, porém que é estranha ao filósofo de Königsberg. Bobbio leva em conta o critério da sanção para diferenciar as normas morais das jurídicas, enquanto que Kant leva em conta critérios como a heteronomia e a autonomia.

A questão da sanção é tão marcante para Bobbio que ele não consegue deixar de levar em conta esse critério, mesmo quando analisa autores que não apresentam essa divisão. Mariana Mota Prado, ao comentar sobre a interpretação que Bobbio faz de Kant, revela que a postura tomada pelo jusfilósofo italiano decorre também das aporias do sistema kantiano. Há uma diferença conceitual em duas obras kantianas, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” e “Metafísica dos Costumes”, que não é levada em consideração. Nesse sentido, destaca a crítica:

“A ‘Fundamentação’ apresenta o imperativo categórico como fundamento de todas as leis morais, ou seja, leis da liberdade. A ‘Metafísica’ apresenta dois tipos de leis da liberdade: as éticas e as jurídicas. Temos com isso uma grande esfera chamada moral que engloba duas esferas menores, o Direito e a ética”¹⁷⁴.

Bobbio entende que “Kant estabeleceu um sistema de leis, a Doutrina do Direito, de maneira totalmente independente do sistema moral”¹⁷⁵. Desse modo, Bobbio pode entender Kant como formador de uma teoria liberal, ao diferenciar os conceitos de dever e coerção, que no sistema kantiano apresentam uma relação tensa.

¹⁷³ BOBBIO, N. As funções positivas. Da Estrutura à Função. P, 29.

¹⁷⁴ PRADO, Mariana Mota. Existe relação entre Direito e moral? Uma análise da interpretação de Bobbio acerca de Kant. p, 42.

¹⁷⁵ PRADO, Mariana Mota. Existe relação entre Direito e moral? Uma análise da interpretação de Bobbio acerca de Kant. p, 43.

A questão da Moral aparece na obra de Bobbio com muita freqüência, porém sempre de forma indireta, pois a sua grande preocupação está no Direito, que o jusfilósofo italiano separa da Moral. A sanção moral na Teoria Geral do Direito é definida a partir da tradição, ou seja, através da afirmação que as sanções morais têm caráter interior.

A sanção moral é uma sanção interior, e por sanção se entende: “sempre uma conseqüência desagradável da violação, cujo fim é prevenir a violação ou, no caso em que a violação seja verificada, eliminar as conseqüências nocivas”¹⁷⁶. A sanção moral teria como resultado apenas sanções internas, como o sentimento de culpa, perturbação, angústia, arrependimento, remorso¹⁷⁷.

Bobbio repete a formulação que a sanção moral, devido ao seu caráter interior, tem eficácia reduzida. Para aumentar essa eficácia é necessário fundir a sanção moral com a sanção religiosa. Nesse sentido afirma Bobbio:

“A sanção interior é considerada socialmente tão pouco eficaz que as normas morais são geralmente reforçadas com sanções de ordem religiosa, que são sanções externas e não mais internas. Não há legislador que, para obter o respeito das normas que emana, confie exclusivamente na operatividade da sanção interior”¹⁷⁸.

Para Kelsen há uma nítida diferenciação de norma moral e norma jurídica, ambas possuem sanção, porém o caráter dessa sanção é diferente. Enquanto a norma moral tem sanção que não pode ser executável pelo emprego da força física, a norma jurídica pode. A conduta contrária à moral é desaprovada pelos membros da coletividade. “As sanções da moral não são como as do Direito, não representam apenas reações a uma conduta contrária à norma, como também reações a uma conduta conforme a norma”¹⁷⁹. As leis morais e jurídicas quanto à sanção apresentam uma diferença de aplicação do princípio retributivo. “Na lei jurídica aplica-se a apenas um membro, o princípio retributivo, na lei moral empregam-se ambos os membros”¹⁸⁰.

¹⁷⁶ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 155.

¹⁷⁷ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 155.

¹⁷⁸ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 157.

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. Teoria da Norma. p, 30.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. Teoria da Norma. p, 31.

A Moral é definida por Kelsen, na “Teoria Pura do Direito”, como uma norma social e como uma ordem positiva sem caráter positivo.

“Uma distinção entre o Direito e a moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando... se concebe como ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física”¹⁸¹.

Para Kelsen, apesar do Direito e da Moral terem pontos em comum, eles não se confundem e não há uma relação onde a Moral regula o Direito. Isso não pode ocorrer, pois não há uma só Moral, mas sim várias, e com isso haveria uma relatividade do valor da moral que regularia o Direito. Para Kelsen, o Direito não é definido por aquilo que é justo, mas sim a partir da norma válida constituída por autoridade competente, portanto não importa o conteúdo da norma, mas sim o seu aspecto formal. Kelsen bane do Direito o elemento do valor, seja ele social ou jurídico. Kelsen só admite o valor jurídico que é a norma. “O Direito constitui um valor precisamente pelo fato de ser norma”¹⁸². Moral e Direito são portanto distintos, sendo possível um Direito que não é moral. Devido à independência dessas duas esferas, o Direito não necessita ser validado pela Moral, pois ele se auto-valida. Essa auto-validação não é dada pelo conteúdo da norma, mas pela sua forma. Kelsen conclui com a seguinte colocação:

“A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa

¹⁸¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. (cap. II, 3) p, 71.

¹⁸² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. (cap. II, 3) p, 74.

determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estatal que constitui tal comunidade. Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estatal própria é Direito”¹⁸³.

Para diferenciar o Direito de outras ordens sociais, como a moral ou religião, Kelsen busca um critério que é a sanção. Nesse sentido a sanção é entendida como uma motivação direta da conduta humana, que ajuda a preservar a ordem social. A sanção tem como fundamental princípio o da retribuição, ou seja, é pautada pelo princípio da recompensa e da punição¹⁸⁴.

Porém, não é apenas a ordem jurídica que possui sanção. “Toda ordem social é de certo modo, sancionada pela reação específica da comunidade à conduta de seus membros, em conformidade ou em conflito com a ordem (...) A única diferença é que certas ordens sociais estabelecem, elas mesmas, sanções definidas, ao passo que, em outras, as sanções consistem numa reação automática da comunidade não expressamente estabelecida pela ordem”¹⁸⁵. Com isso Kelsen diferencia as sanções transcendentais (como as religiosas) e as sanções socialmente organizadas. “A sanção legal é, desse modo, interpretada como um ato da comunidade jurídica; ao passo que a sanção transcendental... nunca é interpretada como uma reação do grupo social, mas como um ato de uma autoridade sobre-humana e, conseqüentemente, supra-social”¹⁸⁶.

Outro autor que também traça considerações sobre a relação entre Moral e do Direito é Luhmann. O jusfilósofo alemão entende que a confusão entre o Direito e a Moral advém do fato de que a diferenciação entre elas ser fundamentada na sanção. Para Luhmann essa confusão decorre da carência de especificações funcionais e desencargo funcional do Direito. Desse modo, Luhmann não faz a diferenciação com base na sanção, mas sim na função de cada sistema. Assim, pode-se dizer que para Luhmann ainda há na sanção moral e na sanção jurídica, pontos em comum que são dados pelas funções secundárias de cada sistema. Porém, o que diferencia o Direito da Moral e,

¹⁸³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. (cap. II, 3) p, 78.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 22.

¹⁸⁵ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 23.

¹⁸⁶ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 29.

com isso, a sanção jurídica da sanção moral, é ter o Direito a “função específica do estabelecimento temporal, objetivo e social das estruturas generalizadas de expectativas”¹⁸⁷.

Tércio Sampaio estabelece diferenciação de outra ordem entre Moral e Direito, porém ainda pautada na sanção. Para o jusfilósofo brasileiro a distinção tradicional não estabelece bons critérios para distinção, como é o caso da diferenciação da conduta interna/externa, subjetividade/objetividade, existência ou não de órgãos que promulgam ou deliberam normas etc.. Tércio apresenta dois diferenciadores das normas morais e jurídicas: a) “as sanções morais nunca são conteúdo de seus preceitos, ao passo que normas jurídicas são caracterizadas por prescreverem expressamente suas sanções”¹⁸⁸, b) “enquanto o Direito admite as chamadas normas permissivas de conteúdo próprio, a permissão moral é sempre a contrário *sensu*, isso é, permitido é o que não é moralmente proibido ou obrigatório. Ou seja, o Direito e só o Direito permite expressamente”¹⁸⁹. Disso decorre uma consequência importante, a saber, “os sistemas normativos jurídicos podem ser auto-suficientes pois contêm normas sobre o reconhecimento, a mudança e a aplicação do próprio Direito. A moral não tem normas secundárias, salvo se jurisdicizamos a moral”¹⁹⁰.

Bobbio não adota uma diferenciação entre sanções morais e sanções jurídicas como a proposta por Tércio Sampaio, que se funda na própria estrutura normativa. O jusfilósofo italiano prefere a diferenciação que se pauta pela possibilidade de se exigir a sanção ou não, ou seja, pela existência de um órgão institucionalizado que aplique a coerção.

A sanção social é considerada como uma sanção externa, tendo mais eficácia que a sanção moral que é interior, pois atinge um grupo social e não apenas um indivíduo. Bobbio cita como normas sociais: normas dos costumes, da educação, da vida em sociedade em geral; e como sanções sociais:

¹⁸⁷ LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo Procedimento. P, 122.

¹⁸⁸ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. p, 357.

¹⁸⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. p, 357.

¹⁹⁰ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. p, 357.

reprovação, eliminação do grupo, expulsão, linchamento¹⁹¹. O defeito desse tipo de sanção está em possuir regras imprecisas, o que gera: falta de proporção entre a violação e a resposta e diferentes respostas para a mesma violação (inconstância na aplicação). Isso ocorre, pois as sanções sociais não são institucionalizadas, não há uma organização da sanção ou, nas palavras de Bobbio: “não é regulada por normas fixas, precisas, cuja execução esteja confiada estavelmente a alguns membros do grupo, expressamente designados para isso”¹⁹².

A sanção jurídica será definida como sanção exterior, institucionalizada e com alto grau de eficácia. Bobbio estabelece a sanção jurídica, para definir o que é norma jurídica, como aquelas “cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”¹⁹³. As normas jurídicas, por terem essas características, são normas de eficácia reforçada em relação às normas sociais e morais. Isso leva Bobbio a dizer que as normas jurídicas são, por excelência, normas estatais, na medida em que essas têm grau máximo de eficácia¹⁹⁴.

A eficácia reforçada das normas jurídica se dá em pelo menos duas fases, que leva em conta o órgão encarregado de executar a sanção: a autotutela e a heterotutela, entendendo-se por tutela o processo de sanção organizada¹⁹⁵. Bobbio entende que a heterotutela é uma fase mais avançada da eficácia, pois há uma maior proporção entre dano e a reparação, uma vez que é assegurada por um órgão que não são as partes.

Essa postura adotada por Bobbio exige que o Estado se apresente como um terceiro necessário em grande parte das relações jurídicas. Esta é uma visão de quem parte de um Direito público e de caráter indisponível, que não permite a autotutela dos interesses das partes. A autotutela, ao contrário do que Bobbio coloca, tem se tornado uma forma mais eficaz, por ser uma forma mais rápida de resolução de conflitos, como: arbitragem, negociação coletiva de trabalho, mediação etc..

¹⁹¹ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 158.

¹⁹² BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 159.

¹⁹³ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 160.

¹⁹⁴ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 161.

¹⁹⁵ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 162.

3.1. Sanção e coerção no Direito

A sanção é tida pela teoria dominante como um dos elementos principais do Direito. Para que a sanção possa ser efetivada é necessário um aparato Estatal. Para o exercício da sanção, como esta é definida pela tradição, necessita-se da força ou pelo menos da hipótese de seu uso. A sanção jurídica está ligada à força e ao Estado. Há outros tipos de sanções que se utilizam da coação, mas não da coerção. Desse modo, são possíveis sanções sociais que se valem da força, do constrangimento para direcionar os comportamentos, porém estas, não podem ser consideradas sanções jurídicas. Isso leva Roberto Bueno, comentador da obra de Bobbio, à seguinte afirmação:

“Bobbio reconhece que as normas jurídicas são, em alguma medida imperativas e, de alguma forma coercitivas. Bobbio considera o Direito como um ordenamento que tem lastro importante na coercitividade. Nele há um nexu indissolúvel entre Direito e coerção, conceito este que encontra oposição no tão característico valor liberal da autonomia e, desde logo, no ordenamento jurídico que lhe sustenta”¹⁹⁶.

O jusfilósofo italiano não diferencia coerção de coação, como também o faz grande parte dos autores de influência kantiana, pois para o filósofo de Königsberg existia sinonímia entre os dois termos¹⁹⁷. Mata Machado diferencia coerção de coação, entendendo que somente a primeira faz parte da definição do Direito. Para o autor a distinção entre os dois termos é fundamental. A coação está ligada a um constrangimento, geralmente exercido através da força física ou ameaça e entre particulares, enquanto a coerção é um poder que o Estado exerce de direcionamento de condutas, porém este é lícito e decorre de uma imposição por parte do Estado para que as leis sejam cumpridas.

A coercibilidade tem relação direta com a autoridade institucionalizada, que pode aplicar a coação. Essa autoridade, no caso do Direito, geralmente é o Estado, isso porque é a ele que é dado o monopólio da força para resolução de

Comentário: La consuetudine p, 68 Bobbio diz que depois de kant não se pode confundir coatividade e coercibilidade

¹⁹⁶ BUENO, Roberto. A filosofia jurídico-política de Norberto Bobbio. P. 254.

¹⁹⁷ MATA MACHADO, Edgar de Godói. Direito e Coerção. Cap. I

conflitos. Estão ligados, nessa definição, o Estado de Direito e o Direito positivo.

O jusfilósofo italiano não deixa de afirmar a importância do Estado como ordenador da sociedade, através do Direito. Para isso prega uma postura ativa do Estado, não negando a importância das sanções no papel do Direito. Deste modo, são bases necessárias para uma sociedade: Direito, política participativa e Estado democrático de Direito.

Bobbio apresenta duas teorias relativas à questão da sanção, que não são incompatíveis: a teoria da institucionalização e a teoria coercitiva do Direito. A primeira é geralmente defendida por sociólogos e juristas-sociólogos e a segunda teoria tem defensores como Kant, Thomasius, Jhering e Kelsen. Atualmente essas duas teorias se integram entre si, porém Bobbio as diferencia nos seguintes termos:

“... a teoria que dá particular destaque ao aspecto da institucionalização, isto é, ao fato de que a resposta à violação de normas do sistema, no caso do sistema jurídico, é ela própria regulada por normas do sistema que visam torná-la o mais constante, proporcional ao delito, imparcial e certa possível; e a teoria que, acentuando o momento do exercício da força por parte do poder constituído, identifica a sanção jurídica com a coação, isto é, com aquele modo particular de infligir um mal que é o exercício da força física”¹⁹⁸.

Outra teoria ressaltada por Bobbio é a teoria imperativista do Direito. Essa teoria pressupõe que haja um Estado com o monopólio da força, que torne o Direito exigível a todos que estão em seu território. O Direito é visto como um conjunto de imperativos. Para Bobbio essa teoria não surge com o positivismo, nem com o advento do Estado moderno, mas remonta ao antigo Direito romano¹⁹⁹.

De acordo com essa teoria, o Direito é entendido como um comando e não apenas um conselho, uma vez que pode ser exigido. Uma das características que os diferenciam é a presença de sanção para o comando. Nos dois casos há consequências não agradáveis no descumprimento, porém só no comando há uma sanção que é desejada e efetivada pelo sujeito que

¹⁹⁸ BOBBIO, N. As sanções positivas. In: Da Estrutura à Função. P, 27.

¹⁹⁹ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. (Parte II, Cap. IV, 46) P, 181.

estabeleceu o comando, de forma institucionalizada. Essa teoria será muito utilizada no positivismo jurídico, em especial na teoria de Austin e de August Thon²⁰⁰.

O imperativismo é uma das principais características do positivismo jurídico para Bobbio, como ressalta Pytagoras Carvalho Neto²⁰¹. Segundo Bobbio, a teoria do imperativismo jurídico está vinculada à concepção legalista do Estado de Direito, ou seja, entende o Estado como fonte única do Direito. Com isso, afasta o Direito consuetudinário e o Direito internacional. Bobbio entende que mesmo a teoria kelseniana que buscava formular uma crítica ao imperativismo acabou por adotá-la em parte, com o conceito de imperativo hipotético²⁰².

Um dos pontos que Bobbio parece não se preocupar diretamente, quando trata da teoria imperativista do Direito, é relativo à vontade. Esse é um dos pontos mais completos quando se analisa o Direito como sanção que pode ser exigida pelo Estado. A questão da vontade na teoria imperativa do Direito é fundamental, pois nessa teoria a norma jurídica pode ser vista como uma “relação de superioridade entre o que ordena e o que recebe a ordem, explicando-se a impositividade do Direito como um caso de um querer dotado de poder”²⁰³. São problemas relativos à vontade, como aponta Tércio Sampaio:

“determinação da vontade normativa (problemas das fontes do Direito), do endereço da norma (problema do sujeito de Direito) e das diferentes situações em que ele se encontra (Direito subjetivo, interesse juridicamente protegido, etc.), bem como das relações mesmas que se estabelecem entre as vontades (questão das relações jurídicas, dever ou obrigações, poder jurídico, etc.)”²⁰⁴.

Sendo a coação um dos pontos fundamentais para que haja um Direito exigível em toda a sociedade, a sanção e a vontade são elementos que não podem ser desconsiderados. Bobbio altera o conceito de sanção, introduzindo uma alteração no conceito de Direito, porém não deu destaque significativo de

²⁰⁰ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. . (Parte II, Cap. IV, 46) P, 185.

²⁰¹ CARVALHO NETO, Pytagoras. A diferenciação do Direito e a teoria imperativista da Norma jurídica.

²⁰² BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. (Parte II, Cap. IV, 49) p, 193.

²⁰³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A ciência do Direito. p, 51.

²⁰⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A ciência do Direito. p, 51.

como ficariam os elementos do Direito que estão ligados à vontade, quando se introduz um outro conceito de sanção.

3.2. Sanção como força

Bobbio ressalta a relação existente entre o Direito e a força em toda sua obra. Não é somente o poder que interessa ao Direito, mas também a força. O jusfilósofo afirma que: “Todos os que têm alguma familiaridade com o Direito sabem que a maior parte das normas jurídicas, ou mesmo todas, são normas que regulam o uso da força”²⁰⁵. O Estado regula a força pela norma dizendo quando se usa a força, de que modo, em que medida e contra quem.

Durkheim ao comentar a obra de Jhering, ressalta a relação da coação, do Direito e da força. Para Durkheim é da força que surge o Direito, mesmo que essa relação tenha sido depois alterada. Nesse sentido, afirma: “Hoje a relação entre esses dois termos é inversa; a força é auxiliar, mera serviçal do Direito. Mas não se deve julgar o passado pelo presente.”²⁰⁶

A força, a política e o Direito são para Bobbio elementos indissociáveis. Bobbio estabelece um vínculo necessário entre ordem, Estado e sanção (força). Mesmo quando introduz inovações no conceito de sanção, Bobbio, ainda assim, privilegia a coerção. Desse modo, a força é elemento essencial para o Direito, o que leva Bobbio ao seguinte comentário:

“Já tive oportunidade de dizer e redizer que o poder político se rege, em última instância, pela força. O problema não está em o Estado ser ou não força concentrada nem a quem habitualmente pertence essa força concentrada. O problema é que, onde a presença do Estado é menor, há possibilidade de ser maior a presença da força”²⁰⁷.

O jusfilósofo italiano não faz a distinção entre poder e força, porém essa pode ser encontrada em Cannetti, que o próprio Bobbio afirma ter lido e adotado algumas de suas idéias. Para Cannetti, força e poder podem ser distinguidos nos seguintes termos:

²⁰⁵ BOBBIO, N. As Ideologias e o poder em crise. p, 100.

²⁰⁶ DURKHEIM, E. Os juristas: Rudolf Jhering. In: Ética e sociologia moral. P, 50.

²⁰⁷ BOBBIO, N. As Ideologias e o poder em crise. p, 96.

“A força, costuma-se associar a idéia de algo que se encontra próximo e presente. Ela é mais coercitiva e imediata do que o poder. Fala-se, enfatizando-a, em força física. O poder, em seus estágios mais profundos e animais, é antes força. Uma presa é capturada pela força, e pela força é levada à boca. Dispondo de mais tempo, a força transforma-se em poder. Mas no momento crítico que, então invariavelmente chega – o momento de decisão e da irrevogabilidade – volta a ser força pura. O poder é mais universal e mais amplo; ele contém muito mais, e já não é tão dinâmico. É mais cerimonioso e possui até um certo grau de paciência”²⁰⁸.

Desse modo, o poder diferencia-se da força, somente pela ampliação do espaço e tempo. O poder também se diferencia da força por uma racionalização. Foucault, ao tratar de estabelecimentos que se utilizam da força e do poder, destaca como as penas foram se alterando, diminuindo o exercício da força física direta, mas não do poder.

O filósofo francês fará uma crítica ao sistema do Panóptico, não na figura de Bentham, mas da sociedade do século XIX e XX, que entendeu ser essa uma forma eficiente para controle dos corpos e das mentes. Foucault se debruça em especial sobre a penitenciária, mas não deixa de dar atenção para outros estabelecimentos com sistemas similares, como o manicômio, a escola, a oficina, a fábrica etc.. Foucault destaca que o espetáculo punitivo dos suplícios foi se extinguindo, para dar lugar a uma punição institucionalizada e racionalizada, que não raro toma para si o papel de educar e não de punir.

Para o filósofo, a mudança não foi ocasionada por uma humanização das penas, mas sim por uma mudança de objetivos ao punir. A introdução de alterações nos modelos de tribunais de justiça penal foi fundamental para uma mudança do exercício do poder, que levou a modificação das penas. A codificação, fiscalização e controle das práticas ilícitas também se intensificaram. Passou-se à preocupação por uma moderação das penas, buscando uma economia em punir. “O Direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade”²⁰⁹. Há uma passagem gradual da punição direta, para uma vigilância constante.

²⁰⁸ CANNETTI, Elias. *Massa e Poder*. p, 281.

²⁰⁹ FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: nascimento das prisões*. P, 76.

O encarceramento passou a buscar a transformação da alma e do comportamento dos condenados. A pena não era voltada só para o passado, visando punir o crime anteriormente cometido, mas também para o futuro, para impedir a repetição do crime. Isso leva Foucault a dizer que: “Não se pune portanto para apagar um crime, mas para transformar um culpado (atual ou virtual); o castigo deve levar em si uma certa técnica corretiva”²¹⁰. Desse modo, surge um outro poder, que é o poder disciplinar, que engloba o poder de vigilância e controle. A arte de punir realiza cinco operações distintas segundo Foucault: compara, diferencia, hierarquiza, homogeneiza, exclui²¹¹.

A sanção em Foucault é parte do poder disciplinar, que dentre outras funções normatiza os comportamentos. Não são só os comportamentos com uma potencialidade de lesão que são sancionados, mas todos os comportamentos. Há sanções para todo comportamento desviante nas prisões, escolas, hospitais etc.. “A sanção normalizadora, segundo recurso do adestramento disciplinar, constituiu-se numa forma particular de sanção. Aquilo sobre o que essa forma de sanção incide não são os delitos especificados pelas leis, mas atitudes ‘menores’, ligadas ao tempo, as atividades, aos comportamentos no interior de um espaço institucional”²¹². Foucault vai além dos filósofos do Direito ao identificar em cada ato repressor de um comportamento como uma sanção.

Segundo Bobbio, a força deve ser exercida pelo Estado primordialmente, pois esse é que tem o monopólio do poder coercitivo. Bobbio destaca três funções do Estado, dentre elas a possibilidade de utilizar-se da força para resolver conflitos, pelo menos em última instância²¹³. O jusfilósofo italiano define o Estado como aquele que possui a força:

“O Estado, como todo ser vivo, antes de se deixar matar, se defende. O Estado nasce da força e só pode sobreviver através da força. E o próprio Estado que sobrevive através da força é de fato reconhecido e talvez reverenciado como Estado por quase todos os outros Estados, até por aqueles que se regem ou acreditam reger-se pelo consenso. No mundo

²¹⁰ FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: nascimento das prisões. P, 105.

²¹¹ FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: nascimento das prisões. P, 153.

²¹² FONSECA, Márcio. Michel Foucault e o Direito. P, 177.

²¹³ BOBBIO, N. As ideologias e o poder em crise. p. 179.

dos Estados, a única lei reconhecida é a lei do mais forte, porque o Estado ou é a maior concentração de força existente num determinado território ou não é Estado. Portanto, não tenhamos ilusões. Poderemos continuar a ter um Estado sem ter democracia. Podemos ter o fim da república e a continuação do Estado, sem república”²¹⁴.

Esse tipo de Estado do qual Bobbio trata é um Estado que se foca na sanção como repressão, uma vez que o que busca não é persuadir, mas sim fazer com que as normas jurídicas sejam cumpridas. Somente o poder poderia levar à persuasão, porém a força é mais contundente, pois é expressão da violência que é dada por parte do Estado. Isso leva Bobbio a dizer:

“Pessoalmente creio, e já tive diversas ocasiões para o afirmar, que a violência pública, quando é feita com as garantias e os limites de um Estado democrático, é menos grave que a guerra sem regras e sem limites entre violências privadas, ou seja, é um mal menor, tanto que se dá a ela um outro nome, o nome de ‘poder’, conforme observação de Alessandro Passerim d’Entrevés, embora até hoje ninguém tenha visto um poder político sem monopólio do uso da força. Mas sei bem como é difícil falar de um mal menor para quem crê no bem absoluto, como é difícil falar de um mal necessário para quem crê num bem possível”²¹⁵.

A norma jurídica, no entender de Bobbio, também se diferencia das outras normas a partir do elemento força. Para Bobbio “a sanção jurídica não consiste, diferentemente das sanções sociais, no uso da força, ou seja, no conjunto de meios que são empregados para constranger pela força, isto é, para forçar o recalcitrante, mas consiste sim, em uma reação à violação, qualquer que seja, mesmo econômica, social ou moral, que é garantida, em última instância, pelo uso da força”²¹⁶. Em outras palavras, nas normas jurídicas a força é utilizada como garantia, enquanto que nas outras normas há a presença direta do elemento força.

Bobbio afirma que a moderna teoria da coação entende o Direito como conjunto de regras que tem por objetivo regulamentar o uso da força na sociedade. Nesses moldes, o Direito tem como papel regulamentar o exercício

²¹⁴ BOBBIO, N. As ideologias e o poder em crise. p. 180.

²¹⁵ BOBBIO, N. As Ideologias e o poder em crise. p. 107.

²¹⁶ BOBBIO, N. As sanções positivas. In: Da Estrutura à Função. P, 29.

da força, estipulando quem, quando, como e quanto, a força deve ser exercida. Quem deve usar a força, diz respeito a que pessoas podem fazer o uso dela, e aqui se destaca o Estado como tendo o monopólio da força. Quando se deve usar a força, diz respeito à previsão legal de crimes para certas condutas, seguindo o princípio da anterioridade legal, para evitar arbitrariedades. Como, diz respeito às normas processuais utilizadas para aplicação da coerção. Quanto, diz respeito à quantidade de força utilizada para a coerção²¹⁷.

Com isso pode-se deduzir que no Direito é necessária a força, porém o que atua é o poder, uma vez que há quantitativamente mais ameaça de sua utilização para que as normas sejam cumpridas, do que sua real utilização. Isso leva Bobbio à limitação da força pelo Direito. “Todos os que têm alguma familiaridade com o Direito sabem que a maior parte das normas jurídicas, ou mesmo todas, são normas que regulam o uso da força”²¹⁸. Essa observação de Bobbio se diferencia da de Kelsen, para quem a sanção é exercício da força física, incluindo a pena e a execução forçada²¹⁹. Em Kelsen a sanção parece estar mais próxima da força do que do poder.

Para Bobbio, o poder está intimamente ligado à existência de um Direito e deste modo é um poder legitimado. O problema da força para Bobbio aparece quando esta não é exercida pelo Estado, o que leva a uma falta de limitação por um poder institucionalizado. O Estado sendo uma esfera de poder legitimado é o eleito para exercer a força, que se dá nas normas jurídicas a partir da sanção.

A existência de limites para o exercício da força é uma das preocupações de Bobbio no artigo “Governo dos homens ou governo das leis”²²⁰. Nesse artigo o jusfilósofo italiano advoga o governo das leis, pois é o que mais se adapta às condições da democracia e em que é possível um Estado de Direito. Com isso, assegura-se a possibilidade de uma liberdade mais ampla aos cidadãos e um uso da força previamente calculado.

O Estado, quando efetiva a força, o faz a partir da sanção jurídica. Esta é o elemento que permite que a violência seja exercida de maneira legítima, porque parte de um órgão legitimado para tal. A violência só pode estar ligada

²¹⁷ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. (Parte II, cap. II, 38). P, 158.

²¹⁸ BOBBIO, N. As Ideologias e o poder em crise. p, 100.

²¹⁹ BOBBIO, N. As sanções positivas. In: Da Estrutura à Função. P, 28.

²²⁰ BOBBIO, N. Governo dos Homens e governo das leis. In: O futuro da democracia.p, 165.

a uma sanção negativa, que é entendida como um mal ao sujeito da norma jurídica. Essa violência será institucionalizada, previsível, explícita, exercida e verificada por agentes estatais.

Segundo Bobbio, mesmo em um ordenamento jurídico pautado por regras democráticas, o Direito não escapa da necessidade da força. O problema está em que lugar se encontra essa força legitimadora do Direito. Bobbio entende que a força pode ser considerada um meio para realizar o Direito, ou ser o conteúdo das normas jurídicas²²¹. É na norma que a força se realizará como sanção. É o Direito que regula a força.

3.3. Sanção alocada no ordenamento jurídico

Para resolver o problema de normas que aparentemente não têm sanção, Bobbio explicita uma posição que já vem da teoria kelseniana, que a sanção está alocada no ordenamento jurídico. Desse modo, toda a norma tem uma sanção, mesmo que não nela própria, mas, por referência, a sanção está no ordenamento jurídico. Essa solução só é possível pois o Direito é entendido como um sistema de normas.

Essa construção teórica pode responder à objeção dos autores não sancionistas, que retiravam a importância da sanção nas normas, pois acreditavam que haveria pelo menos uma norma sem sanção. O resumo desse pensamento está nas seguintes palavras de Bobbio:

“... se é verdadeiro que uma norma é jurídica só se é sancionada, também a norma sancionadora, para ser jurídica, deverá remeter-se por sua vez, a uma nova norma sancionadora. Chegaremos, obrigatoriamente, a um ponto em que haverá uma norma sancionadora que não será, por sua vez sancionada”²²².

Bobbio não exclui a possibilidade de que existam normas que não têm sanção nenhuma e nesse caso as normas deveriam se valer da adesão espontânea, ou seja, do consenso. Dessa forma, Bobbio ressalta a contradição existente em se aceitar:

²²¹ BOBBIO, N. Derecho y Fuerza. In: Contribucion a la teoria del derecho de Noberto Bobbio P. 335.

²²² BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 174.

“por um lado, que a sanção seja elemento constitutivo do Direito e, por outro, que faltam sanções precisamente nas normas superiores do ordenamento, as que deveriam garantir a eficácia de todo o sistema”²²³.

Bobbio não faz uma grande distinção entre os termos: “ordenamento jurídico” e “sistema jurídico” de normas. Ordenamento é utilizado em Bobbio quando esse se refere a um conjunto de normas escalonadas em hierarquia. O termo no entender de Bobbio, pode ter vindo para a tradição italiana através da tradução do termo “Rechtsordnung”, e difundido através de Santi Romano²²⁴. A diferença estabelecida por Bobbio, apenas se dá quanto aos termos ordenamento jurídico e sistema de normas, pois para ele :

“... o ordenamento jurídico pode ser considerado um sistema de normas, mas nem todo sistema de normas (como, por exemplo, o sistema normativo moral), pode ser considerado igual, em sua estrutura, ao ordenamento jurídico”²²⁵.

No entender de Bobbio, o ordenamento jurídico tem três características: unidade, coerência e completude²²⁶. É a unidade entre as diversas normas que permite que a sanção possa não estar expressa diretamente em uma norma, mas estar de forma indireta em outra norma. A unidade é que permite que normas que não têm sanção expressa, sejam consideradas normas jurídicas.

A unidade somente proporciona esse efeito de transferência de sanções, no caso das sanções negativas, pois se entende que há uma norma acima de todas as normas que, fechando o sistema, manda obedecer às normas abaixo dela. Essa norma superior a todas é tida por Kelsen como a norma fundamental. Essa parece funcionar somente nos casos de sanções negativas. A questão da unidade não permite que normas com sanções positivas possam ser consideradas como tais, mesmo não prevendo no corpo das normas uma sanção. A sanção para Bobbio não necessita estar em cada norma, pois está no ordenamento jurídico.

²²³ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 175.

²²⁴ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. P, 197.

²²⁵ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. P, 198.

²²⁶ BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico. P, 202.

3.4. Sanção e o Direito como meio

Para Bobbio há uma relação íntima entre o papel do Direito e o tipo de sanção que se utiliza em um Estado. A teoria adotando um conceito de Direito voltado a um fim social, estaria delimitando também um projeto de Estado. A teoria positivista escolheu dar realce às sanções negativas e definiu o Direito como um meio pelo qual a sociedade seria organizada. Esse meio é a coação. Desse modo, a teoria do Direito passou a ser a ser uma teoria voltada para estudar formas de repressão.

A teoria positivista, apesar de escolher essa definição de Direito, não explicita a escolha, dando a entender que só existe essa forma de Direito, ou seja, um Direito focado em um ordenamento coativo. O foco em um ordenamento jurídico coativo está em alguns autores como: Jhering e Kelsen.

Jhering define o Direito a partir do seu poder coercitivo que é exercido através do Estado. Segundo Bobbio, o jusfilósofo alemão possuía uma definição praticamente circular de Direito e Estado:

“A coação se exerce por meio da Gewalt, termo que em alemão indica o poder que se manifesta na força (...) O Estado é definido por Jhering como a organização definitiva do uso do poder para as finalidades humanas, isto é, como a organização social detentora do poder coativo (Zwangsgewalt) regulado e disciplinado. Tal disciplina da Zwangsgewalt é precisamente o Direito”²²⁷.

Para Jhering a coação é a obediência por temor à sanção. Essa coação deve ser entendida em um sentido amplo, abrangendo a coação física e psíquica. Jhering é considerado por Bobbio como um dos autores que dá formulação clássica à teoria da coação. “Para a teoria clássica, a coerção é meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas, ou em outras palavras, o Direito é um conjunto de normas que se fazem valer coativamente...”²²⁸.

Kelsen, um dos principais representantes do positivismo jurídico, entende que o Direito é um meio e não um fim para se chegar à ordem ou a paz social. Bobbio ressalta que Kelsen altera seu posicionamento ao longo de

²²⁷ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico (Parte II, cap. II, 38). p, 154.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico (Parte II, cap. II, 39). p, 155.

suas obras, com respeito ao objeto do meio. Em outras palavras, Kelsen primeiro pensa que o Direito é meio para a ordem social, depois fala de meio para a promoção da paz e por fim utiliza-se da expressão “segurança coletiva”²²⁹. Em todas estas definições não há alteração do Direito como um meio. O Direito é sempre meio, o que muda é a finalidade do Direito.

Porém, é interessante notar que Bobbio altera o que é defendido por Kelsen, para dar mais importância ao Direito como um fim em si mesmo, do que como um meio. Isso ocorre, pois Bobbio dá mais relevância à estrutura normativa que faz parte dos estudos de Direito. Assim, para Bobbio, “Kelsen, considera a sanção não mais como um meio para realizar a norma jurídica, mas como um elemento essencial da estrutura de tal norma.”²³⁰.

O Direito, definido como meio, foca-se na sanção negativa. Nesse sentido, afirma Bobbio: “Na obra kelseniana, o nexó entre coatividade do Direito e uso das sanções negativas é estreitíssimo. A expressão mais freqüente por meio da qual Kelsen indica as sanções jurídicas é “atos coercitivos”: um ato coercitivo como sanção (há atos coercitivos que não são sanções) é, e não pode deixar de ser, uma sanção negativa”²³¹. Bobbio aponta que Kelsen se utiliza do caráter coercitivo do Direito, para fazer a distinção entre esses tipos de norma jurídica e outras normas sancionadoras.

Bobbio associa à sanção entendida como negativa, isto é, aquela em que há coerção quando se comete a conduta contrária à norma, com a definição do Direito como um meio. Essa associação é possível uma vez que grande parte da doutrina costuma adotar esses dois parâmetros, ou seja, entender o Direito como meio e adotar como principal sanção, a sanção coercitiva.

O Direito como um meio se refere sempre a algo extra Direito, uma vez que o fim não está no próprio Direito. Assim a discussão sobre se o Direito é fim ou meio esbarra nos próprios limites daquilo que se entende como Direito. Um Direito que é entendido como norma e sanção não pode ser considerado

²²⁹ BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da estrutura à função. p, 59.

²³⁰ BOBBIO, N. O positivismo jurídico (Parte II, cap. II, 39). p, 155-156.

²³¹ BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da estrutura à função. p, 62.

fim, mas sim um meio. Porém um Direito que tenha uma definição mais alargada, pode até ser considerado um fim em si mesmo.

3.5. Aproximações com a abordagem estrutural do Direito

Bobbio utiliza-se da denominação estrutural somente em seus textos relativos à Teoria da Função do Direito. Em oposição a um estudo do Direito que visa abordar a questão da função, os estudos do Direito que se focam no aspecto das normas e da estrutura escalonada de normas, é denominado de abordagem estrutural. Essa denominação, porém, é dada somente nas obras tardias, não estando presente nas obras iniciais de Bobbio.

O jusfilósofo italiano se aproxima de uma análise estrutural do Direito em obras como: 'Teoria Geral da Norma' e na 'Teoria do Ordenamento Jurídico', em que escolhe tratar do tema do Direito a partir do ponto de vista normativo ou formal. Depois de percorrer um caminho do Direito ligado à linguagem, em suas primeiras obras, Bobbio retorna a um estudo do Direito que adota uma forma mais tradicional.

Nesses estudos, Bobbio se dedica a estudar a norma e suas relações com o ordenamento jurídico, repetindo de certa forma o que Kelsen havia sistematizado. Porém, não se trata de mera repetição, pois Bobbio engloba componentes importantes que não permitem chamar seus estudos de Direito de uma teoria pura. Há nessa fase a introdução importante da ideologia, a evidenciação da relação poder e Direito, e uma análise do Direito como linguagem.

Os dois livros foram elaborados para cursos de Direito que Bobbio ministrou na década de 50, que apresentam forte relação com as obras de Kelsen. Porém, mesmo nesses cursos, Bobbio apresenta uma formulação em capítulos, que lembra artigos e que podem ser lidos de maneira independente.

No livro "Teoria da Norma Jurídica" Bobbio trata das sanções, utilizando-se de um critério de coercitivo para definir o que é Direito. Ao mesmo tempo, utiliza-se de uma abordagem da Filosofia da Linguagem para falar da imperatividade do Direito através das suas proposições.

A aproximação com a abordagem estrutural do Direito, nos cursos de inspiração kelseniana, não foi a primeiro impulso de Bobbio na Teoria Geral do Direito. Isso porque Bobbio passa por diversas fases, em especial uma de crítica à postura kelseniana, para depois aceitar em parte essa teoria. Somente depois, Bobbio poderá acrescentar elementos que estão fora da teoria kelseniana, em especial: a questão da ideologia e dos valores, e a sanção positiva.

Essa aproximação permite a Bobbio seguir o panorama proposto por Kelsen e, ao mesmo tempo, apresentar algumas mudanças, que ainda não estão no campo da sanção. Nessa fase é possível estabelecer uma relação quase que fiel entre Bobbio e Kelsen, que não pode ser levada para outras fases da imensa obra de Bobbio. Nessa fase Bobbio apenas fala em sanção como sinônimo de sanção negativa. A sanção negativa é um dos conceitos que Bobbio se utiliza para fundamentar o papel coercitivo do Estado através do Direito.

4. SANÇÃO NEGATIVA NA TEORIA GERAL DO DIREITO DE BOBBIO

A sanção ganha denominação de sanção negativa somente nas obras de teoria da função do Direito. Antes as sanções negativas são simplesmente tratadas de sanções, pois não há uma oposição com as sanções positivas. Há uma grande mudança de valoração das sanções, agora ditas sanções negativas, pois elas têm função de coerção. Nas primeiras obras, Bobbio não estava preocupado com a questão da função, logo a discussão sobre a função da sanção não existia, e apenas tratava da sanção enquanto elemento essencial para a norma e para a estrutura do Direito.

A sanção negativa é abordada por Bobbio como a grande sanção presente na tradição e que é historicamente determinada. A sanção negativa não tem definição diferente da sanção vista pela teoria tradicional do Direito, porém ela não é utilizada como elemento definidor do Direito. Bobbio não nega a importância das sanções negativas, nem prega que essas devam desaparecer em detrimento das sanções positivas. O que se pode entender a partir dos escritos de Bobbio dessa fase é que grande parte das sanções existentes ainda são as sanções negativas, porém elas estão perdendo a primazia.

Essa sanção surge como resposta a uma medida para impedir a violação de um ordenamento jurídico. A sanção negativa desencadeia três tipos de operações, que buscam tornar a ação: impossível, difícil e/ou desvantajosa. O primeiro tipo de operação é uma medida direta, pois atinge diretamente o comportamento, impedindo que haja violação às normas, através da vigilância e do uso da força. O segundo e terceiro tipo de operação fazem parte das medidas indiretas de se impedir a violação do ordenamento jurídico, que é expressão da técnica de desencorajamento, no que tange a sanção negativa²³².

²³² BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 16.

É possível distinguir entre as sanções negativas, diversas espécies, conforme a qualidade de relevância. Desse modo, distinguem-se quanto a um mal econômico, social, moral, físico ou jurídico. Pode a sanção negativa infringir um castigo material, imaterial ou misto. Quanto às medidas instituídas pela sanção negativa, destaca-se duas espécies: sanções com medidas retributivas e sanções com medidas reparadoras. As primeiras se resumem à pena propriamente dita, enquanto que as segundas, ao ressarcimento do dano²³³.

Bobbio considera a sanção como um elemento definidor do que é a norma jurídica. No entender de Tércio Sampaio a nova formulação de Bobbio se dá nos seguintes termos:

“se uma norma prescreve o que deve ser e se o que deve ser não corresponde ao que é necessariamente, quando a dação real não corresponde à prevista, a norma é violada. Essa violação, que pode ser uma inobservância ou uma inexecução, exige uma resposta. Assim a sanção é definida como um expediente através do qual se busca, num sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias. Ou, mais brevemente, a sanção é a resposta à violação da norma, sendo que a sanção ‘jurídica’ é a resposta externa e institucionalizada”²³⁴.

4.1. Sanção negativa como controle social

Bobbio entende que a sanção negativa estabelece um tipo de controle social, que é dado através das normas jurídicas. O controle social é um gênero do qual a sanção jurídica é uma das espécies. As medidas de controle social têm como objetivo exercer poder sobre os comportamentos: direcionando, impedindo e restringindo-os, para que sejam adotadas as condutas desejadas pelo legislador.

A moral também apresenta sanções que podem ser tidas como um tipo de controle social. A diferenciação entre Moral e Direito é apresentada por

²³³ BOBBIO, N. As sanções positivas. In: Da Estrutura à Função. P, 25.

²³⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: Teoria do Ordenamento Jurídico. P, 9.

grande parte dos juristas, como uma questão de tipo de sanção adotada para exercer o controle social, na primeira uma sanção interna e na segunda uma sanção externa.

Kelsen afirma que o Direito é uma técnica de organização social, pois se utiliza de meios coercitivos para que a sociedade pratique ou não determinadas ações. Bobbio sobre esta posição de Kelsen, afirma:

“... Kelsen nunca teve dúvidas de que a técnica de controle social própria do Direito consistisse na ameaça e na aplicação de sanções negativas, isto é, das sanções que infligem um mal àqueles que praticaram ações socialmente indesejáveis”²³⁵. Como técnica de organização, Kelsen entende que o Direito tem como objetivo a paz social. Em reformulação de sua teoria, afirma que o Direito tem como objetivo a segurança coletiva²³⁶.

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen evidencia o caráter do Direito de controle social, ao dizer que o Direito é uma ordem da conduta humana e em especial uma ordem coativa. Essa sanção negativa somente será Direito quando amparada por um Estado que possua o monopólio da coerção.

O jusfilósofo praguense entende que a sanção negativa é considerada, na maioria das vezes, um mal a incidir sobre aquele que praticou a conduta contrária à desejada. Kelsen, como um positivista científico, não vai valorar a sanção em justa ou não, para aplicá-la. Desse modo, uma sanção que esteja no ordenamento jurídico de um Estado, é justa na medida em que é válida como norma. Nesse sentido afirma Kelsen:

“Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com maior veemência tais medidas, mas não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados”²³⁷.

Ao tratar da sanção como forma de controle social, Kelsen não deixa de analisar a questão da liberdade. Isso porque o ordenamento jurídico que estatui

²³⁵ BOBBIO, N. Estrutura e função na teoria do Direito em Kelsen. In: Da Estrutura à Função. P, 208.

²³⁶ BOBBIO, N. Estrutura e função na teoria do Direito em Kelsen. In: Da Estrutura à Função. P, 206.

²³⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p, 69.

sanções, limitando o comportamento às determinadas ações, não abrange a totalidade de ações possíveis, permitindo um mínimo de liberdade. Desse modo, resta um espaço não normado, em que não há legislação controlando as ações. Isso possibilita uma esfera de liberdade, ou seja, escolher uma ou outra ação sem que com isso haja sanção²³⁸. Dessa forma, o controle social nunca é total, pois sempre resta um mínimo de liberdade.

O jusfilósofo italiano diferencia a sanção negativa da sanção positiva por meio de como o poder é exercido, e assim estabelece uma diferença entre direção e controle social. Na sanção positiva, o poder é exercido na forma de uma direção social e não propriamente de um controle. A diferença é sutil e não é bem explicada por Bobbio.

O controle social também é tratado por outros autores como Bauman, porém, o efoque dado pelo sociólogo é de crítica a essa necessidade de limitação. Bauman, em seu livro 'Modernidade Líquida', faz uma dura crítica aos padrões de restrições sociais através da sanção. Para o sociólogo polonês, o que ainda impera na nossa sociedade é o horror do homem sem freios, a se assemelhar com o estado de natureza hobbesiano. Essa falta de freios e limites levaria a uma vida detestável, brutal e curta; que deveria ser evitada, com a limitação por parte do Estado. Bauman vê nessa necessidade de coerção para que haja vida em sociedade, uma limitação à própria liberdade do homem. Para Bauman, essa visão está presente tanto em Hobbes como em Durkheim, que crê na coerção social como força emancipadora²³⁹.

A sanção, entendida como um mal, é considerada por Bauman não só como uma necessidade por parte do Estado, mas como uma vontade das pessoas de que ela exista para garantir a previsibilidade e a segurança. Decorre daí que a coerção não é apenas externa, mas já está internalizada. Bauman assumindo, a voz desse homem que quer a sanção, faz uma crítica à sociedade moderna, nas seguintes palavras:

“Não há contradição entre dependência e libertação: não há outro caminho para buscar a libertação senão ‘submeter-se à sociedade’ e seguir suas normas. A liberdade não pode ser ganha contra a sociedade. O resultado da rebelião contra as normas, mesmo que os

²³⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p, 72.

²³⁹ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. p, 27.

rebelados não tenham se tornado bestas de uma vez por todas, e portanto, perdido a capacidade de julgar sua própria condição, é uma agonia perpétua de indecisão ligada a um estado de incerteza sobre as intenções e movimentos dos outros ao redor – o que faz da vida um inferno. Padrões e rotinas impostos por pressões sociais condensadas poupam essa agonia aos homens; graças à monotonia e a regularidade de modos de conduta recomendados, para os quais foram treinados e a que podem ser obrigados, os homens sabem como proceder na maior parte do tempo e raramente se encontram em situações sem sinalização ... »²⁴⁰.

A necessidade do controle social está presente em grande parte das teorias do Direito e sociais, que buscam a estabilidade e constância da sociedade. O Direito é tido como um meio para esse controle, apontando os comportamentos ilícitos e assim direcionando as condutas. O controle social não é feito apenas pelo Direito, mas também por outros instrumentos e instituições.

A existência do controle não significa que a sociedade não se altere ou que não apresente mudanças, mas que essas possam ser geridas e administradas pelos detentores do poder, que tem o Direito como meio de regulação de comportamentos. Assim, os comportamentos acabam indiretamente passando pelo crivo do Estado. Porém, nem todos os comportamentos têm de ser controlados a partir do Direito, isto porque há comportamentos que interessam e outros que não interessam ao Estado e ao Direito.

Quando a sanção é a negativa pode-se entender que o que não está proibido pela lei é permitido, gerando com isso uma zona de liberdade positiva no silêncio da lei. Deste modo, a sanção positiva apenas lida com a liberdade positiva (liberdade residual) como uma exceção à liberdade negativa, que está estipulada nas leis. O controle social através do Direito é exercido por meio da positivação das condutas e efetivado pelo Estado, quando exige o comportamento desejado.

²⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. p, 28.

4.2. As normas jurídicas e a sanção negativa

Bobbio identifica na norma jurídica a existência de uma sanção que é garantida pelo Estado. A questão da sanção é forte em todas as normas jurídicas, porém não parece existir uma diferença grande entre os diversos tipos de normas jurídicas existentes. Deste modo, a sanção jurídica tem como objetivo distinguir as normas jurídicas de outras normas como as sociais, religiosas etc., porém não tem relevância na análise interna dos diferentes tipos de normas.

Bobbio não faz relação quanto às normas jurídicas e a sanção negativa, em sua teoria da norma e do ordenamento jurídico. Porém, em texto anterior, o jusfilósofo italiano diferencia as normas jurídicas e as normas de costume com base na sanção. Bobbio estava preocupado no livro 'O costume como fato normativo', em justificar o costume como fonte do Direito. É em Thomasius que o jusfilósofo italiano busca a inspiração para diferenciar as normas jurídicas das normas do costume. À norma jurídica é dado o caráter de coatividade, que não existe nas normas do costume. Esse critério é utilizado por filósofos desde Jhering até Kelsen²⁴¹. Bobbio destaca que Weber não se utiliza desse critério, mas sim na existência da coerção na norma jurídica e da desaprovação nas normas do costume²⁴².

Na 'Teoria da Norma jurídica' as normas são classificadas em gerais e singulares, afirmativas e negativas, categóricas e hipotéticas. Em artigo de 1956 Bobbio amplia a discussão sobre a classificação das normas em uma posição menos didática que aquele livro e com maior precisão e crítica. O artigo inicia discutindo a insuficiência e a imprecisão da doutrina tradicional ao atribuir às normas jurídicas o caráter de: geral e abstratas (concentradas). A imprecisão residia no fato de não estar claro que os dois termos eram usados como sinônimos e era insuficiente porque não dava conta da classificação dos

²⁴¹ BOBBIO, N. La consuetudine come fatto normative. P, 67.

²⁴² BOBBIO, N. La consuetudine come fatto normative. (nota 2) P, 67.

atos jurídicos²⁴³. A imprecisão pode ser sanada ao entender o termo 'geral', o fato da norma jurídica se referir a uma classe ou categoria de agente, contrapondo-se a individual; e 'abstrata' pelo fato da norma não tratar de uma ação específica, mas de uma categoria de ações. Kelsen é um dos que afirma que não são necessários os requisitos de generalidade e abstração para uma norma ser considerada como tal. Para Kelsen, o que caracteriza uma norma jurídica é estar dentro de um sistema jurídico e ter sanção.

Bobbio aponta três critérios de distinção aplicados aos imperativos jurídicos: sujeito ativo, sujeito passivo e objeto (ação prescrita). Nesse item Bobbio faz uma espécie de análise gramatical da norma jurídica. Aplica a esses três elementos a característica de individual e abstrato, resultando na seguinte combinação: prescrições com sujeito ativo universal, prescrições com sujeito ativo individual, prescrições com sujeito passivo universal, prescrições com sujeito passivo individual, prescrições que tem por objeto uma ação-tipo, prescrições que tem por objeto uma ação singular.

Quanto ao sujeito ativo, Bobbio apresenta ainda outra distinção, coletivo e pessoal. Combinada com os elementos acima, resulta na seguinte classificação: 1) prescrições coletivas genéricas abstratas, 2) prescrições coletivas gerais concretas, 3) prescrições coletivas individuais abstratas, 4) prescrições coletivas individuais concretas, 5) prescrições pessoais gerais concretas, 6) prescrições pessoais individuais abstratas, 8) prescrições pessoais individuais concretas²⁴⁴. A possibilidade desses outros critérios de classificação tornam fraco o argumento que as normas jurídicas, segundo Bobbio, apenas cabem a característica de ser abstratas e gerais.

Bobbio também discute a diferença de norma e ordens, estabelecida pela tradição. Normas são tidas como imperativos abstratos, tendo por objeto a prescrição de ações-tipo, enquanto que ordens são tidas como imperativos concretos. Essa distinção é utilizada já em John Austin no livro "The province of Jurisprudence Determined", porém Kelsen passa a margem dessa distinção já conhecida. Essa diferença pode se dar pelo conceito que Austin faz da norma,

²⁴³ BOBBIO. Studi per una teoria general del diritto. p, 11

²⁴⁴ BOBBIO, N. Studi per una teoria general del diritto. p, 17

que é tida como um comando que obriga uma pessoa ou mais a uma certo modo de agir²⁴⁵.

A conclusão de Bobbio é que algumas características atribuídas tradicionalmente às normas são, na verdade, direções tomadas tendo por base valores pré-determinados. Portanto, trata-se de critérios subjetivos e não objetivos de se analisar as normas jurídicas. A esse conjunto de valores pré-determinados Bobbio chama de ideologia. Algumas características como ser geral e abstrata, são critérios escolhidos com base nos valores de um Estado de Direito. Bobbio afirma nessa fase a cientificidade do estudo da norma nos seguintes termos:

“Que a doutrina da generalidade e da abstração da norma jurídica perdue nas teses de filosofia do Direito e seja abandonada nas teorias dos juristas, pode ser uma indicação útil para compreender que, qualquer que seja o estado da controvérsia entre filosofia e ciência do Direito, a filosofia do Direito, de fato, tende a ser uma teoria do valor jurídico com uma intencionalidade ideológica, a ciência (como Teoria Geral do Direito), ao contrario, é uma pesquisa empírica, com uma intenção descritiva-reconstrutiva”²⁴⁶.

Se o critério para diferenciação das normas jurídicas não está no seu conteúdo, que é dito por Bobbio como um critério ideológico, a diferenciação somente pode ser dada através da estrutura. Nesse ponto Bobbio parece ter feito uma volta, retornando a Kelsen, para afirmar o papel fundamental da sanção na norma jurídica. Porém, a indicativa da importância do sujeito da norma será importante quando Bobbio analisa a função da norma.

Ao contrário de muitos jusfilósofos, Bobbio não traça relação direta entre o tipo de norma e os tipos de sanção existentes. Na fase em que se aproxima de uma postura kelseniana, Bobbio faz a diferenciação entre as normas, porém nenhuma das classificações é relevante para a sanção. Nesse ponto, tanto para Kelsen quanto para Bobbio, as sanções estão presentes em quaisquer tipos de norma, mesmo que de maneira presumida. Desse modo, as diferenças existentes entre as normas quanto ao sujeito, objeto, alcance da norma etc.

²⁴⁵ BOBBIO, N. Studi per una teoria general del diritto. p. 23

²⁴⁶ BOBBIO. Studi per una teoria general del diritto. p. 30.

não são relevantes. Isso porque o que está sendo analisado é muito mais a estrutura da norma e suas inter-relações, do que como essa atua no mundo.

4.3. Sanção negativa e a questão da validade da norma jurídica

A validade passa a ser uma questão importante na Teoria Geral do Direito, em especial depois que Kelsen relaciona a existência, a validade e eficácia das normas. Deste modo, uma norma jurídica será sempre válida, pois pertence ao sistema jurídico e deverá ter necessariamente sanção. Há uma ligação entre a validade e a sanção, pois o critério para a investigação da sanção é simplesmente se a norma jurídica existe. Outros critérios podem ser adotados, como a questão da eficácia da norma, quando a investigação se dá pela função da norma, de acordo com a teoria da função do Direito de Bobbio.

Kelsen entende que o que importa na sanção é a validade. A cadeia de escalonamento das normas jurídicas não é o que define uma norma jurídica enquanto tal, mas sim a questão da coerção. Assim, diz Kelsen: "Uma regra é uma regra jurídica não porque sua eficácia é assegurada por outra regra que prevê uma sanção; uma regra é uma regra jurídica porque ela prevê uma sanção. O problema da coerção (constrangimento, sanção) não é o de assegurar a eficácia das regras, mas sim o do conteúdo das regras"²⁴⁷. Desse modo, o problema da sanção não é tanto o da eficácia do Direito, mas da validade.

Kelsen distingue validade e eficácia, nos seguintes termos:

"Validade do Direito significa que as normas jurídicas são obrigatórias, que os homens devem conduzir como prescrevem as normas jurídicas, que os homens devem obedecer e aplicar as normas jurídicas. Eficácia do Direito significa que os homens realmente se conduzem como, segundo as normas jurídicas, devem se conduzir, significa que as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas. A validade é uma qualidade do Direito; a chamada

²⁴⁷ KELSSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p. 41.

eficácia é uma qualidade da conduta efetiva dos homens e não, como o uso lingüístico parece sugerir, do Direito em si”²⁴⁸.

Para Kelsen validade e eficácia são conceitos diferentes, porém, há uma relação importante entre eles que não pode ser desconsiderada: trata-se do mínimo de eficácia. “Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade; uma condição, não a razão da validade”²⁴⁹.

Como aponta Tércio Sampaio o próprio conceito de validade tem seus matizes, dependendo do jusfilósofo analisado. Para o jusfilósofo brasileiro a noção de validade tem um papel fundamental na questão do sistema, pois ela pontua o que está dentro e o que está fora do sistema, que pressupõe limites. O autor destaca o conceito de validade em Kelsen e em Alf Ross. Para Ross a validade é um conceito semântico, “a norma é um signo que prescreve uma realidade comportamental e sua validade se verifica por uma relação signo/objeto, norma/comportamento de aplicação por parte dos tribunais”²⁵⁰.

Para Kelsen a validade não é dada em relação a uma probabilidade de aplicação, uma “norma vale em relação à outra norma, que a antecede hierarquicamente”²⁵¹, sendo assim um conceito sintático. A validade para Kelsen não pode ser verificada em uma única norma, pois depende do estabelecimento da hierarquia, ou seja, uma norma só é válida se a norma acima dela também for, é portanto um conceito relacional. Tércio procura um meio termo na posição desses dois autores, ao entender a validade na teoria pragmática da comunicação. A validade é a imunização à desconfirmação que a autoridade possui, em uma relação de comunicação jurídica.

Bobbio entende como validade de uma norma, a existência desta como regra jurídica, ou em outras palavras, “dizer que uma norma é válida significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente

²⁴⁸ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 55.

²⁴⁹ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 58.

²⁵⁰ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. p, 180.

²⁵¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. p, 181.

existente numa dada sociedade”²⁵². Para saber se uma norma é válida, Bobbio apresenta um critério tríplice:

“1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema; 2) averiguar se não foi ab-rogada, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer que ainda seja, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama ab-rogação implícita), particularmente com a norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras)”²⁵³.

Desse modo, uma vez a norma produzida e inserida no sistema, ela tem uma sanção que será aplicada caso a conduta da pessoa alcance um comportamento ilícito, ou seja, em desconformidade com a norma jurídica. Porém, Bobbio não aceita a norma fundamental de Kelsen, que é a que garante a validade a todas as outras, proporcionando um fechamento do sistema. Kelsen, por meio do conceito de norma fundamental, consegue criar um instrumento para evitar a inconsistência criada quando um sistema completo se auto-valida, respeitando com isso uma coerência lógica, que é destacada no teorema da incompletude de Gödel.

Em Bobbio a norma fundamental que valida todas as outras não é uma decorrência lógica, mas é posta pelo poder que assegura o ordenamento jurídico. É um ato legitimado de força que assegura a validade das normas. Essa diferenciação entre a norma posta e a norma válida permite a Bobbio ir

²⁵² BOBBIO, N. Positivismo Jurídico. P, 137.

²⁵³ BOBBIO, N. Teoria da norma jurídica. P, 47.

um pouco além de Kelsen, porque afirma a necessidade de um poder para fundar o Direito. Esse poder geralmente é o poder político. Com esse mecanismo, Bobbio consegue explicar o porquê da diferença entre positividade e validade, como ressalta Tércio Sampaio no comentário sobre Bobbio:

“Deste ponto de vista, justifica Bobbio que se qualquer norma é posta, nem toda norma é válida. Se um juiz estabeleceu uma norma, uma sentença, fora de sua competência, houve positividade, mas a norma não é válida. Quando subimos na hierarquia, porém, a distância entre a positividade e a validade vai se estreitando até chegarmos aquele primeiro ato do poder, por exemplo, o poder constituinte, que, ao positivizar a norma já a estabelece como válida: não há mais distância entre uma coisa e outra”²⁵⁴.

Nesse sentido a sanção de uma norma jurídica, a partir de sua estrutura, tem relação direta com a validade e não com a eficácia da norma. Porém, como Bobbio altera a justificação da norma fundamental kelseniana, a norma não tem sempre validade, mesmo tendo sanção. Uma norma pode ser positivada e possuir sanção, porém pode não ser válida e com isso sua sanção não ser respeitada. Bobbio liga a validade da norma com um ato do poder e a sanção com a força.

A norma fundamental somente pode colocada por aquele que detém o poder, porque Bobbio une a Teoria Geral do Direito com a teoria geral da norma jurídica, por meio do paralelismo entre dois pares de conceitos: justiça/validade (da norma) e legitimidade/legalidade (do poder)²⁵⁵. Assim, afirma: “que a justiça se funda na legitimidade, a legitimidade funda a validade, a validade funda a legalidade”²⁵⁶. Existe correspondência para Bobbio entre a justificação do poder e a justificação da norma jurídica porque os dois são faces da mesma medalha. “O poder nasce da norma e produz norma; a norma nasce do poder e produz outros poderes”²⁵⁷. Com isso, Bobbio pode dar uma definição de ordenamento jurídico que não é apenas estrutural, mas já indica a influência da política, que se tornaria forte em sua última fase: “O ordenamento jurídico é considerado no seu complexo, um entrelaçamento de normas e

²⁵⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. p, 187.

²⁵⁵ BOBBIO, Norberto. Studi per una teoria generale del diritto. p, 84.

²⁵⁶ BOBBIO, Norberto. Studi per una teoria generale del diritto. p, 85.

²⁵⁷ BOBBIO, Norberto. Studi per una teoria generale del diritto. p, 86.

poderes, de poderes que pressupõem normas, e de normas que dão vida a novos poderes”²⁵⁸. Bobbio dá ao sistema piramidal de Kelsen um aspecto circular, em que o poder último fundamenta a norma última e esta de novo o poder.

Isso permite a Bobbio resolver um complicado problema gerado pela relação entre validade e sanção. A realidade é pródiga em exemplos em que uma norma pode ter validade, ter sanção e mesmo assim não ser seguida. Esses são casos em que há uma sanção na norma, porém essa sanção nunca é aplicada, ou seja, não há sintonia entre o plano das normas positivadas e o plano das normas utilizadas por uma sociedade.

A interferência do poder político no Direito é constante em Bobbio e se acentua ao longo de sua vida. A sanção também tem a ver com o ato desse poder político. Ela deve estar em normas positivadas e válidas, mas nem sempre isso ocorre. A validade é um dos pontos que importa para a questão da sanção negativa, uma vez que esta se preocupa com a estrutura do sistema jurídico e não com sua eficácia. Apesar da alteração quanto à norma fundamental e o poder em Bobbio, a validade ainda tem relação direta com a existência da norma e com a presença de sanção.

4.4. Sanção negativa e o Estado Liberal

Há uma relação direta entre a sanção e o Estado, segundo a teoria que entende que o Estado é o único produtor das normas legais e também seu executor. A posição da doutrina tradicional de relação entre Estado e Direito não é alterada por Bobbio, que não poucas vezes reforça e incentiva a relação. Para Bobbio, a aplicação da sanção jurídica depende de um Estado.

Weber é um dos que traça um vínculo estrito entre Estado, poder e a coação. O Estado é definido através da coação, que é a definição sociológica dada pelo que é próprio do Estado e de toda associação política²⁵⁹. O Estado exerce o monopólio da coação física legítima e para isso necessita de bens

²⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Studi per una teoria generale del diritto*. p. 86.

²⁵⁹ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. (vol. 2, cap. IX, sec 8, 2) p. 525.

materiais e uma empresa econômica²⁶⁰, isto é, de um quadro de pessoas, regras e recursos. Ao enxergar o Direito e a política ligados, Weber propõe um estudo sobre o Direito que não está descolado de sua história e, com isso, depende do sistema capitalista moderno. Weber faz uma ligação direta entre a sanção e o tipo de Estado, ressaltando a importância das questões econômicas.

O Estado Liberal é caracterizado por Bobbio, como aquele Estado em que há um predomínio da atividade econômica e o predomínio da função de repressão e proteção. Sob um outro prisma, o Estado Liberal é também dito por Bobbio como aquele tem “uma esfera de autonomia privada, isto é, por uma esfera de comportamento regulados por aquela forma específica de produção normativa que é o negócio jurídico, em particular, o contrato”²⁶¹.

A teoria de Jhering e a de Kelsen são identificadas como esclarecedoras desse tipo de postura do Estado liberal, pois há uma distinção entre as esferas das relações econômicas e das relações político-jurídicas. Para a primeira esfera a alavanca é a recompensa e na segunda esfera a alavanca é a coação²⁶².

Para Bobbio, a distinção dessas duas esferas que é típica da teoria de Jhering, mas que também está em Kelsen, não é uma distinção que está presente na realidade, mas sim na filosofia desses autores. A crítica de Bobbio vai no seguinte sentido:

“essa distinção está vinculada à imagem de uma sociedade em que a atividade econômica primária, a atividade de produção dos bens, cabe sobretudo aos particulares, enquanto ao Estado compete essencialmente a organização da força, isto é, a produção de um serviço indispensável à coexistência, à coesão, à integração do grupo social. Entretanto, desde que o Estado estendeu suas atividades para a produção de outros serviços, além da organização da coação, e provê, direta ou indiretamente, também a produção de bens, aquela imagem certamente passou a ser falsa”²⁶³.

²⁶⁰ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. (vol. 2, cap. IX, sec 8, 2) p. 527.

²⁶¹ BOBBIO, N. direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: *Da estrutura à função*. P, 70.

²⁶² BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: *Da Estrutura à Função*. P, 67.

²⁶³ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: *Da Estrutura à Função*. P, 68.

A teoria de fundo jheringiano apresenta essa distinção, que não só repercute na divisão das esferas das relações e no papel do Estado, mas também nos tipos de recompensa. Isso porque, uma vez que uma das distinções é falsa, ela afeta todas as outras. Portanto, a separação das recompensas e das penas, deve ser revista.

Kelsen apresenta o Estado como produtor de si mesmo, segundo Bobbio, o que leva o filósofo italiano a entender que não consegue superar a distinção jheringiana, pois as normas são reguladas pelo aparato da coação e não da promoção de comportamentos²⁶⁴. Desse modo, o comportamento possível é o conforme ou o não-conforme às normas, em que há uma obrigação de cumprimento e uma sanção no caso de descumprimento.

A relação entre o Direito e o Estado é direta em Kelsen, levando a uma ponte entre conceitos que se identificam. Com isso, o Estado estabelece um Direito que tem normas e essas têm como característica principal a sanção. Pelas pontes pode-se chegar às seguintes conclusões: o Direito só pode ser o Direito estatal (ou posto); o Direito é norma; normas jurídicas devem ter necessariamente sanções; o Estado atua através do Direito pelas sanções.

Kelsen não diferencia um tipo de Estado do outro, afirmando que sua teoria pura do Direito pode ser entendida a partir de diversos tipos de Direitos presentes nos diferentes Estados. Porém, apesar da pretensão à universalidade, a teoria kelseniana não pode ser aplicada para todo e qualquer tipo de Estado. A exigência de Kelsen não parece estar na necessidade do Estado ser liberal ou socialista, mas se este adota os ideais capitalistas de relevância da economia nas relações sociais. Assim, por exemplo, um Estado que adotasse o Direito mulçumano ligado à religião e não tivesse outro Direito, por esse ter bases completamente diferentes da adotada pelo capitalismo moderno, dificilmente poderia ser explicado pela teoria kelseniana.

Também está presente na concepção de Direito kelseniana a ligação de Estado, Direito e força, no entender de Bobbio. O Estado é tido como organização da força, devido ao monopólio estatal sobre o exercício da força. Bobbio questiona se essa concepção de Estado ainda é a que vige, uma vez que o Estado não tem somente essa função²⁶⁵.

²⁶⁴ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 69.

²⁶⁵ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da estrutura à função. P, 75.

Hayek ,que é amplamente utilizado por Bobbio em sua teoria da função do Direito, opõe o Estado Liberal ao Estado assistencial. Para Bobbio, no primeiro há um sistema de normas e sanções negativas e no segundo, um sistema de normas e sanções positivas²⁶⁶. Hayek traça essa divisão, mas entende que há normas de conduta e normas de organização. O economista defende um Estado mínimo em que o Direito intervém na sociedade somente quanto é realmente necessário e, nesse sentido, defende uma teoria não intervencionista.

O jusfilósofo italiano entende que o Estado não deve ser o Estado mínimo em relação às normas jurídicas. Sua postura é exatamente contrária a esta. Porém, não se pode negar que no caso das sanções negativas o Estado atua menos, pois seu papel é passivo frente às normas. O Estado Liberal, com o predomínio de normas negativas, é ativo apenas na exigência dessas normas.

Bobbio destaca-se por sua postura que nega e aceita ao mesmo tempo o positivismo jurídico. Nega o positivismo por entender que este não consegue dar uma resposta suficiente no Direito da sociedade moderna. Aceita por outro lado o positivismo, pois Bobbio entende que somente em um Estado democrático as normas serão adequadas a uma sociedade como a atual. Esse Estado ao qual Bobbio se refere é um estado centralizado na política e na produção normativa, apesar de ser democrático. Um Estado forte será fundamento para que a democracia possa se desenvolver. Esse é um dos muitos pontos do pensamento de Bobbio que há um intenso conflito, pois a democracia deve ser assegurada com a participação popular, porém esse povo não pode utilizar-se do mecanismo da desobediência às leis, mesmo para melhorar a situação em que se encontram. Desse modo, as mudanças devem ocorrer nos próprios mecanismos que o Estado propicia para a manifestação popular na política.

A noção de Bobbio de Estado é muito semelhante a de Hobbes, que indicava a necessidade de um Estado forte e centralizado para que o povo tivesse um bom governo, afastando a insegurança social. Bobbio também busca afastar essa insegurança, mas não por meio do contrato social para

²⁶⁶ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à função. P, 10.

eleição de um soberano, e sim um contrato social para desenvolvimento da democracia.

A possibilidade de grandes mudanças em uma mesma ordem jurídica e política é afastada por Bobbio. As mudanças somente seriam possíveis quando: a) sociedade como um todo concordasse, mantendo com isso o pacto social democrático; b) o governo do Estado utilizando da sua sensibilidade para entender os clamores populares por mudança, efetivasse essas mudanças, antes mesmo que a sociedade as exigisse de forma violenta, evitando assim revoluções.

Bobbio relaciona o Estado Liberal à proteção de Direitos individuais e em última análise ao individualismo. Isso leva o jusfilósofo italiano afirmar:

“O Estado liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crise mais aguda, de uma ruptura revolucionária (exemplares os casos da Inglaterra do século XVII e da França do fim do século XVIII), racionalmente, o Estado liberal é justificado como resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura”²⁶⁷.

As funções desse Estado são limitadas pelo próprio liberalismo. Nesse sentido afirma Bobbio: “O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes, quanto às suas funções”²⁶⁸. Pode-se entender a partir dessa afirmação que o Estado Liberal, tem através da sanção negativa a função de repressão. Bobbio entende em obras posteriores que o Estado tem outras funções, porém se trata de um outro Estado, que não é mais o Liberal.

As considerações que Bobbio faz ao lidar com a relação sanção negativa e Estado Liberal podem ser estendidas a alguns tipos de Estados anteriores a este, ou seja, não é somente o Estado Liberal que possui em sua grande maioria normas com sanções coercitivas. Porém, essa oposição entre sanção positiva e sanção negativa, leva Bobbio a utilizar outro par dicotômico: o Estado Liberal e o Estado Social. Não se pode negar que há outros tipos de Estados que se utilizam da sanção negativa, porém não há muitos Estados que se utilizam da sanção positiva como instrumento de promoção.

²⁶⁷ BOBBIO, N. “Os Direitos do Homem”. In: Liberalismo e Democracia. P, 14.

²⁶⁸ BOBBIO, N. “Os limites do poder do Estado”. In: Liberalismo e Democracia. P, 17

5. SANÇÃO POSITIVA E A TEORIA DA FUNÇÃO DO DIREITO

A sanção positiva não é um conceito criado por Bobbio, uma vez que alguns autores, inclusive alguns jusfilósofos, já desenvolveram esse conceito. Porém, no âmbito dos estudos do Direito calcados na forte tradição positivista, Bobbio foi um dos primeiros a divulgar esse conceito. A sanção positiva de Bobbio será encontrada na sua coletânea de artigos “Da Estrutura à Função”, porém, não necessariamente se relaciona à teoria da função do Direito. Em alguns textos essa ligação foi incentivada pelo próprio Bobbio e parece ser esse o ponto que os críticos destacam como o elo fraco na teoria da função do Direito.

É importante destacar que nos textos em que Bobbio se aproxima mais da posição kelseniana de definição do Direito, não há menção à sanção positiva. É nos textos relativos à fase da Teoria da Função do Direito que o conceito de sanção positiva aparece, ou seja, por volta da década de setenta. O destaque de Bobbio à sanção positiva parece não ter ido muito além dessa fase, não se encontrando traços relevantes nos estudos posteriores de política ou mesmo de Direito.

Bobbio destaca, na bibliografia existente sobre o tema, algumas das possíveis inspirações para desenvolvimento de seu conceito forte de sanção positiva no ordenamento no jurídico. Dentre elas estão os estudos do economista E.A.Hayek, do sociólogo Parsons, do sociólogo J.P.Gibbs, de Felix Openheim e dos juristas Carnelutti e Rudolf von Jhering²⁶⁹. Bobbio também cita como autores que trataram da sanção positiva Jeremy Bentham e Melchior Gioia²⁷⁰.

Se há essas diversas referências na obra de Bobbio, parece ter sido a noção de Hayek que foi a mais forte para construção do conceito de sanção positiva. Porém, a construção de seu conceito parece ser tomado em oposição à teoria tradicional do Direito, em especial à teoria kelseniana. Em Kelsen já havia a menção à sanção positiva, porém como um conceito fraco, ou seja, a

²⁶⁹ BOBBIO. A Função promocional do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 8.

²⁷⁰ BOBBIO. As sanções positivas. In: Da Estrutura à Função. P, 23.

sanção positiva não era relevante para a formulação da teoria kelseniana do Direito.

É na literatura não jurídica que há muitos estudos de outros tipos de sanção, como a sanção premial ou positiva, enquanto que literatura jurídica se foca na sanção negativa. Bobbio, querendo construir uma nova teoria do Direito para um novo tipo de sociedade, que no seu entender não pode ser controlada apenas com a sanção negativa, busca um novo tipo de sanção.

5.1. Conceitos de sanção positiva

A sanção positiva, como aponta o próprio Bobbio, não é sua criação, estando presente, na obra de filósofos, sociólogos e juristas. Bobbio diz não ter tido conhecimento da sanção positiva quando estava elaborando sua teoria, tanto na área da Teoria Geral do Direito, quanto na ciência política, onde o tema já estava mais desenvolvido²⁷¹. Há referências direitas e indiretas de sanção positiva na obra de diversos autores. Nem todas apresentam a mesma expressão utilizada por Bobbio, porém muitas vezes parecem levar ao mesmo sentido, ou seja, uma recompensa ou um prêmio, presentes em uma lei que incentive comportamentos.

O que diferencia a utilização da sanção positiva por Bobbio é a inserção desse elemento para o conceito de Direito. Essa alteração decorre de uma mudança do papel do Estado e de sua forma de exercer o controle social e também de uma alteração teórica, que é necessária para explicar essa transformação do Direito. Apresenta-se abaixo algumas referências de autores que trataram da sanção positiva, elencados por Bobbio em sua teoria da função do Direito e outros autores que apresentam contribuições importantes para o estudo do tema.

Dentre os autores mencionados por Bobbio quando trata da sanção positiva, estão Jeremy Bentham e Hobbes. Porém, nesses autores o conceito não está explícito. Cita também Erasmo, na obra 'Educação do Príncipe cristão', como um dos que utilizaram a idéia de governar sem coerção²⁷². O

²⁷¹ BOBBIO, N. La funzione promozionale del diritto revisitata. P, 14.

²⁷² BOBBIO, N. La funzione promozionale del Diritto revisitata. P, 17.

autor do Leviatã apresenta a necessidade de controle social feito por mecanismos que não a sanção punitiva. Isso porque para se direcionar as ações com vistas à paz social é necessário a persuasão. É possível entender nessa postura de Hobbes algo como as sanções positivas, que incentivam um determinado comportamento. Bobbio é um leitor fervoroso de Hobbes, não deixando de lembrar por diversas vezes a influência do filósofo inglês em sua obra.

Foucault chega a tratar do sistema de sanção e gratificação, destacando que nem sempre a pena foi à única alternativa utilizada, sendo freqüente também o uso de recompensas para que um determinado comportamento fosse alcançado. Isso provoca uma modificação na qualificação de permitido/proibido, para uma qualificação dos comportamentos e desempenhos através do bem e do mal²⁷³. Destaca-se com isso a relevância do mérito e do comportamento, através do poder da norma.

No âmbito do Direito, Jhering e Kelsen são os dois nomes que Bobbio mais utiliza ao se referir à sanção positiva. Bobbio vai contrapor-se à posição desses jusfilósofos, que admitiram a sanção negativa como predominante em suas teorias do Direito. Ambos apresentam em suas obras o conceito de sanção positiva.

Jhering, no entender de Bobbio, chega a falar de sanção positiva quando trata de títulos e medalhas, porém essas não têm o mesmo objetivo que as sanções negativas. As sanções positivas têm importância reduzida na Teoria Geral do Direito de Jhering. Segundo Bobbio, essa pequena importância dada à sanção positiva, decorre da própria definição jheringuiana, que restringe o conceito²⁷⁴. Com o alargamento proposto por Bobbio, a sanção positiva passa a englobar outras formas de recompensa.

Kelsen apresenta em sua principal obra, Teoria Pura do Direito, a noção de sanção positiva. O jusfilósofo praguense entende que “tanto o prêmio como 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”²⁷⁵. Ao definir o Direito como coação e esta como um mal,

²⁷³ FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: nascimento das prisões. P. .151..

²⁷⁴ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da estrutura à Função. P. 66.

²⁷⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. (cap. 1, 5. a) p, 26.

Kelsen não deixa de ressaltar que nem toda coação é um mal, como no caso do prêmio. “As modernas ordens jurídicas também contém, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações”²⁷⁶. Kelsen resalta que essa característica não é a predominante. A sanção tem como princípio o da punição e da recompensa, porém “a primeira desempenha um papel muito mais importante que o da segunda na realidade social”²⁷⁷.

Para Carnelutti, a sanção é definida, em sua obra ‘Teoria Geral do Direito’, como prêmio ou um castigo a uma conduta que foi um bem ou um mal. Porém, é o castigo que é geralmente identificado com a sanção. Carnelutti fala da sanção premial, mas atribui a ela um papel menor. A sanção pode operar de dois modos, como prevenção (garantindo a ordem ética, dificultando os fatos não desejados) e como repressão (que ocorre depois do ato ilícito, visa eliminar o ato do campo econômico e moral e impedir um mal). Distingue com isso a sanção premial da sanção repressiva.

F.B.Skinner trata da questão da sanção positiva em seu livro ‘Ciência e Comportamento Humano’ e também no romance ‘Walden II: uma sociedade do Futuro’. Este romance é uma continuação de outro denominado Walden I de Henry David Thoreau. O autor identifica nesse livro alguns ideais a serem seguidos por uma sociedade do futuro e busca ampliá-los. É interessante ver como a sanção é tratada em uma sociedade ideal e como esses ideais acabam influenciando o Direito. Uma das dez regras para a construção dessa sociedade do futuro é que ela tenha sanções brandas, porém efetivas.

No livro ‘Ciência e Comportamento Humano’ o autor faz uma crítica às sanções punitivas e identifica, na nossa sociedade, um exagero nas sanções. Nesse sentido, afirma Skinner:

“Inquestionavelmente a punição severa tem um efeito imediato na redução da tendência para agir de uma certa maneira. Sem dúvida, este resultado é responsável pelo seu largo uso (...) Todavia a longo prazo a punição realmente não elimina o comportamento de um repertório de seus efeitos

²⁷⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. (cap. 1, 6, b) p, 37.

²⁷⁷ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. p, 25.

temporários são conseguidos com tremendo custo na redução da eficiência e felicidade geral do grupo”²⁷⁸.

Skinner critica as sanções, pois entende que elas não fazem o que prometem, ou seja, impedir o comportamento não desejado. Para o autor são três os efeitos da sanção: a) estímulo aversivo á situação imediata, que não precisa causar mudança comportamental posterior; b) alteração do comportamento, que pode ser permanente ou não. Essa alteração pode ser verificada por respostas opostas, culpa, vergonha, sentimento de pecado; c) o indivíduo reprime o comportamento punido, ou comporta-se da maneira desejada para livrar-se da punição²⁷⁹.

O autor destaca algumas alternativas para a punição, como: 1) enfraquecimento do comportamento deixando o tempo passar (é lento e requer que sejam evitadas ocasiões para o comportamento), 2) extinção (eficiente, livre de subprodutos – caso do pai que ‘não presta atenção’ a uma conduta indesejável do filho), 3) condicionamento de comportamento incompatível por um reforço positivo.

Para Skinner, o controle do comportamento pode ser feito pelo próprio indivíduo (auto-controle), ou por pessoas em um grupo. Destaca dois tipos de controle do comportamento em grupo: o controle pessoal e o controle pelo grupo. Há também agências controladoras dos comportamentos, como o governo e a lei, religião, psicoterapia, controle econômico e educação.

O Direito está inserido naquilo que Skinner chama de agência controladora: governo e lei. São técnicas governamentais de controle: punição por reforço positivo (que Bobbio chama de sanção positiva) e estabelecimento do comportamento obediente. Para a agência governamental ter o controle é preciso que haja um estabelecimento dos procedimentos controladores.

Uma lei, segundo Skinner, tem efeito de determinar o comportamento e também de especificar ou dar a entender certa conseqüência que geralmente é uma punição (é uma contingência de reforço mantida por uma agência governamental). A agência governamental também diz ter a lei um efeito educador, porém esse é um meio de encobrir como o comportamento do indivíduo é regrado por outros membros da sociedade.

²⁷⁸ SKINNER, B.F. *Ciência e Comportamento Humano*. P, 208.

²⁷⁹ SKINNER, B.F. *Ciência e Comportamento Humano*. P, 201-207.

Desse modo, pode-se dizer que Skinner abre caminho para pensar a sanção positiva, ao criticar a utilização atual da sanção repressiva e incentivar outros métodos de controle social. Skinner deixa a entender que o controle por meio de prêmios e incentivos de determinados comportamentos são mais eficazes do que a sanção repressiva. O controle educacional e o controle por meio da cultura também são alternativas para a diminuição do controle por sanções.

Parsons, um dos principais sociólogos que lidam com a teoria funcionalista, admite o conceito de sanção. Há alguns comentadores que entendem que não há sanção positiva em Parsons, somente sanções negativas. Porém, é o próprio Parsons que se refere diretamente a essa expressão ao tratar dos sistemas sociais, em que rege o modelo de equilíbrio-função. Parsons, ao tratar de sua teoria funcionalista, refere-se a uma teoria da ação, em que o foco principal é entender a sociedade. Portanto, não está preocupado diretamente com a noção de sanção do Direito, ou seja, a sanção jurídica e sim de uma sanção no sentido geral. A referência à sanção positiva pode ser verificada no seguinte trecho:

“Um estado estabelecido do sistema social é um processo de interação complementar de dois ou mais atores individuais, em que cada qual se conforma com as expectativas do outro (ou dos outros) de tal maneira que as relações do outro (ou dos outros) às ações do ego são sanções positivas, que servem para reforçar as suas disposições de necessidades especificadas e, assim realizar as suas expectativas dadas”²⁸⁰.

Parsons cria uma tipologia em que a sanção positiva e a sanção negativa são tipos de usos do poder são assimétricos. Isso leva Giddens ao seguinte comentário sobre o poder em Parsons:

“Parsons distinguiu dois canais principais pelos quais uma parte poderia procurar comandar as ações da outra, e dois modos principais desse controle, produzindo uma tipologia de quatro elementos. O ego deveria controlar a situação na qual o *alter* estaria colocado, ou tentar controlar as intenções do alter; os modos de controle dependeriam da possibilidade de aplicação de sanções positivas (isto é, do oferecimento de algo que o alter

²⁸⁰ PARSONS & Smelser. *Economy and Society*. Apud. BURKELEY, Walter. *A sociologia e a moderna Teoria dos Sistemas*. P, 49.

deveria desejar) ou negativas (isto é, sustentação da ameaça de punição): canal situacional/ sanção positiva: o oferecimento de vantagens positivas para o alter se ele seguir os desejos do ego (incentivo, tal como o oferecimento de dinheiro); canal situacional/sanção negativa: ameaça de imposição de desvantagens se o alter não consentir (o uso do poder: no caso extremo, o uso da força); canal intencional/ sanção positiva: oferecimento de boas razões pelas quais o alter deve consentir (o uso da influência); canal intencional/sanção negativa: ameaça de que seria moralmente incorreto para o alter consentir (o apelo à consciência ou outros compromissos morais)²⁸¹.

A sanção positiva em Bobbio parece ter tido inspiração jurídica, mas não se pode negar que o conceito não pertence unicamente ao âmbito do Direito. A sociologia e a filosofia utilizaram-se da sanção positiva amplamente, quando tratam das sanções na sociedade e não só das sanções jurídicas. Porém, é Bobbio quem dá a esse termo um significado forte no mundo do Direito, fazendo com que uma gama de juristas passasse a pensar em uma outra forma de conceber o Direito, que não precisasse utilizar somente da coação direta. Bobbio não elimina do Direito a necessidade da sanção, porém suaviza-a, tornando menos violento o controle social.

5.2. Conceitos de sanção positiva em Bobbio

A sanção positiva em Bobbio é um dos conceitos importantes para o desenvolvimento de sua Teoria da Função do Direito. Bobbio entende que a escolha pelo enfoque em um tipo particular de sanção é ideológico, pois o ordenamento jurídico possui os dois tipos de sanções: negativas e positivas.

O termo sanção positiva não era, antes de Bobbio, muito utilizado no âmbito do Direito. Em outras áreas o termo sanção é utilizado tanto para designar as sanções negativas, quanto as positivas, pois podem ser respostas

²⁸¹ GIDDENS, A. Política, Sociologia e Teoria Social. P, 245.

respectivamente de conseqüências agradáveis ou desagradáveis, na observância ou na inobservância das normas²⁸².

As teorias do Direito hegemônicas no século XIX e XX, por outro lado, utilizaram-se principalmente da sanção negativa, levando a relação de sanção com uma resposta desagradável à inobservância legal. O predomínio da sanção negativa no Direito, no entender de Bobbio, revela o caráter ideológico de uma teoria. A teoria que se foca na sanção negativa, tem uma concepção de Direito em que a esfera econômica está dissociada da esfera política. O jurfilósofo italiano aponta que a predominância da sanção negativa é histórica e não pertence à própria definição do Direito, que também pode ser entendido a partir da sanção positiva.

Bobbio tenta definir a sanção jurídica como mecanismos de incentivo criados pelo Estado, para promover atos socialmente desejáveis. Esses mecanismos podem tanto englobar os prêmios e os incentivos. Em direção oposta está a definição de sanção negativa, que é um mecanismo de repressão de atos socialmente indesejáveis, por meio de penas, multas, restituições e ressarcimentos.

A sanção positiva está necessariamente ligada a um bem aquele que pratica uma determinada conduta, enquanto que a sanção negativa está ligada a um mal estabelecido pelo Estado ao praticante da conduta não desejada. Esta relação entre sanção positiva como um bem e a negativa como um mal não é bem detalhada por Bobbio. Nas palavras de Bobbio:

“A noção de sanção positiva deduz-se a contrário *sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem”²⁸³.

O que diferencia as sanções positivas é a utilização de técnicas de encorajamento, em oposição às sanções negativas que privilegiam a técnica de desencorajamento de condutas. As sanções positivas podem ser classificadas, segundo Bobbio, em: a) atributivas ou privativas, b) com medidas retributivas ou reparadoras, c) com medidas preventivas e sucessivas²⁸⁴. Essas

²⁸² BOBBIO, N. A Função promocional do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 11

²⁸³ BOBBIO, Norberto. As sanções positivas. In: Da estrutura à função. P,24.

²⁸⁴ BOBBIO, Norberto. As sanções positivas. In: Da estrutura à função. P,24-26.

características estão presentes tanto nas sanções positivas quanto nas sanções negativas.

A sanção negativa, que é típica de em um ordenamento repressivo, visa três tipos de ação: tornar a conduta impossível, difícil ou desvantajosa. Como a definição de sanção positiva é feita em espelhamento à sanção negativa, ela tem como objetivo tornar a ação: desejada/necessária, fácil ou vantajosa²⁸⁵. Bobbio propõe, por meio de sua teoria da função do Direito, uma 'teoria da ação' e não da omissão.

O direcionamento para condutas desejadas é o que fazem as leis de incentivo, que trazem em seu corpo de normas as sanções positivas. Bobbio identifica dois tipos de posturas de encorajamento: prêmios e facilidades. A diferença entre esses dois tipos se dá no momento em que a sanção é colocada. Desse modo, "a sanção propriamente dita, sob forma de recompensa vem depois, com o comportamento já realizado; a facilidade precede ou acompanha o comportamento que se pretende encorajar"²⁸⁶. Cita, como caso de facilidade, o caso de subvenções, contribuições financeiras ou mesmo facilidade de crédito e, para a sanção positiva, o caso de prêmios para comportamento conforme ou isenção fiscal²⁸⁷.

Portanto, é possível se dizer que há dois tipos de sanções positivas em Bobbio: as facilidades e os prêmios. A facilidade é irmã da obstacularização na sanção positiva e vem encorajar uma determinada ação. Com isso, a facilidade precede ou acompanha a ação, enquanto o prêmio é uma recompensa positiva posterior à ação²⁸⁸. Em um texto de revisão de sua teoria da função, Bobbio destaca que seu exercício para diferenciar facilidade e prêmio não foi muito bem sucedido.

Esses dois tipos de medidas de encorajamento de comportamento fazem parte daquilo que Bobbio chama de medidas indiretas de controle social. Medida direta é aquela que atua sobre o comportamento diretamente, por meio de ações de incentivo ou de impedimento de um determinado comportamento. Nas medidas indiretas o "comportamento não desejado ou desejado continua sendo possível, mas se torna mais difícil ou mais fácil, ou então, uma vez

²⁸⁵ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à Função. P, 15

²⁸⁶ BOBBIO, Norberto. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à função. P, 17.

²⁸⁷ BOBBIO, Norberto. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à função. P, 18.

²⁸⁸ BOBBIO, N. As sanções positivitas. In: Da estrutura à função. p, 31.

praticado é seguido por medidas que pretendem a sua retribuição ou reparação”²⁸⁹. A diferença entre os dois tipos de encorajamento é muito tênue, porém, Bobbio apenas chama de sanção positiva, os prêmios. Na tentativa de diferenciar esses conceitos, Bobbio afirma: “prêmio é uma resposta a uma ação boa; o incentivo é um expediente para obter uma ação boa”²⁹⁰.

Quando se trata de um exemplo de facilitação ou prêmio, baseado em um caso prático, pode-se ter uma diferença mais clara. Para encorajar uma determinada ação do filho, que é fazer uma tradução difícil do latim, o pai pode: permitir que se utilize uma tradução bilíngüe ou prometer que se a tarefa for realizada ele pode ir ao cinema²⁹¹. No primeiro caso há uma facilitação da conduta desejada por um instrumento proporcionado pela pessoa que requer a tarefa e no segundo caso há um incentivo por meio de um prêmio, que se supõe desejado pela pessoa a qual cabe executar a tarefa.

No âmbito do Direito, Bobbio elenca os seguintes exemplos de prêmios: como bem econômico (compensação em dinheiro, designação de um pedaço de terra ao combatente valoroso), como bem social (passagem para um status superior), como bem moral (honorarias)²⁹², como medida preventiva (quando o Estado estabelece uma isenção fiscal para quem realize uma ação econômica considerada vantajosa para a coletividade), como medida sucessiva (quando o Estado estabelece pensões de guerra)²⁹³.

Kelsen e Jhering admitiam como sanções positivas, não no mesmo sentido que Bobbio, as medalhas e os prêmios. Isso porque segundo eles, as sanções positivas não têm muito peso no ordenamento jurídico. Bobbio dá um passo à frente indicando que, com a transformação da sociedade, as sanções positivas ganharam cada vez mais relevância, em especial no âmbito do poder econômico. Porém, Bobbio se restringe à sanção positiva jurídica, que é estatal, não indo além para pensar na sanção imposta pelos setores econômicos (sanção econômica), que atuam muitas vezes em conjunto com as sanções estatais, regulando comportamentos com maiores efeitos.

²⁸⁹ BOBBIO, Norberto. As sanções positivas. In: Da estrutura à função. P, 31

²⁹⁰ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 72.

²⁹¹ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à função. P, 17.

²⁹² BOBBIO, N. As sanções positivas. In: Da estrutura à função. P, 25.

²⁹³ BOBBIO, N. As sanções positivas. In: Da estrutura à função. P, 26.

O que Kelsen e Jhering não pensaram é que existem outros meios no Direito para direcionar comportamentos, visando uma ação desejada. Esses autores se pautavam no papel coercitivo e educativo do Direito. Este último se assemelha a um direcionamento de comportamentos ao exercer um controle persuasivo, evitando comportamentos indesejados. Porém, esse mecanismo não tem atuação direta no Direito, apenas agindo como um meio difuso de possibilidade de controle do Estado.

As sanções positivas representam um tipo de controle de comportamento que é feita de forma direta, em que alguns comportamentos são incentivados. Essas não cabem para todo e qualquer comportamento, sendo mais utilizadas para conteúdos econômicos. Isso não descarta o alargamento dessas sanções para outros âmbitos. Desse modo, Bobbio não inova no conceito de sanção positiva, porém inova largamente na sua utilização para o direcionamento de comportamentos.

5.3. Sanção positiva e a direção social

O controle do comportamento dos homens via a sanção negativa, por meio da coerção, sempre foi um dos principais aspectos dos ordenamentos jurídicos. A sanção negativa tem como objetivo restringir comportamentos indesejados. Essa preponderância da sanção negativa, no âmbito do Direito, também poderia ser sentida em outras áreas da sociedade. São exemplos disso: punições escolares, castigos por má conduta infantil, punições religiosas, expulsão de um clube por não cumprir as regras estabelecidas, ostracismos, discriminações por não ser igual etc..

Sobre essa tendência social de punição, Skinner faz um diagnóstico interessante, que vale a pena a sua reprodução:

“A técnica de controle mais comum da vida moderna é a punição. O padrão é familiar: se alguém não se comporta como você quer, castigue-o; se uma criança tem mau comportamento, espanque-a; se o povo de um país não se comporta bem, bombardeie-o. Os sistemas legais e policiais baseiam-se em punições como multas, açoitamento, encarceramento e trabalhos forçados.

O controle religioso é exercido através de penitências, ameaças de excomunhão e consignação ao fogo do inferno. A educação não abandonou inteiramente a palmatória. No contato pessoal diário controlamos através de censuras, admoestações, desaprovações ou expulsões. Em resumo, o grau em que usamos punição como uma técnica de controle parece se limitar apenas no grau em que podemos obter o poder necessário. Tudo isso é feito com a intenção de reduzir tendências de se comportar de uma certa maneira. O reforço estabelece essas tendências, a punição destina-se a acabar com elas”²⁹⁴.

Bobbio, ao tratar da sanção positiva, prefere o termo “direção social” em vez de controle social ou controle de comportamentos. Isso porque a sanção positiva não consegue controlar propriamente os comportamentos, mas sim direcionar por meio de um incentivo ou prêmio, que torna determinada ação interessante, mas não obrigatória.

O que diferencia a sanção positiva proposta por Kelsen e por Bobbio é exatamente a possibilidade de direção social. Para Kelsen, somente a sanção negativa é que exerce um controle efetivo sobre os comportamentos, enquanto a sanção positiva fica restrita a esfera das relações privadas dos indivíduos²⁹⁵.

A sanção positiva pretende ser, no entender de Bobbio, mais um tipo de controle exercido sobre a sociedade. Essa sanção não tem por objetivo extinguir a sanção negativa, nem tornar o controle social mais brando. Parece ocorrer justamente o contrário, ou seja, é porque a sociedade está mais complexa que o mero controle via sanção negativa não basta, sendo necessário um controle mais efetivo, dado pela sanção positiva. Desse modo, a sanção positiva seria uma forma de controle e não somente de direção social, pois nela o poder parece ser exercido de forma mais intensa.

Bobbio vê o termo controle social de um modo negativo, entendendo que o termo direção social apresenta um aspecto mais positivo, na medida em que não restringe a liberdade do indivíduo. A diferença entre controle social e direção social parece ser mais uma questão da valoração dos termos do que uma diferença de postura frente à liberdade. Não se pode negar a importância da nomenclatura, que indica uma nova postura frente ao papel do Direito.

²⁹⁴ SKINNER, B.F. *Ciência e Comportamento Humano*. P, 198.

²⁹⁵ BOBBIO, N. *Em direção a uma teoria funcionalista do Direito*. In: *Da estrutura à Função*. P, 64 e 65.

O ideal para Bobbio é que o controle dos comportamentos seja paulatinamente alterado para a socialização. Há uma gradação entre aquilo que a sociedade aceitava, entre o que hoje aceita e que é o ideal de se chegar, que traduzidos em meios de direção são respectivamente: coação através da sanção negativa, direção social ou controle dos comportamentos através das sanções positivas e a socialização. A socialização é um dos meios de controle social que Bobbio trata quando na sua fase de estudos de Política, por meio do termo democracia, como será abordado posteriormente. Sobre os meios de controle afirma o jusfilósofo italiano:

“... socialização e o controle dos comportamentos são 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 tradicionalmente exercida pelos meios de coação”²⁹⁶.

Bobbio faz uma relação entre a sanção positiva e o controle da liberdade. O jusfilósofo italiano afirma, em uma de suas diversas concepções, que “o Direito é necessário onde, como ocorre nas sociedades históricas, os homens são nem todos livres nem todos conformistas, isto é, em uma sociedade na qual os homens têm necessidade de normas e, portanto, não são livres, mas nem sempre conseguem observá-las, e portanto, não são conformistas”²⁹⁷. Para Bobbio o Direito será uma forma de restrição da liberdade. Esse é um dos muitos paradoxos de Bobbio, que é tido como um filósofo que defende o Direito, a liberdade e a democracia.

Nas sanções positivas, a questão da liberdade aparece fortemente, pois o comportamento não é restringido, mas sim incentivado. Portanto, seria possível pensar que com a sanção positiva, teria-se mais liberdade do que com a sanção negativa. Isso não é possível de se afirmar, pois como o próprio Bobbio bem aponta, a sanção, positiva ou negativa, tem de conviver em um ordenamento jurídico e não são excludentes. Alguns tipos de ações admitiriam a sanção positiva e é nessas que se discute a questão da liberdade.

²⁹⁶ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à Função. P, 91.

²⁹⁷ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à Função. P, 90.

Tércio Sampaio, analisando a sanção positiva em Bobbio, questiona-se se essa proporcionaria realmente um aumento da liberdade, ou se seria mais uma forma fina de controle social. Essa discussão pode ser vista na seguinte afirmação:

“... Bobbio observa que, no uso de sanções positivas, como se trata de comportamentos ‘permitidos’, o agente é ‘livre’ para fazer, isto é, livre para valer-se da própria liberdade. A meu ver, isso cria a impressão de que, no uso das sanções positivas, o agente sancionador restringe sua própria força, uma vez que não ameaça, mas encoraja; ‘embora’ ao que parece, aqui se colocasse a importante questão de se saber se, no caso das técnicas de encorajamento, a ‘autonomia da vontade não estaria sendo escamoteada’, implicando o reconhecimento de que o Estado como função promocional desenvolve formas de poder ainda mais amplas que o Estado protetor. Isto é, ao promover, via subsídios, incentivos e isenções, ele substitui como disse, o mercado e a sociedade no modo de ‘controlar’ (no sentido amplo da palavra) o comportamento”²⁹⁸.

Outro ponto fundamental, no entender de Tércio Sampaio, quanto à obra de Bobbio, é a discussão sobre o controle persuasivo e o controle premonitivo. Duas questões que têm ligação direta também com a liberdade e o Estado. Nesses tipos de controle, que não há coerção direta, o Estado consegue dirigir comportamentos para evitar conflitos e não somente coibir e punir. Para o jurfilósofo brasileiro isso leva a discussão sobre a restrição da liberdade: “... ao meu ver, a questão da liberdade se põe de forma radical, pois, nesse último caso, o Estado ou a sociedade se antepõem ao uso da liberdade”²⁹⁹.

O controle persuasivo e o controle premonitivo são diferentes do controle coercitivo. Esses controles atuam respectivamente antes e depois do comportamento. Nos dois primeiros controles é possível que atue a sanção positiva e no terceiro a sanção negativa. Porém, o controle persuasivo e o controle premonitivo não necessariamente precisam ser feitos por sanções. Tércio Sampaio não destaca como esses controles são estabelecidos, nem sobre seus objetivos. Porém, é possível pensar que têm relação direta com as

²⁹⁸ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: Teoria do ordenamento jurídico. P, 14.

²⁹⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: Teoria do ordenamento jurídico. P, 15.

funções sociais da dogmática jurídica ou mesmo com a função social da hermenêutica.

A mudança do tipo de postura do Estado, com relação à questão da liberdade, não foi uma preocupação de Bobbio nos escritos sobre a teoria da função do Direito. O critério estabelecido como forma de progresso é, para Bobbio, no que tange a sanção, a diminuição da força e o aumento do poder via Direito e não a ampliação da liberdade. A transformação das sanções de física, para negativa, para positiva e para direção social é vista por Bobbio como uma evolução da sociedade.

Bobbio estabelece uma gradação, entendendo a sanção que leva a uma violência física como pior e mais gravosa do que as outras sanções. É nesse sentido que o jusfilósofo afirma:

“Creio firmemente que o único e verdadeiro salto qualitativo da história humana é a passagem não do reino da necessidade ao reino da liberdade, mas do reino da violência ao reino da não-violência”³⁰⁰.

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. Bobbio utiliza-se da expressão: “sociedades tecnicamente avançadas”³⁰¹ para qualificar esses tipos de sociedades com sanção positiva. Pode-se dizer que há em Bobbio uma menção a Hegel, quando trata da evolução e do progresso social. Porém, no pensamento do filósofo alemão o que ampliava era a liberdade e em Bobbio o que é ampliado é a diminuição da força, justamente com a restrição da liberdade.

Weber trata da questão da direção social nos diferentes Direitos, quando analisa conjuntamente a economia e a sociedade. Em sua análise sobre o Direito não há uma mudança significativa na diminuição da coerção do Estado, o que ocorreu foi uma transformação do Direito. Weber destaca o processo de racionalização do Direito, que transformou o Direito natural em Direito positivado. O Direito deixa de ser ligado à esfera mística e religiosa, para se apresentar por normas gerais e abstratas. Essa não foi apenas uma mudança na legislação, por meio da codificação das leis, mas sim em todo o aparato do judiciário, com a criação de uma burocracia estatal e de especialistas.

³⁰⁰ BOBBIO, Norberto. As ideologias e o poder em crise. p. 111.

³⁰¹ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à Função. P, 90.

Pode-se inferir que a racionalidade destacada por Weber passou a influenciar também as sanções, que se tornaram, com isso, parte de um processo organizado e com um objetivo social específico. A sanção também faz parte da lógica do cálculo instaurada pela racionalização do Direito. Weber define norma jurídica, porém não restringe o Direito à norma, isso porque o Direito é visto como um sistema. O Direito moderno é composto de disposições jurídicas, que no entender de Weber, são: “normas abstratas com o conteúdo de que determinada situação, de fato, deva ter determinadas conseqüências jurídicas...”³⁰². Essas podem ser normas imperativas, proibitivas e permissivas. Apesar de fazer referência a esses tipos de normas, Weber não se atém ao estudo do Direito levando em conta o aspecto formal. É exatamente essa postura que critica ao ressaltar que o Direito está cada vez mais repleto de conteúdos técnicos.

Weber apresenta uma visão do poder coercitivo, como forma dominante de controle social. “Weber, ao ressaltar as qualidades formais do Direito que se referem especificamente ao modo de validade e criação do Direito, aos critérios de punibilidade, ao modo de sanção e ao tipo de organização de sanção jurídica, constata que esses atributos são fundamentais à racionalidade técnico-instrumental do Direito, ou melhor, à sua eficiência técnica, em sua sociedade complexa e diferenciada”³⁰³.

A coatividade não se dá apenas por meio de sanções, mas também do poder coativo do Estado, que por outro lado não interfere na possibilidade de se ter Direitos que garantam a liberdade. Nesse sentido afirma o sociólogo:

“... Uma ordem jurídica, por maior que seja o volume de ‘Direitos de liberdade’ e de ‘autorizações’ por ela garantidos e oferecidos, e por menor que seja nela o número de normas imperativas e proibitivas, pode servir, em seu efeito prático, para intensificar consideravelmente, em sentido quantitativo e qualitativo, não apenas a coação em geral, como também o caráter autoritário dos poderes coativos”³⁰⁴.

³⁰² WEBER, Max. Economia e Sociedade. (vol. 2, cap. VII, 2) p. 14.

³⁰³ MATTOS, Patrícia Castro. As visões de Weber e Habermas sobre Direito e política. P, 66.

³⁰⁴ WEBER, Max. Economia e Sociedade. (vol. 2, cap. VII, 2) p. 67.

O panorama proposto por Weber parece ser repetido por Bobbio, quando critica o juspositivismo. O Direito e a Política se intercalam, pois são entrelaçados pelo poder. Weber chega à conclusão que nem sempre a diminuição da sanção leva a uma diminuição do controle social. Isso leva a pensar sobre a sanção positiva em Bobbio, que pode ser encaixada nesse contexto. Há uma ordem jurídica com menos sanções negativas e mais sanções positivas, porém isso não significa um direcionamento menor dos comportamentos. Bobbio aponta para uma diminuição da violência física, que já é um ganho frente a uma concepção do Direito com tradição na coercitividade. O controle social ainda é feito pela sanção positiva, da mesma forma que pela sanção negativa. Weber entende que há outras formas de exercício do poder coercitivo do Estado, porém Bobbio não chega a esse ponto.

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 podia impor suas leis pela força abertamente. A sanção positiva 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 dos 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.

Porém, é possível ver a sanção positiva como um instrumento de direção social não só do Estado para com o indivíduo, como ocorre na sanção negativa, mas também no sentido contrário. Os indivíduos e coletividades podem exercer papel de direção frente ao Estado, para que sejam implantadas sanções positivas que venham a favorecer seus interesses. Desse modo, a sanção positiva não é apenas instrumento de dominação, mas de conquista de Direitos e estabelecimento de garantias. Isso não retira a possibilidade da

sanção positiva advir de uma força de pressão, que também pode ser utilizada como meio de direção social por parte de organismos ou instituições com grande força política e econômica.

Um outro lado do Direito se mostra nas sanções positivas, uma vez que não é somente o Estado que atua e que exerce um papel de dominação. Surge um Direito em que há o predomínio da negociação entre o Estado, a sociedade civil e outros organismos. As normas que têm conteúdo coercitivo não deixam de existir. A discussão e negociação para que se faça e se aplique as sanções positivas, necessita de uma sociedade mais elaborada e de certa forma mais participativa. Assim, a difusão das sanções positivas e a sua grande utilização passam a incentivar discussões sobre o Direito a política. A sanção positiva desencadeia, por meio do interesse egoístico, uma participação na esfera pública que, valendo-se de outros incentivos, possa a vir a se fortalecer e ganhar uma relevância maior.

Desse modo é possível ver na sanção positiva um caráter ao mesmo tempo de direção social, com o Estado restringindo comportamentos; como é possível ver a sanção positiva como um instrumento político em que indivíduos e coletividades atuam para garantir e implantar Direitos. Indo um pouco além de Bobbio é possível ver, no seu conceito de sanção positiva, diversas implicações e desenvolvimentos, dando a esse objeto uma forma inicialmente não pensada pelo filósofo italiano.

5.4. Sanção positiva e o 'Estado do Bem- Estar social'

A grande questão motivadora do pensamento de Bobbio, para formular a teoria da função do Direito e o conceito de sanção positiva, foi a necessidade de pensar o Direito a partir de um novo conceito de Estado. Bobbio vê a necessidade de lidar com um novo tipo de Estado, que vai além do mero 'estabelecedor' das regras do jogo e árbitro dos litígios. É o mote da mudança da percepção do papel do Estado, tirado de Genaro R. Carrió, que desencadeia a busca de uma nova teoria para o Direito. A esse novo Estado que se forma Bobbio dá o nome de Estado de Bem-Estar social ou Estado assistencial.

Carrió afirma que há um descompasso entre as mudanças e transformações que deram origem ao Estado de Bem Estar Social e ao aparato conceitual da teoria do Direito, que ainda é aquele calcado em um modelo de Estado do século XIX³⁰⁵. É a partir dessa observação que Bobbio analisa as novas técnicas de controle social, que pretendem ir além da repressão e da proteção.

Bobbio entende que há uma ruptura entre uma nova concepção de Estado e a concepção de Estado antiga, no que tange ao tipo de postura sancionadora. No Estado de tipo antigo haveria mais normas sancionadoras e protetivas. Isso evidenciaria tipos específicos de Direito, respectivamente o: Direito Penal e Direito Civil.

As transformações nas diferentes esferas da sociedade não chegam a modificar totalmente o Direito, no entender de Bobbio. Porém, evidencia a ideologia por trás da concepção de Direito como apenas protetor-sancionador. Revela também a ligação estrita traçada na Teoria Geral do Direito entre Estado e Direito, ou seja, todo o Direito considerado para estudo é o Direito que é editado pelo Estado.

Jhering e Kelsen são tidos por Bobbio como representantes da Teoria Geral do Direito, que estabelece a ligação entre o Estado e o Direito. Nos dois autores há uma predominância das sanções negativas. As sanções positivas apenas existem enquanto títulos e medalhas. O que Bobbio pretende é apresentar uma teoria em que a sanção positiva tenha relevância para um novo conceito de Estado, mas não visa alterar toda a tradição da predominância da sanção negativa. Nesse sentido, afirma o jusfilósofo italiano: “Longe de mim a idéia de inverter a tese tradicional, sustentando que as sanções positivas são tão importantes quanto às negativas”³⁰⁶. Desse modo, Bobbio não nega a importância das sanções negativas no Estado moderno, porém não pode aceitar que essas sanções sejam as únicas utilizadas para o controle social.

Não se trata apenas da relação de Estado e Direito, mas também de outros fatores, como a economia. Bobbio faz uma relação precisa entre o tipo de Estado e as relações econômicas da sociedade, apontando para um tipo de

³⁰⁵ BOBBIO, Norbert. A função promocional do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 2.

³⁰⁶ BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 67.

Direito. Bobbio ressalta que para Jhering a alavanca predominante e caracterizadora da conduta nas relações político-jurídicas era a coação, enquanto que a alavanca na esfera econômica era a recompensa³⁰⁷. Para Bobbio, um dos fatores que leva Jhering a distinguir o Direito romano do Direito moderno é justamente a grande presença de sanções positivas no primeiro e não no segundo³⁰⁸.

Essa divisão entre a esfera econômica e a esfera política-jurídica era em grande parte também a visão de muitos autores de Teoria Geral do Direito e em especial de Kelsen, que herda a visão de Jhering. Bobbio critica a redução das alavancas a recompensa e coação, pois essa redução jamais correspondeu à realidade. Para o jusfilósofo italiano, essa distinção é errônea, pois está “vinculada à imagem de uma sociedade em que a atividade econômica primária, a atividade da produção de bens, cabe, sobretudo, aos particulares, enquanto ao Estado compete essencialmente a organização da força, isto é, a produção de um serviço indispensável à coexistência, à coesão, à integração do grupo social”³⁰⁹.

Ao tratar do papel do Estado e da economia na sociedade moderna, Bobbio acentua o papel da sanção positiva. O comportamento desejado é direcionado, muitas vezes por meio de incentivos econômicos, evidenciando o novo tipo de controle social que não passa necessariamente pela força, mas sim pela restrição econômica. A relação entre economia e a sanção positiva é feita no seguinte trecho:

“o Estado, à medida que dispõe de recursos econômicos cada vez mais vastos, venha a se encontrar em condição de determinar o comportamento dos indivíduos, não apenas como exercício da coação, mas também com o de vantagens de ordem econômica, isto é, desenvolvendo uma função não apenas dissuasiva, mas também como já foi dito, promocional. Em poucas palavras, essa função é exercida como a promessa de uma vantagem (de

³⁰⁷ BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 67.

³⁰⁸ BOBBIO, N. A Função promocional do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 9.

³⁰⁹ BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 68.

natureza econômica) a uma ação desejada, e não como uma ameaça de um mal a uma ação indesejada”³¹⁰.

Essa alteração no posicionamento do Estado frente às normas e ao Direito também é ressaltado por Tércio Sampaio, quando destaca a importância da observação de Bobbio quanto às sanções positivas:

“Não resta dúvida de que, hoje, o Estado cresceu para além de sua função protetora-repressora, aparecendo até muito mais como produtor de serviços de consumo social, regulamentador da economia e produtor de mercadorias. Com isso, foi sendo montado um complexo sistema normativo que lhe permite, de uma lado, organizar sua própria máquina de serviços de assistência e de produção de mercadorias e de outro, montar um imenso sistema de estímulos e subsídios. Ou seja, o Estado, hoje, substitui, ainda que parcialmente e, por exemplo, o próprio mercado na coordenação da economia, tornando-se o centro da distribuição de renda, ao determinar preços, ao taxar, ao subsidiar”³¹¹.

O Estado que vai incentivar as sanções positivas por meio da função promocional do Direito, segundo Bobbio, será o Estado do Bem estar social. Nem o Estado socialista, nem o Estado liberal, conseguem desenvolver a função promocional do Direito. Somente no Estado de Bem estar social o “Estado nem abandona completamente o desenvolvimento de atividades econômicas aos indivíduos, nem as assume para si mesmo, mas intervém com várias medidas de encorajamento dirigidas aos indivíduos”³¹². Desse modo, a intervenção do Estado na esfera econômica não é total como no Estado socialista, porém não é tão tênue como no Estado Liberal.

Bobbio prega, com a sua nova teoria do Direito, um Estado programático e não apenas protecionista, que está preocupado com outras medidas e não apenas com a organização da força. É essa mudança, com enfoque nas atividades do Estado, que leva a um despertar do Direito promocional. O jusfilósofo italiano afirma nesse sentido que: “o fenômeno do Direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na

³¹⁰ BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 68.

³¹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: Teoria do Ordenamento Jurídico. P, 13.

³¹² BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 71.

esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo...”³¹³.

Segundo Bobbio, a passagem do Estado liberal para o Estado social, a partir mudança dos papéis do Estado, acarretou em um aumento das funções estatais³¹⁴. Disso se pode inferir que a complexidade do Estado frente à questão do Direito, para Bobbio, não se dá somente no aumento e complexidade das normas, mas fundamentalmente na mudança de perspectiva do ordenamento jurídico.

Bobbio utiliza-se de uma distinção de normas de conduta e normas de organização que é dada por Hayek, no texto “The Principles of a Liberal Social Order”, para propor uma nova teoria do Direito adequada ao novo tipo de Estado. Essa distinção chamou a atenção do jusfilósofo italiano, pois ela relaciona alguns tipos de norma com um ou outro tipo de Estado. Para Bobbio, no Estado do Bem estar social há um aumento das normas de organização em que o Estado regula sua própria atividade assistencial, fiscalizadora e produtora. Porém, Bobbio não se utiliza da teoria de Hayek como um todo, uma vez que o economista defende um Estado mínimo que Bobbio é explicitamente contra, preferindo um Estado de Bem estar social.

Hayek é importante para Bobbio, pois propõe um modelo de ordenamento jurídico do Estado assistencial (também chamado por Bobbio de Estado social ou Estado do bem-estar social), sem utilizar-se do caminho mais fácil, ou seja, compor um sistema só de normas com sanções positivas ou negativas. Hayek propõe um novo modelo de Estado que está se formando, está substituindo em parte, as normas de conduta por normas de organização³¹⁵. Em outro texto Bobbio chega a dizer que há duas afirmações distintas na obra de Hayek: a) a passagem do Estado liberal clássico para o estado assistencial, recorreu à distinção entre normas de conduta e normas de organização; b) ocorreu um aumento das normas de organização. Bobbio apenas concorda com a primeira dessas teses³¹⁶.

³¹³ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 71.

³¹⁴ BOBBIO, N. O uso das grandes dicotomias na teoria do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 137.

³¹⁵ BOBBIO, Norberto. A função promocional do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 10.

³¹⁶ BOBBIO, Norberto. Direito e Ciências Sociais. In: Da Estrutura à Função. P, 43.

Além da teoria de Hayek, que analisa a transformação do Estado, Bobbio apresenta outras duas teorias. A primeira delas explica a transformação a partir da mudança do controle social fundado em normas providas de sanção, para um controle fundado em normas técnicas. Essas normas estão ligadas ao planejamento e planificação econômica. O Direito perde um pouco o caráter e instrumento de controle social para ser, no entender de Bobbio, uma ciência do direcionamento social³¹⁷.

A outra teoria que cuida de explicar a transformação do Estado e do Direito, é aquela calcada na função. Nessa há a mudança da função repressiva do Direito para a função promocional. Essa é a teoria utilizada por Bobbio, porque, para ele, a explicação da introdução das normas de organização e das normas técnicas, não basta para caracterizar o Estado de bem estar social e, com isso, propõe sua teoria da função com foco na sanção positiva.

É por meio da técnica de encorajamento que o novo Estado pode se desenvolver. Há uma introdução de uma nova técnica de controle social que não é apenas a repressora e a protetiva, que causa alterações também no próprio Direito. É o que aponta o jusfilósofo italiano, no seguinte trecho:

“...no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais freqüente o uso de técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo”³¹⁸.

Essas técnicas de encorajamento geralmente são implantadas por meio de leis de incentivo, que estabelecem prêmios e vantagens econômicas. A sanção positiva deve estar prevista pelo Estado, logo é necessário uma legislação prevendo as hipóteses e as ações para o sujeito realizar, visando obter as sanções positivas. É difícil pensar a sanção positiva para casos de omissão legislativa. O Estado de Bem-Estar Social, para implantar as sanções positivas, deve ter uma postura legislativa forte, semelhante ao que faz ao implantar as sanções negativas. Mesmo prevendo um Estado mais moderno, Bobbio aumenta a necessidade de regulação das condutas via legislação.

³¹⁷ BOBBIO, Norberto. Direito e Ciências Sociais. In: Da Estrutura à Função. P. 45.

³¹⁸ BOBBIO, Norberto. A função promocional do Direito. In: Da Estrutura à Função. P. 13.

Em diversas normas é possível encontrar a função de promoção, como nas normas constitucionais, normas tributárias etc.. Bobbio destaca normas na Constituição Italiana que visam promover comportamentos. Para Bobbio há uma diferença nas normas constitucionais da atualidade:

“Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover”³¹⁹.

Segundo Bobbio, a modificação no papel do Estado frente à sociedade e uma mudança de postura do Estado frente ao controle das ações, possibilitou a função de promoção e conseqüentemente as sanções positivas. O Estado passa a incentivar comportamentos e não somente exercer sua função protetiva-repressiva, como era usual até o século XX. Bobbio não levanta a hipótese dessa função incentivadora de comportamentos ter sido utilizada antes, por alguns Estados, mesmo que em pequena escala. O que parece preocupá-lo é o uso freqüente da função promocional, que ocorre em diversos países.

Apesar das inovações, Bobbio ainda mantém na sua concepção de Estado características que pertencem a um Estado aos moldes do século XIX. O Estado será centralizador na produção das leis, mantenedor do monopólio da força, democrático e defensor dos Direitos. Em outras palavras, Bobbio defende um Estado forte que estabelece, por meio do Direito, a vida política e social. Os textos reunidos no livro “O terceiro ausente”, apresenta as características que Bobbio entende faltar no Estado atual.

O poder Estatal não é somente aquele que oprime por meio de sanções, mas é aquele que assegura a liberdade, que proporciona o controle. Esse controle é exercido ainda pelas sanções negativas, mas também pelas sanções positivas, que são incentivos para que o cidadão cumpra as leis. A sanção positiva não deixa de ser uma forma de controle da sociedade, que permite com que o Estado possa ter um poder, até maior do que aquele exercido somente com base na força e na opressão.

A ligação entre o Estado e a sanção é muito importante para Bobbio, que não deixa de ter uma concepção de progresso na história. Com isso,

³¹⁹ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 13.

Estados mais desenvolvidos no âmbito político, social, cultural e até mesmo econômico, podem utilizar-se de direções de comportamentos mais brandas. Isso porque também há um desenvolvimento de todo um aparato cultural para adotar esse novo tipo de sanção. A diferença entre um Estado Liberal e o Estado de bem-estar social não se dá propriamente no sistema econômico adotado, mas sim em toda uma preocupação social que permeia os campos da política. Nesse sentido, a mudança de postura do Estado e a implantação das sanções positivas também parecem indicar uma mudança cultural. Há um novo papel do Estado, há um novo Direito surgindo para se adequar a esse novo Estado e para tal o Direito necessita de outros instrumentos.

5.5. As normas e a sanção positiva

Em seus primeiros estudos de Teoria da norma, Bobbio apresenta uma classificação dos tipos de normas existentes, porém não relaciona diretamente essa diferenciação entre as normas com o tipo de sanção. Isso somente ocorre nos seus estudos sobre a teoria da função do Direito.

A classificação inicial de Bobbio estava presa aos moldes dos estudos de Kelsen e não dependia diretamente da sanção, uma vez que a principal sanção tratada pelo autor da teoria pura é a sanção negativa. Uma distinção entre os diferentes tipos de normas ou sanções só tem sentido para poder entender uma determinada concepção de Direito. A mera classificação não tem sentido por si só.

Bobbio entende como relevantes somente a sanção positiva e a sanção negativa. Outras classificações utilizadas por alguns jusfilósofos e juristas não têm relevância para seu conceito de Direito. Dessa maneira, é deixada de lado a diferenciação entre as sanções como: sanções místicas, sanções éticas, sanções satíricas, sanções difusas e organizadas, sanções penais e civis, sanções acautelatórias, sanções de anulação e nulidade, sanções diretas e indiretas, sanções expiatórias, sanções por reciprocidade, sanções administrativas, sanções disciplinares etc..

As normas também recebem diversas classificações, porém Bobbio está interessado na diferenciação das normas quanto a alguns critérios específicos.

Dentre eles está o critério formal, ou seja, aquele que distingue as normas gerais e as normas singulares. Essa classificação leva em conta a especificidade do sujeito destinatário das normas. Estabelece quatro requisitos para as normas (generalidade, abstração, individualidade e concretude) e com sua combinação distingue as normas em: gerais e abstratas; gerais e concretas; normas individuais e abstratas; e normas individuais e concretas. Outro critério lógico é utilizado para distinguir as normas categóricas e hipotéticas.

Um critério de diferenciação de normas é o de normas negativas e positivas, que tem relação com a proposição que nega ou afirma algo. Os primeiros estudos de Bobbio lidam com uma análise lógica do Direito, ou seja, a estrutura do Direito. Ao tratar da teoria da função do Direito que se utiliza da classificação positiva e negativa, poderia-se fazer a ligação entre a mesma classificação para as normas. Bobbio entende que não há ligação entre a norma positiva e negativa e as sanções negativas e positivas. A classificação da norma tem como critério uma distinção lógica, ligado a um estudo da estrutura do Direito, enquanto a classificação das sanções leva em conta o critério da função.

Bobbio entende que não há uma relação direta entre a norma positiva e a sanção positiva, assim como não há relação entre a norma negativa e a sanção negativa. Isso leva o jusfilósofo italiano a afirmar:

“Ainda que, de fato, as normas negativas se apresentem habitualmente reforçadas por sanções negativas, e as sanções positivas se apresentem predominantemente predispostas ao (e aplicadas para) o fortalecimento das normas positivas, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas, de um lado, e normas negativas e sanções positivas de outro”³²⁰.

Não há uma identidade entre o critério positivo e negativo das normas e sanções. Porém, as normas negativas estão associadas geralmente às sanções negativas. O Direito penal é um ramo que se destaca pela grande incidência desse tipo de relação. Kelsen tira do Direito penal grande parte de seus exemplos de sanção, o que permite que essa relação entre a norma e a sanção negativa se estabeleça com facilidade. Outros ramos do Direito não

³²⁰ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à função. P, 6.

apresentam tantas normas negativas e nesses é possível se encontrar maior quantidade de sanções positivas.

Contemplando a generalidade, Bobbio associa normas positivas a comandos e normas negativas a castigos e a partir da combinação dessas normas com as sanções possíveis, admite quatro possibilidades: “a) comandos reforçados por prêmios, b) comandos reforçados por castigos, c) proibições reforçadas por prêmios, d) proibições reforçadas por castigos”³²¹.

Não existe relação direta entre normas negativas, sanções negativas e função negativa do Direito; nem na versão positiva, ou seja, normas positivas, sanções positivas e função positiva. Porém, segundo Bobbio, existe uma relação entre as normas jurídicas e sanções jurídicas, normas sociais e sanções sociais, normas morais e sanções morais³²². Bobbio entende nos primeiros estudos sobre Direito, em especial na ‘Teoria da Norma Jurídica’, que a definição de Direito não pode ser dada a partir de uma ou outra espécie de norma. No entanto, a definição do Direito parece depender da sanção. Isso ficará mais forte quando Bobbio passa a lidar com a teoria da função do Direito.

As sanções positivas geralmente encontram-se expressas nas normas que propõem algum tipo de incentivo ou prêmio, que são conhecidas como leis de incentivo. Ao contrário das sanções negativas, as sanções positivas recaem em um tipo específico de norma. Essa especificidade das leis de incentivo não está na matéria, mas sim na forma como essas leis estipulam o comportamento desejado. Em regra, essa estipulação é mais complexa e detalhada que as utilizadas pelas normas com sanção negativa. Bobbio não faz a diferenciação, nem faz referência à relação das sanções positivas e a especificidade das normas de incentivo.

Porém, não se pode negar que essas leis têm uma forma muito diferente das leis que estipulam ou coíbem condutas. Há uma complexidade em se lidar com as especificações da norma, que é muito maior, tornando a sanção positiva, em casos mais complexos, possível somente de ser realizada por técnicos e especialistas na área. A hermenêutica dessas normas também é mais complexa e não apresenta uma consolidação de interpretações, o que muitas vezes aumenta a insegurança na sua utilização. A participação do

³²¹ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à função. P, 6.

³²² BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. (cap. I, 2) p, 26.

sujeito, ao atuar na sanção positiva, tem de ser muito mais pensada e desejada pelo sujeito do que na sanção negativa.

É possível afirmar que se muda todo um proceder das normas e das sanções quando se introduz as sanções positivas. Há uma grande dificuldade de lidar com esse tipo de sanção também pela sua novidade. Porém, já é possível afirmar com Bobbio que a sua utilização somente tende a crescer.

5.6. Inversão da relação Direito/dever na sanção positiva

A relação Direito e dever em uma norma jurídica se traduz no que Bobbio chama de bilateralidade. Essa é uma das características utilizadas para diferenciar as normas jurídicas das normas morais, que seriam unilaterais. Bobbio não entende ser esse o caráter diferencial das normas jurídicas, porém a questão da bilateralidade é interessante para explicar o mecanismo de relação Direito e dever na sanção negativa, que se altera quando se trata da sanção positiva. Bobbio explica nas seguintes palavras o caráter da bilateralidade:

“a norma jurídica institui ao mesmo tempo um Direito a um sujeito e um dever a um outro; e a relação intersubjetiva, ao constituir o conteúdo típico da norma jurídica, consistiria precisamente na relação de interdependência dentre um Direito e um dever”³²³.

Kelsen também tratou do dever ligado à sanção. A norma jurídica prescreve uma conduta e o indivíduo deve se conduzir de uma determinada maneira. Para Kelsen “dizer que uma conduta é prescrita e que um indivíduo é obrigado a uma conduta, que é seu dever conduzir-se de certa maneira, são expressões sinônimas”³²⁴. O dever pode ser tanto violado como cumprido. Uma vez violado acarretará em um ilícito e conseqüentemente em uma sanção. Isso leva o jusfilósofo praguense a afirmar que o conceito de dever jurídico encontra-se em relação essencial com a sanção³²⁵.

³²³ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. (cap. V, 37) P, 146.

³²⁴ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. (IV, 28, a) p, 171.

³²⁵ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. (IV, 28, a) p, 173.

Desse modo, o dever jurídico não corresponde ao dever-ser de implicação moral, uma vez que se refere ao ordenamento jurídico. Kelsen não cansa de ressaltar que o que é devido não é a conduta do sujeito. “Devido é apenas o ato de coerção que funciona como sanção”³²⁶. Para a teoria kelseniana é necessário que se conheça o dever, mas também o sujeito de Direito. Isso permite que o sujeito da sanção não seja aquele que realizou o ato ilícito, mas aquele sujeito que a lei determina que deva cumprir a sanção.

Para Bobbio há uma inversão do sujeito ativo e do sujeito passivo, quando se trata de sanções positivas e sanções negativas. Essa análise diz respeito à estrutura do ordenamento jurídico e não em relação a sua função, como destaca o próprio Bobbio, no título que cuida sobre o tema³²⁷. Há um sinal trocado no que tange os sujeitos e as obrigações na sanção positiva e negativa. Assim, diz Bobbio:

“Sanção negativa e sanção positiva dão origem a duas relações distintas, nas quais as figuras do sujeito ativo (o titular do Direito) e o 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”³²⁸.

Tércio Sampaio entende que a sanção positiva confere uma inversão na relação Direito/dever, isso porque a sanção positiva é também promessa (facilitação ou prêmio). A inversão ocorre para o jusfilósofo brasileiro, pois: “se a sanção é ‘ameaça’, a relação Direito/dever vai do sancionador (Direito) para o sancionado (dever), mas se é promessa, do sancionado (Direito) para o sancionador (dever de cumprir a promessa)”³²⁹.

Bobbio prefere o par poder/dever ao par Direito/dever, uma vez que Direito tem diversos significados possíveis e poder é definido nesse caso como: “capacidade que o ordenamento jurídico atribui a esta ou aquela pessoa de colocar em prática obrigações em relação a outras pessoas”³³⁰.

³²⁶ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. (IV, 28, b) p, 176

³²⁷ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à Função. P, 18.

³²⁸ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à Função. P, 19.

³²⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: Teoria do Ordenamento Jurídico. P, 14.

³³⁰ BOBBIO, N. Teoria do Ordenamento Jurídico. P, 52.

Utilizando-se do conceitual da teoria de Kelsen, o que parece ocorrer na sanção positiva é um caso de competência para agir, dada a um sujeito de Direito. O dever jurídico não se confunde com a autorização ou competência para realizar determinada conduta. Isso porque o sujeito não tem o dever, mas uma competência e essa não leva a uma sanção no seu desrespeito, sendo portanto diferente do dever jurídico.

Ruiz Miguel, um dos comentadores de Bobbio, entende que a sanção positiva proporcionou a Bobbio pensar a sanção como um dever e, com isso, dissociar a sanção do conceito da coerção. Nas palavras do comentador:

“Para poder incluir as sanções positivas na categoria de sanção, tradicionalmente unida à idéia de coação, Bobbio redefiniu a sanção como obrigação secundária, ou seja, como dever, para os particulares e para o poder público, que no caso de descumprimento dá lugar ao uso da força. Assim a sanção não ficava identificada com a coação, mas se constituía como uma obrigação que, descumprida provocava o uso da força”³³¹.

O quadro que segue ilustra a inversão Direito/dever na teoria da Função do Direito de Bobbio.

Tipo de sanção	Técnica	Momento inicial	Fórmula da norma condicionada	Fórmula de norma técnica	Relação Direito obrigação
Sanção negativa	Desencorajamento	Ameaça	Se fazes A, deves B	Se não queres A, deves B	Parte do sancionador para o sancionado
Sanção positiva	Encorajamento	Promessa	Se fazes A, podes B	Se queres A, deves B	Parte do sancionado para o sancionador

³³¹ RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Estudio preliminar”. In: Contribucion a la teoria del derecho de Norberto Bobbio. P, 49.

5.7. Sanção positiva e uma nova concepção de sujeito das normas

A questão do sujeito sempre foi negligenciada pelos estudos de filosofia do Direito, que praticamente repetem o mesmo conceito petrificado que é adotado no início das grandes codificações legislativas do século XVIII. É necessário repensar o conceito de sujeito de Direito que é, em grande parte, para quem são endereçadas as normas jurídicas e sofrem os efeitos da sanção. O sujeito de Direito não é um conceito natural, mas construído ao longo da história, é um *constructo* humano e, como tal, apresenta uma visão ideológica. Tourraine é um dos autores que traz um mapa da questão do sujeito e de suas transformações na modernidade, destacando o racionalismo, individualismo e a influência do conceito de sujeito nas Declarações dos Direitos do homem³³².

O Direito trata do sujeito de Direito, que é um conceito individual, enquanto o que atualmente se busca é uma proteção mais alargada a sujeitos que pertencem a coletividades. Porém, o Direito ainda protege em grande parte, mais o indivíduo do que sujeitos coletivos. O coletivo se mascara no individual, levando a uma perda de força no que tange a inclusão de Direitos. Por meio desse mecanismo, mesmo o que é coletivo se individualiza quando o Direito é materializado nas decisões. Com isso, o caráter de força política do Direito se esvai. Por esses e outros motivos o sujeito não é discutido no âmbito do Direito, mas apenas dado como algo natural e não político.

O conceito de Direito propicia a idéia de que há universalidade entre os homens e isso é importante para que o Estado possa aplicar as sanções. “A idéia de sujeito de Direito introduz um princípio de transitividade entre todos os cidadãos, a vítima e o autor da infração, o sujeito sofredor e o sujeito triunfante, o prisioneiro e o homem livre. Todos têm em comum, qualquer que seja a sua situação concreta, a vocação de permanecerem sujeitos de Direito”³³³.

A sanção positiva evidencia uma questão negligenciada pela Teoria Geral do Direito, que é o sujeito. Não se trata de discutir o destinatário da norma, colocando em discussão se é o indivíduo ou o juiz. Trata-se de colocar foco no sujeito de Direito e nas suas alterações. Bobbio se detém no papel do

³³² TOURRAINE, Alain. Crítica da Modernidade.

³³³ GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. P, 220.

sujeito quando trata da sanção positiva, porém, pelo próprio mecanismo dessa sanção é possível inferir que esse sujeito tem um papel muito mais ativo.

O foco nos sujeitos da relação jurídica é uma das principais preocupações de Vernengo, para quem a sanção é uma relação entre sujeitos. A sanção jurídica é uma relação que se dá entre um sujeito ativo sancionador e um sujeito passivo, sancionado. Essa sanção pode ser uma obrigação ou uma faculdade. Vernengo distingue o conteúdo material da sanção, apresentando diferentes tipos de sanção³³⁴.

Os sujeitos da norma também são um elemento importante para Piaget entender as diversas concepções de sanção, em sua análise de uma moral normatizada. Piaget tem grande preocupação no sujeito das normas, entendendo que este não pode ser considerado como um ser abstrato ao qual a norma é endereçada. O sujeito da norma tem um papel importante, pois para cada estágio do desenvolvimento humano, há uma determinada percepção das regras e é aplicada uma sanção diferente.

Piaget analisa as regras morais entre as crianças, admitindo que não há apenas uma moral, mas uma pluri-diversidade de códigos de moral que variam no tempo, no espaço e nas gerações. A moral da criança vai servir para Piaget entender a moral do adulto³³⁵. O entendimento das regras pelas crianças e suas sanções, se dá de acordo com cada estágio de desenvolvimento da criança. Desta maneira, há o estágio motor e individual, estágio egocêntrico, estágio de cooperação, estágio de codificação das regras. Piaget aponta que esses estágios não são estanques e o “real não é uno”³³⁶, ou seja, há uma gama de variações entre os estágios que Piaget não desconsidera.

O pedagogo suíço faz uma classificação das diferentes sanções morais possíveis, trazendo um leque amplo, que de certa forma poderia ser transferido para o âmbito do Direito, com as necessárias adaptações. Essas sanções são diferentes, pois se referem a diferentes estágios do aprendizado humano, indicando o progresso de um estágio de heteronomia para um de autonomia, em que a cooperação é o elemento que proporciona a passagem.

³³⁴ VERNENGO, J.R. Curso de Teoria General de Derecho. Apud. PACHECO, Angela. Sanções Tributárias e Sanções penais tributárias. p, 65

³³⁵ PIAGET, Jean. O juízo Moral na criança. p, 22.

³³⁶ PIAGET, Jean. O juízo Moral na criança. p, 78.

Sua análise no âmbito da sociedade permite ir além das sanções punitivas e apresentar a importância do sujeito nas sanções. Piaget não deixa de analisar os diferentes tipos de justiça, quando trata da sanção, destacando a: justiça retributiva, justiça distributiva e a justiça imanente. É deste último tipo de justiça que surge da sanção automática, que emanam das próprias coisas. Essa concepção de sanção está presente nas crianças menores e com o desenvolvimento moral acaba por ser modificada.

Destaca-se aqui dois grupos de sanções tratadas por Piaget: sanções expiatórias e retributivas; sanções particulares e coletivas³³⁷. As sanções expiatórias têm como caráter a coação com base nas regras de autoridade e o sujeito sancionado entende as regras como impostas de fora para dentro de sua consciência. Nessa sanção não há relação entre o tipo de sanção e o tipo de desobediência as regras, tendo como característica serem essas sanções punitivas e dolorosas. Tem relação direta com a justiça retributiva.

O outro tipo de sanção é a sanção de reciprocidade. Essa sanção é recíproca, pois tem como base a cooperação e as regras de igualdade. Esse tipo de sanção não estabelece uma repressão dolorosa para que se respeite a lei, mas basta que o culpado compreenda o significado de sua falta³³⁸. As sanções por reciprocidade variam em grau, indo das mais para às menos severas. Piaget designa seis tipos de sanções de reciprocidade: 1) exclusão momentânea ou definitiva do grupo social, 2) sanções que apelam para a consequência direta e material dos atos, 3) sanção que priva o culpado da coisa que abusa, 4) sanções que fazem a criança o que ela própria fez, 5) sanção restitutiva, de pagar ou substituir o objeto, 6) simples repreensão, sem punição, que leva o culpado a compreender que rompeu o elo de solidariedade.

Piaget verifica, em casos práticos, que nas crianças, “enquanto os pequenos preferem as mais severas (punições), de maneira a ressaltar a necessidade do castigo em si mesmo, os maiores optam mais pelas medidas de reciprocidade, que indicam simplesmente ao culpado a ruptura do elo de solidariedade e a obrigação de uma reposição em ordem”³³⁹.

³³⁷ PIAGET, Jean. O juízo Moral na criança.

³³⁸ PIAGET, Jean. O juízo Moral na criança. p, 162.

³³⁹ PIAGET, Jean. O juízo Moral na criança. p, 176.

Estas duas formas de sanção intercalam-se com as sanções coletivas e particulares. As sanções coletivas são dadas pelo grupo a um (uns) quando transgrediu a regra usual e geralmente são sanções de reciprocidade. As sanções particulares surgem ao acaso quando os “maus procedimentos de uns desencadeiam a vingança dos outros e esta vingança é submetida a certas regras que a tornam legítima”³⁴⁰. Piaget distingue dois estágios que são sucessivos e determinados pela idade, em que as crianças vão aceitar e depois não aceitar a sanção coletiva.

A cada estágio a criança vai entrando mais em contato com as regras e construindo sua própria percepção. Portanto, vai alterando suas concepções de justiça e de sanção, a partir de uma apreensão interna e não mais imposta das regras. O sujeito que conhece e a quem estão destinadas as normas, tem relação com o tipo de sanção. Há também em Piaget uma gradação que vai tornando as sanções menos violentas, à medida que se desenvolve a autonomia e a cooperação entre os indivíduos.

Habermas é outro autor que indica a importância do sujeito destinatário da norma, em relação ao Direito e à sanção. O filósofo alemão busca um conceito de Direito em que o destinatário da norma não seja somente passivo, mas ativo. Nesse sentido, afirma Habermas:

“O Direito moderno estrutura-se a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir a liberdade. Por isso, as características formais da obrigação e da positividade vêm associadas a uma pretensão de legitimidade, pois existe a expectativa de que as normas, asseguradas através de ameaças de sanção por parte do Estado, e resultantes das decisões modificáveis de um legislador político, podem 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. Tudo isso se reflete, por seu turno, na típica ambivalência da validade do direito. Noutras palavras, o Direito moderno se 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, às quais ele tenta fugir estrategicamente, calculando as conseqüências que podem

Comentário: Habermas entende validade como efetividade

³⁴⁰ PIAGET, Jean. O juízo Moral na criança. p, 223.

resultar de uma infração à regra: ou assumir um enfoque performativo, considerando essas mesmas normas como mandamentos válidos aos quais se obedece ‘por respeito à lei’.”³⁴¹

O cidadão não é apenas sujeito da norma, mas seu autor, pois participa das decisões políticas que levam a feitura das normas. Para que isso aconteça é preciso o desenvolvimento de uma esfera pública que permita e incentive o debate e a crítica. O Direito não pode ser dissociado da Política. Para Habermas, a esfera de liberdade só pode ser exercida, por meio de um novo Direito, diferente no conceito e na materialidade. Há um novo Direito material, com incremento de Direitos e de sujeitos de Direito. Portanto, a sanção, como elemento principal do Direito, tende a perder o seu papel, uma vez que o consenso e a integração social são ressaltados.

Em Bobbio, a sanção positiva, de certa forma, permite uma maior participação do sujeito no Direito. Nesse sentido é que se pode falar em um Direito ‘*ex parti populi*’, diferente do Direito que é dado através da sanção negativa, que pode ser tido como ‘*ex parti principis*’. O Direito a partir da atuação do sujeito ativo da norma pela sanção positiva não pode ser restringido ao Direito legislado. Porém, a sanção positiva gera a necessidade de consenso entre o sujeito da norma e o Estado, o que nem sempre é fácil, uma vez que geralmente esta só ocorre quando há alguma vantagem para o sujeito, em especial a econômica.

A mudança de postura do sujeito da norma leva a entender que Bobbio buscava dar ao sujeito um papel mais ativo. Essa postura não é específica da sanção positiva. Bobbio destaca que Hayek, ao propor os conceitos de norma de organização e norma de conduta, visava entre outros aspectos, “a passagem de um Direito em que os destinatários das normas deixam de ser os funcionários para se tornarem novamente cidadãos”³⁴².

Bobbio não chega a desenvolver as conseqüências dessa grande mudança em seus estudos de teoria da função do Direito. A sanção positiva levaria não somente a uma função promocional e a um novo Estado, mas também a um outro tipo de destinatário da norma, que participa efetivamente do Direito e em certa medida da esfera pública, da política.

³⁴¹ HABERMAS, J. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Posfácio. P, 307 e 308

³⁴² BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à função. p, 13.

O jusfilósofo italiano dá a entender que a mudança de enfoque de um ordenamento jurídico com predominância de sanções negativas, para um ordenamento que começa a admitir com freqüência as sanções positivas, denota uma mudança de concepção do homem, quanto à necessidade de direção de comportamentos. Em decorrência, não é somente a percepção do sujeito das normas que muda, mas também a própria maneira da legislação encarar o homem. Segundo Bobbio, há uma mudança de concepção do homem mau para o homem inerte. Assim, para o jusfilósofo italiano:

“a concepção tradicional de Direito como ordenamento coativo funda-se sobre o pressuposto 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”³⁴³.

Na sociedade do homem inerte é necessário o Direito, pois é este que estimula e direciona os comportamentos. O homem inerte de Bobbio não pode ser entendido como um homem que não atua. É um homem que reage à norma quando esta a provoca por meio das sanções positivas. Não se pode mais entender que em Bobbio o sujeito das normas tem uma postura passiva, sofrendo suas conseqüências. Isso porque na sanção positiva o sujeito atua, interfere no Direito ao ser chamado pela norma.

5.8. Sanção positiva e a questão da eficácia da norma jurídica

Bobbio entende que a questão da sanção está na eficácia da norma e não propriamente na sua validade. Com isso, Bobbio consegue escapar da discussão da diferença entre as normas jurídicas e normas morais, levando em consideração a força da norma ou na validade.

O jusfilósofo italiano diferencia os três critérios: validade, eficácia e justiça, entendendo que um dos grandes problemas entre as teorias do Direito foi confundir esses critérios. O Direito Natural teria reduzido validade à justiça, a concepção positivista teria reduzido a justiça à validade, enquanto a teoria

³⁴³ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da estrutura à Função. P, 79.

realista da jurisprudência teria reduzido a validade à eficácia³⁴⁴. Uma das conseqüências da concepção positivista estrita ao não fazer a diferenciação dos critérios é ter que afirmar que todas as normas válidas são justas.

É importante ressaltar que Kelsen não se atém a essa concepção, bem porque a justiça não poderia ser dada como critério do Direito. Dentre os três critérios, Kelsen somente aceita o da validade, pois só ele está na esfera do Direito, uma vez que a eficácia só pode ser verificada frente à sociedade e a justiça da norma frente a uma ética. Mesmo afastando a questão da eficácia quanto à norma, Kelsen afirma que é necessário um “mínimo de eficácia” para que o sistema jurídico seja válido. Esse conceito tem sido debatido intensamente pelos especialistas nesse autor, sem chegarem a um mínimo denominador comum.

Uma norma é eficaz quando pode produzir seus efeitos na sociedade para a qual foi elaborada. A eficácia da norma é definida dogmaticamente como:

“qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para a sua observância espontânea ou imposta, ou para a satisfação de objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica)”³⁴⁵.

Tércio Sampaio entende que, para Bobbio, o que importa é a questão da eficácia e não da validade, fundamentando sua explicação não na teoria da função do Direito de Bobbio, mas em uma tentativa de resposta à difícil questão da norma fundamental de Kelsen. Em Bobbio a norma fundamental, que sustenta todas as outras normas, está fundada em um ato de poder e não na sua validade. Nesse sentido, afirma Tércio:

“Observando que Kelsen, com sua norma fundamental, está buscando o impossível (uma validade não relacional), propõe ele que a norma última se identifique com um ato de poder. A norma fundamental é a que é posta por um poder fundante da ordem jurídica e sua característica é a efetividade; ou o poder se impõe ou não é poder fundante e não teremos norma

³⁴⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma jurídica. P, 54.

³⁴⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito. p, 198.

fundamental. Deste ponto de vista, justifica Bobbio que se qualquer norma é posta, nem toda norma é válida³⁴⁶.

Para Tércio Sampaio é a questão da sanção relacionada à eficácia que leva Bobbio a pensar nas funções da sanção na norma. Nas palavras do jusfilósofo brasileiro:

“Colocando-se à questão da sanção à nível da eficácia, surge inevitavelmente, perante a reflexão o problema da função da sanção cominada pela norma, e, em consequência, a questão complexa da relação entre ser e dever-ser, mais particularmente entre força e Direito³⁴⁷.

A sanção está ligada à questão da eficácia, pois para Bobbio a sanção levaria ao cumprimento mais ou menos espontâneo da norma. Isso porque há normas que são seguidas universalmente de modo espontâneo e outras que só são seguidas porque existe uma coação. Bobbio aponta ainda para normas que não são seguidas mesmo com a coação. Assim, pode-se concluir que para Bobbio a sanção não é o que vai determinar o cumprimento de uma norma jurídica e, portanto, sua eficácia. Nesse caso é importante salientar que Bobbio trata da norma jurídica e não de qualquer norma, pois a sanção jurídica determina a eficácia da norma jurídica.

O jusfilósofo italiano, nos primeiros estudos, entende que a eficácia de uma norma é uma investigação de caráter histórico-sociológico ou mesmo um problema fenomenológico do Direito³⁴⁸. Nos livros ‘Teoria da Norma Jurídica’ e ‘Teoria do Ordenamento Jurídico’, Bobbio define o Direito a partir da eficácia. O Direito é um ordenamento de eficácia reforçada, uma vez que o ordenamento jurídico somente existe enquanto eficaz, pois somente a validade não lhe proporciona a existência³⁴⁹.

A sanção tem papel fundamental, pois é ela que permite a maior eficácia das normas. Isso pode ser entendido a partir da seguinte afirmação do jusfilósofo italiano:

³⁴⁶ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. p, 187.

³⁴⁷ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: Teoria do ordenamento jurídico. P, 10.

³⁴⁸ BOBBIO, N. Teoria da norma jurídica. P, 48.

³⁴⁹ BOBBIO, N. Teoria do ordenamento jurídico. P, 66 e 67

“... podemos dizer que o caráter das normas jurídicas está no fato de serem normas, em confronto com as morais e sociais, com eficácia reforçada. Tanto é verdade, que as normas consideradas jurídicas por excelência são as estatais, que se distinguem de todas as outras normas reguladoras da nossa vida porque têm o máximo de eficácia”³⁵⁰.

Isso porque, para Bobbio, a “sanção tem relação não com a validade, mas com a eficácia”³⁵¹.

Nesses estudos já se pode notar uma diferença entre a postura bobbiana e kelseniana, pois essa última entende que o Direito é definido pela sanção e esta está alocada na norma. A sanção em Bobbio não está alocada na norma, mas sim no ordenamento jurídico. Isso leva Tércio Sampaio a dizer:

“Bobbio procura um modo que lhe permita evitar a dicotomia rígida entre ser e dever-ser, admitindo que o critério da sanção externa e institucionalizada está referido não a cada norma em particular, mas ao ordenamento como um todo”³⁵².

Bobbio consegue, com esse deslocamento explicar, por exemplo, as normas sem sanção. Há uma tradicional discussão se essas normas seriam normas verdadeiramente jurídicas, ou se por não terem o elemento sanção que é considerado por muitos juristas como constituidor do Direito, não poderiam ser assim classificadas como normas jurídicas. Bobbio não resolve o problema negando a sanção como elemento do Direito, porém aloca a necessidade da sanção no ordenamento jurídico e não na própria norma. Nesse sentido, diz Bobbio:

“... quando se fala de sanção organizada como elemento constitutivo do Direito, nos referimos não às normas singulares, mas ao ordenamento normativo tomado no seu conjunto, razão pela qual, dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de todo outro tipo de ordenamento não implica que todas as normas desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que o seja a maior parte”³⁵³.

³⁵⁰ BOBBIO, N. Teoria da norma jurídica. P, 161.

³⁵¹ BOBBIO, N. Teoria da norma jurídica. P, 167.

³⁵² FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: Teoria do ordenamento jurídico. P, 10.

³⁵³ BOBBIO, N. Teoria da norma jurídica. P, 167.

Kelsen não admite a existência de normas sem sanção, isto porque para ele todos os deveres jurídicos têm sanção. Mesmo em normas que aparentemente não expressam uma sanção, a sanção é garantida pelo ordenamento.

“Se o Direito não fosse definido como ordem de coação mas apenas como ordem posta em conformidade com a norma fundamental e esta fosse formulada com o sentido de que as pessoas se devem conduzir, nas condições fixadas pela primeira Constituição histórica, tal como esta mesma Constituição determina, então poderiam existir normas jurídicas desprovidas de sanção, isto é, normas jurídicas que, sob determinados pressupostos, prescrevem uma determinada conduta humana, sem que uma norma estatuisse uma sanção para a hipótese de a primeira não ser respeitada”³⁵⁴.

A preocupação com a eficácia não é uma inovação de Bobbio, uma vez que o “realismo jurídico” é uma dos movimentos que, se contrapondo à posição do Direito posto como Direito válido, afirma a importância da eficácia do Direito³⁵⁵. Bobbio, ao se contrapor ao positivismo jurídico, acaba de certa forma aproximando-se da postura de alguns autores da escola realista, como Alf Ross, ao dar ênfase na eficácia do Direito. Ross não apresenta grandes mudanças frente ao conceito de sanção proposto, por exemplo, por Kelsen. Porém, Ross diferencia-se de Kelsen ao afirmar o caráter ideológico do Direito, falando até de uma política jurídico, não dissociando o Direito da Sociologia do Direito.

Dahrendorf é um dos autores que lida com a questão da eficácia no âmbito do Direito, relacionando-a com a sanção. O autor não trata propriamente da sanção positiva, nem da negativa, porém apresenta considerações sobre a eficácia das sanções, que parecem ir além de Bobbio. Em seu livro “Lei e a Ordem”, o autor defende uma sociedade liberal e democrática, valendo-se de uma teoria contratualista. Nessa obra, Dahrendorf expressa seu conceito de anomia, que é diferente do de Durkheim, pois este se relaciona ao declínio da eficácia da lei.

³⁵⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. (cap. 1, 6, d) p, 59.

³⁵⁵ BOBBIO, N. Positivismo Jurídico. P, 143.

Esse estado de anomia se dá pelas contradições da sociedade moderna e pelo constante desrespeito à lei e à ordem. No entender de Edmundo Arruda Júnior, a anomia para Dahrendorf é o “estado concreto de impunidade e de não-eficácia das normas (sociais e jurídicas), cujas violações não sofrem punições, ocorre uma situação em que tanto a eficácia social como a moralidade cultural das normas tendem a zero”³⁵⁶.

A anomia para Dahrendorf está relacionada com a diminuição da eficácia das normas, causada por alterações no conceito de sanção. Apresenta fatores de mudança relacionando a sociedade e a sanção, entre eles: a) não punição de alguns tipos de ações definidas como crimes, mesmo existindo normas e sanções; b) aumento quantitativo dos crimes e diminuição das sanções; c) sanções passam a ser vistas como algo mau e não como uma proteção à sociedade que busca a paz social; d) dificuldade de aplicar sanções, mesmo com mais normas sancionadoras³⁵⁷.

Como Bobbio, Dahrendorf também defende o Estado do Bem-estar social, a liberdade, a democracia, possui uma teoria normativista, enfatizando a importância da lei para que se tenha ordem. Porém, diferente do jusfilósofo italiano, o sociólogo entende que a diminuição da eficácia da lei está na ruptura de um contrato social, na substituição da economia pelo Direito e no surgimento de um grupo de pessoas desprovido da cidadania, que se assemelha a uma massa, sob qual as sanções sociais não conseguem incidir.

A partir dessa consideração de Dahrendorf é possível pensar sobre quem a sanção positiva poderia incidir e qual a sua eficácia no controle social. Porém, a eficácia é um critério difícil de ser medido, uma vez que a eficácia não poderia ser medida pela mera incidência ou não da conduta indesejada. Bobbio opta pela eficácia da norma, ao contrário de Kelsen que somente iria olhar para a validade. A eficácia a primeira vista parece um critério muito melhor do que a validade, pois o que se pretende verificar é como a norma é incorporada e utilizada pela sociedade. Porém, é um critério muito mais complexo de ser medido, o que muitas vezes inviabiliza uma pesquisa para saber se a norma é

³⁵⁶ ARRUDA JR., Edmundo Lima. Direito, Marxismo e Liberalismo: ensaios para uma sociologia crítica do Direito. p, 133.

³⁵⁷ DAHRENDORF, R. A Lei e a ordem. P, 11-46.

eficaz ou não. Isso porque apenas uma variável não consegue medir se a norma é eficaz, ou seja, se produziu os efeitos desejados na sociedade.

A questão da eficácia extrapola os limites da mera verificação lógica da norma em um sistema, para a verificação na sociedade. Os critérios para medir se a sanção positiva poderia ser mais eficiente do que a sanção negativa, na direção de comportamentos, parecem ser de difícil escolha. Porém, entende-se que a sanção positiva, por não ter violência explícita, seria melhor socialmente, mas isso não garante que seja mais eficaz.

O critério de Bobbio ao escolher a eficácia da norma privilegia o mundo que era tido por Kelsen e o neokantianos, como um mundo do ser e não o do dever-ser. Trata-se de um território que a teoria pura do Direito não chegava a penetrar. Buscar a eficácia da norma é buscar como ela atua no mundo, quais suas influências na sociedade. Também é buscar pelas funções da norma.

A sanção positiva, que Bobbio apontou, ainda necessita de uma maior experiência prática da atuação desse tipo de sanção e conseqüentemente um maior desenvolvimento teórico. Trata-se de um novo tipo de sanção que altera significativamente muitos dos padrões e conceitos utilizados pelo Direito durante séculos.

6. TEORIA DA FUNÇÃO DO DIREITO DE BOBBIO

A teoria da função de Bobbio encontra-se em uma série de artigos que se iniciam no final da década de sessenta e perduram até o meio da década de setenta. Bobbio não se dedica a essa teoria por um período muito grande, nem escreve muitos artigos sobre o tema. Destacam-se como artigos expressivos dessa fase: “Sobre a função promocional do Direito” – 1969, “Sobre as sanções positivas” – 1971, “Em direção a uma teoria funcionalista do Direito” – 1976, “Em torno da análise funcional do Direito”- 1975, reunidos no livro ‘Da estrutura à Função’.

O jusfilósofo italiano, na sua obra sobre ‘Teoria da Norma jurídica’, ao tratar das proposições, fala de suas funções mas esse conceito não parece ter relação com sua teoria da função construída na década de setenta. No livro ‘Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico’, escrito na mesma época da teoria da função, Bobbio chega a utilizar o termo ‘função’, mas também não com o mesmo significado.

Bobbio não voltaria mais a defender as posições que estão presentes nesses artigos. Sua produção tomará outros rumos quando se torna professor de ciências políticas. Ainda há uma reflexão sobre o Direito, porém essa não é mais vista do âmbito da ciência jurídica. A fase dedicada a uma construção de uma teoria da função do Direito foi um dos últimos momentos de reflexão sobre o Direito, utilizando os pressupostos do próprio Direito.

Há uma referência a essa fase que é feita em uma conferência na década de oitenta. Nesse texto Bobbio procura revisitar sua teoria, porém adianta ao leitor que se trata de uma visita inútil, pois o visitante bate a porta e não vem ninguém abri-la, porque o visitado não está em casa e não quer ser achado³⁵⁸. Bobbio não se alonga na revisita, pois diz textualmente que mudou o endereço dos seus estudos. O jusfilósofo italiano explica, nesse texto, como montou a teoria da função promocional do Direito e procura responder às críticas feitas a sua teoria.

³⁵⁸ BOBBIO, Norberto. A Funzione promozionale del diritto rivisitata. P, 8

É esclarecedor esse artigo, pois ajuda a entender como Bobbio constrói sua teoria da função do Direito, em especial como essa não tem origens na teoria funcionalista. Associar a teoria da função bobbiana com a teoria funcionalista, que tem como expoentes Parsons e Luhmann, é algo corrente entre os comentadores de Bobbio. Se há uma ligação entre elas não é confirmada pelo próprio Bobbio. Devido, a essa diferenciação optou-se por utilizar a expressão “teoria da função” exatamente para não se confundir com a “teoria funcionalista”.

Essa diferenciação da teoria da função do Direito e da teoria funcionalista, só pode ser feita a posteriori, isso porque o próprio Bobbio por vezes se utiliza de conceitos funcionalistas em seus textos. Esse é o caso de um dos principais conceitos, o de função, que é definido com alguma referência aos escritos funcionalistas, isto é, que tem algum fundo na teoria de Parsons.

Apesar de apresentar esse conceito de função do Direito, não parece ser este que Bobbio utiliza. Sua teoria não tem relação alguma com a questão organicista e nem se utiliza da complexidade de análise e temas das teorias parsonianas ou luhmannianas. Desse modo, Bobbio é contraditório, pois em alguns artigos afirma que se utiliza do termo função no sentido dos funcionalistas e em outros diz que sua teoria não tem qualquer ligação com essa escola³⁵⁹. O que parece é que apesar de forçar a ligação do conceito função com o funcionalismo, Bobbio realmente não se utiliza de nenhum dos paradigmas dessa teoria.

No artigo “Análise funcional do Direito: tendências e problemas” Bobbio diz que a palavra ‘função’ pode ser definida de muitos modos, porém destaca que adota esse conceito de função, de acordo com os funcionalistas. Afirma o jusfilósofo italiano:

“Limito-me a empregá-lo no uso corrente das teorias funcionalistas: em uso, como foi inúmeras vezes repetido, que nasce no terreno das ciências biológicas, por meio da analogia da sociedade humana com o organismo animal, no qual por ‘função’ se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e

³⁵⁹ BOBBIO, N. La funzione promozionale del diritto revisitata.

morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo”³⁶⁰.

Nesse momento é possível entender que a inspiração de Bobbio tem ligação com a teoria parsoniana. Em momento posterior nega qualquer ligação com o organicismo. Bobbio dirá em texto posterior aos da ‘teoria da função do Direito’, que negou a interpretação orgânica ou organicista da sociedade e diz que não é funcionalista no sentido das ciências sociais³⁶¹.

A teoria da função de Bobbio apresenta tanto a função positiva, quanto a função negativa. Isso não é visto na teoria funcionalista, em que somente é estudada a função positiva e não há uma função negativa do sistema, que aceita a disfunção. Quem faz referência a essa particularidade do funcionalismo é o próprio Bobbio, no seguinte trecho:

“o funcionalista não conhece funções negativas, conhece somente disfunções (e, quando muito, funções latentes, além das manifestas), isto é, defeitos que podem ser corrigidos no âmbito do sistema, enquanto a função negativa exige a transformação do sistema”³⁶².

Bobbio nas poucas referências a Parsons, na sua teoria da função do Direito, tece críticas duras ao sociólogo americano³⁶³. Não raras vezes Bobbio faz questão de diferenciar o funcionalismo e o marxismo, traçando as diferenças e semelhanças entre esses dois tipos de estudos. Para Bobbio são aspectos diferenciadores: concepção da ciência em geral, método utilizado e colocação do Estado no sistema social³⁶⁴. O funcionalismo elege como subsistema dominante o cultural, enquanto o marxismo elege o sistema econômico; a primeira privilegia a constância do sistema, enquanto a segunda opta pela mudança social³⁶⁵.

Para Bobbio, Parsons não se dedicou ao problema do Direito, apesar de ter dado atenção especial ao problema do controle social. O indicativo que Bobbio aponta em Parsons para sua não preocupação com o Direito, é a não

³⁶⁰ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P, 103

³⁶¹ BOBBIO, N. La funzione promozionale del diritto revisitata. P, 20

³⁶² BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P, 93.

³⁶³ BOBBIO, N. Estado, poder e governo. In: Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. P, 58-59. e Direito e Ciências Sociais. In: Da estrutura à Função. P, 50-51.

³⁶⁴ BOBBIO, N. Estado, poder e governo. In: Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. P, 58.

³⁶⁵ BOBBIO, N. Estado, poder e governo. In: Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. P, 59.

referência de Parsons à obra de Kelsen, que é considerada como um marco nos estudos de Teoria Geral do Direito³⁶⁶. Bobbio parecia não conhecer o estudo de Parsons sobre Direito, denominado "The Law and Social Control".

Adotar o funcionalismo de cunho parsoniano significaria não só estabelecer um estudo sobre a função do Direito, mas também apresentar um estudo sobre a sociedade, uma vez que o Direito não pode ser entendido como única esfera normativa. Mais do que mudar alguns conceitos, Bobbio teria de começar a pensar o Direito como instrumento em uma sociedade, ou seja, em uma estrutura de sistema maior do que estava acostumado a lidar no mundo do Direito. Adotar o funcionalismo de cunho luhmanniano poderia auxiliar Bobbio, uma vez que o Direito seria um sistema auto-referenciado e não necessitaria de um estudo sobre a sociedade. Porém, Bobbio também parece estar longe dos pressupostos e conceitos luhmannianos.

Bobbio parece não ter adotado nem a postura de Parsons, nem de Luhmann quando procura pensar a função do Direito. É possível que alguns dos conceitos de Bobbio, na teoria da função, venham de discussões com Renato Treve, seu amigo íntimo e colega, que estudou detidamente a teoria funcionalista quando fez a análise da obra de Parsons. O jusfilósofo italiano utiliza-se, entre outras coisas, da dicotomia proposta por Treves entre estruturalismo-funcionalismo. Bobbio pode também ter sido influenciado por discussões que ocorriam na Itália na década de 70, que geraram um surpreendente número de artigos sobre o tema da função do Direito.

Essa aproximação de Bobbio com o funcionalismo confundiu muitos de seus críticos, pois não se adequava ao funcionalismo do qual dizia ter tirado seu conceito de função. Mario Losano, um dos comentadores de Bobbio, é um dos poucos que aponta que a teoria proposta por Bobbio não pode ser aproximada da teoria de Parsons³⁶⁷.

Bobbio parece ter se utilizado de alguns conceitos da teoria funcionalista para pensar a função do Direito, levando para além os estudos de Direito que se restringiam à estrutura da norma. O jusfilósofo italiano não tem como preocupação, em sua teoria da função do Direito, seguir um viés funcionalista.

³⁶⁶ BOBBIO, N. Direito e Ciências Sociais. In: Da estrutura à Função. P, 50.

³⁶⁷ LOSANO, M. Prefácio à edição brasileira. In: Da estrutura à função. p. XLIX

Bobbio leva a entender que pretende construir uma teoria nova, ao preferir juntar diversas referências para construí-la.

A teoria da função do Direito é pensada por Bobbio em busca de uma superação do sistema kelseniano, frente à inadequação deste ao novo tipo de Estado. É a postura da ciência positivista do Direito, que se foca em um Direito repressor e protetor, que será criticada por Bobbio. O jusfilósofo vê em um novo foco para os estudos do Direito uma possibilidade de maior adequação às mudanças que ocorreram em diversas áreas da sociedade e que não foram absorvidas pelo Direito.

A construção de uma teoria do Direito que englobe um outro aspecto do Direito que não só a repressão, é a busca da teoria de Bobbio. A crítica do jusfilósofo italiano dá-se nos seguintes termos:

“Na teoria do Direito contemporânea, ainda que dominante a concepção repressiva do Direito. Quer a força seja considerada um meio para obter o máximo de respeito às normas (primárias) do sistema, quer seja considerada como o conteúdo mesmo das normas (secundárias), a concepção dominante é certamente a que considera o Direito como ordenamento coativo, estabelecendo assim, um vínculo necessário e indisponível entre Direito e coação”³⁶⁸.

Para Bobbio a coerção não é abandonada, mas vai perdendo sua força em uma sociedade que busca meios mais brandos para se atingir o mesmo efeito.

Segundo a concepção de Bobbio, a teoria da função do Direito visa entender como o Direito funciona e não propriamente como ele é formado, ou seja, sua estrutura. Para Bobbio a sistematização do Direito como ciência, realizada por Kelsen, foi um importante passo para um estudo com maior nível de abstração, porém limitou a análise da estruturação das normas do sistema jurídico. Nesse sentido diz o jusfilósofo italiano:

“... o desenvolvimento da análise estrutural ocorreu em prejuízo da análise funcional: em comparação com o destaque dado por Kelsen aos problemas estruturais do Direito, é extremamente restrito o espaço que ele reservou aos problemas relativos à função do Direito”³⁶⁹.

³⁶⁸ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à função. P, 7.

³⁶⁹ BOBBIO, N. Estrutura e função na teoria do Direito de Kelsen. In: Da estrutura à função. P, 205

A preocupação com a estrutura em detrimento da função, no entender de Bobbio não é apenas um esquecimento ou não relevância, mas parte de um pressuposto que o Direito não deve se preocupar com os seus fins. Para Kelsen o Direito é tido como um meio e não um fim, uma técnica de organização social, um mecanismo coativo.

6.1. Elementos para uma teoria funcionalista do Direito

A abordagem funcionalista foi desenvolvida fortemente por diversos sociólogos, que tinham como objetivo estudar a sociedade através de um método que desse conta da sua complexidade. Há uma série de estudos e autores que são colocados nessa grande divisão de “funcionalistas”, porém, essa classificação esconde as diferentes abordagens e visões. O funcionalismo não vai procurar pelo ser do objeto estudado, fazendo uma abordagem ontológica, mas busca um estudo de como o objeto se comporta.

A palavra “função”, como realça um dos grandes funcionalistas, Robert Merton, pode surgir com diversos significados. O autor ressalta cinco deles: a) função se referindo à reunião pública ou cerimonial (ex: função social), b) função como sinônimo de ocupação, de uma especialização laboral; c) função como cargo ou posto político (ex: funcionário público); d) função na acepção matemática, que leva à idéia de interdependência ou variáveis mutuamente dependentes; e) função ligada a processos vitais orgânicos, que contribuem para a manutenção do organismo³⁷⁰. Para Merton é desse último sentido que a análise funcional da sociologia e da antropologia se utilizam.

Para Merton a análise funcional é uma maneira de se interpretar o mundo, que depende de uma aliança tripla entre teoria, método e dados³⁷¹, se utiliza de três postulados: unidade funcional da sociedade, funcionalismo universal e indispensabilidade. “Em resumo, esses postulados afirmam: primeiro, que as atividades sociais ou jogos culturais estandardizadas são funcionais para todo o sistema social ou cultural; segundo, que todas essas

³⁷⁰ MERTON, Robert. Teoría y Estructura sociales. P, 30 – 31.

³⁷¹ MERTON, Robert. Teoría y Estructura sociales. P, 29.

linhas culturais desempenham funções sociológicas; e terceiro, que são, em consequência, indispensáveis³⁷².

A abordagem funcionalista não é atributo somente da sociologia, tendo sido utilizada em diversas áreas do conhecimento em que as unidades não são consideradas em separado, mas sim através de sua interconexão de funcionamento³⁷³. Merton identifica algumas características dos estudos funcionalistas na sociologia, que formam o que chamou de paradigma da análise funcional. Nem todos os estudos terão todas essas características, porém a presença de grande parte delas, indica um estudo que se pauta pelo paradigma funcionalista.

Segundo Merton, são essas as características, os problemas, conceitos e requisitos, da análise funcional: 1) objeto de análise é normado ou estandardizado (ex: papéis sociais, normas institucionais, processos sociais), 2) utiliza-se de conceitos de disposições subjetivas (ex: motivos, propósitos dos indivíduos no sistema social), 3) utiliza-se de conceitos de conseqüências objetivas (ex: funções e disfunções, sendo função as conseqüências observadas que favorecem a adaptação ou ajuste de um sistema; e essa função pode ser ainda dividida em: função manifesta e função latente); 4) a função lida com unidades (ex: função social, função psicológica, função de grupo, função cultural); 5) exigências funcionais implícitas ou explícitas do sistema estudado (ex: necessidades, requisitos prévios); 6) conceitos de mecanismo através dos quais se realizam as funções; 7) conceitos de alternativas funcionais, pois há uma margem de variação possível para satisfazer as exigências funcionais; 8) conceitos de contexto estrutural (ou coerção estrutural), ou seja, a margem de variação das coisas que podem desempenhar funções em uma estrutura não é ilimitada; 9) conceitos de dinâmica e de mudança, 10) problemas de validação da análise funcional, ou seja, o estudo funcionalista deve se atentar para uma formulação rigorosa dos procedimentos de análise sociológica, com revisão sistemática das possibilidades e limitações da análise comparada, 11) problemas de implicação ideológica na análise funcional, que decorrem da análise funcional não ter

³⁷² MERTON, Robert. Teoría y Estructura sociales. P, 35.

³⁷³ MERTON, Robert. Teoría y Estructura sociales. P, 56 e nota 49

compromisso intrínseco com nenhuma posição ideológica, mas não isenta esse estudo de um comprometimento ideológico³⁷⁴.

Esses pontos que Merton levanta fazem parte daquilo que chamou de paradigma funcionalista, que tem por objetivo mapear alguns pontos dos estudos funcionalistas, auxiliando a identificação e a classificação desses estudos. Ao explicitar os conceitos e pressupostos, Merton consegue apontar se o estudo é funcionalista ou não. O paradigma faz com que diversos estudos possam ser tidos como funcionalistas, mesmo tendo variações entre eles.

O que faz com que estudos sejam tidos como funcionalistas não é apenas uma característica ou o uso de um conceito, mas sim a presença de pelo menos grande parte dos pontos levantados pelo paradigma. Desta maneira, estudos como os de Durkheim, Parsons e Luhmann, apesar de muito diferentes, podem ser classificados como estudos funcionalistas. A partir desses pontos também é possível entender que a obra de Bobbio, que trata da função do Direito, não tem relação direta com o funcionalismo.

Florestan Fernandes apresenta um interessante panorama sobre o funcionalismo e seu método de interpretação. Florestan, que se dedicou a diversos ensaios sobre o funcionalismo,³⁷⁵ faz uma distinção entre os diversos períodos da teoria. O primeiro período, dito organicista, refere-se a autores como M.Edwards e H.Spencer; o segundo período é quando há uma construção dos conceitos e das orientações interpretativas, atribuído a autores como Durkheim, Thurnwald, Malinowski e Radcliffe-Brown; o terceiro período é o de revisão crítica e de sistematização teórica, com autores como Merton e Parsons.

Para Florestan há três concepções de função: concepção teleológica, concepção mecanicista e concepção positivista. A primeira pode ser resumidamente entendida como sinônimo de fim, e este é “postulado como algo inerente ao modo pelo qual as necessidades humanas são satisfeitas através da organização cultural das atividades sociais”³⁷⁶. Na concepção mecanicista, a “função é entendida, logicamente como uma relação de

³⁷⁴ MERTON, Robert. Teoria y Estructura sociales. P, 60-65

³⁷⁵ Entre eles: Ensaio sobre o método de interpretação funcionalista na sociologia, Análise funcionalista da guerra, Função social da guerra na sociedade tupinambá

³⁷⁶ FERNANDES, Florestan. Ensaio sobre o método de interpretação funcionalista na sociologia. P, 60. (tabela)

correspondência (entre um fato social e seus efeitos socialmente úteis) cujos elementos sempre seriam determinados nunca determinantes”³⁷⁷. A concepção positivista entende a função como “uma relação de interdependência (entre uma atividade parcial e uma atividade total ou entre um componente estrutural e a continuidade da estrutura, em suas partes ou como um todo), cujos elementos podem ser, de modos diversos e em graus variáveis, ou determinados ou determinantes”³⁷⁸.

Nesse sentido, é possível dizer que Bobbio parece se aproximar do primeiro tipo de análise funcionalista, ao se remeter a noção de *telos*. Porém, segundo a definição dada por Florestan dos estudos funcionalistas, não é possível encaixar Bobbio nesse campo, uma vez que o sociólogo brasileiro entende que estes estudos estão na esfera da sociologia e que estes são por sua essência um meio qualitativo de investigação³⁷⁹. Bobbio não aloca seus estudos de função do Direito em uma sociologia do Direito, mas sim o circunscreve à Teoria Geral do Direito. Florestan define os estudos de análise funcionalista, como:

“uma análise que tem por objetivo descobrir e interpretar as conexões que se estabelecem quando unidades do sistema social concorrem, com sua atividade, para manter ou alterar as adaptações, ajustamentos e controles sociais de que dependem a integração e a continuidade do sistema social, em seus componentes nucleares ou como um todo”³⁸⁰.

Alguns autores funcionalistas se preocupam com a questão da sanção e com sua relação com a função, inclusive tratando de funções promocionais e sanções positivas. Durkheim e Parsons são dois dos funcionalistas que abordam a sanção a partir da sociedade. Luhmann procura uma abordagem sociológica a partir do Direito. A visão desses autores sobre o tema sanção é muito diferente da proposta por Bobbio, que, como foi dito, pretende tratar da função e da sanção no âmbito de uma Teoria Geral do Direito.

³⁷⁷ FERNANDES, Florestan. Ensaio sobre o método de interpretação funcionalista na sociologia. P, 60. (tabela)

³⁷⁸ FERNANDES, Florestan. Ensaio sobre o método de interpretação funcionalista na sociologia. P, 60. (tabela)

³⁷⁹ FERNANDES, Florestan. Ensaio sobre o método de interpretação funcionalista na sociologia. P, 111

³⁸⁰ FERNANDES, Florestan. Ensaio sobre o método de interpretação funcionalista na sociologia. P, 110.

Durkheim menciona uma função do Direito em seu livro a “Divisão social do Trabalho”, em que faz uma análise da importância do Direito e da moral na organização social. Durkheim coloca o foco na divisão do trabalho na sociedade e não propriamente no Direito, porém, ao analisar as estruturas da sociedade, acaba tratando de um conceito fundamental para a moral e para o Direito que é a sanção. Interessante ressaltar que Durkheim, assim como Bobbio, entende que a divisão do trabalho tem uma função, ou seja, uma necessidade social.

O sociólogo francês vai focar seu estudo em uma análise do que é ou foi a sanção, e não naquilo que ela deveria ser. O autor faz uma diferenciação das sanções existentes, em especial da sanção penal e da sanção civil. O tipo de matéria tratada influencia o tipo de sanção e o tratamento legislativo. Durkheim ressalta que no Direito Civil há um predomínio de sanções restitutivas³⁸¹, enquanto que o Direito Penal, assim como o Direito religioso possui um caráter repressivo e conservador³⁸². Durkheim não restringe o Direito apenas à sanção punitiva ou negativa.

Durkheim define o crime e a sanção a partir de parâmetros totalmente diferentes do que se costuma usar no Direito, não utilizando da oposição clássica entre Direito e moral, que está calcada em uma sanção forte ou fraca. Para Durkheim o ato criminoso ocorre quando há uma ofensa aos estados fortes e definidos da consciência coletiva ou comum, que define como o “conjunto de crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria”³⁸³. Portanto, não se confunde com o Direito oficial do dever-ser, pois este, como apresenta funções judiciais e governamentais, é de ordem psíquica e está fora da consciência comum³⁸⁴.

Há para o autor dois tipos de relações que ligam a consciência particular à consciência coletiva (indivíduo e sociedade) e que não são relações do Direito repressivo. Esses dois tipos de regras conduzem a duas espécies de solidariedade social: negativas (de pura abstenção) e positivas ou de

³⁸¹ DURKHEIM. Da Divisão Social do trabalho. p, 44.

³⁸² DURKHEIM. Da Divisão Social do trabalho. p, 48.

³⁸³ DURKHEIM. Da Divisão Social do trabalho. p, 51.

³⁸⁴ DURKHEIM. Da Divisão Social do trabalho. p, 51.

cooperação³⁸⁵. Durkheim defende que na sociedade há o predomínio do Direito cooperativo, que é estabelecido com base na divisão social do trabalho. O Direito repressivo ocupa apenas uma pequena parcela do Direito, restando a maior parcela ao Direito cooperativo. Desse modo, pode-se inferir que para Durkheim as sanções negativas ou repressivas não são mais importantes do que o vínculo social da divisão social do trabalho. Esse por sua vez só se consegue por meio da figura do Estado e, com isso, não deixa de fazer como os juristas que subordinam à sociedade ao Estado.

Esse vínculo social não pode ser considerado como uma função positiva, no sentido que Bobbio irá lhe atribuir. Porém, as idéias de Durkheim são importantes na medida em que apresentam um Direito, que não está fundamentado em regras repressivas. Nesse sentido, pode-se falar que Durkheim tem pontos de toque com a teoria da sanção positiva, pois esta faz uma crítica à teoria da sanção negativa, que não é mais suficiente para um efetivo controle social.

Bobbio entende que Durkheim inova ao tratar da transformação social, porém não associa a mudança a uma alteração na questão da sanção. Assim, comenta o filósofo italiano: “Em uma concepção sociológica global da história, como é traçada por Durkheim na Divisão social do trabalho, a passagem da solidariedade mecânica para a orgânica caracterizava-se pela transformação das sanções repressivas em restitutivas, mas ambas se inseriam no tipo das sanções negativas”³⁸⁶. Segundo Bobbio, em Durkheim a passagem de uma sociedade à outra leva a dois tipos de Direito (Direito repressivo ou penal e o Direito cooperativo ou restitutivo), com dois tipos de sanção: repressivas e restitutivas³⁸⁷. Bobbio tece o seguinte comentário sobre a dicotomia durkheimiana:

“As sociedades primitivas, mantidas coesas por uma solidariedade de tipo mecânico, distinguem-se pelo fato de o controle social ser exercido pelo mecanismo de sanções repressivas (as sanções penais comumente entendidas); as sociedades evoluídas, mantidas coesas por uma

³⁸⁵ DURKHEIM. Da Divisão Social do trabalho. p, 90.

³⁸⁶ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à Função. P, 100.

³⁸⁷ BOBBIO, N. Do uso das grandes dicotomias na teoria do Direito. In: Da estrutura à Função. P, 135 e A grande dicotomia. In: Da estrutura à Função. P. 141.

solidariedade de tipo orgânico, distinguem-se por o controle social ser exercido pelo mecanismo das sanções restitutivas (como a compensação pecuniária devido a um erro cometido, o ressarcimento do dano, etc.)”³⁸⁸.

Giddens ressalta que a sanção já foi palco de discussão de outra obra de Durkheim. Para Giddens, Durkheim repete em a ‘Divisão Social do trabalho’ alguns pontos sobre a sanção desenvolvidos em trabalho anterior: “Duas leis da evolução penal”. Destaca que as sanções coercitivas podiam ser entendidas na sua dimensão quantitativa e qualitativa. A dimensão qualitativa referia-se à intensidade da punição e a dimensão quantitativa à modalidade da punição. Giddens ressalta também que Durkheim estabelece, quanto às sanções, uma variação não só relativa ao nível de desenvolvimento da divisão do trabalho, mas quanto à centralização do poder político.³⁸⁹

A teoria funcionalista tem como um de seus principais representante Talcott Parsons, que tem uma teoria altamente complexa e elaborada sobre a ação social e a sociedade. A teoria de Parsons apresenta diversas fases de formulação, porém a principal delas compreende seu livro “O sistema social”. A primeira etapa de seu teoria compreende os estudos de grandes percussores da sociologia contemporânea (The Structure of Social Action, 1937), a segunda etapa é a de sistematização da teoria da ação social (Toward a General Theory of Action, The Social System), e a terceira etapa busca a aplicação de sua teoria em diversos ramos das ciências humanas (Economy and Society, Social Structure and Personality, Politics and Social Structure)³⁹⁰. Sua influência foi grande entre seus alunos e ajudou a formular uma base interessante para o desenvolvimento de autores como: Robert Merton, Luhmann e Habermas.

Parece nítida a inspiração de Bobbio ao colocar nomes semelhantes aos conceitos parsonianos, mesmo tendo outro significado. Parsons utiliza-se do conceito de “estrutura” combinado com o de “função”, o que será de certa forma repetido por Bobbio e é chamado de estrutural funcionalismo. Porém, é sabido que Bobbio não assume essa inspiração.

³⁸⁸ BOBBIO, N. Do uso das grandes dicotomias na teoria do Direito. In: Da estrutura à Função. P, 135

³⁸⁹ GUIDENS, A.. Política, Sociologia e Teoria Social. p, 125.

³⁹⁰ ROCHER, Guy. Talcott Parsons e a Sociologia Americana. P, 17

O sociólogo americano se dedica ao Direito em seu ensaio “The law and social control” e define o Direito como: mecanismo generalizado de controle social que opera difusamente em quase todos os setores do sistema social. Nesse sentido, afirma Parsons que o Direito:

“não é apenas o conjunto de uma série de regras definidas abstratamente. É isto sim, uma série de regras ligadas a certos tipos de sanções, legitimadas em determinados modos e aplicadas em outros. É também uma série de regras que se encontram em relações bem determinadas com coletividades específicas e com papéis que os indivíduos desempenham no próprio âmbito”³⁹¹.

Para Parsons o Direito se resume a normas abstratas. “É um conjunto de regras feitas com certos tipos de sanções, legitimadas de alguns modos e aplicadas de algumas maneiras”³⁹². O Direito não tem uma função, mas diversas, entre as principais pode-se listar a função de interação, a de legitimação e a de interpretação. A sanção está diretamente ligada à questão da jurisdição, que tem de responder duas perguntas: “Qual autoridade tem competência sobre as pessoas, atos e em definir e impor as normas? A qual classe de atos, pessoas, papéis e coletividades as normas se aplicam?”³⁹³. Parsons afirma que as sanções negativas são tidas como sanções em que há coerção e nessas a questão da legitimidade daquele que impõe a sanção é fundamental. Não é somente a sanção que proporciona o controle social, isso porque o sociólogo aposta como meios para esse controle, a motivação pessoal e os meios de comunicação de massas³⁹⁴.

Para Treves, Parsons procura resolver quatro problemas no âmbito do Direito: a) legitimação do sistema, b) problema da interpretação, c) problema da sanção, d) problema da jurisdição. Nesse sentido é a afirmação de Treves:

“É oportuno destacar que a tentativa de resolver esses quatro problemas sirva a Parsons para definir a posição do sistema jurídico ante os outros sistemas e especialmente ante o sistema político. O sistema jurídico tem, segundo ele, conexão com o político e essa conexão se refere aos dois

³⁹¹ PARSONS. The law and social control. P, 56.

³⁹² PARSONS. The law and social control. P, 57.

³⁹³ PARSONS. The law and social control. P, 59.

³⁹⁴ PARSONS. The law and social control. P, 71.

problemas das sanções e da jurisdição, considerando que a referência ao problema das sanções é, de certa forma a mais importante”³⁹⁵.

A teoria do Direito de Parsons não pode ser entendida fora de sua complexa teoria da ação e de sua análise da sociedade. O sistema do Direito é apenas um dos muitos subsistemas que Parsons estuda. A ‘teoria funcionalista de um sistema em ação’ de Parsons tem quatro elementos principais: “1) um sujeito-ator que pode ser indivíduo, grupo ou coletividade; 2) uma situação que compreende objetos físicos e sociais com os quais o ator estabelece relação com os diferentes elementos da situação e lhes atribui um significado, 4) regras, regras e valores que guiam a orientação da ação, isto é, as relações do ator com os objetos sociais e não sociais do seu meio”³⁹⁶. Parsons busca uma análise sistêmica das ciências humanas, decompondo a ação em pequenas unidades para analisá-las e depois reconstruí-las por meio de sínteses.

A teoria da ação apresenta importante consideração para o estudo da sanção, pois trata da coerção. Na teoria da ação, o ator, que é um ser em situação considerado a partir de sua subjetividade, interage com o meio ambiente, a partir de seus sentimentos, motivações que o animam, das reações a sua própria ação³⁹⁷.

Para o sistema de ação é necessário três condições: a estrutura, a função e o processo, como explica um de seus comentadores:

“A primeira é uma condição de estrutura: as unidades de um sistema e o próprio sistema em si devem responder a certas modalidades de organização de modo a que se constituam elemento de referência para a análise do sistema. Segundo Parsons, no sistema de ação, são os modelos normativos e, e nível de abstração mais elevado, as variáveis estruturais (*pattern variables*) que desempenham este papel. A segunda condição implica a noção de função: para que um sistema de ação exista e se mantenha, certas necessidades elementares do sistema, enquanto sistema, devem ser satisfeitas. É o problema dos pré-requisitos funcionais ou ainda das dimensões funcionais do sistema de ação. A terceira condição diz respeito ao processo do próprio sistema e

³⁹⁵ TREVES, Renato. Sociologia do Direito. P, 317.

³⁹⁶ ROCHER, Guy. Talcott Parsons e a Sociologia Americana. P, 39.

³⁹⁷ ROCHER, Guy. Talcott Parsons e a Sociologia Americana. P, 37.

ao interior do sistema: por sua natureza, um sistema implica atividades, mudanças e evolução e podem se produzir ao acaso, mas devem obedecer a certas modalidades ou certas regras”³⁹⁸.

O sistema de ação de Parsons tem como pressuposto que as ações são guiadas por valores, por meio de um mecanismo de recusa ou escolha. Para orientar essas escolhas é que Parsons estabelece quatro dilemas, que são variáveis estruturais da ação: universalismo/particularismo, desempenho/qualidade do objeto, neutralidade afetiva/afetividade, especificidade/difusão.

Parsons entende que o sistema deve ser analisado nas suas necessidades e funções de dois ângulos: interno/externo, objetivo/meio. Há quatro tipos de funções no sistema de ação: função de adaptação, função de integração, função de motivação (latência), função de propor e perseguir objetivos. Através desses elementos Parsons cria seu famoso quadro explicativo das ações, o AGIL (*Adaptation, Goal Attainment, Integration, Latência*). O quadro de Parsons para o paradigma funcional do sistema de ação, pode ser representado pela variação de pares: a) meio externo: Adaptação, b) meio interno: Latência, c) objetivos externos: Consecução dos objetivos, d) objetivos internos: integração.

Como subsistemas do sistema geral de ação, ligados a cada elemento do sistema AGIL, tem-se: Sistema cultural ligado à latência, Sistema biológico ligado à adaptação, Sistema psíquico ligado à consecução de objetivos, Sistema social ligado à integração. Cada um desses subsistemas tem um nível cibernético diferente, que podem ser mais ricos ou pobres em informações ou controles e mais ricos ou pobres em energia ou condições. Há uma gradação hierárquica em que o aumento do controle é diretamente inverso à diminuição da energia, para os sistemas de ação e seus subsistemas. O sistema cultural ligado à latência tem o maior nível de informações, decaindo nessa ordem: sistema social, sistema psicológico e sistema orgânico. Este último tem o maior nível de energia que vai diminuindo nessa ordem: sistema psicológico, sistema social e sistema cultural.

Cada um dos subsistemas da ação possuem três níveis de abstração nos seguintes grupos, respectivamente com níveis 1,2,3 de abstração: a)

³⁹⁸ ROCHER, Guy. Talcott Parsons e a Sociologia Americana. P. 40.

adaptação, sistema orgânico, organismo biológico; b) latência, sistema cultural, cultura; c) consecução, sistema psíquico, personalidade; d) integração, sistema social, sociedade. Esta última também se divide de acordo com os pontos do AGIL em: economia (que é a parte da sociedade ligada à adaptação), socialização (que é a parte da sociedade ligada à latência), político (que é a parte da sociedade ligada à consecução de objetivos) e comunidade societária (que é a parte da sociedade ligada à integração). A comunidade societária possui formas de integração e dentre elas se encontra o Direito.

“Parsons dá à integração do sistema de ação o nome de comunidade societária quando é encontrada na sociedade. Compreende ela o conjunto de instituições que tem por função estabelecer e manter as solidariedades que uma sociedade pode exigir entre seus membros e as instituições estabelecem os modos de coordenação necessárias ao funcionamento social que não seja por demais caótico ou conflituoso. A comunidade societária é a sede dos controles sociais, mas é também tanto um princípio de adesão quanto um de coerção. Na sua forma mais estruturada, a comunidade societária é representada pelo Direito e instituições jurídicas; em sua forma mais fluida é representada pelos tipos de solidariedade”³⁹⁹.

A terceira condição do sistema que é a organização dos processos, leva a Parsons a analisar o movimento dos sistemas, propondo como ponto de partida a noção de equilíbrio. Porém, o equilíbrio sempre é buscado e quase nunca alcançado dentro do sistema, uma vez que são alterados pelas relações ator/situação, através da atividade (desempenho) e da aprendizagem. Esses se subdividem em quatro processos: comunicação e decisão (em relação ao ator) e diferenciação e integração (em relação ao sistema).

Guidens ressalta em sua análise sobre o poder em Parsons, o livro de Parsons “A elite do poder”, como um dos poucos trabalhos que o autor tratou sobre a questão do poder⁴⁰⁰. Parsons não adota a posição de Mills para quem o poder seria um jogo de soma zero, ou seja, em que um ganha e outro perde. Isso porque para Parsons o poder pode ser concebido como uma relação em que ambos os lados pudessem ganhar. O poder aparece para Parsons como

³⁹⁹ ROCHER, Guy. Talcott Parsons e a Sociologia Americana. P. 69.

⁴⁰⁰ GUIDENS, A. Política, Sociologia e Teoria Social. p. 243.

um modo de troca e também como uma 'forma de criação de crédito'. O poder analisado por Parsons é o poder legítimo, ou seja, aquele derivado da autoridade, que leva a obrigações recíprocas entre governantes e governados, com a concordância de uma parte e de outra para uma certa ação.

As duas partes controlariam uma a outra, através de sanções positivas e negativas, produzindo uma tipologia quádrupla:

"1- Canal situacional, sanção positiva: o oferecimento de vantagens positivas para o alter se ele seguir os desejos do ego (incentivo, tal como o oferecimento de dinheiro); 2- Canal situacional, sanção negativa: ameaça de imposição de desvantagens se o alter não consentir (o uso do poder: no caso extremo, o uso da força); 3- Canal intencional, sanção positiva: o oferecimento de "boas razões" pelas quais o alter deve constituir (o uso da influência); 4- Canal intencional, sanção negativa: a ameaça de que seria "moralmente incorreto" para o alter não consentir (o apelo à consciência ou outros compromissos morais)"⁴⁰¹.

Para Parsons, a sanção negativa seria utilizada poucas vezes, porém em diversos casos se utilizaria o poder. O conceito de poder não é entendido a partir da coerção, mas sim por meio das relações. "Na concepção de Parsons, a força teria que ser vista apenas como um entre vários meios, apenas um entre vários modos de obtenção da aquiescência. A força tendia a ser usada em sistemas políticos estáveis apenas como último recurso, quando outras sanções tivessem se revelado ineficazes"⁴⁰². A força somente seria utilizada quando ocorresse uma deflação de poder, ou seja, quando há perda de confiança nas instituições de poder político. Há uma mudança da visão de Weber que concebe o poder como relação em que há interesses incompatíveis e conflitantes. Isso porque, para Parsons, a necessidade de demonstração de poder como força é antes uma fraqueza do que uma afirmação do poder.

Parsons separa o quanto de poder, do tipo de sanção que pode ser exercida pelo poder. Desse modo, a falta de capacidade de ordenar um tipo de sanção não significa a falta de poder. "Parsons quis acima de tudo enfatizar que o poder não engendra necessariamente imposição coercitiva de um indivíduo ou grupo sobre outro e, na verdade, indicou algumas correções

⁴⁰¹ GUIDENS, A. Política, Sociologia e Teoria Social. p. 245.

⁴⁰² GUIDENS, A. Política, Sociologia e Teoria Social. p. 246.

valiosas para o núcleo da reflexão sociológica sobre os problemas do poder. Mas o que torna quase completamente invisível na análise parsoniana é o próprio fato de o poder, tal como o definiu, ser sempre exercido por alguém”⁴⁰³.

Nesse intrincado quadro elaborado por Parsons para explicar os diversos subsistemas sociais, que têm funções diferenciadas, é que o Direito está inserido. Portanto, o Direito não é auto-referenciado, mas é um subsistema do grande sistema social. O Direito não é visto de maneira individual, nem mesmo estudado a partir de suas regras internas. Esse passo é dado por Luhmann que desenvolve a teoria funcionalista no âmbito do Direito.

Há também uma grande diferença quanto ao tratamento da função em Parsons e Luhmann. Essas diferenças levam ao seguinte comentário de uma das críticas de Luhmann:

“Enquanto a teoria de Parsons era estrutural-funcional, pressupondo sistemas sociais com determinadas estruturas, não permitindo portanto, a problematização da própria estrutura, Luhmann propunha uma teoria funcional-estrutural, ordenando o conceito de função antes do de estrutura. Assim a função não era entendida somente como desempenho interno do sistema, mas permitia perguntar pela justificativa das estruturas do sistema, em última análise, pela formação dos próprios sistemas”⁴⁰⁴.

O Direito é visto por Luhmann a partir de uma complexa teoria sistêmica da sociedade. Luhmann entende que o Direito é um regulador de vários fatos da vida humana e que sua complexidade tende a aumentar conforme aumenta a complexidade da sociedade. O sociólogo pretende estudar o Direito como estrutura de uma sociedade que é entendida como sistema, de forma interdependente e a partir de uma abordagem evolucionista⁴⁰⁵. Desse modo, Luhmann define o Direito como “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”⁴⁰⁶.

Luhmann entende que na sociedade complexa os comportamentos sociais sofrem reduções na infinita gama de alternativas existentes,

⁴⁰³ GUIDENS, A. Política, Sociologia e Teoria Social. p. 250.

⁴⁰⁴ NEVES, Clarissa Eckert Baeta. Nicklas Luhmann e sua obra. In: Nicklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. P. 12

⁴⁰⁵ LUHMANN, Niklas. Direito e Democracia. Vol.1, cap. 1. p. 15.

⁴⁰⁶ LUHMANN, Niklas. Direito e Democracia. Vol.1, cap. 2, 6. p. 121.

possibilitando expectativas comportamentais recíprocas. Isso pode acontecer porque a redução ocorre através de expectativas sobre expectativas de comportamentos, reduzindo assim a complexidade do sistema internamente. A normatização é uma das formas de estabilizar frustrações dessas expectativas, na dimensão temporal, enquanto, na dimensão social, as frustrações podem ser estabilizadas pela institucionalização.

Para o sociólogo alemão ocorrem generalizações de expectativas comportamentais em diferentes dimensões: generalizações temporais, sociais e práticas. A normatização permite que haja frustrações nas diferentes dimensões de generalização de expectativa, sem que o sistema se rompa. Nesse sentido afirma Luhmann:

“... a normatização dá continuidade a uma expectativa, independentemente do fato de que ela de tempos em tempos venha a ser frestada. Por meio da institucionalização o consenso geral é suposto, independentemente do fato de não existir aprovação individual. A identificação garante a unidade e a interdependência do sentido, independentemente das diferenças objetivas entre as expectativas. Dessa forma a generalização gera uma imunização simbólica das expectativas contra outras possibilidades sua função apóia o necessário processo de redução ao possibilitar uma indiferença inofensiva”⁴⁰⁷.

A norma é definida por Luhmann como “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contra-fáticos”⁴⁰⁸. Dessa forma, é possível dissociar a norma da sanção, pois nem todo comportamento contrário ao esperado pela norma geraria sanções. Isso pode ocorrer quando os comportamentos desviantes são ignorados ou superados. Para Luhmann, a norma não está enraizada em fatos, mas sim na comunicação, o que possibilita que comportamentos que são tidos como desvios, confirmem a existência da norma⁴⁰⁹. O desvio é entendido como um fato sem significância valorativa e, desse modo, é neutralizado simbolicamente.

Luhmann vai além da ‘teoria da sanção’ ao apontar a sanção como uma das estratégias de estabilização contrafática. A manutenção das

⁴⁰⁷ LUHMANN, Niklas. Direito e Democracia. Vol.1, cap. 2, 6, p, 110.

⁴⁰⁸ LUHMANN, Niklas. Direito e Democracia. Vol.1, cap. 2, 2, p, 57.

⁴⁰⁹ LUHMANN, Niklas. Direito e Democracia. Vol.1, cap. 2, 3, p, 68.

expectativas é um mecanismo mais importante que as sanções, porque sempre atua nos comportamentos, enquanto as sanções são estratégias utilizadas de forma excepcional. A sanção é capaz de impor o comportamento à posteriori ou para os casos futuros, porém é a manutenção de expectativas que assegura os comportamentos, na grande parte dos casos⁴¹⁰. Nesse sentido, o Direito é entendido como uma estrutura da sociedade que tem expectativas de comportamentos de estilo misto, ou seja, “que se fixam em um procedimento assimilador ou não, podem seguir diversos caminhos para a normalização ao se defrontarem com perturbações”⁴¹¹.

A posição de Luhmann é contrária a de Habermas, que entende que o Direito está baseado no consenso e na força da coerção. Luhmann é um dos grandes críticos de Habermas e, quanto à sanção, acredita que a dificuldade está no conceito de consenso. Isso se deve ao fato de que para Luhmann o consenso “ só pode ser fornecido quando se conhece o conteúdo de sentido com o qual se deve concordar”⁴¹².

A sanção proveniente do Direito se distingue da força física (seja ela particular como a legítima defesa, ou força legitimada pelo Estado). Para Luhmann a “evolução do Direito está ligada a história da domesticação da força física”⁴¹³. O Direito vai além da força física, nas sociedades complexas, pois permite que a seletividade da ordem ocorra a partir da decisão. Isso não significa que a força física não esteja presente no âmbito do Direito, porém este somente pode sobreviver quando as expectativas de comportamento não estiverem baseadas na força física. O Direito proporciona que as inseguranças geradas por frustrações na generalização de expectativas, sejam absorvidas por decisões, às quais se submetem os participantes.

O conceito de função é muito importante em Luhmann e está relacionado com o Direito. Para Luhmann o Direito tem uma estrutura que possui como principal função a “redução de complexidade de variantes possíveis de comportamento dos indivíduos”⁴¹⁴. Isso leva Luhmann a dizer que embora o Direito seja sabidamente mutante, ele possui, para estabilizar essas

⁴¹⁰ LUHMANN, Niklas. Direito e Democracia. Vol.1, cap. 2, 3, p, 73.

⁴¹¹ LUHMANN, Niklas. Direito e Democracia. Vol.1, cap. 2, 7, p, 123

⁴¹² LUHMANN, Niklas. Direito e Democracia. Vol.1, cap. 1, 8, p, 71.

⁴¹³ LUHMANN, Niklas. Direito e Democracia. Vol.1, cap. 2, 7, p, 126

⁴¹⁴ LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. P, 120.

condutas, uma aparência de imutabilidade. Com isso, o Direito que é mutável, como se encontra positivado e estabilizado, não pode ser alterado sem um procedimento para tal, que é o legislativo. O Direito é pressuposto como invariável, garantindo-se os pontos de referência e premissas. Porém, Luhmann não deixa de ressaltar que esta é uma pressuposição, uma vez que o Direito é variável se alterando no tempo. A função de redução de complexidade é que atua como instrumento para essa pressuposição.

Tércio Sampaio aponta algumas funções na obra de Luhmann que são utilizadas em sua obra, como: função sintomática, função de sinal de discurso, função estimativa do discurso. Essas funções estão presentes no âmbito do discurso, sendo que as duas primeiras têm relação com o papel social desempenhado pelo sujeito comunicativo e a última tem relação com a qualificação do objeto do discurso e seu controle⁴¹⁵. No texto “Funções da Dogmática Jurídica”, Tércio utiliza-se do conceito de função social, para delimitar as funções da dogmática. Para o autor existem nos modelos teóricos as seguintes funções: previsão, heurística, organizatória e avaliativa⁴¹⁶.

Na dogmática jurídica há predominância da função heurística, ou seja, a que cria condições de orientar expectativas, tendo em vista a decidibilidade. Tércio toma por modelo para desenvolver sua teoria, os estudos de Luhmann, que tem um forte cunho funcionalista. Tércio resalta no texto citado as funções da Dogmática, o que dá a entender que outros campos do Direito, e mesmo o próprio Direito considerado como um todo, poderia ter outras funções. O autor não escamoteia o problema do controle social no Direito, assumindo como hipótese teórica que o Direito é um sistema de controle e que nesse há um forte caráter tecnológico⁴¹⁷.

Tércio, ao tratar da eficácia técnica das normas, também trata das funções. Essa eficácia é também denominada de função eficaz das normas, que pode ter três sentidos, subdividindo-se em: função de bloqueio, função de programa e função de resguardo. A primeira visa impedir o comportamento contrário às normas, a segunda funciona como um *telos* programático e a terceira visa assegurar uma conduta desejada⁴¹⁸. As normas podem apresentar

⁴¹⁵ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Direito, Retórica e Comunicação. P, 60.

⁴¹⁶ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Função social da dogmática jurídica. P, 122.

⁴¹⁷ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Função social da dogmática jurídica. P, 161

⁴¹⁸ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. p, 200.

cada uma dessas funções em diferentes graus e, com isso, cada norma tem uma função predominante.

A abordagem desses diferentes autores acima citados é importante para traçar um paralelo com Bobbio, ressaltando como o jusfilósofo italiano utiliza-se do termo função em um outro sentido. As abordagens apresentadas também possuem um forte foco em uma teoria da ação e em uma teoria da comunicação. Bobbio não segue esse caminho, pois seu objetivo é construir uma teoria que complete a abordagem da estrutura do Direito, inserindo uma abordagem da função da norma.

6.2. Inspiração para a teoria da função: as normas jurídicas e a função

Na teoria da função do Direito, Bobbio visa dar uma melhor explicação para a transformação do Direito no Estado moderno. As explicações anteriores, que inspiram a teoria da função do Direito, como a de Hayek e Hart, no entender de Bobbio, não conseguem explicar a transformação do Direito.

Bobbio estabelece uma leitura muito peculiar do pensamento de Hayek, destacando os conceitos de normas de conduta e normas de organização⁴¹⁹. As normas de conduta são associadas às normas penais e de Direito privado e, de certo modo, às sanções negativas. Essas normas são típicas de um Estado Liberal clássico, contrapondo-se às normas de organização, que são típicas do Estado assistencial. Para Hayek essas normas de organização estão associadas à diminuição da liberdade individual e, por isso, não são vistas com bons olhos por um autor que tem como grande valor os princípios do liberalismo clássico⁴²⁰.

O jusfilósofo italiano entende que a teoria de Hayek não pode ser aceita em seu todo, pois ambos os Estados apresentam os dois tipos de norma, porém com o predomínio de uma delas⁴²¹. A diferença entre as normas de

⁴¹⁹ Bobbio se utiliza de dois artigos de Hayek: Os princípios da ordem social, Ordenamento jurídico e ordem social; ambos publicados em revistas italianas. Cita ainda o livro *The constitution of Liberty*. BOBBIO, N. O uso das grandes dicotomias na teoria do Direito. In: *Da Estrutura à Função*. P, 115.

⁴²⁰ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: *Da Estrutura à função*. p, 12.

⁴²¹ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: *Da Estrutura à função*. p, 11.

conduta e as normas de organização também não é suficiente, no entender de Bobbio, pois ambas podem apresentar condutas omissivas e comissivas, ter condutas negativas ou positivas⁴²². A distinção entre normas de conduta e normas de organização leva a outra distinção entre Direito privado e público⁴²³. Hayek, no entender de Bobbio, “move-se em direção à sociedade desorgânica das relações individuais”⁴²⁴.

A teoria de Hayek sobre o Direito visa discutir as normas, o conceito de Direito, o Estado, a justiça social e principalmente o conceito de liberdade. O economista procura, como muitos, fazer uma crítica ao positivismo jurídico e aos filósofos do Direito, que estão presos, no seu entender, a padrões e ficções que não tem mais sentido no mundo atual. Hayek busca restabelecer a liberdade que foi perdida por excesso de regulação do Estado, por meio de um Direito que não é o verdadeiro Direito, mas sim normas de organização de um determinado governo.

Para Hayek, as normas da conduta podem ser definidas como o verdadeiro Direito. Este Direito, denominado ‘nomos’ e tido como o verdadeiro Direito, tem como particularidades: ter suas normas descobertas, e não fabricadas pelo legislador; e ter normas com tendência de ser perpétuas, porém, que podem ser modificáveis. Contrariamente, as normas de organização não podem ser entendidas como Direito, são denominadas de ‘themis’, são tidas como normas de um governo e estabelecidas na legislação independente da vontade do povo e visam resultados específicos que são atingidos por meio do planejamento do governante⁴²⁵. A diferença dada entre essas normas provém de uma tentativa de Hayek de definir um novo Direito. Esse Direito é mais do que a legislação, não aceita padrões da “justiça social”, que é uma maneira de igualar desiguais, estabelecendo padrões de justiça distributiva. É a liberdade que pode levar à igualdade e não o contrário, no entender de Hayek.

As normas de organização são impostas por meio do poder legislativo, que para Hayek é um poder que fere a igualdade de poderes, na medida em que pode regular, valendo-se de normas, os outros poderes. Essa forma de

⁴²² BOBBIO, N. Do uso das grandes dicotomias na teoria do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 118.

⁴²³ BOBBIO, N. Do uso das grandes dicotomias na teoria do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 117.

⁴²⁴ BOBBIO, N. Do uso das grandes dicotomias na teoria do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 131.

⁴²⁵ HAYEK, F. Direito, Legislação e Liberdade. (vol.1, cap.5) p, 141.

estabelecer as leis uniu-se com a democracia e seus princípios levaram a sociedade para longe da verdadeira liberdade. A coerção é importante para o autor, uma vez que restringe a liberdade e, dessa forma, somente deve ser utilizada com parcimônia e em especial nas normas de conduta. Um Direito não pode regular todas as condutas, pois não se pode prever expectativas e, desse modo, não há sentido em regular e sancionar tudo.

Por meio das normas de organização, conseguiu-se um controle sobre as condutas antes inimaginável, impondo a todos obediência as regras. Nesse sentido é a afirmação de Hayek:

“ As leis de organização governamental não são leis no sentido de normas que definam que tipo de conduta é geralmente correto; consistem antes em instituições referentes às tarefas que determinados funcionários ou órgãos governamentais são obrigados a executar. Seria mais apropriado denominá-la regras ou estatutos do governo. Seu objetivo é autorizar determinados órgãos a executar determinadas ações com vistas a fins específicos, para o que lhes são destinados determinados meios. Mas uma sociedade livre esses meios não incluem o cidadão. Se as regras de organização governamental são por muitos consideradas normas do mesmo gênero que as normas de conduta justa, isso se deve ao fato de emanarem da mesma autoridade que detém o poder de prescrever normas de conduta justa. São chamadas leis em decorrência da tentativa de reivindicar para elas a mesma dignidade a respeito conferidos às normas universais de conduta justa. Assim, os órgãos governamentais conseguiram impor ao cidadão obediência a determinações específicas destinadas à consecução de propósitos específicos”⁴²⁶.

Hayek, por propor um Direito que seja baseado no existente e não no legislado, não parece defender que haja funções específicas nesse Direito. O autor não faz referência específica às sanções. O que desperta interesse em Bobbio parece ser uma necessidade de um novo Direito, que é dado por meio de um novo tipo de norma. Porém, enquanto Hayek defende a mínima intervenção do Estado por meio do Direito, Bobbio encontra-se do lado oposto. Há muito mais pontos que distanciam o pensamento dos dois autores sobre o

⁴²⁶ HAYEK, F. Direito, Legislação e Liberdade. (vol.1, cap.6) p, 156.

Direito do que aqueles que os aproximam. Bobbio tem como inspiração para sua teoria da função do Direito, Hayek e Hart, conforme afirma o próprio Bobbio, e não propriamente autores funcionalistas.

Bobbio entende que as normas de conduta de Hayek podem ser associadas às normas primárias de Hart. A teoria de Hart utiliza-se de uma abordagem ao mesmo tempo da estrutura e da função do Direito, segundo a terminologia bobbiana. Hart apresenta uma distinção entre normas primárias e normas secundárias, que é dada a partir da existência ou não de sanção na norma. Em um estudo sobre Hart denominado “Normas primárias e normas secundárias”, Bobbio destaca que essa classificação da norma, pode levar em conta a hierarquia normativa, a sucessão de normas no tempo e a função da norma⁴²⁷. Esta última é a que Hart se utiliza.

Hart entende que normas primárias são aquelas que estabelecem uma conduta, enquanto as normas secundárias estabelecem uma sanção no caso da norma primária ser descumprida. Hart inverte a relação que é colocada por Kelsen, que entende como normas primárias as que estabelecem sanções, que são as verdadeiras normas.

Segundo Bobbio, o critério para a diferenciação dessas normas é a função. Há três tipos de normas secundárias em Hart, segundo Bobbio:

“normas de reconhecimento tem a função de estabelecer um remédio para a incerteza de um sistema composto apenas de normas primarias; as normas de mudança têm a função de proteger um sistema normativo da imobilidade; as normas de juízo têm função de promover a sua maior eficácia”⁴²⁸. Um ordenamento jurídico com esses dois tipos de normas, é tido por Bobbio, como um ordenamento complexo⁴²⁹.

O que parece ser fundamental para Bobbio em Hart, é que a classificação das normas, colocando em pé de igualdade quanto à importância, normas com sanção e normas de conduta, alterava o panorama de Kelsen, criando regras sem obrigações. “É justamente a substituição da sanção pela obediência legítima que permite a Hart afastar-se da concepção tradicional de

⁴²⁷ BOBBIO, N. Normas primarias y normas secundarias. In: Antologia: contribucion a la teoria de Norberto Bobbio. P. 317

⁴²⁸ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P. 111.

⁴²⁹ BOBBIO, N. Normas primarias y normas secundarias. In: Antologia: contribucion a la teoria de Norberto Bobbio. P. 329.

Estado do positivismo...”⁴³⁰. Hart acaba por também afastar o conceito de norma, que está ligado à necessidade de uma sanção, para o conceito de regra. Com esse conceito é possível alargar o conceito de sanção, isso porque nem todo Direito precisa ser o Direito legislado, que é provido de sanção. O Direito consuetudinário, torna-se também Direito.

Com base na grande alteração proposta por Hart, que está em alargar o conceito do Direito para aquele que não depende necessariamente da sanção, Bobbio pode construir um novo conceito de Direito. A sanção positiva pode ser justificada em um Direito que não depende da sanção negativa, porque o Direito não precisa mais ser um conjunto de normas sancionadoras.

A partir dessas afirmações de Hart quanto às funções do Direito é que Bobbio diz ter se inspirado para criar uma teoria da função do Direito. A teoria de Hart, que liga a sanção e a função, e a teoria de Hayek, que fala da necessidade da construção de um novo Direito para um novo Estado, são as referências de Bobbio para um Direito que não estava somente baseado na estrutura do Direito.

6.3. Teoria da função versus teoria da estrutura

A teoria da função de Bobbio tem como base principal a pergunta: como o Direito funciona, enquanto que a teoria da estrutura do Direito busca entender como o Direito é. A teoria da estrutura do Direito se preocupa com as normas e sua organização no ordenamento jurídico, enquanto que a teoria da função se preocupa com a relação entre as sanções e os fins do Direito e com seus efeitos. Essas duas abordagens estão presentes em quase todos os juristas, porém geralmente o que se encontra é o predomínio de uma teoria em detrimento da outra, com a valorização da teoria da estrutura.

Essa divisão de Bobbio somente tem sentido para as obras dos jusfilósofos que começaram a ser produzidas do século XIX em diante. No jusnaturalismo não existia a preocupação extremada com as normas, uma vez que o critério para sua utilização não era somente a validade, mas sim valores

⁴³⁰ MUNOZ, Alberto Alfonso. Transformações na Teoria Geral do Direito. p. 109.

como a justiça, igualdade etc.. Também não era comum a preocupação com a função do Direito. É com a positivação das normas jurídicas no Estado e com uma preocupação com a racionalidade científica que a teoria da estrutura pode ser delineada.

Para Bobbio há de se fazer uma diferenciação entre essa postura estrutural e uma análise formal do Direito. Formariam dois pares de antônimos: a teoria da estrutura e a teoria da função do Direito de um lado, e de outro a teoria formal ou pura e a teoria sociológica⁴³¹.

A valorização da estrutura em detrimento da função é também uma opção pelo objeto de estudo do Direito. Segundo Bobbio, a opção de Kelsen por estudar a estrutura, acabava sendo também uma opção por entender o Direito como normas, ou melhor, um conjunto de normas e em estudá-las a partir da esfera do dever-ser. Desse modo, a questão da função estaria restrita a esfera do ser e seria estudada não pelo Direito, mas sim pela Sociologia. A proposta de Bobbio não é estudar o Direito e sua função no campo da sociologia, mas sim no campo de uma Teoria Geral do Direito.

Bobbio entende como teoria do Direito focada na estrutura aquela que estuda a norma (estática jurídica) e as suas relações com outras normas (dinâmica jurídica). Utiliza-se dessa terminologia para ressaltar a sistematização de Kelsen a partir de 'estruturas hierárquicas' de normas, ou seja, a partir de seu escalonamento.

A relação feita por Bobbio entre Kelsen e a estrutura também é facilitada pela tradução comumente utilizada em italiano (*struttura*), para a palavra alemã *Struktur*. Em português prefere-se a tradução 'escalonamento'. Bobbio destaca ser corrente essa palavra na obra de Kelsen, apontando para a tradução que os conceitos kelsenianos recebem em italiano, como: "*Sinngehalt*" é traduzido por estrutura, "*Stufenbau*" é traduzido por estrutura hierárquica⁴³². Mario Losano em seu livro 'Sistema e Estrutura no Direito' busca destacar como o conceito de estrutura só pode ser entendido quando se pensa em um Direito entendido como sistema.

⁴³¹ BOBBIO, N. Dalla Struttura a funzione. P, 9.

⁴³² BOBBIO, N. Estrutura e função na teoria do Direito de Kelsen. In: Da Estrutura à Função. P, 200. (nota 33)

Bobbio, apesar de fazer diversas vezes referência às abordagens estruturalistas e funcionalistas das ciências sociais, não apresenta em seu livro “Da estrutura à função” uma definição dessas abordagens⁴³³. Como não há apenas uma versão de cada uma das abordagens, não é possível saber ao certo a qual Bobbio se refere. Isso leva a entender que quando o jurista se preocupou predominantemente em saber “como o Direito é feito”, é tido como estruturalista.

Mesmo nas teorias funcionalistas que se utilizam do termo estrutura, esse não é unívoco. Giddens, analisando as diversas teorias funcionalistas, indica que o termo estrutura é utilizado na grande parte das vezes como sinônimo de “sistema”. O sociólogo também destaca que o estudo da estrutura geralmente despreza o sujeito ativo. Giddens entende que um estudo sobre a “estruturização de um sistema social consiste em demonstrar como esse sistema, mediante a aplicação de regras e recursos gerativos, se produz e reproduz na interação social”⁴³⁴. O autor destaca dentre os autores ligados ao funcionalismo: Durkheim, Merton (funcionalismo sistematizado), Malinowski, Parsons (funcionalismo normativo) etc.. São conceitos recorrentes na teoria estrutural-funcionalista, segundo Giddens: sistema, estrutura, função/disfunção, funções manifestas/funções latentes⁴³⁵.

Em referências esparsas, é possível entender que Bobbio levou para a análise de Kelsen padrões da teoria saussuriana lingüística e da teoria estrutural da antropologia. Essa influência é destacada também por um dos comentadores de Bobbio, Mario Losano⁴³⁶. Porém, o próprio Bobbio, identifica a influência, nos seguintes trechos, de sua obra “Direito e Poder”: a) “A tendência que nasce com Kelsen, na direção de uma teoria do Direito como sistema de normas em recíprocas relações, não pode não trazer iluminantes sugestões partindo do confronto com a teoria saussuriana na lingüística”⁴³⁷ e b) “É inegável que a tendência de Kelsen em considerar o Direito como um

⁴³³ Aparece essa referência, além da citada acima em: BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito . In: Da Estrutura à Função. P, 53.

⁴³⁴ GIDDENS, A. Funcionalismo: après la lutte. In: Em defesa da sociologia. p.146.

⁴³⁵ GIDDENS, A. Funcionalismo: après la lutte. In: Em defesa da sociologia. p.150.

⁴³⁶ LOSANO, Mário. Prefácio à Edição brasileira. In: Da estrutura à Função. p, XXXIX

⁴³⁷ BOBBIO, N. Strutura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen. In: Diritto e Potere. P, 78.

universo estruturado responde à própria exigência da qual partiram as pesquisas estruturais em lingüística e antropologia”⁴³⁸.

Disso se pode concluir que os termos estruturalista e funcionalista e os termos análise estrutural e funcional do Direito não podem ser relacionados entre si. Isso porque, para Bobbio, a teoria kelseniana não é estruturalista, mas faz análise estrutural, pois prioriza uma estrutura. Por outro lado, a teoria funcionalista, que é organicista e derivada dos estudos parsonianos, não é a mesma coisa que teoria da função do Direito.

A análise de Kelsen a partir da estrutura do Direito incentivou diversos filósofos do Direito a tomarem essa direção, não tratando da função do Direito. Bobbio acredita que o desinteresse dos teóricos por esse tema da função do Direito estava em atribuir a este uma presumida irrelevância⁴³⁹. Para os juristas que se focavam na estrutura, a questão da função do Direito não era discutida, pois se admitia de plano algumas verdades: que o Direito tinha diversas funções, que dentre essas funções há uma função positiva, que essas funções são x,y,z e que essas funções são exercidas de w,u,v maneiras⁴⁴⁰. Bobbio afirma que a questão da função não interessava a Kelsen, desde que cumpridos os objetivos da paz e da segurança coletiva. Nesse sentido afirma Bobbio:

“Para Kelsen, o Direito é um instrumento específico que não tem uma função específica, no sentido de que sua especificidade consiste não na função, mas em ser um instrumento disponível para as mais diferentes funções”⁴⁴¹.

Essa análise a partir da estrutura, de acordo com Bobbio, privou Kelsen de uma análise sobre a função do Direito. “Está claro que o desenvolvimento da análise estrutural ocorreu em prejuízo da análise funcional: em comparação com o destaque dado por Kelsen aos problemas estruturais do Direito, é extremamente restrito o espaço que ele reservou aos problemas relativos à função do Direito”⁴⁴².

⁴³⁸ BOBBIO, N. Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen. In: Diritto e Potere. P, 79.

⁴³⁹ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da Estrutura à Função P, 87.

⁴⁴⁰ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da Estrutura à Função P, 88.

⁴⁴¹ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da Estrutura à Função P,85.

⁴⁴² BOBBIO, N. Estrutura e função na teoria do Direito de Kelsen. In: Da Estrutura à Função. P, 205.

Herbert Hart é considerado por Bobbio como um dos jusfilósofos que conseguiram unir em uma mesma obra a análise da estrutura e da função do Direito⁴⁴³. Estrutura e função se determinam mutuamente, o que leva Bobbio a dizer, sobre Hart que em sua obra: “A estrutura específica do ordenamento jurídico desempenha uma função específica, que é assegurar certeza, mobilidade e eficácia ao sistema normativo”⁴⁴⁴. Porém, mesmo utilizando as duas, Hart dá prevalência à análise estrutural, pois é a estrutura que identifica o ordenamento jurídico. Isso leva em alguns momentos Bobbio a negar a presença da função em Hart, como no trecho: “Quando Kelsen define o Direito como ordenamento dinâmico, quando Hart define o Direito como composto de normas primárias e secundárias, a característica relevante são claramente estruturais. Não nos dizem nada sobre qual é o escopo do Direito”⁴⁴⁵.

Hart, por motivos diferentes de Kelsen, também separa as áreas do Direito e da sociologia, não pela divisão entre as esferas do ser e dever-ser, mas pela distinção entre o ponto de vista externo e interno do Direito⁴⁴⁶. É essa preocupação de Hart com a função que leva, dentre outros fatores, Bobbio a pensar sobre uma teoria da função do Direito, dando foco dessa vez na questão da função e não da estrutura.

Bobbio se dedicou na década de 70 a tentar responder à pergunta da função do Direito. Essa preocupação não existia nos textos da década de 50 e 60, pois nas obras dessa fase Bobbio se aproxima da estrutura kelseniana e da filosofia da linguagem. Na obra ‘Teoria da Norma Jurídica’, Bobbio utiliza-se da expressão função para se referir à função da norma, que é vista como uma proposição, porém o que o jusfilósofo italiano quer entender é a norma como linguagem e destaca que essa tem funções variadas, como descrição, prescrição etc.. Essa referência não tem ligação com a teoria da função do Direito, desenvolvida na década de 70, em que Bobbio buscava uma nova saída para o problema metodológico kelseniano.

Bobbio em nenhum momento exclui a análise da teoria da estrutura, entendendo que as duas são complementares⁴⁴⁷. Desse modo, Bobbio não

⁴⁴³ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 54.

⁴⁴⁴ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 54.

⁴⁴⁵ BOBBIO, N. La funzione promozionale del diritto revisitata. P, 9.

⁴⁴⁶ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 54.

⁴⁴⁷ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da estrutura à função. P, 77.

nega seus estudos anteriores, entendendo-os apenas como incompletos, pois não considera esse importante aspecto que é a função. Comenta Bobbio sobre esses dois aspectos de sua obra:

“Os elementos desse universo (do Direito), que são postos em evidência pela análise estrutural, são diferentes daqueles que podem ser postos em evidência pela análise funcional. Os dois pontos de vista não só são perfeitamente compatíveis senão se integram mutuamente e de maneira sempre útil. Se o ponto de vista estrutural é predominante em meus cursos de teoria do Direito, isto se deve exclusivamente ao fato de que quando os desenvolvi esta era a orientação metodológica dominante em nossos estudos. Se hoje os devesse retomar, decididamente não pensaria em substituir a teoria estruturalista pela funcionalista. Agregaria uma segunda parte sem sacrificar nada da primeira”⁴⁴⁸.

Com isso, é importante destacar que, embora o título do livro, que inclui os artigos de Bobbio sobre a teoria da função do Direito, denomine-se “Da Estrutura à Função”, isso não significa um movimento de superação de uma abordagem pela outra. Mas sim um movimento teórico que parte de estudos em que somente a estrutura do Direito era abordada, para um estudo em que o aspecto da função do Direito também é ressaltado.

Apesar de não excludentes como análises do Direito, não há correspondência entre a estrutura e a função do Direito. Isso impossibilita o espelhamento da estrutura na função, pois partem de preocupações de estudo diferentes. Desse modo, a tentativa de construir uma análise do Direito a partir da função, com base no que já foi feito pela análise do Direito a partir da estrutura, está fadada ao fracasso, pois não há correspondência.

É o próprio Bobbio quem afirma que entre estrutura e função não há correspondência biunívoca, isso porque uma estrutura pode ter diversas funções, assim como uma função ter diversas estruturas ⁴⁴⁹. Para Bobbio, a estrutura e a função devem ser consideradas conjuntamente, sempre se atentando para as modificações em uma que poderiam ocasionar modificações em outra. Isso deve ser feito sem que um tipo de análise eclipse a outra, em

⁴⁴⁸ BOBBIO, N. Prefácio à Teoria Geral do Direito. Apud. Apresentação da Teoria da Norma Jurídica. P, 19.

⁴⁴⁹ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à Função. P, 113.

outras palavras, que não se repita em outros termos a prevalência da estrutura, ou se cometa outros erros, com o enfoque somente da função do Direito.

A predominância, ou o único foco, de certa maneira repete a distinção kelseniana de inspiração kantiana, entre ser e dever-ser. Bobbio não quer que a distinção seja repetida, pois há nessa distinção uma opção pela separação dos diversos saberes do Direito.

Bobbio reconhece que sua abordagem, a partir de uma análise da função do Direito, não é a primeira nem única. Nos estudos como os de Jhering e de Kelsen a função do Direito era mencionada, mas não desenvolvida. Nos estudos de Parsons e de inspiração parsoniana, a diferenciação função positiva e negativa não era cabível, pois o sistema organicista não a admitia.

Nos estudos de inspiração marxista, Bobbio identifica autores que tratam da função do Direito, entre eles Radomir Lúkić, que aborda o tema da função social do Direito⁴⁵⁰. Radomir Lúkić se destaca por fazer uma Teoria Geral do Direito que procura entender a função do Direito, portanto não está no âmbito da sociologia do Direito. Lúkić entende, como Kelsen, que o Direito é um ordenamento coativo, porém o teórico marxista afirma que esse ordenamento da força monopolizada visa assegurar à classe dominante o seu domínio, enquanto o teórico praguense não está preocupado com a função do Direito, mas sim com sua estrutura⁴⁵¹.

Carnelutti utiliza-se em seu texto 'Metodologia do Direito' de uma relação de conceitos interessantes, que de certo modo são repetidas em Bobbio. O filósofo relaciona função e estrutura, estática e dinâmica do Direito. Para que um instituto do Direito seja bem estudado, deve-se olhar para ele de diversos ângulos ou pontos de vista. Com isso, afirma Carnelutti:

“A distinção que comecei a estabelecer entre o lado funcional e estrutural dos institutos jurídicos não é mais do que uma questão de multiplicação dos pontos de vista na observação, isto é, multiplicação das imagens resultantes da observação, como remédio àquela inferioridade de nossa percepção, pela qual toda imagem, em relação a seu objeto é parcial”⁴⁵².

⁴⁵⁰ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da Estrutura à Função. P, 84.

⁴⁵¹ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito. In: Da Estrutura à Função. p, 84 – 85.

⁴⁵² CARNELUTTI, F. Metodologia do Direito. P, 53.

A dinâmica e a estática também aparecem na obra Teoria Pura do Direito de Kelsen. Pareto tentará construir uma teoria que seja ao mesmo tempo sistêmica e dinâmica. Concepção semelhante encontra-se em Parsons, que concebe uma teoria funcionalista de cunho sistêmico, em que a função atua conjuntamente com a noção de sistema. Desse modo, atuam em duas frentes diferentes: os conceitos de função e sistema, ligado ao processo, no aspecto dinâmico e ligado à estrutura, no aspecto estático⁴⁵³.

Ao tratar do tema da função do Direito nos artigos da década de 70, Bobbio parece querer realçar que a preocupação com a função do Direito não é somente sua, mas sim de diversos autores. Porém, o que é fundamental na menção a esses autores que lidam com a função do Direito é ressaltar que esta é uma preocupação histórica, com vistas a responder à hegemônica teoria da estrutura do Direito, de cunho positivista.

O jusfilósofo italiano destaca alguns autores que procuraram tratar da função do Direito e respectivas obras: o livro organizado por Helmut Schelsky (Sobre a função do Direito na Sociedade moderna, década de 70), J. Raz (Sobre as funções do Direito, 1973), V. Aubert (A função social do Direito, 1974)⁴⁵⁴. Além de outros como: M. Rehbinder (As funções sociais do Direito), Recaséns Siches (As funções do Direito, 1973), W. Maihoffer (Die geellshafitliche Funtion dês Rechts) e E.M.Schur (Sociologia do Direito)⁴⁵⁵.

A partir das diferenciações de Bobbio entre uma análise de estrutura e outra da função do Direito, é possível a elaboração do seguinte quadro explicativo:

⁴⁵³ ROCHER, Guy. Talcott Parsons e a Sociologia Americana. P, 159.

⁴⁵⁴ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da Estrutura à Função. P, 83.

⁴⁵⁵ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da Estrutura à Função. P, 102 (nota 30)

	Teoria da estrutura do Direito	Teoria da função do Direito
Sanção	Predominância da sanção negative	Sanção positiva e negativa, com tendência a crescer as sanções positivas
Intervenção do Estado no controle da conduta criminosa	Intervenção posterior ao crime	Intervenção anterior ao crime
Fontes de Direito	Hierarquia das normas tradicional.	Hierarquia formal não é fundamental, pois a eficácia da norma supera a validade. Contratos privados ganham relevância.
Preocupação com o Direito	Como o Direito é feito	Para que o Direito serve
Papel do Direito	Direito como um meio para a paz ou para a segurança jurídica	Direito como um fim
Preocupação com a função do Direito	Faz parte da Sociologia e não do Direito	Faz parte da Teoria Geral do Direito
Tipo de Estado	Estado protecionista, Estado liberal	Estado programático, Estado do bem estar social
Predomínio do tipo de poder	Predomínio do poder coativo	Predomínio do poder econômico

6.4. Relação entre sanção e a função do Direito

Bobbio em seus escritos de teoria da função do Direito estabelece uma relação estreita entre a sanção e a função do Direito. É a sanção positiva que leva a pensar em uma outra função que não a reconhecida tradicionalmente. Desse modo, pode-se falar que a 'teoria da função' do Direito de Bobbio não pode ser dissociada de uma nova 'teoria da sanção'. Bobbio concebe esses dois conceitos praticamente ligados, ao propor um novo tipo de sanção e um novo tipo de Direito (Direito promocional).

Há uma identificação entre o tipo de sanção e o tipo de função que o Direito terá na sociedade. Assim, as sanções positivas têm a função de incentivo, enquanto que as sanções negativas têm as funções de proteção e repressão, pois estão ligadas ao papel coercitivo do Direito. Na teoria da função bobbiana somente consta essas duas sanções e essas três funções do Direito. Isso leva a uma limitação da própria concepção de Direito e a necessária ligação entre Direito e sanção. A função de incentivo é ligada a um prêmio ou à facilitação, porém esses mecanismos serão denominados sanções. Com isso, se mantém de certa forma o padrão que é utilizado para as sanções negativas, pois Bobbio chama de sanção o mecanismo de reação estatal frente a uma conduta.

Traduzindo em termos de positivo e negativo, a sanção positiva se relaciona com uma função positiva, enquanto a sanção negativa se relaciona com a função negativa. As duas funções negativas podem ser reduzidas a uma só, uma vez que o que é mais ressaltado na tradição é o papel de repressão do ordenamento. Bobbio salienta que a relação não é fixa, mas é a que geralmente ocorre.

Além das funções destacadas por Bobbio, há outras que são destacadas por alguns juristas, como por exemplo: a função social do Direito. Essa função não está diretamente ligada a nenhuma sanção, porém pode levar a uma sanção. A função social do Direito trata-se muito mais de uma diretriz a ser levada em conta na interpretação. Surgem a partir dela conceitos derivados como: função social do contrato e função social da propriedade.

Para alguns juristas esses conceitos seriam princípios, para outros seriam cláusulas gerais e admite também posições ecléticas. Esse tipo de argumento relacionado à função não parece ser o mesmo que Bobbio destaca em sua teoria da função do Direito. Trata-se igualmente de uma função do Direito, que é utilizada para compreender como o Direito pode funcionar, porém não está relacionado a uma sanção específica.

Essa relação entre sanção e função é um dos muitos elementos que leva Bobbio a não ser um funcionalista propriamente dito. Isso porque, para os funcionalistas, não há função negativa, mas somente funções positivas. O funcionalismo está pensando em termos de funções presentes na sociedade, enquanto Bobbio pensa em 'funções' do Direito, ou seja, como esse funciona

na sociedade. Para os funcionalistas (em uma generalização dos matizes diferentes dos autores dessa corrente) são possíveis sanções positivas e negativas, mesmo só admitindo a função positiva. O sistema para os funcionalistas, que tem por pressuposto a evolução social, somente pode evoluir, mesmo quando qualitativamente há um retrocesso, pois se admite uma evolução negativa.

Bobbio entende de modo muito diferente a sua 'função negativa do Direito', que tem outros pressupostos, em quase nada compartilhados pela escola funcionalista. Desse modo não há no funcionalismo um espelhamento de função negativa e positiva, com a sanção negativa e positiva, que é o que Bobbio estabelece em seus estudos de teoria da função do Direito.

A relação estabelecida por Bobbio entre a sanção e a função parece ser o grande diferencial de sua teoria da função. Não é novidade na tradição jurídica a questão da sanção positiva e negativa e também não é novo apontar-se para o papel coativo do Direito. O que Bobbio inova é em destacar uma função promocional do Direito, que não é feita por um instrumento qualquer, mas através da sanção positiva.

6.5. Função repressiva e função promocional

Há diferentes significados da palavra função nas obras de Bobbio, porém são principais aquelas que se ligam a questão da sanção. O jusfilósofo dá destaque para a função repressiva e a função promocional do Direito, que se relacionam respectivamente com a sanção negativa e com a sanção positiva. Bobbio também chama a função repressiva de função negativa e a função promocional de função positiva.

Além dessas, Bobbio apresenta outras funções possíveis que são colocadas por outros autores, mas não adotada por ele. Podem ser funções do Direito: composição de conflitos, organização e legitimação do poder na sociedade, estruturação das condições das condições de vida da sociedade,

administração da justiça, certeza e segurança, organização legitimação e limitação do poder político, distribuição de recursos, etc.⁴⁵⁶.

Bobbio adota um critério de duplo para as funções do Direito, porém há autores que entendem que o Direito pode ter mais funções, são ditos polifuncionalistas. Assim, é possível que o Direito tenha diferentes funções ao mesmo tempo, como: função repressiva, função premial negativa, função restitutiva, função terapêutica, função redistributiva, função premial positiva, função promocional⁴⁵⁷, dentre outras. Não é em sentido amplo que Bobbio entende função do Direito, mas sim em relação à sanção.

O que diferencia esses tipos de função, segundo Bobbio, é o critério classificatório que tem direta relação com o tipo de Direito que se estuda. Sem definir esse tipo de Direito, o estudo sobre a função do Direito tem escassa utilidade. Para Bobbio o problema da função do Direito abre caminho para duas respostas:

“conforme nos propomos a estudar quais efeitos derivam do uso de um certo meio de coação e de promoção social a que damos por comum senso o nome de Direito, ou então, conforme nos propomos a estudar quais efeitos derivam dos comportamentos que, por aquele meio, foram impostos ou proibidos, encorajados ou desencorajados, etc. ou, de modo mais geral, dos institutos sociais que sendo regulados por normas jurídicas, denominamos igualmente, por comum senso, o “Direito” de um determinado grupo social”⁴⁵⁸.

A especificidade de cada Direito é o que leva a uma classificação relevante da função, no entender de Bobbio. Por não seguir essa regra, o jusfilósofo italiano critica Parsons e seus intérpretes e também Luhmann, pois estes deram ao Direito que estudavam um caráter geral quanto à questão da função ou específico, porém simplista⁴⁵⁹. No entender de Bobbio o funcionalismo também parece não ter conseguido responder à questão de

Comentário: Tradução... função social vai estudar sanção positiva ou negativa ou os efeitos dos comportamentos

⁴⁵⁶ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P, 102.

⁴⁵⁷ Este quadro de funções é colocado por Donald Black no texto *The Behavior of Law*. Apud. FEBRAJO, Alberto. Pene e recompense come problemi di política legislativa. In: *Diritto Premiale e sistema penale*.p, 96-119

⁴⁵⁸ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P, 110.

⁴⁵⁹ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P, 112.

como o Direito funciona e por isso sua teoria é necessária. Essas teorias que lidam com a função do Direito sofrem, segundo Bobbio, da doença de serem muito genéricas ou muito específicas.

O aspecto da coerção e o aspecto promocional do Direito podem ser analisados por dois ângulos, segundo Bobbio: o da teoria estrutural e o da teoria da função do Direito. Porém, é nessa última que passam a ter o caráter de função repressiva e função promocional, uma vez que a teoria estrutural não tem como preocupação fundamental à função do Direito.

A função de coerção está ligada à sanção negativa e é identificada por Bobbio com a tradição positivista, que apresentava esta como principal ou, por vezes, única função do Direito. Bobbio destaca duas formas da coerção: função protetora e função repressiva. Apesar de fazer essa diferenciação, Bobbio sabe que essas funções de coerção não estão separadas e afirma: “as duas teorias encontram-se sobrepostas: o Direito desenvolve a função de proteção em relação aos atos ilícitos (que podem ser tanto atos permitidos quanto obrigatórios) mediante a repressão de atos ilícitos”⁴⁶⁰. Alguns jusfilósofos apresentam em suas obras predominância de uma ou outra função. Segundo Bobbio, predomina a função protetiva em Christian Thomasius e a função repressiva: Jhering, Kelsen, Austin⁴⁶¹.

Para Bobbio há uma crescente perda da função repressiva e introdução de uma função promocional do Direito. Há duas tendências que indicam essa diminuição da coerção direta: “ampliada potência dos meios de socialização e, em geral, de condicionamento do comportamento coletivo por meio das comunicações de massa, e o previsível aumento dos meios de prevenção social em relação aos meios tradicionais de repressão”⁴⁶². A função promocional do Direito é definida por Bobbio como:

“ação que o Direito desenvolve pelo instrumento de sanções positivas, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de incentivos, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas e indenizações, reparações, restituições,

⁴⁶⁰ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à função. P. 2.

⁴⁶¹ BOBBIO, N. A função promocional do Direito. In: Da estrutura à função. P. 2.

⁴⁶² BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P. 89.

ressarcimentos, etc., mas sim, a promover a realização de atos socialmente desejáveis”⁴⁶³.

Essa função promocional do Direito não é nova, porém o que é novo é o fato de ser encarada em patamar não inferior à função repressiva do Direito. Essa mudança de perspectiva não é somente uma mudança de postura do Estado, mas também da própria teoria do Direito. Nesse sentido, diz Bobbio:

“A passagem da teoria estrutural para a teoria funcional é também a passagem de uma teoria formal (ou pura) para uma teoria sociológica (impura)”⁴⁶⁴.

Bobbio destaca a diferença entre a postura do funcionalismo e da sua teoria da função do Direito. Para o jusfilósofo, o funcionalismo tem como premissa que a instituição só pode ter função positiva⁴⁶⁵. “O funcionalista não conhece funções negativas, conhece somente disfunções (e, quando muito, funções latentes, além das manifestas), isto é, defeitos que podem ser corrigidos no âmbito do sistema, enquanto a função negativa exige a transformação do sistema”⁴⁶⁶. Quanto trata dos funcionalistas Bobbio refere-se especialmente a Parsons e seus seguidores.

A repressão e a promoção não se referem diretamente ao Direito, mas sim ao comportamento desejado. Com isso, pode-se dizer que a função repressiva e a função promocional são funções que levam ao direcionamento do comportamento social. Em outras palavras: a teoria da função do Direito de Bobbio entende que as duas funções existentes são a repressão e a promoção, porém isso não se confunde com repressão e promoção do Direito.

Bobbio reintroduz a discussão sobre a função do Direito no panorama de uma Teoria Geral do Direito, onde antes somente se discutia a estrutura da norma. A função repressiva, apesar de amplamente presente nos estudos de Direito, não era mencionada com esse nome, pois o que se falava era de coerção. A função promocional não foi muito difundida pelos juristas quando tratavam do estudo do Direito. Desse modo, a função de direcionar comportamentos por meio de sanções positivas surge em Bobbio como uma novidade frente às escolas de tradição juspositivistas.

⁴⁶³ BOBBIO, N. Prefácio. Da Estrutura à função. P, XII.

⁴⁶⁴ BOBBIO, N. Prefácio. Da estrutura à função. P, XIII.

⁴⁶⁵ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P, 92.

⁴⁶⁶ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P, 93.

6.6. Sanção e a definição de Direito como fim

A teoria da função do Direito de Bobbio propõe ver o Direito como um fim e não um meio, para a realização da paz social. A abordagem do Direito a partir da sua estrutura, um modelo que Bobbio identifica com o de Kelsen, relaciona-se com um Direito entendido como meio e com o predomínio das sanções negativas. Do outro lado, fica sua teoria da função do Direito, que encara o Direito como fim e dá realce para as sanções positivas.

Bobbio entende que as teorias não são estanques e comportam uma análise da estrutura e da função do Direito, porém com a predominância de uma delas. Bobbio entende que mesmo em Kelsen há referência a uma teoria funcional, que não é muito desenvolvida e tem como característica ser meramente instrumental. Kelsen não preocupa muito com os fins, pois esse não é o objetivo de sua teoria pura, mas pertencente às ciências sociais.

Ressalta o jusfilósofo italiano que a questão do Direito como fim aparece em Kelsen, mas não é delimitada, uma vez que para o Direito são possíveis diversos fins. Nas palavras do próprio Bobbio:

“Kelsen não se cansa de repetir que o Direito não é um fim, mas um meio. Precisamente como meio ele tem a sua função: permitir a consecução daqueles fins que não podem ser alcançados por meio de outras formas de controle social. Quais são: afinal, esses fins, é algo que varia de uma sociedade para outra: trata-se de um problema histórico que, como tal, não interessa à teoria do Direito”⁴⁶⁷.

Bobbio destaca que Kelsen entende como objetivo do Direito a paz social, porém anos depois, em revisão à sua teoria, entende que é segurança coletiva. A diferença está em que essa última não é propriamente a paz, mas visa à paz⁴⁶⁸. Essa análise funcional de Kelsen expressa, no entender de Bobbio, uma concepção instrumental do Direito, uma vez que permite vários fins.

⁴⁶⁷ BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da Estrutura à Função. P, 57.

⁴⁶⁸ BOBBIO, Norberto. Estrutura e função na teoria do Direito de Kelsen. In: Da Estrutura à Função. P, 207.

Dese modo, pode-se inferir que em Kelsen há um fim no Direito, porém esse entende que o Direito é um meio, porque o fim não interessa ao Direito que se resume ao aspecto formal das normas. O fim do Direito é a paz social ou mesmo a segurança coletiva, porém essas não são discussões do Direito, segundo Kelsen. Para Bobbio, o fim do Direito faz parte das discussões do âmbito do Direito, isso porque essas incluem a função e não somente a estrutura. Com essa mudança, Bobbio assume a postura de que o Direito deve se importar e discutir seus fins, não empurrando a discussões para além de seus muros.

Os fins do Direito, segundo Bobbio, não são a paz social nem a segurança. O Direito tem como fim promover e coibir comportamentos a partir das funções e das sanções negativas e positivas. Os fins do Direito estão localizados não mais fora do Direito, no âmbito da sociologia do Direito ou da Política, mas naquilo que Bobbio chama de Teoria Geral do Direito.

O jusfilósofo italiano faz distinção entre a mudança do foco do Direito ao introduzir outras sanções e funções. O que Bobbio quer ressaltar é uma mudança nos padrões do Direito e não a perda do que existia antes, ou seja, da função repressiva do Direito⁴⁶⁹. Portanto, não há que se falar em uma perda da função repressiva ou uma disfunção do Direito que se tinha antes, mas sim de uma nova concepção de Direito, que é focada em uma nova função, a função promocional.

Isso indica que o Direito, com a teoria da função de Bobbio, ganha mais um fim, que antes não era considerado relevante, a saber, o fim promocional. Bobbio destaca que a concepção de Kelsen é apenas de um fim, que está ligado à coerção e à sanção negativa:

“A concepção da ordem como fim próprio do Direito explica a importância que o elemento da coação tem na doutrina juspositivista. Ele é o meio necessário para se obter a conformidade da conduta humana ao Direito, isto é, a ordem...”⁴⁷⁰.

Dizer que o Direito não é um meio, mas um fim, indica uma mudança de perspectiva quanto ao Direito. Pode-se deduzir que Bobbio entende que o Direito é auto-referenciado, ou seja, suas referências são internas ao sistema,

⁴⁶⁹ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P. 92.

⁴⁷⁰ BOBBIO, N. O positivismo jurídico (Parte II, cap. VII, 59). P. 231.

apesar de manter relações com outros sistemas. O Direito nesse sentido é que dá suas próprias regras de funcionamento interno. Nesse ponto, Bobbio se aproxima, mesmo sem fazer referência direta, a uma postura autopoietica do Direito.

O Direito para Bobbio nunca é pensado de fora, mas sempre a partir da perspectiva interna. Isso somente é possível porque o Direito é um fim em si mesmo. O Direito como meio refere-se à sociedade como um todo, ou mesmo a outros sistemas dessa sociedade. Esse sistema fechado permite definições circulares e um estudo aprofundado de uma parte de um sistema complexo muito maior. Dessa maneira, o Direito pode ser entendido como um sistema autônomo, que dita suas regras e tem uma configuração própria⁴⁷¹.

Os estudos de sistemas autopoieticos também levam em conta alguns componentes como: estrutura, processos, limites e meio envolvente⁴⁷². Bobbio, para construir sua teoria da função, leva em conta a estrutura, a função e um Direito como fim. Porém, lhe faltam nessa teoria os outros componentes.

Há uma aproximação entre os estudos funcionalistas e os estudos dos sistemas autopoieticos, porém esses não se confundem. Desse modo, é possível estudos funcionalistas que entendam o sistema estudado como um sistema aberto e com lógica linear e causal. Luhmann é um dos jusfilósofos que fundem esses dois tipos de estudos: o sistema autopoietico com a análise funcionalista⁴⁷³.

Bobbio não é um jusfilósofo funcionalista, porém sua teoria da função do Direito parece fazer mais sentido quando se entende que ela tem aproximações com estudos autopoieticos. Mesmo nesse ponto é difícil de colocar Bobbio nessa classificação, bem como todas as outras. O jusfilósofo italiano parece entender o Direito como um fim, na Teoria Geral do Direito. Se seu estudo fosse de uma Sociologia do Direito, essa sairia da esfera do Direito e não seria um estudo auto-referenciado.

Porém, a teoria da função do Direito de Bobbio leva a pensar que esses fins relacionados, não são os fins últimos do Direito. A coerção e a promoção

⁴⁷¹ Ver para isso estudo de TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoietico.

⁴⁷² TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoietico. P.66.

⁴⁷³ Clarissa Neves entende que a introdução da teoria autopoietica pertence a uma nova teoria dos sistemas, representando uma alteração na teoria dos sistemas, inicialmente proposta por Luhmann. Essas alterações visaram superar obstáculos epistemológicos da primeira formulação. In: Nicklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. P, 15.

não podem ser fins em si mesmo. Se esses são um fim no Direito, para o exterior do Direito deve haver um objetivo maior. Sancionar positivamente ou negativamente sempre é para algo, pois não se atua com o Direito para nenhum fim, ou seja, não se sanciona por sancionar. Kelsen explicita que a função do Direito é a paz e a segurança coletiva, para Luhmann essa função pode ser identificada na possibilidade de previsibilidade das ações, para Parsons a função do Direito está no controle social. Isso leva a discussão sobre o próprio *telos* do Direito, que muitas vezes se confunde com o da sociedade, ou com outras esferas desta.

6.7. A função e a questão das fontes do Direito

A teoria da função de Bobbio busca alterar o paradigma de ciência do Direito construído, em especial por Kelsen, que é seu grande interlocutor. Se a teoria kelseniana está fundada na sanção negativa, Bobbio supõe que alterando o Direito para aceitar a sanção positiva, se transformaria o próprio conceito de Direito. Com isso, seria possível um novo Direito que não estivesse totalmente focado na repressão de comportamentos, mas sim no incentivo de comportamentos desejados. O foco na sanção positiva e na teoria da função, no entender de Bobbio, proporciona uma mudança em todos os conceitos apresentados por Kelsen, inclusive sobre a estruturação das fontes do Direito.

Para Kelsen, na sua “Teoria Pura do Direito”, a estrutura das fontes do Direito está dividida em pelo menos dois blocos: as fontes jurídicas em sentido jurídico-positivo, que são as normas positivadas; e as fontes jurídicas em sentido lato, que englobam os princípios morais e políticos, teorias jurídicas e pareceres de especialistas⁴⁷⁴. Kelsen entende que o negócio jurídico é criador do Direito, em especial o contrato e nele também influi a questão da sanção. A sanção do negócio jurídico de que faz parte os contratos, pode ser uma sanção civil ou uma sanção penal.

O jusfilósofo ressalta que a criação do Direito tem relação com a aplicação do Direito, que tem atos coercitivos estatuídos pelas normas. Isso porque o negócio jurídico é considerado como uma norma e, como tal, sua

⁴⁷⁴ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. (V, 35, e) p, 323.

inobservância pode levar às sanções. Há dois deveres nesse tipo de norma, o de não descumprir os contratos e de indenizar no caso de prejuízo. O dever principal é o de cumprir o que o contrato estatui e como dever secundário, há a indenização⁴⁷⁵. É importante lembrar que os contratos estão na estrutura escalonada das normas, como um dos últimos escalões, devendo respeito a todas as normas estatais acima.

Bobbio entende que as fontes e a produção jurídica estão intimamente ligadas na teoria kelseniana, uma vez que adota a posição do Direito positivista. Há para Kelsen dois tipos de sistemas normativos: aqueles estáticos, em que uma norma se deduz da outra (como é o caso da moral, ou do Direito natural); e aqueles dinâmicos, em que as normas se produzem umas por meio das outras por meio de uma delegação de um poder superior a um inferior (caso do Direito) que é, portanto, um produto⁴⁷⁶. Bobbio afirma que as fontes do Direito constituem, na teoria kelseniana, um modo de produção do Direito.

“O que significa que a produção da norma jurídica é um efeito do exercício de um poder, em outras palavras, que se pode falar de uma produção do Direito, e portanto se pode legitimadamente reduzir o problema das fontes do Direito ao problema da *Rechtserzeugung*, na medida em que a origem de qualquer norma do sistema, seja superior ou inferior, seja geral ou individual, supõe-se a existência de um poder, ou de uma forma, capaz de impor (ou de autorizar) comportamentos, e de obter o cumprimento ainda quer recorrendo em última instância à coação, que é a suprema manifestação da potência do Estado (*Staatsgewalt*)”⁴⁷⁷.

No Direito positivado, a legislação passa a ser produzida e não mais “achada”, como era no Direito natural. As fontes do Direito passaram a estar no âmbito da produção legislativa, que precisava para funcionar um único ordenamento jurídico reforçado pelo Estado⁴⁷⁸. Bobbio entende que com Kelsen o conceito de fonte do Direito é substituído por ‘modo de produção do

⁴⁷⁵ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito (V, 35, h). p. 351.

⁴⁷⁶ BOBBIO, N. Diritto e Potere: saggi su Kelsen. P, 92.

⁴⁷⁷ BOBBIO, N. Diritto e Potere: saggi su Kelsen. P, 102.

⁴⁷⁸ Bobbio discute as questões das fontes jurídicas no livro ‘La consuetudine come fatto normativo’, escrito em 1942.

Direito⁴⁷⁹. Surge a discussão de quais seriam as normas que teriam esse status e coloca-se de lado os costumes, dando um peso menor a essa antiga fonte legislativa. O mesmo parece ter ocorrido com os contratos.

A superação de uma teoria estrutural do Direito por uma teoria da função do Direito permite que sejam aceitos outros ordenamentos jurídicos que não só o oficial e estatal. Como a concepção da teoria da função bobbiana não está na estrutura do Direito, leva a pensar que esta não necessitaria ter como foco da teoria a norma fundamental e o escalonamento. Tércio Sampaio, ao tratar sobre o tema se pergunta:

“se num enfoque funcionalista a noção de soberania não passa a segundo plano e a própria hipótese da norma fundamental não perde relevo, abrindo espaço para um pensar não-sistemático com estruturas diversificadas em que o escalonamento é uma das eventuais possibilidades”⁴⁸⁰.

Como a hierarquia passa a importar menos, fontes do Direito consideradas hierarquicamente inferiores, poderiam ser consideradas funcionalmente mais relevantes.

Bobbio entende que o enfoque no Direito como tendo uma função específica dá relevância aos contratos e ao costume como fonte do Direito. Isso também decorre de uma mudança na sociedade que migra para um Direito que não tem como predominante as normas de coação. Esse aspecto é destacado por Bobbio, quando trata da teoria da função no seguinte trecho:

“Na hierarquia das fontes do Direito, o contrato ocupa um lugar ínfimo no ordenamento estatal – o de disciplinador da ação de um número extremamente restrito de sujeitos no âmbito de interesses particularistas. As coisas mudam quando a própria forma de produção normativa por meio de acordo ocorre não mais entre indivíduos, mas entre grandes e poderosas associações, como sindicatos, e o âmbito da matéria regulada compreende interesses fundamentais e vitais, como as modalidades, os tempos e condições de trabalho. Em uma sociedade industrial de tipo conflituoso, o contrato coletivo passa a ser, para uma

⁴⁷⁹ BOBBIO, N. Le fonti del diritto in Kelsen. Diritto e Potere: saggi su Kelsen. P, 93.

⁴⁸⁰ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: Teoria do ordenamento jurídico. P, 17.

enorme massa de pessoas, uma fonte de regras de importância muito mais vital do que a maioria das leis e lezinhas emanadas pelos órgãos legislativos”⁴⁸¹.

Há uma grande mudança na concepção de Bobbio quanto aos contratos quando se compara suas obras de inspiração positivista e a que se foca na função do Direito. Nas primeiras obras, o conceito de fonte do Direito é definido a partir da concepção tradicional, ou seja, como “aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”⁴⁸². Bobbio adota a classificação de fontes do Direito em: fontes diretas e indiretas, dividindo estas últimas em fontes reconhecidas e fontes delegadas⁴⁸³. Apresenta também a divisão entre fontes hierarquicamente superiores e inferiores. Essa última classificação é relevante para Bobbio, pois o jusfilósofo entende o Direito como um ordenamento escalonado em que a sanção está presente não propriamente em cada norma, mas sempre no ordenamento.

Não há um destaque dos contratos como fontes indiretas, mas um foco na questão das normas diretas, ou seja, naquelas produzidas pelo Estado. Esse padrão se inverte quando Bobbio trata da teoria da função, em que não por acaso destaca a importância do poder econômico e o contrato ganha relevância como fonte do Direito.

O conceito de “fonte de Direito” tem recebido duras críticas entre os filósofos e sociólogos do Direito. Esse conceito permite uma restrição pré-estabelecida das diversas possibilidades do surgimento das normas. Para Luhmann, que pretende analisar o Direito do ponto de vista da sociologia do Direito, o conceito de ‘fonte do Direito’ não pode ser aceito no sentido tradicional. Luhmann afirma: “Essa concepção de fonte do Direito só tem sentido se expressar ao mesmo tempo a forma de surgimento das bases da vigência do Direito (e frequentemente também as formas e as bases de sua percepção)”⁴⁸⁴. O Direito na concepção de Luhmann não é aquele que se origina na ‘pena do legislador’, mas sim um Direito construído por meio de relações de comunicação.

⁴⁸¹ BOBBIO, N. Direito e as Ciências Sociais. In: Da estrutura à função. P, 42.

⁴⁸² BOBBIO, N. Teoria do ordenamento jurídico. P, 45 e Positivismo Jurídico. P, 161.

⁴⁸³ BOBBIO, N. Teoria do ordenamento jurídico. P, 39 e Positivismo Jurídico. P, 164.

⁴⁸⁴ LUHMANN, N. Sociologia do Direito. (cap. IV, 1) p, 7.

Bobbio, apesar de se focar em uma teoria da função do Direito e, portanto, se preocupar de como o Direito é feito, não desenvolve como esse Direito é construído. Há uma forte presença do Estado como legislador em todas as fases da obra de Bobbio. A sanção positiva e o contrato são conceitos que Bobbio entende que devam estar sob a tutela e sob as normas jurídicas estatais. Porém, é possível se pensar as sanções positivas também em um Direito que não seja o Direito estatal, alargando imensamente o campo de atuação desse instrumento.

A sanção positiva, e com ela uma função promocional do Direito, altera o enfoque na estrutura que é tão presente nos estudos positivistas do Direito. A sanção negativa, do ponto de vista da teoria da função, poderia também não se utilizar do escalonamento padrão das normas, ou seja, aquele que tem por molde a hierarquia das fontes do Direito. Assim, por não se pautar na estrutura, mas na função, normas inferiores hierarquicamente poderiam ser utilizadas conjuntamente com normas de hierarquia superior. Nesse sentido é que surge o contrato com grande força. Porém, apesar de valorizar o contrato como fonte do Direito, e com isso valorizar o âmbito privado do Direito, Bobbio não deixa de pautar essas mudanças por uma forte regulação do Direito público.

6.8. Direito e sanção frente à nova percepção do Poder

Bobbio trata do tema do poder no Direito quando fala da necessidade de sua limitação e trata do poder na Política quando fala do Estado e de seu governo. Sempre há uma divisão dos temas, porém, ela é de caráter didático. Desse modo, Bobbio não pode ser entendido como dois autores, um jurista e outro cientista político, pois há uma coerência interna em sua obra que é possível de ser observada, dentre outros modos, pela persistência do tema do poder.

Há para Bobbio uma diferença de como o poder é visto no jusnaturalismo e no juspositivismo. Na doutrina do Direito natural fica evidenciado o caráter do Direito como um produto do poder. O poder também estará presente na doutrina do positivismo jurídico, porém, este é ressaltado no papel das pessoas que exercem legitimamente e regularmente o poder. Bobbio

indica as dificuldades dos positivistas jurídicos em afirmar o papel do Direito e do poder e justificar a relação e o reenvio de um ao outro. As dificuldades que encontram os positivistas enredam estes em definições circulares: “o Direito é produzido pelo poder, desde que se trata de um poder por sua vez derivado do Direito”⁴⁸⁵. Pode-se afirmar que o positivismo jurídico parte do primado do poder.

Se o positivismo jurídico apresenta esse caráter de ir do poder ao Direito e do Direito ao poder, a doutrina do Estado de Direito é inválida se percorre esse movimento. A doutrina do Estado de Direito parte do primado do Direito, porém, tem de enfrentar a existência de um poder soberano, que não pode, sem contradição, ser limitado por um poder superior, criando um poder legal-racional. Para formar esse conceito Bobbio utiliza-se de categorias weberianas.

O dilema entre essas duas posições é colocado por Bobbio nos seguintes termos: *auctoritas facit legem X lex facit regem*.

“O contraste nasceu e perpetuou-se por causa da diversidade de perspectivas em que se colocaram os escritores políticos, interessados de modo especial no tema do poder, em face do problema do Direito, e os juristas, interessados de modo particular no problema do Direito, em face do problema do poder. Para os primeiros, o Direito, sempre entendido como Direito positivo, não pode prescindir do poder; para os segundos, o poder, sempre entendido como domínio ou senhorio (*Herrschaft*, segundo Max Weber), não pode prescindir do Direito”⁴⁸⁶.

O positivismo jurídico terá como conceito limite a norma fundamental, enquanto que a doutrina do Estado terá o conceito de soberania.

O jusfilósofo italiano é defensor de um Estado que tem como características o monopólio das leis (pelo menos teoricamente) e a capacidade de propiciar, por meio de valores democráticos, a paz social. O Direito tem papel fundamental na organização do Estado, a partir de suas leis. Porém, o Direito sozinho não consegue organizar a sociedade para a paz e assim é necessária a política, que, de certa, forma também abrange o Direito. Nesses termos, Bobbio não abandona as questões do Direito, apenas reconhece que é

⁴⁸⁵ BOBBIO, Norberto. Do poder ao Direito e vice-versa. p. 142.

⁴⁸⁶ BOBBIO, Norberto. Do poder ao Direito e vice-versa. p. 150.

uma esfera limitada de atuação no Estado e na sociedade e passa a lidar com uma esfera maior, a Política, que o engloba.

O Direito é tomado na segunda fase do autor, não propriamente como as leis, regras e normas, mas sim como uma esfera da política de estabelecimento de discussões e disputas consolidadas. Bobbio reconhece a elaboração da explicação kelseniana de Direito, aceitando-a em parte, mas, por outro lado, tenta lidar com o lado obscuro da pureza. Se para Kelsen pular os muros da teoria pura do Direito seria fazer política jurídica, é exatamente isso que Bobbio vai procurar estudar. Afirmado a ligação do Direito com a Política, Bobbio não exclui a questão do poder, que encontra também suas ligações com a sanção e com a força. Isso leva Celso Lafer a dizer: “há uma circularidade nas relações de Direito e Poder, que deriva dos nexos de complementaridade entre Teoria Política e Teoria Jurídica em Bobbio”⁴⁸⁷.

Há uma tensão na obra de Bobbio quanto à questão do poder, que advém dessa diferença de registros de Política e Direito. Enquanto no Direito Bobbio parece afirmar a necessidade de aplicação de sanções e de se seguir o ordenamento jurídico, ao tratar da Política, Bobbio aponta para a necessidade de uma sociedade democrática, contra a violência. Devido a essa característica, grande parte dos autores cinde Bobbio em duas pessoas, criando heterônimos. O Bobbio mais conhecido é o Bobbio da Política, que apresenta textos com uma postura menos conservadora e de certa forma mais aberta.

Porém, não se pode deixar de destacar que Bobbio nunca negou seus textos de Direito que escrevera antes. Bobbio chega de certa forma a negar o existencialismo, que adota como tema de estudo em sua tese acadêmica, mas não volta mais a tratar dele. Os temas de Direito acabam voltando nas discussões sobre Política e a tensão é evidente. Trata-se de tensão e não de contradição, pois Bobbio concebe o Direito com mecanismos e instrumentos que permitem uma certa mobilidade para sua aplicação pelo Estado, que não estavam previstos no modelo dogmático.

O Direito na formulação positivista atribuía ao poder uma profunda relação com a força e a coação, pois tinha a função de repressão e proteção.

⁴⁸⁷ LAFER, Celso. Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico. Revista de Pós Graduação da Faculdade de Direito da USP, V.2, 2003, P.131

Essa percepção do poder como força foi sofrendo alterações. A teoria da função do Direito de Bobbio pretende apontar essas novas percepções do poder, que o Direito incorporou no ordenamento jurídico.

O jusfilósofo traça a diferença entre poder e força, porém, entende que há uma ligação muito forte entre esses elementos, assim, afirma que a força é um meio para o exercício do poder, porém não é o único meio⁴⁸⁸. A força como elemento do poder é amplamente destacada entre os jusfilósofos como Jhering e Kelsen, em que há um espelho entre o Estado, o Direito e o poder legalizado. Essa mesma relação existe também em Weber, em que o poder é o poder legalizado, trazendo a força para o âmbito do Direito e do Estado.

Fundado na força, em especial a possibilidade da força física, o poder exercido pelo Estado por meio do Direito, tem um papel de coação e não de persuasão. Bobbio destaca que Jhering utiliza-se da palavra *Gewalt* para se referir ao modo de exercício da força e essa palavra pode ser traduzida por poder, mas um poder ligado à força⁴⁸⁹. A persuasão como forma de poder é destacada por Bobbio em um filósofo como Hobbes. Hobbes, de certa maneira, tratou de formas de poder que iam além da coerção e que atuavam também como controle social, pois entendia que a força não era suficiente para manter o estado de paz social.

Nos primeiros escritos de Bobbio há menção ao poder como força que é o mais corrente entre os juristas, porém na fase em que trata de uma teoria da função do Direito, o que é ressaltado é o poder como persuasão. O poder como persuasão não deixa de ser comentado nas primeiras obras, em que o jusfilósofo italiano afirma: “força e consenso são os dois fundamentos do poder”⁴⁹⁰.

Bobbio fala de novas formas de controle social que utilizam outras técnicas que não a coerção direta, mas que contém um forte componente de direção de comportamentos. Uma dessas formas é a integração social, que é um instrumento de controle altamente eficaz. Sobre esse instrumento aponta Bobbio:

⁴⁸⁸ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da estrutura à função. p, 75.

⁴⁸⁹ BOBBIO, N. Positivismo Jurídico. P, 154.

⁴⁹⁰ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 176.

“A integração social conta, sobretudo, com dois instrumentos de controle (que costumam ser relacionados a duas formas mais ou menos institucionalizadas de poder existentes em qualquer sociedade – o poder ideológico e o poder político): a socialização, isto é, a procura pela adesão a valores estabelecidos e comuns, e a imposição de comportamentos considerados relevantes para a unidade social, com a conseqüente repressão dos comportamentos desviantes, e que são no final das contas, o consenso e a força em todas as teorias políticas tradicionais”.⁴⁹¹

Bobbio menciona ao todo três novas espécies de poder: o poder ideológico, o poder econômico e o poder político, que surgem ao lado da percepção do poder como força. Essas três espécies de poder convivem com o poder como força, não substituindo, mas sim complementando. Isso só é possível, no entender de Bobbio, porque a sociedade está substituindo os meios coercitivos por meios de socialização e de condicionamento psicológico⁴⁹². Essa substituição leva a alterações no mundo do Direito, que não pode ficar mais restrito apenas aos meios coercitivos.

Para o jusfilósofo italiano, essa mudança dos meios de controle social, dos que se utilizavam somente da força para aqueles em que está mais presente o poder ideológico ou o político, é considerada como um avanço da sociedade⁴⁹³. Para Bobbio há uma forte relação entre a diminuição da força e as “sociedades mais avançadas”. Desse modo, a diminuição da coerção direta é um sinal de progresso da sociedade.

Há um destaque para o poder econômico quando Bobbio trata da teoria da função do Direito. O poder econômico está em estrita ligação com a sanção positiva e com a função promocional do Direito. Por meio do poder econômico o Estado exerce um tipo de direcionamento de conduta, porém, essa não está ligada diretamente à força. Para Bobbio esse tipo de poder deveria ser mais utilizado, pois, em muitos casos é mais eficaz. Nesse sentido, afirma Bobbio:

“os recursos econômicos não valem menos do que os recursos da força para condicionar comportamentos dos indivíduos, a fim de conseguir

⁴⁹¹ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P, 89.

⁴⁹² BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P, 90.

⁴⁹³ BOBBIO, N. A análise funcional do Direito: tendências e problemas. In: Da estrutura à função. P, 90.

aqueles efeitos desejados ou impedir os indesejados, no que se afirma consistir a função do Direito”⁴⁹⁴.

O jusfilósofo italiano, a partir da teoria da função do Direito e em especial da sanção positiva, dá relevância ao Direito que passa por questões econômicas (Direito econômico, empresarial, tributário, ambiental, patrimonial etc.). Conseqüentemente, há uma limitação na aplicação das sanções positivas, que não é levantada por Bobbio. Isso porque nem todos os tipos de relações podem ter sanções positivas e, desse modo, o Direito com sanções negativas não pode ser desprezado. Bobbio não chega a afirmar que a sanção positiva somente serve para alguns tipos de Direitos e não para outros, ou seja, que é mais aplicada nos Direitos em que o poder econômico predomina em relação ao poder de polícia.

O poder econômico se dá em grande parte por meio dos contratos, por isso esses são importantes para a promoção da função promocional do Direito. Esse poder consegue direcionar comportamentos, pois a sociedade ocidental, em grande parte está pautada no capitalismo, que tem como principal vínculo social as relações econômicas. Bobbio dá relevância para a sanção positiva no âmbito da economia, porém parece não restringir sua aplicação a essa esfera. Outros autores posteriormente aplicaram esse conceito em diversas áreas do Direito, como por exemplo, no Direito penal e administrativo.

A sanção evidenciada por Bobbio para o poder econômico é a sanção positiva e sempre no âmbito do Estado. Bobbio não chega a comentar a grande força que tem o Capital como fonte reguladora de comportamentos, sem necessitar do Estado como intermediadora. Esse poder é utilizado tanto para limitar o próprio capital, como para limitar o comportamento daqueles que se relacionam com ele. Portanto, o poder econômico pode atuar como esfera sancionadora (positiva ou negativamente) sem o Estado e muitas vezes atuando com maior impacto no mundo e na vida das pessoas. Bobbio não chega a ir além da esfera estatal quando trata das sanções.

Essa relação entre Direito e economia é amplamente utilizada por juristas de cunho marxista, mas também foi utilizada por uma figura que Bobbio apreciava, Túlio Ascarelli. Para esse jurista, que tem sua área de atuação predominante na Teoria Geral do Direito e Direito comercial, a economia era

⁴⁹⁴ BOBBIO, N. Em direção a uma teoria funcionalista do Direito. In: Da estrutura à função. P, 77.

importante como direção da sociedade. Ascarelli é tido, por Bobbio, como um dos autores que se refere à função do Direito⁴⁹⁵. Ascarelli entendia o Direito não como um conjunto de normas com lógica específica, mais sim como parte da experiência humana.

A referência à Ascarelli não parece ser sem motivo, uma vez que Bobbio ressalta que o autor não entende o Direito como simples produto do sistema econômico. Essa parece ser uma certa menção a jusfilósofos de cunho marxista, com os quais Bobbio não concorda exatamente por entender o Direito como produto da economia. Para Bobbio existe em Ascarelli uma integração ou interdependência entre exigência econômica e regra jurídica⁴⁹⁶.

Ao comentar sobre a sua teoria da função do Direito, Bobbio aponta outros autores que lidaram com a questão do poder e da sanção, em especial os autores da ciência política, que modificaram o modo de encarar o Direito. Cita Perter Blau (*Exchange e Power in Social Life* – 1964) e Luhmann (*Poder e complexidade social*- 1975). Blau utiliza o conceito de sanção negativa e trata da recompensa, através de sanções positivas⁴⁹⁷.

Bobbio destaca também a obra de Elias Cannetti “*Massa e Poder*”, ressaltando que nela há a presença de uma espécie de sanção positiva, pois “passagem da pena ao prêmio representa para Cannetti, a passagem da selva à sociedade, todavia uma sociedade de desiguais, no qual o animal de rapina é, no fim, substituído por um animal doméstico”⁴⁹⁸. É interessante notar que esses autores não são citados nos textos referentes à teoria da função do Direito, mas em artigo posterior da década de 80.

Os outros dois tipos de poder não são muito enfatizados nas obras de Bobbio, em especial o poder ideológico. O poder político será destaque nas obras relacionadas à política, que fazem parte das últimas obras de Bobbio. Na *Teoria Geral da Política* há referência à tripartição das formas de poder⁴⁹⁹.

Bobbio acredita no papel transformador do poder e na necessidade dele atuar sempre com o Direito, pois são faces da mesma moeda. O poder é um dos conceitos que liga a obra de Direito de Bobbio a sua obra sobre política, ou

⁴⁹⁵ BOBBIO, N. Prefácio da edição Italiana. *Dalla Estrutura alla funzione*.

⁴⁹⁶ BOBBIO, N. Túlio Ascarelli. In: *Da estrutura à função*. P, 249.

⁴⁹⁷ BOBBIO, N. *La funzione promozionale del diritto* revisitata. P, 15.

⁴⁹⁸ BOBBIO, N.. *La funzione promozionale del diritto* rivisitata. P, 18

⁴⁹⁹ BOBBIO, N. *Teoria Geral da Política*. P, 35.

nas palavras do próprio Bobbio: “O conceito principal que os estudos de Direito e política têm em comum é o conceito de poder”⁵⁰⁰. Essa dependência leva Celso Lafer a designar Bobbio como o domesticador do poder pelo Direito⁵⁰¹. Em Bobbio essa íntima ligação é repetida infinitas vezes, em suas famosas frases: “O poder sem Direito é cego, mas o Direito sem poder é vazio”⁵⁰² e “Direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar Direito e só o Direito pode limitar o poder”⁵⁰³.

No entender de Bobbio, Direito e Poder, na sua origem, não podem ser distintos (*lex et potestas convertuntur*) e, mesmo depois, ainda andam de mãos dadas. Essa formulação do poder é diferente da formulação positivista, que somente entendia o Direito como norma. Bobbio entende que a visão de Kelsen pode ser justaposta a uma análise sobre o poder, isso porque seriam dois modos diferentes de olhar o mesmo objeto. Nesse sentido afirma Bobbio:

“Se olharmos pelo ponto de vista do Direito, como fez Kelsen com sua teoria normativa, no vértice encontramos – e não poderíamos deixar de encontrar – a norma das normas, ou seja, a norma fundamental; se olharmos pelo ponto de vista do poder, no vértice encontramos – como encontrou a teoria política do Estado moderno – o poder dos poderes, ou seja, o poder fundamental e soberano. Assim como a norma fundamental é a norma que está na base de todas as outras normas e acima da qual não há outra norma, também o poder soberano é o poder que está na base de todos os outros poderes e acima do qual não existe outro poder superior”⁵⁰⁴.

Porém, para ocorrer essa domesticação do poder pelo Direito, se faz necessário um tipo específico de Estado, que é o Estado democrático de Direito. Somente nesse tipo de Estado há uma situação de equilíbrio e de limitações entre o poder e o Direito, para que se chegue a uma sociedade bem organizada. Esse equilíbrio é descrito por Bobbio, nas seguintes palavras:

“Nos lugares onde o Direito é impotente, a sociedade corre o risco de precipitar-se na anarquia; onde o poder não é controlado, corre o risco

⁵⁰⁰ BOBBIO, Norberto. Do poder ao Direito e vice-versa. p. 133.

⁵⁰¹ LAFER, Celso. Bobbio domestica o poder por meio do Direito.

⁵⁰² BOBBIO, Norberto. Do poder ao Direito e vice-versa. p. 137.

⁵⁰³ BOBBIO, Norberto. O futuro da Democracia. p. 23.

⁵⁰⁴ BOBBIO, Norberto. O tempo da memória. p. 104.

oposto, do despotismo. O modelo ideal do encontro entre Direito e poder é o Estado democrático de Direito, isto é, o Estado no qual, através de leis fundamentais, não há poder do mais alto ao mais baixo, que não esteja submetido a normas, não seja regulado pelo Direito, e no qual ao mesmo tempo, a legitimidade do sistema de normas como um todo derive em última instância do consenso ativo dos cidadãos”⁵⁰⁵.

Dentre as muitas vezes que Bobbio tratou sobre o tema do poder ao longo de sua vida, utilizou-se de diferentes autores, conforme o que gostaria de evidenciar nesse tema. Utilizando-se de Foucault, Bobbio apresenta uma interessante abordagem do poder. O poder tem nas obras de Direito um tratamento mais tradicional, entendido como uma substância. Com Foucault, Bobbio apresenta as características do poder na sociedade moderna: ser difuso, ser repartido e estar disposto em diferentes graus de visibilidade ⁵⁰⁶. E Bobbio acrescenta nessa tipologia a da visibilidade do poder. Para o jusfilósofo italiano:

o “ poder não está apenas difuso e repartido. Ele está disposto em estratos que se distinguem um do outro por diferentes graus de ‘visibilidade’. Isso quer dizer que uma análise completa do poder social não deve limitar-se a explorá-lo na sua amplitude, mas procurar também examiná-lo em sua profundidade.”⁵⁰⁷.

A questão da sanção não pode ser dissociada em Foucault da questão do poder e conseqüentemente do Estado. Para Foucault há uma relação triangular entre Direito, poder e verdade⁵⁰⁸. O filósofo francês vai falar de um poder que é exercido de forma diferente, sobre objetos diferentes. Nesse sentido trata de um biopoder, que é o poder exercido sobre os corpos e também de um micro-poder, que é o poder descentralizado, que é exercido não só pelo Estado. Foucault destaca que há outros mecanismos que são exercidos pelo Estado e também por outros agentes de poder, que é o poder disciplinar, que tem como base a neutralização do contra-poder.

O poder não é tido como um objeto, uma ‘res’ ou propriedade, mas sim como relação, que se discute e luta. Essas relações de poder “não passam

⁵⁰⁵ BOBBIO, Norberto. O tempo da memória. p. 170.

⁵⁰⁶ BOBBIO, N. As ideologias e o poder em crise. p. 204.

⁵⁰⁷ BOBBIO, Norberto. As ideologias e o poder em crise. p. 204.

⁵⁰⁸ FOUCAULT, M. “Soberania e disciplina”. In: Microfísica do poder. P, 179.

fundamentalmente nem ao nível do Direito, nem da violência: nem são basicamente contratuais, nem unicamente repressivas⁵⁰⁹. O Direito não é um dos principais focos de Foucault, pois as penas são analisadas a partir de uma perspectiva de tática política e não somente a partir do binômio legal/ilegal. Portanto, para Foucault a punição é vista como um fenômeno social complexo.

Bauman, abordando a questão da mudança de atuação do poder, destaca que o padrão foi alterado. Ocorreu a mudança de um poder com um padrão de Panóptico, ou seja, em que poucos vigiam muitos, para um “poder espetáculo”, em que muitos observam poucos. A afirmação de Bauman é feita com base nas considerações de Mathiesen. Bauman entende que a mudança do tipo de poder exercido indica um tipo diferente de direção social, que não se dá mais pela coerção. Isso leva o sociólogo afirmar:

“Os espetáculos tomam o lugar da supervisão sem perder o poder disciplinador antecessor. A obediência aos padrões... tende a ser alcançada hoje em dia pela tentação e pela sedução e não mais pela coerção – e aparece sob o disfarce do livre-arbítrio, em vez de revelar-se como força externa⁵¹⁰.”

Essa mudança na questão do poder, também vem acompanhada de uma mudança nos papéis do Estado. A percepção de Bauman é mais radical que a de Bobbio, que acredita que a mudança no Direito pode ser realizada com a inserção da sanção positiva. Para Bauman a mudança é ainda maior, pois o centro de controle se tornou oculto, se liquefez como tudo na modernidade líquida⁵¹¹.

6.9. Críticas à teoria da função do Direito

As críticas à teoria da função do Direito bobbiana não são o foco da maioria dos seus comentadores, que preferem focar na relevância do papel político de Bobbio e em seus estudos sobre o Direito de inspiração kelseniana relativos à Teoria Geral do Direito. Grande parte dos estudos sobre Bobbio não

⁵⁰⁹ MACHADO, Roberto. Introdução à Microfísica do Poder. P, XV.

⁵¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. p, 101.

⁵¹¹ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. p, 154.

são propriamente críticas, mas sim explicações ou mesmos estudos de homenagem. Isso leva Constanzo Preve a denunciar os comentadores de Bobbio pelo estilo cerimonialista que adotam em seus textos⁵¹².

Alfonso Ruiz Miguel é um dos poucos comentadores que critica a teoria da função do Direito de Bobbio. Essa crítica se dá no prefácio a uma antologia de textos de Direito de Bobbio, publicada em espanhol. Ruiz Miguel leva em conta as diversas fases de Bobbio, baseando-se principalmente nos aspectos pessoais e políticos da vida de Bobbio, entendendo que a fase dedicada aos estudos da função do Direito faz parte de um longo caminho de tentativa de superação do positivismo jurídico.

O comentador chama o processo de construção da obra de Bobbio de um “*work in progress*”⁵¹³, que se tem como desvantagem a não sistematização da obra e as possíveis contradições conceituais e terminológicas. Porém, permite que Bobbio revise continuamente suas teorias, apresentando um pensamento aberto e construtivo.

A crítica de Ruiz Miguel à teoria da função do Direito foi muito próxima à própria elaboração da teoria e o comentador de certa forma acreditava que Bobbio iria, em futuras obras, desenvolver os conceitos e aclarar posições, o que não aconteceu. Para o comentador os estudos de Bobbio dessa fase não levaram a uma elaboração de uma teoria da função do Direito, encontrando-se Bobbio ainda preso às concepções da estrutura do Direito. Os estudos de teoria da função não levaram Bobbio a estudos sociológicos, mas a uma reforma da teoria estrutural por considerações funcionais⁵¹⁴. Ruiz Miguel também critica a utilização de Bobbio do termo função, ao colocar que esse pode ser entendido de diversas maneiras e há uma dificuldade de se estabelecer uma tipologia das funções do Direito.

O comentador traz uma importante consideração na crítica à teoria da função de Direito, com respeito às sanções. Ruiz Miguel entende que a sanção, nos últimos escritos do jusfilósofo italiano, deve ser analisada no aspecto formal e material. Nas palavras do comentador:

⁵¹² PREVE, Constanzo. Le contradizioni de Norberto Bobbio: per una critica del bobbianismo cerimoniale.

⁵¹³ RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Estudio preliminar”. In: Contribucion a la teoria del derecho de Norberto Bobbio. P, 17.

⁵¹⁴ RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Estudio preliminar”. In: Contribucion a la teoria del derecho de Norberto Bobbio. P, 52.

“Por um lado, Bobbio propõe a partir de um critério material, que a sanção positiva consiste em um bem, em algo vantajoso, e a sanção negativa consiste em um mal, em algo desvantajoso. Por outro lado, constrói formalmente a sanção positiva ou negativa como uma obrigação que no caso de descumprimento dá lugar ao uso da coação. Ante isso, talvez o melhor modo de manter coerentemente a construção de Bobbio da sanção como obrigação secundária, seja de unir os critérios, material e formal de maneira que a sanção seja definida como obrigação secundária que não se identifica com a coação e que consiste em um bem ou em um mal”⁵¹⁵.

Patrizia Borselino também estabelece críticas a Bobbio, no que tange a concepção de uma Teoria Geral do Direito. A autora estranha que o jusfilósofo italiano tenha procurado uma abordagem funcionalista do Direito na Teoria Geral do Direito e a partir do desenvolvimento do conceito de sanção. Nesse sentido afirma:

“... não obstante a insistência em incorporar as considerações das funções no campo da teoria do Direito, a análise funcional, segundo Bobbio destinada a avançar passo a passo com a análise estrutural, alimentando-a sem eclipsá-la, não parece ser nada além da sociologia do Direito, isto é, a ciência empírica já considerada por Kelsen única sede apropriada para os discursos funcionais”⁵¹⁶.

A comentadora entende que há problemas no conceito de função, mas também no de sanção. Quando Bobbio leva a mesma formulação da norma de sanção negativa para a sanção positiva, por meio da fórmula: “Se A, deve ser B”; não atenta para o fato do destinatário da norma ser diferente⁵¹⁷.

A grande parte da crítica à teoria da função do Direito de Bobbio se encontra na revista ‘*Sociologia del Diritto*’ fundada por Renato Treves na década de 70. Essa revista visava incentivar o debate entre os filósofos da importância de se pensar o Direito a partir de padrões que não o de uma ciência positiva. Ela é uma importante fonte para os estudos de teoria da função do Direito bobbiana, pois nela foi feita a publicação de diversos artigos

⁵¹⁵ RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Estudio preliminar”. In: Contribucion a la teoria del derecho de Norberto Bobbio. P, 56 e 57.

⁵¹⁶ BORSELINO, Patrizia. Norberto Bobbio: metateórico do diritto. P, 238.

⁵¹⁷ BORSELINO, Patrizia. Norberto Bobbio: metateórico do diritto. P, 225.

de Bobbio e estabelecido diálogo com críticos. Bobbio apresentou na revista de Sociologia do Direito muitos de seus textos sobre o assunto e também recebeu críticas e respondeu a algumas delas. A crítica endereçada à Bobbio nessa revista é dura e muitos dos comentários são relevantes para se entender as dificuldades da teoria da função do Direito bobbiana.

Mário Jori, um dos críticos da Teoria da Função do Direito de Bobbio, não se convence que há uma função promocional e uma função repressiva do Direito. Para o comentador há uma ambigüidade no termo função em Bobbio. Jori acha ruim chamar de função do Direito o escopo ou os escopos do Direito⁵¹⁸. Para Jori há na teoria da função de Bobbio uma definição circular entre sanção e função, que não é bem explicada.

Outra crítica tecida pelo autor é que Bobbio faz relação da sanção negativa com a função repressiva e da sanção positiva com a função promocional do Direito. Jori critica essa junção, pois nem sempre o efeito da norma pode ser o de promoção. Jori entende que a associação de Bobbio entre a sanção e a função do Direito não pode ser prevista. Isso porque não se pode prever se o efeito da sanção positiva é necessariamente o de promoção e o da sanção negativa de repressão. Assim, diz Jori:

“Estou de acordo com ele quanto à parte crítica da sua tese: a teoria do Direito ficou acentuada na função repressiva do Direito e na sanção negativa. Não estou de acordo com sua proposta de usar a oposição entre função promocional e repressiva para individuar problemas e soluções. Prefiro falar de escopo, conteúdo, efeitos promocionais ou repressivos, de sanções que são em tese (ou declaradas como tal) positivas ou negativas, ou que venham a ser consideradas como positivas ou negativas pelos destinatários”⁵¹⁹.

Sergio Cotta não faz uma crítica propriamente à Bobbio, porém apresenta posição semelhante a Mario Jori, ao discutir se há uma função própria do Direito. Para Cotta, o Direito pode ter diversas funções, como: estabilizar a ordem, instaurar a paz, punir ou prevenir os atos ilícitos, premiar aos dignos de mérito, monopolizar a força ou mesmo impedir seu uso, dar ações diretas, revolver controvérsias etc.. Segundo Cotta:

⁵¹⁸ JORI, Mário. Existe uma função promocional do Direito? . p. 412.

⁵¹⁹ JORI, Mário. Existe uma função promocional do Direito? . p. 418.

“Ainda que sejam numerosas as funções atribuídas habitualmente ao Direito, nenhuma parece ser realmente própria, no sentido de ser exclusiva ou específica”⁵²⁰. Por fim Cotta em seu artigo sobre a função do Direito termina dizendo que é necessário um distanciamento da filosofia de Hegel, e uma necessidade de se focar na filosofia do Direito atual. A função própria do Direito parece estar na realização da justiça⁵²¹.

O artigo de Cotta faz parte de uma série de artigos que, de certa forma, discutiram a teoria da função do Direito no âmbito italiano, que tem relação com Bobbio, mas não o citam literalmente. A crítica de Cotta não é endereçada a Bobbio, mas o alcança à medida que discute se é possível a definição do Direito por sua função.

Vicenzo Ferrari entende que a análise funcional de Bobbio apresenta problemas terminológicos e problemas metodológicos. Os primeiros dizem respeito à forma plúrima como Bobbio se refere ao termo função. Os problemas metodológicos ocorrem, no entender de Ferrari, pois Bobbio insiste na separação de Sociologia do Direito e Teoria Geral do Direito, que é própria dos estudos estruturalistas e nesse sentido fica difícil desenvolver uma teoria da função do Direito. Ferrari aponta que Bobbio não segue, até as últimas conseqüências, seus próprios pressupostos da teoria da função⁵²².

O crítico apresenta em seu artigo um panorama do funcionalismo visto do ponto de vista do Direito, a partir de Parsons e Vihelm Aubert, para depois analisar a teoria da função de Bobbio, destacando a pouca relação desta com a teoria funcionalista. Renato Treves destaca a crítica de Ferrari à Bobbio, afirmando que o crítico acerta ao diferenciar uma análise funcional do Direito do funcionalismo de cunho parsoniano. Ferrari afirma que a primeira é um método e segunda uma filosofia. Treves, utilizando-se dos comentários de Ferrari, não deixa de afirmar que o próprio Bobbio não chegou a desenvolver uma análise funcional do Direito, mas apenas a propor que essa fosse realizada⁵²³.

⁵²⁰ COTTA, Sérgio. Há il diritto uma funzione propria? P, 401.

⁵²¹ COTTA, Sérgio. Há il diritto uma funzione propria? P, 411.

⁵²² FERRARI, Vicenzo. Analise funzionale in sociologia del diritto: problemi terminologici e problemi metodologici. P, 45

⁵²³ TREVES, Renato. Sociologia do Direito. p, 312.

Para Ferrari o que Bobbio propõe está mais perto de técnicas e não de uma função. As sanções positivas e negativas se relacionam com as funções de repressão e promoção, que se dividem em encorajamento e desencorajamento. No entender de Ferrari, o conceito de Bobbio de função é mais bem entendido quando se utiliza o termo ‘funcionamento’ do Direito. Isso porque Bobbio não é um funcionalista propriamente dito, que está preocupado com os estudos da sociedade e em produzir uma teoria global da sociedade, mas apenas em apontar como o Direito opera em uma teoria explicativa.

Letizia Gianformaggio apresenta uma crítica importante e dura à teoria da função do Direito de Bobbio em seu artigo “Função ou técnica? Considerações provisórias sobre a doutrina da repressão”. A autora diz que o discurso sobre a função positiva e negativa não é um discurso sobre a função, porque se vale da resposta à pergunta ‘como funciona o Direito?’ e não a pergunta ‘qual é a função do Direito?’. Desse modo, a teoria de Bobbio ainda é um discurso sobre o meio e não sobre seu fim, sobre a técnica empregada e não sobre seus efeitos realizados⁵²⁴.

Gianformaggio destaca ainda que o alargamento do conceito de sanção, para englobar o que chama de sanção positiva, não leva a um estudo muito novo a respeito da Teoria Geral do Direito. A crítica afirma que o “discurso sobre a função do Direito é muito semelhante a aquilo que, para Kelsen, não pode, ou melhor, não deve entrar na ciência e na teoria do Direito, podendo ser no máximo um discurso de filosofia política”⁵²⁵.

Para Gianformaggio, Bobbio ainda encontra-se enredado na estrutura de uma teoria do Direito, não conseguindo desenvolver um estudo sobre a função⁵²⁶. Isso porque Bobbio não fala realmente da função do Direito, mas sim de uma nova técnica de coação, que é a sanção positiva.

Bobbio entende que a crítica de Gianformaggio se assemelha a de Ricardo Guastini, justificando que uma função sempre tem uma técnica⁵²⁷. Bobbio, comentando sobre as críticas tecidas pela autora, diz:

⁵²⁴ GIANFORMAGGIO, Letizia. Funzione o Tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione. P, 77

⁵²⁵ GIANFORMAGGIO, Letizia. Funzione o Tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione. P, 78.

⁵²⁶ GIANFORMAGGIO, Letizia. Funzione o Tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione. P, 76

⁵²⁷ BOBBIO, N. La funzione promozionale del diritto rivisitata. P, 23.

“O ponto principal da crítica é o seguinte: o discurso sobre sanções, positivas e negativas, é um discurso sobre certa técnica do Direito e não sobre a função, razão pela qual minha teoria do Direito, que pretende sair da análise estrutural e de se aproximar da análise funcional, ainda se mantém na primeira”⁵²⁸.

Para Bobbio essa crítica não é pertinente, pois confunde o conceito de função, ou melhor, confunde um discurso sobre a função, com um discurso sobre a técnica⁵²⁹.

Porém, apesar do posicionamento de Bobbio, a crítica de Gianformaggio parece ter sentido em certo ponto, na medida em que não se pode reconstruir uma outra Teoria Geral do Direito, que leve em conta a sanção positiva, sem necessitar do aparato produzido pelo positivismo jurídico. Os conceitos principais, como o de sujeito, contrato, norma, ainda são os mesmos. A introdução da sanção positiva, como uma forma forte de sanção, não leva a uma mudança drástica na Teoria Geral do Direito, levando realmente a pensar que se trata de uma técnica nova e não de um novo aparato conceitual para uma teoria.

É possível defender Bobbio da crítica, ao apontar que Jhering já falava de uma sanção positiva no âmbito da Teoria Geral do Direito e de uma função promocional, não indo para o âmbito de uma Sociologia do Direito. Assim, Bobbio e Jhering se contrapõem à Kelsen, que entendem que a função do Direito não faz parte dos estudos de Direito. É de se notar também que Jhering não desenvolve a função promocional em suas obras de Direito, como busca fazer o jusfilósofo italiano.

Outro crítico de Bobbio é Lumia, que escreve um artigo intitulado “A propósito da estrutura, função e ideologia do Direito”⁵³⁰. Lumia faz uma análise desses três termos e seus diferentes significados a partir da obra de Bobbio. Lumia destaca que a Teoria Geral do Direito sempre abordou a estrutura, enquanto a Sociologia do Direito passou a cuidar de como o Direito funciona. Esta última acaba assumindo alguma das perguntas que eram geralmente

⁵²⁸ BOBBIO, Norberto. La funzione promozionale del diritto revisitata. P, 23.

⁵²⁹ BOBBIO, Norberto. La funzione promozionale del diritto. P, 24.

⁵³⁰ LUMIA, Giuseppe. A propósito di struttura, funzione e ideologia nel Diritto. Revista Sociologia do Direito, vol.V, 1980, p. 431-439

feitas pelo Direito Natural e que depois da divisão metodológica de Kelsen, ficou fora dos estudos de Direito.

Bobbio cita alguns comentadores que procuraram tratar de sua teoria da função e em especial sobre o conceito de sanção positiva no âmbito do Direito Penal. Do livro “Direito Premial e Sistema Penal” Bobbio, destaca três críticos que dão um enfoque geral sobre esse tema.

Um desses críticos de Bobbio é Giacomo Gavazzi, autor do artigo ‘Direito promocional e Direito premial’. O crítico vê na questão do Direito premial a realização da profecia de Jhering, com o aumento das sanções positivas. Nesse tipo de sanção aponta para o problema da distinção entre as sanções premiais: prêmios e incentivos. Segundo o crítico, as diferenças e semelhanças entre ambos estariam nos seguintes pontos:

“a) prêmios e incentivos são ambas medidas promocionais, b) os prêmios vem depois e o incentivo vem antes do comportamento, respectivamente premiado ou sancionado, c) os prêmios são objeto de normas condicionantes, o incentivo de norma técnica, d) os prêmios são sanções jurídicas (positivas), os incentivos não são sanção (mas o que são?)”⁵³¹.

Para Gavazzi, a distinção dada por Bobbio a partir da estrutura somente pode ser feita a partir da função⁵³². Bobbio quando se refere ao crítico, entende que este debate é marginal e não afeta o cerne de sua teoria⁵³³.

O que se vê nas respostas de Bobbio a seus críticos é uma improcedência de quase todas as críticas, porém com poucos argumentos fortes. Essas respostas estão no artigo “Função promocional do Direito revisitada”, que também tem por objetivo esclarecer como Bobbio formulou sua teoria da função do Direito. O jusfilósofo italiano entende que as críticas não afetaram o cerne de sua teoria, que é a “correspondência entre a função promocional do Estado, característica do Estado social e o aumento da técnica premial ou de incentivo”⁵³⁴. As maiores críticas à teoria da função do Direito

⁵³¹ GAVAZZI, Giacomo. Diritto premiale e Diritto promozionale. In: Diritto premiale e sistema penale. P, 47.

⁵³² GAVAZZI, Giacomo. Diritto premiale e Diritto promozionale. In: Diritto premiale e sistema penale. P, 51.

⁵³³ BOBBIO, N. La funzione promozionale del diritto rivisitata. P, 25.

⁵³⁴ BOBBIO, N. La funzione promozionale del diritto rivisitata. P, 20

recaem sobre os termos 'função' e 'sanção positiva' e sobre a relação desses termos.

Parte da justificativa de Bobbio parece estar certa, pois realmente depois das obras da década de 70 sobre a teoria da função do Direito, não volta mais a esses estudos, nem a outros com abordagem jurídica. As críticas, se não totalmente pertinentes, parecem indicar diversas falhas na teoria bobbiana, em especial quanto aos termos utilizados por Bobbio: "função", "funcionalista", "funcionalismo". Dessa maneira afirma Bobbio:

"Reconheço ter cometido a imprudência de ter me aventurado em uma floresta intrincada da qual ninguém até agora consegui sair dela vivo, da análise funcional e em geral do funcionalismo: pois o mesmo termo função é utilizado com significados diversos"⁵³⁵.

O que se pode concluir é que umas das maiores críticas que pode ser feita à Bobbio é a sua aproximação da teoria funcionalista, no início de seus artigos de teoria da função do Direito, ao mesmo tempo em que não concorda com grande parte dos pressupostos dessa teoria funcionalista, nem a desenvolve. Isso leva a uma série de confusões, pois a teoria da função de Bobbio, não tem relação direta com a teoria funcionalista, que adota outros pressupostos.

Apesar das críticas árduas à teoria da função do Direito de Bobbio e sua baixa receptividade no mundo acadêmico internacional, surgiram diversos entusiastas que se focaram em especial na questão da sanção positiva. No Brasil a teoria da função do Direito não tem muitos ecos, excetuando-se o comentário de Tércio Sampaio⁵³⁶. Bobbio torna-se importante referência quanto à sanção positiva, sendo identificado, por alguns, como um idealizador desse conceito, o que mostra não só o desconhecimento, mas principalmente a importância de Bobbio como figura de autoridade.

O ensino do Direito no Brasil ainda está pautado por padrões e valores juspositivistas, porém começam a surgir autores que entendem que a sanção positiva é importante para definir um novo Direito. Eduardo Bittar crê que a

⁵³⁵ BOBBIO, N. La funzione promozionale del diritto rivisitata. P, 20

⁵³⁶ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: Teoria do ordenamento Jurídico.

superação da supremacia da sanção negativa é uma das características do Direito Pós-Moderno. Comenta Bittar, falando da sanção positiva e de Bobbio:

“O Direito pós-moderno não se restringe a falar somente a linguagem do coercitivo, do proibido, do limitado, do restrito, da ameaça, da punição, do metus cogendi poenae, enfim, a linguagem jurídica ao estilo do Direito sancionatório e normatizador da sociedade proibitiva e punitiva (na linha da crítica de Foucault à modernidade), mas se alinha com perspectivas de uma linguagem jurídica incentivadora, ou motivadora de prospectivos no âmbito das condutas individuais, enfim, coloca-se mais na tendência do crescente Direito premial (Bobbio), do Direito responsivo, do Direito que funciona como agente da transformação social”⁵³⁷.

Um dos poucos comentadores brasileiros do estudo de Bobbio quanto à teoria da função é José Alcebíades de Oliveira Jr. Para o comentador a análise de Bobbio ainda não prescinde de todo o modelo estrutural que Bobbio critica. Nas palavras do autor:

“Mesmo considerando-se a análise funcional como um avanço em relação ao estruturalismo, o que não se pode esquecer é que mesmo ela lança mão de um conceito de Direito como norma, e, neste sentido, numa análise que depende de definições e divisões estruturais do fenômeno jurídico”⁵³⁸.

Bobbio não reformulou os conceitos presentes em grande parte das obras de cunho positivista. Pode-se supor que o desinteresse ocorreu pela própria mudança de foco de Bobbio, dos estudos de Direito para os estudos de Política. Pode-se supor que o desinteresse se deu pela própria impossibilidade lógica e conceitual de reformular uma Teoria Geral do Direito, mantendo os moldes formais, mas ao mesmo tempo buscando estudar a função do Direito.

A sanção positiva não se mostrou forte o suficiente para romper com os padrões juspositivistas, porque Bobbio não negava a grande maioria deles. O foco na função do Direito também não foi suficiente para ajudar a pensar uma outra Teoria Geral do Direito, pois, os moldes dessa teoria são formais, enquanto que a função leva para um estudo que se costumou identificar como Sociologia do Direito. Mesmo entendendo que Bobbio se restringe ao Direito e

⁵³⁷ BITTAR, Eduardo. O Direito na pós-modernidade. p. 429 – 435.

⁵³⁸ OLIVEIRA JR, José Alcebíades. Bobbio e a filosofia dos juristas. P, 140.

nesse âmbito identifica as funções positiva e negativa, há um telos do Direito que fica fora do sistema. Em outras palavras: as funções identificadas por Bobbio visam dirigir comportamentos, porém não se sabe qual o objetivo.

A teoria da função do Direito de Bobbio foi mais um dos diversos caminhos de Bobbio, que pautava sua obra na célula do artigo, na instantaneidade e na eterna incompletude. Bobbio não tem uma teoria do Direito, mas várias e estas possuem diferentes conceitos. Seu método é um misto de análise, construção e desconstrução/reconstrução, que não pretendia realizar um grande edifício. Porém, seu percurso mostra uma incansável busca pela superação de um paradigma, na postura de um intelectual inquieto.

Há uma grande dificuldade de se pensar um estudo sobre a função em uma matéria que foi inicialmente formatada para comportar estudos formais sobre a norma. Não se pode negar, no entanto, o grande passo que Bobbio dá ao propor uma função promocional do Direito. Bobbio não desenvolve esse aspecto da função em sua teoria, porém não era este o objetivo de seu trabalho, cujo foco estava na sanção. A sanção positiva é um conceito que altera em muito o conceito de Direito, modificando a noção de sujeito e das obrigações. Se há problemas em sua teoria da função, em especial devido ao conceito e o seu alcance, isso não ocorre quando se analisa a teoria de Bobbio do ponto de vista da sanção. As críticas à teoria da função não continuam, porque a própria teoria foi abandonada pelo autor, porém a sanção positiva não seria mais esquecida, ao entrar na agenda de discussões dos estudos de Direito.

7. SANÇÃO E A PASSAGEM DE BOBBIO PARA A POLÍTICA

Bobbio na sua última fase vai para a política e nela desenvolve diversos temas relativos ao Direito. A sanção não é mais abordada de acordo com os cânones da Teoria Geral do Direito ou mesmo de uma teoria da função. Esgotada a sua breve incursão na análise da função do Direito, Bobbio toma novos rumos e, nessa última fase, a sanção adquire caráter político, assim como o Direito.

A afirmação de Bobbio da existência de um Direito político não é nova, pois já estava presente nas suas afirmações sobre a relação do Direito e do poder. A justificação da norma fundamental de Bobbio não é baseada na validade do sistema, mas sim no poder. Há uma relação forte entre a teoria da norma e uma teoria do poder⁵³⁹ que aflora na obra de Bobbio com mais força, à medida que Bobbio se distancia dos paradigmas clássicos do Direito.

É nesse sentido que surgem textos como “A era dos Direitos” em que Bobbio une a discussão sobre Direito e política, ao tratar da implementação dos Direitos, da relação com a moral e da importância do poder. O que Bobbio tem como foco ao analisar os Direitos Humanos não é mais a sua estrutura com suas normas, mas sim como esses Direitos são um assunto político. Assim, dirá o jusfilósofo: “O problema fundamental em relação aos Direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”⁵⁴⁰.

Bobbio não fala mais de um Direito de dever-ser, mas um Direito que é. Há uma grande mudança quando Bobbio passa a cuidar da eficácia do Direito no âmbito da sociedade. O Direito político para Bobbio não se restringe ao Direito positivado. A diferenciação dos dois tipos de Direito se torna clara na seguinte passagem:

“Uma coisa é um Direito; outra, a promessa de um Direito futuro. Uma coisa é um Direito atual; outra um Direito potencial. Uma coisa é ter um Direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um Direito

⁵³⁹ BOBBIO, Norberto. *Studi per una teoria generale del diritto*. p. 91.

⁵⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. p. 24.

que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembléia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção”⁵⁴¹.

No “Futuro da Democracia”, o Direito político aparece quando Bobbio trata das regras da democracia. Aqui também se pode falar de um Direito que não é meramente estatal. Bobbio ao tratar da oposição governo das leis e governo dos homens, fala de um poder que permanece com o povo mesmo quando este se submete às leis de um Estado. Esse poder na verdade não é outra coisa que um Direito político. Bobbio repete aqui uma fórmula hobbesiana em que o portador último dos Direitos políticos é o povo e há uma transferência de alguns dos Direitos para o governante. É nesse sentido o trecho de Bobbio:

“Quando exaltavam o governo das leis em contraposição ao governo dos homens, os antigos tinham em mente leis derivadas da tradição ou forjadas pelos grandes legisladores. Hoje, quando falamos de governo das leis pensamos em primeiro lugar em leis fundamentais, capazes de estabelecer não tanto aquilo que os governados devem fazer quanto como as leis devem ser elaboradas, sendo normas que vinculam antes ainda que os cidadãos, os próprios governantes: temos em mente um governo das leis num nível superior, no qual os próprios legisladores estão submetidos a normas vinculatórias. Um ordenamento deste gênero apenas é possível se aqueles que exercem poderes em todos os níveis puderem ser controlados em última instância pelos possuidores originários do poder fundamental, os indivíduos singulares”⁵⁴².

Surge um Direito político na última fase de Bobbio, que chega a lembrar muitos dos filósofos do Direito no jusnaturalismo, que não conheciam a distinção entre um Direito como técnica e um Direito como política. Bobbio parece se aproximar, nessa fase, de Weber, que se utilizava da distinção entre Direito e Estado e assim podia pensar em um Direito que não fosse o Estatal.

Como técnica, e de certo modo como ciência, uma vez que uma passou a ser entendida pela outra, o Direito se enredou no formalismo e nos padrões

⁵⁴¹ BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. p. 83.

⁵⁴² BOBBIO, Norberto. O futuro da Democracia. p. 23.

do juspositivismo. A Teoria Geral do Direito foi um dos terrenos mais férteis em que isso aconteceu.

Bobbio, adotando em parte os paradigmas da tradição juspositivista, não consegue um estudo do Direito político, nem mesmo na Filosofia do Direito. A passagem para a política possibilitou a superação desses paradigmas, que Bobbio tentou quebrar com a teoria da função do Direito, porém somente teve sucesso em parte. A sanção poderia agora ser definitivamente desvinculada do Direito político, pois o Direito passa a ser mais do que norma e mais do que sanção. É também possível ver uma sanção que não escamoteia seus fins, o controle social é definido por uma decisão política, que mostra seu caráter ideológico. Desse modo, é possível pensar em uma teoria do Direito em Bobbio, mesmo quando o jusfilósofo está no âmbito dos estudos de Política. Trata-se de uma teoria do Direito que tem como diferencial entender o Direito político.

7.1. Teoria Geral do Direito versus Filosofia do Direito

A Teoria Geral do Direito surge com o desenvolvimento do positivismo na Alemanha e tinha como objetivo apresentar de um modo científico o Direito existente, tendo como um de seus fundadores Adolf Merkel. Esta cadeira (*Allgemeine Rechtslehre*) surgia em detrimento de outra, a saber, a Filosofia do Direito, que perdia seu prestígio em uma época em que se questionava a “cientificidade” da própria filosofia.

Radbruch considera que a criação da Teoria Geral do Direito representou a eutanásia da Filosofia jurídica⁵⁴³. Para o jusfilósofo, o lugar da Filosofia do Direito passa a ser ocupado pela Teoria Geral do Direito, que passa a ser considerada, pela sua cientificidade, um dos andares mais elevados da ciência positiva⁵⁴⁴. É a Teoria Geral do Direito que vai estudar conceitos de um Direito positivo, como ‘objeto de Direito’, ‘sujeito de Direito’, ‘relação antijurídica’ etc.. A crítica de Radbruch é que a Teoria do Geral do Direito, tal como foi concebida, é auto-referencial e seus conceitos não

⁵⁴³ RADBRUCH. Filosofia do Direito. P.73.

⁵⁴⁴ RADBRUCH. Filosofia do Direito. P.72.

“pertencem a uma ciência geral e empírica do Direito, mas a uma Filosofia do Direito positivo. Obtidos por meio duma análise crítica do Direito positivo, não podem sequer ser transportados para fora do âmbito desse Direito nem permitir uma valoração dele”⁵⁴⁵.

Isso porque a Teoria Geral do Direito se apresenta como uma matéria dogmática, ou seja, em que a discussão dos grandes conceitos não está presente. Há uma tentativa de objetividade, ao se colocar fora do foco o sujeito que a estuda, em uma tentativa de neutralização dos valores e da ideologia. Porém, é só uma tentativa, pois toda a Teoria Geral do Direito contém valores, pressuposto e uma ideologia que, se não está expressa, é implícita. A distinção entre a Filosofia do Direito e a Teoria Geral do Direito não é propriamente quanto à neutralidade e objetivação, mas sim quanto à explicitação das premissas do estudo.

A diferenciação entre Filosofia e Teoria Geral do Direito é difícil de ser feita. Kaufmann indica que a tentativa de diferenciação pelo conteúdo e pela forma, não consegue realmente traçar diferenças significativas. O jusfilósofo alemão delimita alguns assuntos que são preferencialmente tratados pela Teoria Geral do Direito, como: “teoria das normas, teoria pura do Direito, a teoria da decisão, a epistemologia jurídica, teoria dos sistemas, teoria analítica do Direito, teoria marxista do Direito, teoria da linguagem, teoria da argumentação, teoria da legislação, teoria semântica do Direito, retórica jurídica...”⁵⁴⁶.

Bobbio dedica-se em várias ocasiões aos estudos de Teoria Geral do Direito. Teoria da norma jurídica e a Teoria do ordenamento jurídico, depois reunidas sob o título de Teoria Geral do Direito, são exemplos desses estudos. O jusfilósofo assume esse ponto de vista ao dizer logo no início desses livros-cursos: “O ponto de vista acolhido neste curso para o estudo do Direito é o ponto de vista normativo”⁵⁴⁷. Mesmo adotando nesses livros um posicionamento que se aproxima de Kelsen, Bobbio se diferencia do jusfilósofo praguense ao assumir seu ponto de partida, ressaltando que está fazendo um recorte no objeto estudado. A posição ideológica é clara, pois leva a entender

⁵⁴⁵ RADBRUCH. Filosofia do Direito. P.73.

⁵⁴⁶ KAUFMANN, A. Filosofia do Direito. p. 20.

⁵⁴⁷ BOBBIO, N. Teoria da Norma Jurídica. P, 23.

que outros estudos são possíveis no Direito, porém que no caso concreto iria tomar um caminho específico.

Em “Teoria da Ciência Jurídica”, publicado em 1950, Bobbio retoma o tema da Teoria Geral do Direito, desta vez para diferenciar essa teoria da ciência jurídica e da Filosofia do Direito. O jusfilósofo italiano busca um critério para a diferenciação, porém em alguns momentos o que se pode ver é que há uma dificuldade imensa para diferenciar coisas tão próximas. A Filosofia do Direito, nessa obra de Bobbio, aparece como uma ideologia ou como uma metodologia jurídica⁵⁴⁸. O jusfilósofo italiano entende a ideologia como um problema de valores e a metodologia como uma crítica ao conhecimento jurídico. No âmbito da Filosofia do Direito, existem matérias como a teoria da justiça, que cuida dos valores, a Teoria Geral do Direito, que cuida do conhecimento científico, ou seja, da ontologia e a sociologia jurídica, que tem um caráter fenomenológico⁵⁴⁹.

Na década de 60, em um artigo denominado “Natureza e função da filosofia do Direito”, Bobbio apresenta um conceito de Filosofia do Direito bem semelhante. Esta é definida de forma plural, ou seja, Filosofias do Direito, além de apresentar diversas funções, como: analisar e definir as noções gerais que estão nos ordenamentos jurídicos, estudar o Direito como fenômeno social, estruturar uma ciência jurídica e o estudar as obras dos juristas. Bobbio denomina de Filosofia do Direito: Teoria Geral do Direito, sociologia jurídica e a metodologia jurídica⁵⁵⁰.

A Teoria Geral do Direito é geralmente apontada por Bobbio como uma teoria de cunho formal. Porém, essa não se confunde, devido ao seu aspecto formal, com a lógica jurídica⁵⁵¹. É essa parte da Filosofia do Direito que cuida do conceito do Direito, sempre buscando pela sua estrutura formal. Por ter essas características é também a única a ser dita uma disciplina científica. Bobbio faz uma distinção entre a Filosofia e a Ciência do Direito, entendendo que a Filosofia é o campo mais dinâmico e passível de mudanças do que a

⁵⁴⁸ BOBBIO, N. Teoria della Scienza Giuridica. P, 7

⁵⁴⁹ BOBBIO, N. BOBBIO, N. Teoria della Scienza Giuridica. P, 18.

⁵⁵⁰ BOBBIO, N. Natura e funzione della filosofia del diritto. In: Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico. P, 37.

⁵⁵¹ BOBBIO, N. Teoria della Scienza Giuridica. P, 156.

ciência do Direito, que lida com o Direito positivado⁵⁵². O objeto da Ciência do Direito são as regras de comportamentos.

Bobbio, na década de 50, ainda buscava um padrão de ciência do Direito aos moldes de uma ciência natural e tratava discussões para estabelecer o estatuto de ciência da jurisprudência. A Filosofia do Direito não é dita como ciência do Direito e, conseqüentemente, Bobbio prefere dedicar-se aos estudos de Teoria Geral do Direito, que tem um cunho mais 'científico'. A Filosofia do Direito significava nessa época, para o jusfilósofo italiano, um campo de estudos maior, com um objeto impreciso. Em conseqüência, se utilizava cada vez mais da Filosofia como uma metodologia para a crítica do Direito. O que parece mudar ao longo da sua vida, em especial quando começa a tratar de assuntos que intercalam política e Direito, pois a Filosofia se amplia para explicitar valores.

Nesse momento a Teoria Geral do Direito ainda se preocupa com a estrutura do Direito, com suas normas⁵⁵³. A sociologia do Direito é que poderia se preocupar com a função. Isso muda radicalmente quando Bobbio introduz a função para a esfera da Teoria do Direito, na década de 70.

Outro momento que Bobbio se dedica à Teoria Geral do Direito é no estudo "*Studi sulla teoria generale del diritto*" de 1955, que apresenta artigos realizados dentre 1949 e 1954. Nesse livro Bobbio pretende traçar uma introdução sobre a Teoria Geral do Direito apresentando artigos sobre: Carnelutti, a quem se refere como um grande expoente dessa área; a diferença de filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito; a teoria pura do Direito; a Teoria Geral do Direito em língua francesa; o formalismo jurídico; teoria psicológica; e sociologia do Direito. Trata-se de uma introdução, porém, como os títulos dos capítulos sugerem, não toma a sistematização da matéria aos moldes da Teoria Geral do Direito.

Nesse livro Bobbio afirma que entende que a própria Teoria Geral do Direito não é única, existindo pelo menos três tipos: teoria normatista do Direito, teoria das instituições e teoria das relações jurídicas. Bobbio também diferencia os estudos de Teoria Geral do Direito dos de filosofia do Direito e os de sociologia. Bobbio entende que a Teoria Geral do Direito é um estudo de

⁵⁵² BOBBIO, N. Teoria della Scienza Giuridica. P, 29-31.

⁵⁵³ BOBBIO, N. Teoria della Scienza Giuridica. P, 166.

teoria formal do Direito, pois estuda a estrutura normativa independente dos valores ao qual a estrutura serve⁵⁵⁴. Cerca de quinze anos depois, Bobbio se dedica novamente a Teoria Geral do Direito, em seu livro quase homônimo “*Studi per una teoria generale del diritto*”.

Bobbio muitas vezes confunde e em outras faz a distinção entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito, deixando para a última as discussões sobre a norma positivada e sob um prisma positivista de ciência do Direito. Isso ocorre, por exemplo, quando trata de Gustavo Hugo, que no jusnaturalismo assume uma postura de tratar a filosofia do Direito como Direito positivo. Assim, a obra de Hugo é vista por Bobbio, como uma Teoria Geral do Direito e não propriamente filosofia⁵⁵⁵.

A teoria da função do Direito foi uma das muitas tentativas de fazer uma Teoria Geral do Direito que não tivesse um caráter formalista, buscando um nexo entre Direito e sociedade. Bobbio, nessa fase, tenta quebrar as barreiras da divisão entre Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito e Sociologia do Direito. A divisão entre essas matérias foi nítida para Bobbio até os anos 60. Na década seguinte Bobbio parece tentar dividir o que está misturado, mas não insiste na separação. Desse modo, a Teoria Geral do Direito vai se preocupar com a função do Direito, invadindo terreno de uma Sociologia do Direito e da Filosofia do Direito.

Bobbio confessa nunca ter feito Filosofia, mas sim Teoria Geral do Direito. Dessa afirmação, Bovero conclui que Bobbio leva os padrões de uma Teoria Geral do Direito para uma teoria geral da política, afirmando assim o caráter normativo dos estudos bobbianos de política⁵⁵⁶. Porém, se os estudos de política são invadidos pela normatividade, que é própria do Direito, os estudos de Direito da década de 80 e seguintes parecem estar cada vez mais invadidos pela Filosofia do Direito e pela Política. A Teoria Geral do Direito, devido ao seu caráter mais formalista, pode ter reprimido várias das conclusões e limitado os objetos de estudo. A Filosofia do Direito proporciona uma maior liberdade, inclusive aceitando a Política como aspecto fundamental do Direito.

⁵⁵⁴ BOBBIO, N. *Studi sulla teoria generale del diritto*. P, VI.

⁵⁵⁵ BOBBIO, N. *O Positivismo jurídico*. P, 45.

⁵⁵⁶ BOBBIO, N. *Teoria Geral da Política*. P, 9.

Porém, como Bobbio não se arrisca nessa área, será nos estudos de política que desenvolve um Direito menos pautado pelo formalismo.

7.2. O esgotamento de um modelo de Teoria Geral do Direito

O século XX apresentou um esgotamento do modelo de Teoria Geral que foi instaurada com o positivismo jurídico. Esse modelo estava baseado no Direito positivo, tendo um grande foco na legislação produzida pelo Estado, em especial sobre as normas jurídicas. O modelo de Teoria Geral do Direito buscava implantar uma cientificidade ao Direito, tornando-o não totalmente dependente de questões ideológicas. A influência do padrão de cientificidade comteana é presente o tempo todo. Nesse modelo se entrelaçam dois positivismos: o legal e o científico.

O modelo dos estudos jusnaturalistas se não foi totalmente abandonado, foi deixado de lado e somente repetido por alguns jusfilósofos. Isso porque se formara um forte vínculo entre aceitar uma ciência do Direito nos moldes do positivismo comteano e o posto (positivo) estatal. Os estudos jusnaturalistas foram acusados freqüentemente de falta de cientificidade.

O jusnaturalismo tinha como foco de estudo questões que envolviam um enfrentamento de valores, como: justiça, ética, moral, poder. Estava presente a discussão sobre leis naturais e leis humanas, em uma nítida oposição entre o que era dado pela natureza e o que era construído pelo homem. Há uma clara diferenciação do que é humano e do que não é humano, distinguindo o que possui um status semidivino. As leis humanas são entendidas como regras imperfeitas, em que estão presentes os vícios e vontades próprias dos homens e por isso não têm a pureza e dignidade das leis naturais. Desse modo, os estudos jusnaturalistas apresentam a todo tempo a necessidade do homem confrontar o puro com o impuro, por meio de valores como a justiça e a bondade.

A Teoria Geral do Direito ficou restrita aos estudos sobre a norma, ou seja, tratavam do Direito como se apresentava na legislação. Seu objeto de estudo era delimitado e não possuía mais o caráter de filosofia, que permite todas as indagações. Havia certos dogmas, utilizados como pressupostos do

qual se iniciavam as discussões. Deste modo, a Teoria Geral do Direito aproximava-se do estudo dogmático do Direito, feito amplamente nos estudos dos Direitos específicos.

O esgotamento do positivismo científico levou a necessidade de outro tipo de estudo, que englobasse não somente os valores, mas que assumisse uma postura crítica frente ao Direito, revelando por vezes a ideologia por trás da ciência. Os estudos sobre o Direito começam a assumir outra roupagem, que não pode ser chamado de Teoria Geral do Direito. Há uma volta aos temas como da justiça, liberdade, ética, princípios, porém não com um viés jusnaturalista, pois já não tinha mais como fugir do respeito ao Direito posto. Estudos como o de Dworkin, John Rawls e Habermas, em que não há uma análise somente da norma, passam a ser valorizados e figurar como uma teoria do Direito. Essa mudança de foco se torna cada vez mais comum entre novos estudos dos jusfilósofos. Há um crescente abandono da Teoria Geral do Direito, porém não propriamente uma crítica, que recai mais no caráter positivista da ciência do Direito.

Para Alberto Munhoz ocorreu uma transformação na Teoria Geral do Direito que afetou seu estatuto de forma significativa. Munhoz destaca que a teoria do Direito no século XVIII tinha um triplo papel: era fundamento da legitimidade do Direito na medida em que permitia responder à questão ‘por que se deve obedecer?’ (...) Em segundo lugar, a teoria do Direito pretendia ser uma teoria da descoberta (...) Perguntar ‘o que é Direito?’ (...) Em terceiro lugar, uma teoria do Direito era uma teoria da argumentação⁵⁵⁷.

Esses papéis da Teoria do Direito vão se desgastando, em especial no pós-guerra, e ela passa a ser apenas uma teoria formal, sofrendo críticas das escolas realistas e sociológicas do Direito. Para Munhoz, o esvaziamento da teoria do Direito é constante, uma vez que recentemente ela voltou a se esvaziar devido à mudança de foco de preocupação, que agora está na teoria da argumentação e nas teorias da justiça.

Pasukanis, um dos críticos da Teoria Geral do Direito, identifica na própria historicidade da matéria sua limitação, ao associar o Direito e a ciência do Direito como uma forma específica desenvolvida pelo capitalismo e,

⁵⁵⁷ MUNHOZ, Alberto Alfonso. Transformações na Teoria Geral do Direito. p. 53 -54

portanto, não dissociada dela. A cientificidade por trás da Teoria Geral do Direito mascara seu caráter histórico e também seu caráter ideológico.

No entender do jusfilósofo russo somente é possível a superação dessa Teoria Geral do Direito, que tem cunho explicativo, quando não existir mais o Direito como se conhece desde o século XIX. Isso porque o Direito está associado ao modo de produção capitalista, tendo suas abstrações e presunções a serviço de um padrão de viver e entender o mundo que é próprio da sociedade capitalista.

A limitação da Teoria Geral do Direito ao estudo da norma, somente pode subsistir em um mundo em que a norma Estatal é tida como a norma oficial e exigível, uma vez que não pode englobar a pluralidade de Direitos. Há limitação também no objeto de estudo, pois somente o Direito posto é o Direito estudado. Na divisão neokantiana dos estudos, fica-se com o mundo do dever-ser, desprezando o mundo do ser. Esse Direito é o único que se encaixa ao estudo da teoria geral. Assim, dirá Pasukanis:

“O método jurídico formal que só cuida das normas e “do que é conforme o Direito” apenas pode manter a sua autonomia dentro de limites muito estreitos e desde que a tensão entre o fato e a norma não ultrapasse um determinado ponto”⁵⁵⁸.

A Teoria Geral do Direito, ao se restringir a norma, não consegue dar conta de explicar o Direito como um fenômeno complexo. Pasukanis entende que é a própria forma do Direito que é delimitada pela forma da economia. Em certo sentido se aproxima de Kelsen ao ressaltar a forma do Direito enquanto elemento principal da teoria do Direito, porém, se distancia do jusfilósofo praguense quando ressalta o caráter ideológico desse estudo da forma jurídica e quando prega a superação do normativismo.

O foco na identificação da teoria do Direito com a norma não se inicia com Kelsen, porém esse autor se torna o grande “bode expiatório” do positivismo. Savigny foi um dos responsáveis por criar a circularidade entre o estudo do Direito e as normas, a partir do qual o positivismo passou a ser ponto de saída e de chegada das reflexões. Como aponta Giorgi, em um estudo sobre Savigny, é a partir dele que “a teoria da ciência não é outra coisa que metodologia, essa é tida como descrição das operações que permitem unificar

⁵⁵⁸ PASUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e o Marxismo. P, 57.

a matéria jurídica existente”⁵⁵⁹. Porém, a crítica aos estudos positivistas em grande parte se dirige à teoria pura kelseniana, que foi identificada como um dos grandes ‘males’ do Direito.

Bobbio é um dos autores que se vê enredado nos limites da Teoria Geral do Direito. Dentro dos seus limites, Bobbio não consegue superar o que fora feito por Kelsen, apresentando em sua teoria do Direito apenas algumas variações frente à tradição. Somente nos estudos de política Bobbio consegue superar as limitações da Teoria Geral do Direito, tratando de um Direito onde está fortemente presente o poder. Sua Teoria Geral do Direito critica, por vezes, a pretensa neutralidade científica dos estudos do Direito, mas não consegue construir uma reflexão diferente da ciência positiva do Direito. É na fase que se dedica às ciências sociais, que Bobbio constrói um novo pensar sobre o Direito, que ainda está calcado nos padrões de respeito às leis e a figura do Estado, porém, que traz como novidade a política e a questão do poder, como aspectos fundamentais do Direito.

A dificuldade de encontrar outras saídas para uma Teoria Geral do Direito fica evidente na obra de Bobbio. O jusfilósofo italiano aceita a teoria geral como um estudo sobre a norma e seu ordenamento jurídico, porém, começa a discutir alguns dogmas como: antinomias, lacunas, pluralidade de ordenamentos⁵⁶⁰. Nesses estudos de Bobbio baseados na obra kelseniana, ainda há uma forte ligação com os padrões da Teoria Geral do Direito. A tentativa de construir uma teoria do Direito que tivesse como foco a função e não entendesse o Direito como um meio, parece uma busca para superar o modelo de uma Teoria Geral do Direito. Bobbio consegue fazer uma crítica ao modelo tradicional do estudo do Direito, mas não consegue ir além, ou seja, construir um novo modelo.

A dificuldade de Bobbio pode estar na própria limitação que é dada pela Teoria Geral do Direito. Isso porque é difícil romper com os paradigmas desse ramo, transformando-o em algo novo, quando se aceita as premissas em que a Teoria Geral do Direito é construída. Quando se rompe com os paradigmas, isso é mais fácil. Porém, não é a primeira alternativa de Bobbio, que se diz um

⁵⁵⁹ GIORGE, Raffaele de. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell’epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. P, 35.

⁵⁶⁰ BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*.

positivista inquieto. Inquieto, porém ainda um positivista. Quando Bobbio escreve sobre política e Direito, já não há mais esses paradigmas a serem seguidos. Nesse momento surgem reflexões um pouco mais inovadoras sobre o Direito, como as presentes no livro “A Era dos Direitos”.

Entende-se aqui que a mudança dos estudos de Bobbio não é apenas uma mudança de método, como aponta Adrea Greppi⁵⁶¹. Bobbio mantém quase os mesmos temas durante toda sua vida, em especial em relação à Direito, poder, democracia. Há uma mudança não apenas de método em relação a esses temas, mas uma mudança de área e de pressupostos. Bobbio consegue realizar uma quebra dos pressupostos rígidos da Teoria Geral do Direito, para um estudo que pudesse englobar questões mais amplas e assumir a importância do papel da ideologia.

Esse esgotamento do modelo positivista de Teoria Geral do Direito não quer dizer que é impraticável uma Teoria Geral do Direito. É necessário que se pense esses estudos de outras formas que não somente a positivista, pois só assim pode-se legitimar uma Teoria Geral do Direito que não siga os moldes exigidos pelo positivismo. O estudo das normas e suas relações com outras normas do sistema parece ter encontrado seu esgotamento. Porém, o surgimento de teorias concorrentes possibilita pensar que não há apenas um modo de se fazer Teoria Geral do Direito. Nesse sentido é possível dizer que são ‘Teoria Geral do Direito’ os estudos com um viés positivista, marxista, que explorem outros elementos do Direito que não somente as normas.

Outras áreas do saber se utilizam da expressão Teoria Geral e englobam mais de uma visão possível nesses estudos. Com isso, não se afasta a possibilidade de outros estudos dentro da mesma matéria, porém com outras direções. Bobbio fala de uma perda de equilíbrio nos estudos de Teoria Geral do Direito, porém não propõe outro modo de ver a matéria, pois entende que a Teoria Geral do Direito possível é a de viés positivista.

Utilizando-se da teoria de Thomas Kuhn é possível dizer que a Teoria Geral do Direito passa por uma mudança de paradigmas, em que aos padrões aceitos pelos estudiosos passam por modificações e estas, por sua vez,

⁵⁶¹ GREPPI, Andrea. Teoria y ideologia no pensamiento de Norberto Bobbio. Este autor afirma: “Meu objetivo é mostrar as vias que levariam a aprofundar uma concepção própria de filosofia política, através de um lento processo de clarificação metodológica desenvolvido no campo da ciência política e sobre tudo, na teoria do Direito”⁵⁶¹.

começam a ser aceitas por grande parte dos membros da comunidade científica. Porém, essa mudança ainda não parece completa no âmbito da Teoria Geral do Direito, pois há uma resistência dos juristas em aceitar uma Teoria Geral do Direito diferente da de viés positivista.

Para Kuhn o paradigma condiciona toda a pesquisa decorrente deste, e com isso, os problemas admitidos pela comunidade científica são aqueles que se encaixam ao paradigma dominante. Nas palavras do autor:

“ ... uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito podem ser considerados como dotados de uma solução possível. Numa larga medida, esses são os únicos problemas que a comunidade admitirá como científicos ou encorajará seus membros a resolver. Outros problemas, mesmo muitos dos que eram anteriormente aceitos, passam a ser rejeitados como metafísicos ou como sendo parte de outra disciplina. Podem ainda ser rejeitados como demasiado problemáticos para merecerem o dispêndio de tempo. Assim, um paradigma pode até mesmo afastar uma comunidade daqueles problemas sociais relevantes que não são redutíveis à forma de quebra-cabeça, pois não podem ser enunciados nos termos compatíveis com os instrumentos e conceitos proporcionados pelo paradigma”⁵⁶².

Boaventura Souza Santos, admitindo a teoria de Kuhn, entende que há um descompasso entre o mundo e as ciências na atualidade, pois essa ainda está pautada no campo teórico dos cientistas dos séculos XIX e XX. Para Boaventura há um paradigma emergente que é formado pela afirmação de que o conhecimento científico é também um conhecimento: científico-social; local e total; autoconhecimento; e senso comum. Não há apenas a superação do paradigma velho pelo paradigma novo, como propõe Kuhn, mas a coexistência de diversos paradigmas, o que admite uma pluralidade metodológica⁵⁶³. A pluralidade de paradigmas não nega a existência de um paradigma dominante, porém permite que existam diversas teorias gerais do Direito.

⁵⁶² KUHN, Thomas. A estrutura das Revoluções Científicas. p, 61.

⁵⁶³ SOUSA SANTOS, Boaventura. Um discurso sobre as ciências. p, 48 e 49

O Direito parece buscar um novo parâmetro para construir uma ciência, não mais dependente do positivismo jurídico. Porém, a reflexão sobre ciência, conhecimento e verdade, não são travadas com habitualidade, mesmo pelos jusfilósofos mais renomados. Os debates tão conhecidos da teoria do conhecimento não ecoam no âmbito dos estudos do Direito.

A objetividade e a racionalidade técnica não necessitam ser afastados como inimigos mortais, mas têm de ser relativizados a partir das novas discussões da teoria do conhecimento. Isso porque nenhum estudo se livra de ter uma metodologia que o embasa, uma concepção ideológica que o cerca. Quando estes estão eclipsados é porque a teoria se tornou paradigma dominante.

Bobbio passou grande parte de sua vida lutando contra os paradigmas do positivismo jurídico, nas mais variadas perspectivas. Sua relação com o positivismo jurídico oscila entre a aceitação e a crítica. Bobbio queria estabelecer novos paradigmas para uma Teoria Geral do Direito, porém não conseguiu fazer isso dentro desses estudos. Somente nos estudos de Política, longe das limitações do juspositivismo, conseguiu desenvolver considerações mais ousadas. A própria delimitação do estudo da Teoria do Direito, apresentava uma ideologia que o limitava. Não é somente o conteúdo que possui viés ideológico.

7.3. A Política como saída para a Teoria Geral do Direito em Bobbio

A tese sustentada por esse trabalho é que a presença da política na definição da sanção na obra de Norberto Bobbio foi um dos elementos centrais para a superação da Teoria Geral do Direito, nos moldes do positivismo jurídico, e para a busca de um novo modo de se fazer uma Filosofia do Direito. Bobbio sempre encontrou dificuldades em lidar com um conceito de Direito que não englobasse a política, a sociedade e a questão do poder. Essas são temáticas centrais na obra do jusfilósofo italiano, que se repetem ao longo de quase toda sua vida. Porém, há períodos que Bobbio adota uma postura mais

positivista de estudo do Direito e esses momentos conflitam com seu entendimento íntimo de Direito.

Essa necessidade de conciliar leva Bobbio à dura tarefa de tentar explicar como o Direito está ao mesmo tempo a serviço do poder político, é um instrumento de coerção e também proporciona uma crescente ampliação dos Direitos e garantias, no que chama 'era dos Direitos'. A questão não tem resolução fácil e pode-se ver Bobbio em um esforço para pensar e resolver os problemas de seu tempo. A política é fundamental para Bobbio ir além das limitações temáticas impostas pela abordagem juspositivista.

Mesmo durante a fase de estudos dedicados ao Direito, a questão da política aparece em textos sobre a democracia, cultura, república etc.. Na fase dedicada aos estudos políticos, Bobbio apresenta uma visão peculiar dos autores políticos clássicos, em uma espécie de política do dever-ser.

Bobbio é tido por muitos estudantes e alguns estudiosos como "facilitador" de clássicos da ciência política. Seus textos sobre Hobbes, Kant, Hegel, Maquiavel e Gramsci, por exemplo, são sucesso entre os estudantes, que vêem em Bobbio um tradutor da linguagem complicada e dos conceitos intrincados de muitos filósofos. Bobbio, ao simplificar, acaba muitas vezes simplificando demasiadamente e não raro solapa a complexidade e antinomias próprias dos grandes textos da filosofia política.

Porém, propõe-se aqui outra hipótese do porquê muitos textos de Bobbio sobre política e filosofia fazem sucesso para um público leigo, em especial para os estudantes de Direito. Bobbio ao tratar de temas de política utiliza uma matriz que é própria do Direito, a matriz do "dever ser". Os textos sobre política italiana e política mundial ficam um pouco fora dessa matriz, porém, não escapam de uma análise regional que geralmente não engloba discussão conjunta com os grandes temas da política.

Bobbio, ao tratar da pena de morte, do Estado e dos Direitos Humanos inicia fazendo uma diferenciação dos termos, depois passa para um vôo histórico do tema a partir de alguns clássicos da filosofia política, para em seguida propor como esses temas deveriam ser encarados pela sociedade. Dificilmente Bobbio consegue se livrar da sua abordagem do "dever ser" na política. Bobbio se torna um autor prescritivo e reduz a complexidade da

política, pois se esquivava de fazer uma análise dos fenômenos complexos da sociedade atual.

A partir dessa análise fica relativamente fácil entender porque a passagem de Bobbio do Direito para a Política, não foi tão radical quanto se poderia pensar. Isso porque Bobbio mantém uma lógica semelhante para abordar esses dois campos do saber. Há uma predominância da linguagem descritiva quanto à obra dos clássicos, mas não quanto aos fatos políticos para os quais Bobbio prefere uma linguagem prescritiva.

Além desse aspecto é importante notar que a política de Bobbio está subordinada ao Direito e nunca o contrário, como prega um de seus amigos, Carl Schmitt. Em Bobbio é sempre o Estado que por meio do Direito posto regra os assuntos da política⁵⁶⁴, dentro de uma situação de normalidade e preservando a democracia. Um exemplo disso é a exigência que o processo democrático e suas discussões políticas sigam as regras do jogo que estão positivadas. Bobbio entende que a política deve ser regrada pelo Direito, devendo a este obediência. Em grande parte das situações não é isso o que acontece e não é raro nos artigos e comentários de Bobbio há uma indignação quando a política sai dos trilhos das regras legais. Seu conceito de política, assim como seus estudos de política clássica, está no mundo do dever-ser. Bobbio joga a todo tempo em seus estudos com os mundos do ser e dever-ser, a partir de seu método de dicotomias.

Mesmo no âmbito da política é difícil Bobbio se livrar dos conceitos positivistas, optando quando pode por uma aproximação com o posicionamento de Hans Kelsen. Um dos exemplos dessa postura é quando Bobbio distingue sistemas não democráticos e sistemas democráticos, pela complexidade e elaboração das normas jurídicas⁵⁶⁵. A técnica que é utilizada como elemento diferenciador, mais do que os valores. Isso porque mesmo quando trata de política, essa é sempre subordinada ao Direito.

Se os estudos de política de Bobbio não são inovadores, nem seu conceito de política consegue ser independente e forte, a noção de política é fundamental para a superação de uma Teoria Geral do Direito positivista. É somente quando Bobbio não tem mais necessidade de seguir os cânones dos

⁵⁶⁴ BOBBIO, N. Os vínculos da democracia. In: O Futuro da Democracia. P, 77.

⁵⁶⁵ BOBBIO, N. Os vínculos da democracia. In: O Futuro da Democracia. P, 77.

estudos de Direito, é que vai pensar sobre o Direito de uma forma menos positivista. De certo modo é possível entender as reflexões sobre política como reflexões sobre o Direito, porém naquilo que se aproxima da Filosofia e não da Teoria Geral do Direito.

Bobbio não se dedica mais a estudar as normas, como em estudos de Teoria Geral do Direito da década de 50, mas está preocupado com questões que relacionam Direito, política e poder. A política vai fazer de uma forma não sistemática, aquilo que Bobbio pretendia que a teoria da função fizesse. Em outras palavras, a transformação para um estudo de Direito que lidasse com a questão do ser, da sociedade, tiveram que passar pela política. Foi no âmbito dos estudos políticos, que Bobbio conseguiu dar as questões do Direito outra abordagem.

A justificativa de Bobbio para a sua passagem dos estudos de Direito para os de Política, geralmente estão baseados em fatos da sua vida, que o levaram a assumir a cadeira filosofia política. Porém, a despeito da influência da vida cotidiana, parece haver em Bobbio uma justificativa de fundo, que permeia toda sua obra, que é a concepção de Direito eminentemente político. Bobbio afirma em entrevista que: "... foi se convencendo em todos os anos de que a Teoria Geral do Direito e a teoria geral da política deveriam andar juntas e integrar-se reciprocamente, mas do tem sido feito até agora"⁵⁶⁶. O jusfilósofo relembra alguns autores como Hobbes, Kant, Hegel, que pensam a política interligada ao Direito.

Para Bobbio, uma das figuras de grande importância nos estudos de política é Weber, que é muitas vezes utilizado como contraponto a Kelsen. Bobbio parece unir duas grandes influências que não vê como antagônicas, mas como diferentes pontos de vista sobre o mesmo aspecto, ou seja, a análise de Kelsen sobre o Estado e a estrutura do Direito e a análise de Max Weber sobre o Estado, Direito e Sociedade. Não é raro Bobbio apresentar as duas visões desses autores coladas, não privilegiando uma em especial, como no texto "Max Weber e Hans Kelsen".

Bobbio utiliza-se muito da visão de Weber nas suas considerações sobre a Política. Para Weber há uma "íntima relação entre política e Direito, posto que as formas políticas de dominação exercem uma influência sobre o tipo de

⁵⁶⁶ BOBBIO, N. 8 Perguntas a Norberto Bobbio. P, 237.

Direito. Dependendo do modelo de dominação, podemos identificar diferentes institutos jurídicos⁵⁶⁷. Bobbio repete em suas obras a necessidade do Direito dialogar com a Política. A questão da política é tão forte, que leva Bobbio a afirmar:

“Portanto, a passagem do Direito à política é absolutamente necessária para entender o Direito. E a passagem do Direito e da política para as exigências de certos princípios morais é necessária hoje, não só para entender, como também – e com isto concluo- para sobreviver”⁵⁶⁸.

A democracia passa a ser uma das grandes bandeiras de Bobbio, que faz uma relação direta com o Direito. A relação é estendida para o âmbito da sanção, que se torna um elemento essencial para que a democracia não entre em crise. Isso leva ao seguinte comentário de Warat, sobre a democracia em Bobbio:

“Para Bobbio e o pensamento jurisdicista em geral, o exercício democrático do monopólio do poder coativo depende da existência de um Estado de Direito que torne possível a solução de conflitos sem recorrer à força. Assim a democracia dependerá, para Bobbio, do monopólio estatal da coerção física, da determinação por parte do Direito e de um conjunto de instituições que reduzam ao mínimo as possibilidades de uma regulação coercitiva das relações sociais. O estado democrático entra em crise – para este autor – quando começam debilitar-se algumas das características que acabo de descrever. Para o filósofo italiano, a crise do Estado democrático pode ser compreendida a partir da consideração de três problemas, a saber: a ingovernabilidade, a privatização do público e o poder invisível”⁵⁶⁹.

Nesse sentido é possível se afirmar que a questão da sanção e do Direito não desaparecem nas obras de Bobbio, apenas tomam outro rumo quando o jusfilósofo aborda questões do ponto de vista da política. Há uma intersecção grande entre as esferas do Direito e da Política, que levam a pensar em uma continuidade e não em uma dissociação entre esses dois momentos das obras de Bobbio.

⁵⁶⁷ MATTOS, Patrícia Castro. As visões de Weber e Habermas sobre Direito e política. P, 60.

⁵⁶⁸ BOBBIO, N. In: Norberto Bobbio, um filósofo de nosso tempo. p, 35.

⁵⁶⁹ WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao Direito: O Direito não estudado pela teoria jurídica moderna. P, 114

Ao contrário de Bobbio, Luhmann entende que o Direito é dissociado da política, apesar de existir uma confusão entre essas duas áreas. A saída dada por Luhmann para uma outra visão do Direito é diferente do caminho proposto por Bobbio. Luhmann entende que política e Direito são dois sistemas, que têm por característica ser distintos e se relacionarem, pois são subsistemas do sistema que é a sociedade. O sociólogo aponta que a confusão entre os dois sistemas tem início na origem do Estado moderno, que funde em seu interior as duas questões, por meio dos conceitos de *jurisdictio e imperium*. Com isso, a função do Estado consistia na garantia de uma liberdade conforme o Direito, ou seja, nos limites deste. A diferença entre os dois sistemas só aparecia no Direito de resistência, pois nesse era possível a resistência justificada contra o exercício do poder político⁵⁷⁰. Fora isso, os sistemas eram fechados em si.

O “Estado de Direito” é a figura que supera essa divisão entre política e Direito. “Como Estado de Direito, o Estado era simultaneamente uma instituição de Direito e uma instância de responsabilidade política que zelava pelo Direito...”⁵⁷¹. O Direito começa a se desenvolver como esfera que regula diversos campos, inclusive a política. Isso leva, com o correr dos anos, a uma confusão dos sistemas. “Afinal de contas, a positivação do Direito e a democratização da política se apóiam mutuamente e tem se impregnado tão fortemente, que o que hoje se apresenta como sistema político e sistema de Direito, é difícil perceber que são dois sistemas diferentes”⁵⁷². Luhmann identifica no processo histórico da positivação do Direito a separação das duas esferas.

“Precisamente a imposição do ‘positivismo da lei’ no século XIX, e uma aumento frenético da promulgação de leis, indicadores, a primeira vista, de um domínio crescente do sistema jurídico através do sistema político, levaram a conseqüências que fizeram consciente a separação”⁵⁷³.

Direito e Política podem ser entendidos como dois sistemas que possuem dois códigos distintos. O código da Política é o do esquema

⁵⁷⁰ LUHMANN, Niklas. Política y Derecho. p. 330.

⁵⁷¹ LUHMANN, Niklas. Política y Derecho. p. 331.

⁵⁷² LUHMANN, Niklas. Política y Derecho. p. 332.

⁵⁷³ LUHMANN, Niklas. Política y Derecho. p. 335.

governo/oposição, enquanto que no código do Direito as alternativas estão dispersas e dependem do caso particular e das regras⁵⁷⁴.

Luhmann destaca que o tempo dos sistemas é diferente. A política tem um tempo mais rápido, enquanto que o Direito tem um ritmo mais lento, que não pode ser facilmente regulado como o da política. Apesar da diferença de tempo, os sistemas se relacionam, não há uma quebra. Ao mesmo tempo em que ocorre uma positivação do Direito, ocorre também uma democratização da política, que só se tornou possível graças a um estímulo recíproco⁵⁷⁵.

Enquanto Luhmann afasta o Direito da esfera da política, há autores que dão um passo além de Bobbio e, falando do lado oposto de Luhmann, entendem que é na esfera da política que é possível realizar transformações, inclusive no Direito.

Bauman acredita que a modernidade apresenta uma série de mudanças, que são levadas a cabo em especial pela transformação do capitalismo. Esse gerou uma modernidade mais 'liquefeita', 'fluida', dispersa, espalhada e desregulada, que foi denominada pelo sociólogo polonês de "modernidade líquida". O autor entende que muitos temas que se referiam à vida pública foram privatizados, ocorrendo um esvaziamento dessa esfera ou, nas palavras do sociólogo: o "público foi despojado de seus conteúdos diferenciais e ficou sem agenda própria – não passa agora de um aglomerado de problemas e preocupações privados"⁵⁷⁶. Bauman defende a liberdade individual e a necessidade de um espaço público de discussões (Ágora) para que a política seja bem exercida.

Como quase tudo perde o caráter público, grande parte das preocupações passam a fazer parte da esfera privada. As lutas se tornam privadas e não mais lutas da sociedade, perdendo a possibilidade de mudança. As comunidades, que são grupos que se submetem às mesmas regras, têm cada vez mais um senso de união que é restrito e limita-se a uma função específica. Bauman reforça que essas alterações que a sociedade moderna enfrenta, recaem ao mesmo tempo sobre o indivíduo e a sociedade.

⁵⁷⁴ LUHMANN, Niklas. Política y Derecho. p. 336.

⁵⁷⁵ LUHMANN, Niklas. Política y Derecho. p. 350.

⁵⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. P. 71.

No âmbito do indivíduo há uma crescente sensação de perda do sentido da vida, um aumento do medo e da ansiedade. Isso leva a criação de mecanismos para aumentar a segurança do indivíduo, uma vez que há uma desregulação das instituições políticas. As leis já não são as únicas a buscar a segurança. O crime toma outros formatos, pois, para Bauman, este não é visto somente como uma ruptura da norma, mas sim como uma ameaça à segurança.

O Panóptico foi substituído pelo Sinóptico, ou seja, “em vez de poucos vigiarem muitos, agora são muitos que vigiam poucos”⁵⁷⁷. Essa mudança no exercício do poder e da coerção leva Bauman a afirmar: “Se o Panóptico representou a guerra de atrito contra o privado, o esforço de dissolver o privado no público ou de pelo menos varrer para debaixo do tapete todos os fragmentos do privado que resistiriam a ser moldados de forma publicamente aceitável, o Sinóptico reflete o ato de desaparecimento do público, a invasão da esfera pública pela privada, sua conquista, ocupação e paulatina mais inexorável colonização”⁵⁷⁸. O Sinóptico é um mecanismo mais eficiente na medida em que é um instrumento mais eficaz e econômico de controle.

O Estado abandona em parte uma política de coerção, sem deixar de abandonar a coerção, que passa a ser as pressões de mercado e não mais a legislação política⁵⁷⁹. Conseqüentemente, a coerção se altera, porém não deixa de existir. Isso leva Bauman a dizer:

“... se o Estado perder seu monopólio da coerção (que tanto Max Weber como Norbert Elias consideravam como característica distintiva e, simultaneamente, o atributo *sine qua non* da racionalidade moderna ou ordem civilizada), não se segue necessariamente que o volume total de violência, inclusive violência com conseqüências potencialmente genocidas, diminuirá; ela pode ser apenas ‘desregulada’, descendo ao nível do Estado para o da ‘comunidade’ (neotribal)”⁵⁸⁰.

As condutas não necessitam de regulação através de sanções, porque em grande parte são controladas pelos próprios indivíduos, que estabelecem

⁵⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. P, 77.

⁵⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. P, 77.

⁵⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. P, 81.

⁵⁸⁰ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. p, 221.

critérios para suas vidas pautados em valores que são pautados em desejos. Bauman concordando com Bourdieu afirma que: “a manufatura de novos desejos desempenha hoje o papel que coube outrora à regulação normativa, de forma que a publicidade e os anúncios comerciais podem assumir o lugar antes ocupado pela polícia”⁵⁸¹. O legislador perde seu papel de principal instrumento para reduzir o leque de opções de possibilidades de ações⁵⁸². O Estado passa regular menos, assim há uma desregulação, sem que haja uma perda da regulação, que passa a ser exercida por forças não políticas⁵⁸³.

Bauman ressalta que a liberdade que foi tema de grandes lutas do passado, hoje tem pouca utilidade, pois não é uma liberdade de agir. Nas palavras do sociólogo:

“Nas democracias não há força coercitiva destinada a manter a dissensão à distância. No Estado democrático liberal dos dias de hoje não há campos de concentração nem departamentos de censura, enquanto as prisões inchadas como são, não tem celas reservadas para heréticos ou opositores políticos. A liberdade de pensamento, de expressão e associação alcançou proporções inéditas e nunca esteve tão próxima de ser verdadeiramente ilimitada. O paradoxo, no entanto, é que essa liberdade sem precedentes chega num momento em que há pouca utilidade para ela e pouca chance de transformar a liberdade de restrições, em liberdade de agir”⁵⁸⁴.

Isso leva o autor a afirmar que a liberdade individual somente pode ser fruto do trabalho coletivo. Essa liberdade somente pode ser exercida por meio da política, por um ‘homem político’ e não pelo ‘homem consumo’.

A afirmação de Bauman de uma mudança no mundo vai muito além da mudança identificada por Bobbio na sua teoria da função do Direito, ou mesmo em seus posteriores artigos sobre política. Porém, há pontos de encontro importantes na análise de Bobbio e de Bauman, pois em ambos é possível encontrar a necessidade de se olhar o Direito na sociedade. Há também em comum uma preocupação com a postura do homem em relação a esse Direito, que não nega o seu caráter moral, uma preocupação com a política como palco

⁵⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. P. 82.

⁵⁸² BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. P. 79.

⁵⁸³ BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. P. 80.

⁵⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. P. 174.

de mudanças sociais e a sanção também para Bobbio parece tomar outras formas.

Há uma grande diferença entre as várias fases da obra de Bobbio e talvez a parte dedicada à política tenha sido a mais inovadora para as questões de Direito. Seu último estudo na ceira do Direito, data da década de 70, com sua teoria da função do Direito. Esse estudo apesar de apresentar uma evolução na teoria juspositivista, que via o Direito como norma, não consegue abarcar a complexidade de um estudo do Direito que englobe a sociedade, a política, a moral e a cultura. Esses estudos também não assumem o Direito como um fenômeno político. Bobbio parece buscar na Política uma mudança de metodologia e de postura em relação ao positivismo jurídico. Assim, surge um Direito político, que não deixa de lado as alterações sofridas no mundo.

7.4. Sanção e as relações com a Moral

A sanção moral foi utilizada durante muito tempo entre os jusfilósofos do Direito para explicar a diferença entre as normas jurídicas e normas morais. O Direito possuía uma sanção externa e institucionalizada, enquanto a Moral possuía sanções internas e difusas. Bobbio destaca que com Kelsen essa explicação muda, pois o que passa a diferenciar os dois sistemas normativos é a estrutura do sistema jurídico⁵⁸⁵. A Moral a partir desse momento passa a não entrar nas discussões sobre o Direito e não tem mais o papel de auxiliar na diferenciação das sanções.

Bobbio utiliza-se dessa separação de Direito e Moral em quase toda a sua obra relativa à Direito. Isso pode ter acontecido, dentre outros fatores, pelo fato do jusfilósofo ter lidado com a Teoria Geral do Direito, que é mais formalista. Essa separação de moral e Direito parece não ser tão forte nas últimas obras de Bobbio dedicadas à política, que tratam de temas do Direito. Nestas obras não há mais a dependência da formalidade da Teoria Geral do Direito.

O jusfilósofo estabelece uma relação direta entre Direito e política, que é dada em grande parte pelo poder. Bobbio faz uma ligação importante entre

⁵⁸⁵ BOBBIO, N. La funzione promozionale del diritto rivisitata. P, 9

Política e moral, porém não leva adiante a relação para um Direito ligado à moral. A sanção jurídica passa a ter um papel pequeno, mesmo quando Bobbio trata do Direito Internacional e Direitos Humanos. Bobbio não chega a explorar a sanção moral, nem a sanção social quando trata da política.

A questão da Moral é altamente complicada de ser analisada em Bobbio, como também em muitos jusfilósofos. Bobbio não fala de uma moral, mas de morais existentes no mesmo espaço e tempo. Porém, a questão de valores que influenciam nas escolhas de proteção de Direito, que são dadas por meio de lutas políticas, é um dos pontos cuidados por Bobbio. Esses valores não são jurídicos, mas sim ideológicos e morais.

Nos estudos de política, Bobbio defende a necessidade de uma política que leve em conta valores e princípios morais. O Direito, como muitas vezes Bobbio afirmou, é um Direito que só pode ser político. Essas premissas poderiam levar a um silogismo lógico, de que o Direito também deveria ser pautado pela moral, mas não é isso que Bobbio faz, ou pelo menos, não explicita. Essa relação entre Direito e moral é evitada em grande parte da obra de Bobbio sobre Direito. Alguns autores como Habermas admitem que de início que o Direito deve estar pautado pela Moral, outros autores, como Kelsen, entendem que não há relação, uma vez que são de esferas diferentes. Bobbio fica no meio termo dessas duas posições, em especial nos estudos sobre política que trata de questões de Direito.

Uma das muitas críticas que a teoria pura do Direito de Kelsen recebeu foi a de que o Direito não estava pautado por nenhum fundamento moral. Essa foi uma das questões que Kelsen não incorpora em sua teoria pura do Direito, que é pautada em um estudo formal, em que se procurava afastar interferências da ideologia. Desse modo, a questão da justiça e da validade do Direito não podem ser avaliadas a partir de padrões extra-jurídicos, mas por meio de uma lógica formal. Trata-se de uma opção metodológica de Kelsen, que visava um estudo científico, mas não tinha pretensões de aplicação de sua teoria na práxis jurídica.

Bobbio procura de certa forma ultrapassar as posições de Kelsen e um desses obstáculos é a amoralidade do Direito. Tal aspecto parece ter muito mais influência da histórica e da política do que propriamente da metodologia do Direito, da teoria do Direito ou mesmo da Filosofia do Direito. Uma teoria do

Direito não pautada pela moral poderia ser utilizada por Estados totalitários, governos nazistas ou fascistas etc.. Há, depois da segunda guerra mundial, um movimento para um Direito que leve em conta padrões morais e éticos.

Para alguns juristas esse movimento contra uma teoria do Direito que não tivesse padrões morais, significou uma volta ao jusnaturalismo, em que essa preocupação existia. É nesse sentido que Bobbio é denominado, por alguns comentadores, como um dos expoentes do neojusnaturalismo, na medida em que se preocupa com um Direito pautado em padrões morais e éticos.

Como um 'positivista analítico', Bobbio não se utiliza da ética como parâmetro de validade do Direito positivado, mas sim como reforço ao Direito. Uma postura que fere a ética, ao mesmo tempo fere os princípios do Direito e assim não é apenas uma postura que mereça sanção por parte da sociedade, mas também por parte do Estado. Essa aproximação só é possível pois Bobbio trata de uma moral social e não uma moral individual, que diz respeito aos deveres para com os outros, que é a preocupação da política. É importante salientar que Bobbio parece não fazer distinção entre moral e ética, utilizando os termos como sinônimos. Isso pode ter levado a aproximação da moral com o Direito.

Bobbio não diz que ética adota, mas afirma ser necessária uma ética na política. Essa ética reflete também no Direito, uma vez que Bobbio defende a interrelação de Direito e política. Portanto, o Direito e a política devem pautar-se pela ética. Bobbio não afirma, mas deixa entender, que a ética de que fala é uma ética ligada ao Estado e também ao Direito, um pouco nos moldes da ética hegeliana (eticidade). A dificuldade de uma ética laica para Bobbio está no fato de não haver possibilidade de exigência de uma postura ética, exatamente porque esta não tem sanção que coaja a conduta.

Pode-se inferir que Bobbio entende como conteúdo de uma ética, o que chama de Direitos Humanos. Bobbio no texto "Prós e contras de uma ética laica" identifica na história quatro doutrinas morais que buscaram fundamentar não religiosamente a ética: o jusnaturalismo moderno, doutrina ética baseada em procedimento indutivo da própria ética, teoria formalista kantiana, e o

utilitarismo.⁵⁸⁶ Os Direitos humanos, com seus padrões e valores de uma sociedade que promove a igualdade, a liberdade entre todos, parece ser o que pauta aquilo que Bobbio entende como uma ética laica.

Os estudos presentes no livro “A era dos Direitos”, que fazem parte dos estudos de última fase de Bobbio, não trazem menção forte às possíveis sanções de descumprimento a esses ‘Direitos humanos’, nem de uma sanção premial em incentivo a comportamentos. Uma das poucas referências à sanção está presente em seu artigo “Contra a pena de morte” e o “Debate atual sobre a pena de morte”, respectivamente de 1981 e 1982. A pena de morte é emblemática, pois é um caso de aplicação de sanção em que ela acaba com a própria vida, que surge como um dos grandes bens do Direito contemporâneo.

Bobbio destaca os grandes filósofos que defenderam de algum modo a pena de morte, como Rousseau, Kant e Hegel. Destaca que o debate sobre a pena de morte somente começou realmente a partir do Iluminismo. Bobbio aponta Beccaria e Victor Hugo como grandes opositores da pena de morte e outras penas duras. No entender de Bobbio, o debate sobre a pena de morte leva em conta a questão da função da pena. Nas palavras do jusfilósofo: “resulta já bastante evidente que os argumentos pró e contra dependem quase sempre da concepção que os debatedores têm da função da pena”⁵⁸⁷.

São duas as funções da pena de morte: retributiva e preventiva. A primeira utiliza-se da regra da justiça como equidade (concepção ética) e a segunda utiliza a pena como um desencorajamento de comportamentos indesejados (concepção utilitarista). Há ainda outras concepções de pena como a pena como expiação, como emenda e como defesa social⁵⁸⁸. É interessante destacar que Bobbio utiliza da palavra função para tratar das sanções.

Bobbio mostra-se contra a pena de morte e apresenta um fundamento que não é propriamente jurídico, mas fundado em uma posição moral. Nas palavras de Bobbio:

“... busquemos dar uma razão para nossa repugnância frente à pena de morte. A razão é uma só: o mandamento de não matar. Não vejo outra.

⁵⁸⁶ BOBBIO, N. Prós e Contra uma ética laica. Antologia, p, 182.

⁵⁸⁷ BOBBIO, N. Contra a pena de morte. In: A era dos Direitos. P,170.

⁵⁸⁸ BOBBIO, N. Contra a pena de morte. In: A era dos Direitos. P,170.

Fora dessa razão última, todos os demais argumentos valem pouco ou nada; podem ser contraditados por argumentos que têm, mais ou menos, a mesma força persuasória”⁵⁸⁹.

Nesses textos não há a defesa de uma não sanção, mas sim a defesa de um outro tipo de sanção. Bobbio entende que a pena de morte não deve ser aceita, porém não se coloca contra a pena de restrição de liberdade que é amplamente aceita nos países ocidentais democráticos. O foco da discussão bobbiana está sobre a legitimidade do Estado de imprimir a sanção de morte. Assim, trata-se de uma discussão sobre a gradação da sanção e sobre qual valor ela pode recair (vida ou liberdade).

No decorrer de suas obras Bobbio demonstra uma preocupação cada vez maior com a relação Direito e Moral. Nas obras sobre Direito escritas no início de sua carreira e as relativas a estudos de inspiração kelseniana, a menção sobre o tema da moral é ainda mais rara. Essa relação parece ter sido acentuada na passagem de Bobbio para os assuntos de Política. A passagem parece indicar muito mais que uma mudança de conteúdo. Entende-se que a passagem proporcionou um modo diferente de encarar o Direito, que não tinha como base os pressupostos de uma Teoria Geral do Direito.

Assuntos antes evitados, como a moral, passam a ser encarados com mais facilidade e podem fazer parte das considerações sobre o Direito, agora entendido em um conceito mais amplo. Isso pode ter levado Bobbio a fazer essa importante afirmação:

“... A passagem do Direito à política é absolutamente necessária para entender o Direito. E a passagem do Direito e da política para as exigências de certos princípios morais é necessária hoje, não só para entender, como também – e com isso eu concludo – para sobreviver”⁵⁹⁰.

Bobbio não opõe a política à moral, chegando a propor que ambas têm códigos diferentes, porém é necessário que se pautem a vida não só por padrões da política, mas também da moral. É nesse sentido a afirmação de Bobbio:

⁵⁸⁹ BOBBIO, N. Contra a pena de morte. In: A era dos Direitos. P,177.

⁵⁹⁰ BOBBIO, N. Palestra na UNB. In: Norberto Bobbio, um jusfilósofo de nosso tempo. P, 35.

“Não se pode reduzir tudo à política, como se a única regra do comportamento humano fosse à conformidade com seu escopo. Entre os muitos efeitos deletérios da politização da vida está a indiferença moral”⁵⁹¹.

A política aqui é entendida nos termos de política estatal dos governantes, porém há um sentido mais largo, que a política é palco de atuação do povo para mudanças sociais e implementação de Direitos. Nesse último sentido é que se pode pensar em um Direito político a partir de Bobbio, no sentido que é algo mais do que o Direito Estatal e que se pauta por parâmetros éticos. Moral e política são entendidos como dois códigos diferentes, mas necessários. Somente as duas, atuando conjuntamente, podem fazer com que o homem possa viver melhor em sociedade. Nas palavras de Bobbio:

“Moral e política, as duas éticas que nos governam e que são incompatíveis entre si, existem e continuam a existir porque nem uma nem outra são em si mesmas suficientes para garantir em conjunto a convivência civil e a sobrevivência. A moral ou ética dos princípios não garante a segunda; a política ou ética dos resultados úteis não garante a primeira”⁵⁹².

Na obra “La utopia capovolta” Bobbio trata de diversos assuntos da democracia moderna, em especial sobre questões políticas, ressaltando a necessidade da ética na Política, em especial no processo de eleição. Esta reunião de textos destaca a preocupação com a ética e o Direito, que não estava presente nas obras iniciais de Bobbio.

Bobbio entende que os Direitos Humanos passam a ser encarados como conteúdo de uma ética, que será utilizada para pautar o Direito positivado, é uma alteração significativa frente aos padrões do juspositivismo. Esses ‘Direitos Humanos’ podem ser utilizados como valor para construção e interpretação das normas, mas também como uma moldura de validade das normas jurídicas positivas. No primeiro modo, os ‘Direitos humanos’ são compatíveis com o juspositivismo, pois não viram padrão de validade. É no segundo modo, aquele em que os Direitos Humanos servem como padrão de validade, que há uma verdadeira mudança. Isso não permite um Direito que seja amoral e traz de novo para a discussão do Direito a questão de como

⁵⁹¹ BOBBIO, Norberto. As ideologias e o poder em crise. p. 125.

⁵⁹² BOBBIO, N. As Ideologias e o poder em crise. p. 121.

medir esses padrões extralegais aos quais devem ser submetidas às normas jurídicas. É possível encontrar na questão da moral mais uma das alterações que Bobbio faz ao tratar do tema do Direito no âmbito da Política.

7.5. Sanção e a relação com a Política

O jusfilósofo italiano, na fase que se dedica aos estudos de Política, afirma diversas vezes que o Direito está interligado com a Política. Mesmo em fase anterior Bobbio afirma a importância da política e do poder ao atuarem como fundamento de validade da norma fundamental, que estrutura o ordenamento jurídico. O Direito tem declaradamente um caráter político. Porém, Bobbio não chega a afirmar com todas as letras, que a sanção também tem um caráter político importante, além do técnico. A sanção, para Bobbio, tem um componente ideológico e pode variar de acordo com a postura política do Estado.

Quando Bobbio trata da teoria da função do Direito, busca na sanção não somente um elemento da estrutura, mas um instrumento da função do Direito: promover e coibir comportamentos. Na fase posterior, que trata de estudos de Política, a discussão sobre a questão praticamente some. Porém, isso não quer dizer que sua concepção de Direito não leve em consideração a sanção. Bobbio em nenhum momento se torna um adepto do não-sancionamento.

Não há referência também a questão da sanção positiva. Essa, que poderia ser um importante elemento para o desenvolvimento de um novo Direito, não aparece em seus estudos sobre política. O Direito está, o tempo todo, presente nos estudos de política, porém Bobbio não destaca a questão da sanção. Isso leva a pensar que, embora tendo mudado de campo de estudo, a sanção ainda continua presente quando Bobbio trata do Direito. A sanção é um tema essencial à Teoria Geral do Direito, mas não propriamente da Política. Assim, a sanção não é considerada para Bobbio um elemento da Política, mas do Direito político.

A postura de assumir que a sanção é política é feita por outros autores como Otto Kirchheimer e Georg Rusche. Como elemento da política, a sanção

é abordada a partir de uma concepção de Direito que é também política. Os autores alemães propõem uma explicação da necessidade da sanção na sociedade, não a partir de um Direito, mas por meio da política. Otto Kirchheimer e Georg Rusche, no livro “Punição e Estrutura social” de 1939, destacam o caráter político da sanção, em especial da pena de liberdade à partir de uma crítica marxista. Os autores visam ressaltar que a pena e sua quantificação que tem relação com o crime cometido e não fazem com que ocorra uma diminuição daquele crime. Desse modo, o caráter “educativo” da pena não existe e a esta resta o caráter de vingança social, que não trazem para a sociedade nenhum ganho.

A pena é entendida para os autores como um instrumento que tem história e se desenvolve com o capitalismo. Destacam que a pena possui diversas faces que foram mudando ao longo da história: morte, trabalhos forçados, deportação e a restrição da liberdade pela prisão. Essa última, como deriva das casas de correção, buscava tornar a força de trabalho dos indesejáveis, socialmente útil. Concluem que o crime está ligado ao desenvolvimento econômico.

Essa tese é formulada por Rusche em artigo específico da Revista de teoria crítica, de 1933. Em cada tipo de mercado de trabalho há uma pena específica. Em épocas em que há um grande número de trabalhadores para um mercado de trabalho restrito, há pouco cuidado com os presos e esses são deixados à sua sorte. Em épocas em que se requer muita mão de obra, os presos são utilizados como mão de obra, pois não ameaçam tirar os empregos das pessoas livres. Com isso, cria-se uma reserva de mão de obra, que fica alocada fora da sociedade e que é utilizada quando necessária. Os autores afirmam que “a pena como tal não existe, existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas”⁵⁹³.

A pena é abordada não como uma relação com o Direito, mas sim com uma postura política adotada pela sociedade capitalista. Desse modo, a sanção não é um elemento do Direito, mas é uma prática desenvolvida por meio do Direito. Nas palavras dos autores:

“Para adotar uma abordagem mais profícua para a sociologia dos sistemas penais, é necessário despir a instituição social da pena de seu viés

⁵⁹³ KIRCHHEIMER & RUSCHE. Punição e Estrutura social. P, 19.

ideológico e de seu escopo jurídico e, por fim, trabalhá-la a partir de suas verdadeiras relações. A afinidade, mais ou menos transparente, que se supõe existir entre delito e pena e impede qualquer indagação sobre o significado independente da história dos sistemas penais. Isso tudo tem de acabar. A pena não é nem uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente, seja de sua concepção jurídica, seja de seus fins sociais”⁵⁹⁴.

A proposta dos autores é que a sanção não está ligada ao Direito mais sim à política e em especial à economia. Os autores propõem que outras penas sejam utilizadas pelo Estado, uma vez que a pena de liberdade não traz nenhum ganho para a sociedade. A pena proposta pelos autores como um ideal a ser buscado é a pena de multa ou fiança. Nesse sentido, há uma relação com a proposta de Bobbio ao incentivar as sanções positivas e outros tipos de sanções que não as restritivas e punitivas. Para os autores alemães a emancipação não pode ser feita com a abolição das sanções, porém já há um ganho considerável com a implantação de sanções mais brandas.

Bobbio não se arrisca em proposta tão radical, porém destaca a importância da política para o Direito. Na fase em que Bobbio trata das questões de Política, a sanção não é abordada em primeiro plano. A sanção não é assumida por Bobbio como um aspecto da política, porém é possível, de certa forma, deduzir isso de seus textos, uma vez que o conceito de Direito passa a também ser político.

Na coletânea de artigos que tem como título “O problema da guerra e as vias da paz”, Bobbio relaciona a sanção com o pacifismo e com o controle Estatal. A ‘não-violência’ sempre é pensada a partir do indivíduo, mas nunca do Estado, uma vez que Bobbio entende que o Estado é o legitimado para exercer a força e a violência. O Direito não é mais o principal instrumento para se coibir a não violência, mas sim a democracia. Isso pode ser inferido no seguinte trecho:

“O exemplo mais elevado e mais convincente do método não-violento para a solução de conflitos sociais, não é preciso ir muito longe para

⁵⁹⁴ KIRCHHEIMER & RUSCHE. Punição e Estrutura social. P, 19.

encontrá-lo. Felizmente, nós o experimentamos todo dia até em nosso país: trata-se da democracia”⁵⁹⁵.

O Direito não é visto por Bobbio, nessa fase que corresponde à década de 80 e 90, de forma autônoma, mas sempre associado ou mesmo subsumido na Política. A democracia será um dos temas mais abordados por Bobbio, pois sem ela não se garante os Direitos humanos, nem os Direitos de liberdade. Para Bobbio, a democracia e o liberalismo vão estar intimamente ligados, o que leva o autor a uma concepção muito específica de política, com inúmeras conseqüências.

Outro autor que entende que o Direito está perpassado pelo político é Carl Schmitt. A proposta do autor em “O político” é fazer uma crítica à intervenção do Estado em todas as esferas, não havendo mais lugar para a política se desenvolver. Bobbio entende que a política é possível e que essa pode ser desenvolvida quando há democracia. Para Bobbio, o Estado não desaparece apesar de perder sua força, porém essa perda é criticada. O jusfilósofo italiano vê crise, mas não transformação. Para solucionar a crise há de se garantir e efetivar os Direitos.

Bobbio, em seus estudos de Política, retrata o regime democrático como aquele que pode assegurar uma sociedade melhor. Bobbio apresenta uma definição daquilo que minimamente a democracia tem de ter para ser considerada como tal, assim afirma:

“por regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”⁵⁹⁶.

Porém, é na democracia como valor que o jusfilósofo traça uma relação interessante com as questões da sanção. Entende-se democracia como valor quando esse termo é utilizado para caracterizar não somente um regime de Estado, mas para caracterizar coisas, coletividades, pessoas, etc., imputando a eles um conjunto de valores positivos como próprios da democracia como regime.

⁵⁹⁵ BOBBIO, N. O problema da guerra e as vias da paz. P, 47.

⁵⁹⁶ BOBBIO, Norberto. O futuro da Democracia. p, 22.

A democracia como valor vira a grande panacéia e a sanção some da pauta. Há uma substituição da sanção pela democracia nos estudos de Bobbio de política, pois a sanção e a democracia atuam como formas de controle social. A sanção, que necessita de positivação, não acompanha a rapidez e complexidade da sociedade moderna, que passa a ter normas cada vez mais em descompasso com os valores e fatos. Em seu lugar surge a democracia como valor, que tem como papel servir de controle social. A democracia necessita de um procedimento regulado político e socialmente, que coíbe as condutas não desejadas. Esse procedimento estabelece regras que são utilizadas, pela democracia como valor, para pautar os comportamentos.

A democracia como valor é identificada por Bobbio como um conjunto de regras de convivência, como um instrumento para a liberdade. É nesse sentido que a democracia se aproxima da sanção, ao exercer um papel de direção social. Não se trata necessariamente de coerção, uma vez que pode também se assemelhar à sanção positiva, com um papel de promoção social. É nesse sentido que Bobbio parece definir a democracia:

“A democracia não é, em si mesma, um valor absoluto, como a justiça, a liberdade, a felicidade, mas é um método, um conjunto de regras de convivência, as chamadas “regras do jogo”. O único método até agora inventado e aplaudido para obter o acordo numa sociedade de seres desiguais e dominados por paixões, instintos associativos, interesses egoístas, e para alcançar o máximo de justiça, de liberdade e de felicidade entre os homens. Como é difícil fazer entender uma coisa tão simples! Fazer entender que a democracia é um instrumento e apenas um instrumento. Mas um instrumento sem o qual a liberdade relativa não se transforma por encanto em liberdade absoluta convertendo-se no seu contrário, na escravidão, e a justiça em opressão e a felicidade na infelicidade geral”⁵⁹⁷.

A sanção ainda vai ser utilizada fortemente nos casos em que há uma previsão legal, porém nos casos em que não há positivação é a democracia como valor que regula o que o Direito não faz. Devido à complexidade e rapidez da sociedade moderna, ainda há muitos casos em que não há positivação, mesmo aumentando em grande escala o processo legislativo. Isso

⁵⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. p. 133.

só é possível porque essa democracia traz para o âmbito da sociedade um cunho normatizante, como era próprio do Direito e da sanção. Ela, conjuntamente com outros mecanismos de controle social, passa a fornecer os parâmetros às condutas sociais, uma vez que o Direito não consegue reger a grande quantidade e a complexidade das condutas⁵⁹⁸.

Mesmo no Direito, a democracia como valor começa a ter um papel importante na interpretação das normas, direcionando as palavras da norma para um conteúdo valorado por padrões democráticos. A democracia entra na hermenêutica jurídica e consegue selecionar, dentre as possíveis interpretações, àquelas que são desejáveis e refutar as indesejáveis para uma determinada sociedade. A sanção jurídica não chega a sumir, porém perde sua força.

De certa forma, isso lembra os comentários de Jean Cruet, quase um século antes, ao falar da perda do papel do Direito como regulador da sociedade. Cruet afirma que: “o Direito não domina a sociedade, exprime-a”⁵⁹⁹. Jean Cruet acredita que as leis são inúteis na maior parte das vezes, pois elas apenas expressam o que a sociedade já resolveu e regulou espontaneamente. Esse é o caso do Direito de família, do Direito administrativo, do Direito contratual, do Direito econômico; que apesar das proibições presentes na legislação, apresentam na jurisprudência inovações, possibilitando mudanças sociais que pela lei eram impossíveis.

Para Cruet não é a sanção nem a autoridade que levam ao respeito às leis. Afirma que leis são obedecidas não segundo a autoridade que as emana, mas sim de acordo com seu conteúdo⁶⁰⁰. As leis são respeitadas não porque há um Estado que as obriga, mas sim porque, sendo boa, é uma necessidade respeitá-las. “Mas a sanção das leis é toda relativa; o Estado, porque é Estado, não é necessariamente senhor de impor pela força a todos os cidadãos a

⁵⁹⁸ Ao contrário de Bobbio que vê a democracia como valor um conceito positivo, Lipovetsky vê na democracia como valor uma limitação trazida ao homem na modernidade. Tudo que tem o rótulo de democrático, passa a ser bom. Lipovetsky utiliza uma expressão para criticar esse fenômeno: “homo democraticus”. O autor afirma que com os valores democráticos há uma legitimação de todos os temas na sociedade, que leva a quase impossibilidade de ruptura da ordem. LIPOVESTSKY. A era do vazio.

⁵⁹⁹ CRUET, Jean. A vida do Direito e a inutilidade das leis. p. 336.

⁶⁰⁰ CRUET, Jean. A vida do Direito e a inutilidade das leis. p. 222.

observação integral das suas obrigações jurídicas e, de um modo geral, se os cidadãos respeitam a lei é porque querem respeitá-la”⁶⁰¹.

As leis não são respeitadas porque há uma sanção, isso porque muitas vezes essa sanção não é aplicada ou não tem nem sequer chances efetivas de ser aplicada. A sanção é um mecanismo caro e complicado para o Estado, “se a lei algumas vezes é útil, nunca é gratuita”⁶⁰². Isso leva Cruet a afirmar:

“Na maior parte dos países, começa-se a dar conta que a execução das leis é uma espécie de indústria extremamente difícil e complicada, e, como todas as indústrias, deve obedecer ao grande princípio da divisão do trabalho”⁶⁰³.

A lei é cumprida devido à boa vontade do povo e não por existir mecanismos efetivos que exijam seu cumprimento. “De um modo geral a vida cotidiana decorre estranha aos textos legislativos; a lei corrente das relações sociais é a confiança mútua, e nesta quase não se vê intervir o cuidado da estrita legalidade, dado que ultrapassa as exigências médias da moralidade pública. Numa palavra, tudo se passa, como se não houvesse leis”⁶⁰⁴. O cidadão observa as leis sem que para isso precise conhecê-las. “A boa fé é o óleo invisível que amacia o funcionamento da engrenagem jurídica. Compare-se socialmente o homem que sabe viver em amizade, com aquele que leva a vida de código na mão!”⁶⁰⁵.

Cruet quase prevendo a ‘modernidade líquida’ em sua volatilidade e rapidez das regras jurídicas, define o Direito, nas seguintes palavras:

“O Direito (...) é a conclusão de um imenso silogismo prático, em que a premissa maior é constituída pelos desejos, necessidades e apetites da sociedade, e a menor pelas suas crenças, idéias e conhecimentos; toda a modificação no estado dos desejos ou das crenças tem necessariamente a sua repercussão jurídica, segundo a intensidade do abalo regenerador. Legislar é, portanto, tecer sem parar a teia de Penélope, e é já, para o

⁶⁰¹ CRUET, Jean. A vida do Direito e a inutilidade das leis. p. 223.

⁶⁰² CRUET, Jean. A vida do Direito e a inutilidade das leis. p. 227.

⁶⁰³ CRUET, Jean. A vida do Direito e a inutilidade das leis. p. 225.

⁶⁰⁴ CRUET, Jean. A vida do Direito e a inutilidade das leis. p. 260.

⁶⁰⁵ CRUET, Jean. A vida do Direito e a inutilidade das leis. p. 263.

legislador, antes de organizar o Direito de futuro, uma tarefa esmagadora manter o Direito de ontem a par da sociedade presente”⁶⁰⁶.

Bobbio muda seu conceito de Direito, muito ligado aos moldes de um positivismo e do formalismo, para um Direito que contempla a política e, como na definição de Cruet, também tem de dar conta dos desejos, necessidades e apetites da sociedade. Esses Direitos tratam da implementação dos Direitos humanos, de uma necessidade de processos democráticos na política, do liberalismo, do capitalismo etc..

A política é encarada, na fase dos estudos de política de Bobbio, como um estudo que não exclui, mas auxilia o Direito. Bobbio afirma que o que une os estudos sobre história, ciência política e Direito, são o objeto. Porém, o que os diferencia é o ponto de vista para encarar esse objeto. Bobbio parece voltar à distinção entre mundo do dever-ser e do ser para diferenciar o jurista do cientista político, um que busca descrever uma descrição da norma e outro que busca a descrição do mundo. O jurista não nega o trabalho da ciência política, nem sua existência, mas não lida com ela. A metáfora de Bobbio é muito interessante nesse aspecto:

“A estrutura normativa de uma sociedade é uma rede com malhas mais ou menos largas, que apanha os peixes que apanhar; mas, para o sociólogo, são peixes também aqueles que estão fora da rede, embora muito mais difícil de observá-los e, frequentemente, o único modo de observá-los seja pescá-los (e nessa operação o jurista e o sociólogo podem ajudar-se mutuamente)”⁶⁰⁷.

A ciência política ganhou importância ao se livrar dos velhos entraves, mas também por uma transformação da sociedade, que se tornou uma sociedade de massas. Desse modo, os métodos da ciência política com aplicação de uma metodologia generalizante, com seus estudos de tipos, tornaram-se muito convenientes para poder explicar uma sociedade complexa e de grandes proporções como é a sociedade atual.

A sanção na política de Bobbio é mostrada como uma sanção que possui uma ideologia e, portanto, que é fruto de uma decisão política. Isso acontece no mesmo momento que a sanção na política de Bobbio perde sua

⁶⁰⁶ CRUET, Jean. A vida do Direito e a inutilidade das leis. p. 250.

⁶⁰⁷ BOBBIO, N. Ensaio sobre ciência política na Itália. p. 30.

importância, perdendo espaço para a democracia como valor, porque o Direito não dá conta de regular uma sociedade complexa. Os conceitos, padrões, teorias que o Direito se utiliza começam a ficar muito a reboque daquilo que está sendo feito e entendido na sociedade, nos seus mais diferentes aspectos. O Direito paga o preço da sua positivação, que não acompanha a incessante e cada vez mais rápida alteração. Isso não só dificulta a atuação das pessoas que lidam com o Direito e daqueles que querem conhecê-lo, mas modifica o papel da sanção como elemento essencial do Direito.

Com isso, se poderia dizer que a sanção como estrutura ainda permanece no ordenamento jurídico, porém sua função foi alterada, uma vez que não serve mais na nova sociedade. O descompasso da norma gera uma baixa aplicação da sanção, ou mesmo a sua total desconsideração. A volatilidade do mundo também atinge a sanção, para manter o controle social surgem outros mecanismos, dentro e fora do âmbito do Direito. A democracia como valor parece ser no âmbito da Política, para Bobbio, esse mecanismo.

7.6. Sanção como elemento para conceituação do Direito

A sanção foi utilizada por jusfilósofos, ao longo da história, como um dos elementos fundamentais para a definição do Direito. Vista pela estrutura ou pela função do Direito, a sanção aparece em destaque, devido ao padrão adotado de Direito, que tem foco a coerção para se atingir a paz na sociedade. A sanção é utilizada para definir o que se entende de Direito, porque a própria noção de Direito pressupõe que haja coação.

Bobbio apresenta várias fases em que define o Direito de diferentes maneiras, porém em todas elas há uma busca por se afastar do modelo kelseniano, que se utiliza de uma metodologia em que o Direito é definido de uma maneira muito estrita. É possível encontrar na obra de Bobbio o Direito definido como linguagem, como um ordenamento jurídico etc.. O jusfilósofo italiano busca sair da definição do Direito como um conjunto de normas sancionadoras.

Já nos cursos de 'Teoria da Norma Jurídica' e 'Teoria do Ordenamento jurídico', Bobbio define o Direito como um tipo de ordenamento jurídico. O

Direito já não é definido como norma, nem como sanção, mas é um ordenamento com eficácia reforçada. A tentativa de Bobbio ao formular sua teoria da função do Direito foi acrescentar a questão da sanção positiva e alterar o conceito de Direito. Porém, seu conceito não deixava de estar preso na tradição que entende o Direito como portador de alguma sanção, de um controlador social.

Grande discussão foi gerada em torno do problema da sanção, não só no âmbito da Filosofia do Direito, mas também nas áreas específicas de Direito, em especial o Direito penal. O Direito Internacional foi muitas vezes colocado em dúvida sobre seu estatuto de Direito, pois eram raros os casos de previsão ou mesmo aplicação de sanções organizadas (concentradas). Dessa maneira, os estudiosos desse ramo do Direito, estabeleceram a distinção entre sanções organizadas, que são aquelas instituídas por um aparato estatal ou por uma organização, e as sanções difusas, que são definidas por exclusão, ou seja, não são sanções organizadas.

Bobbio entende que o Direito internacional pode ser Direito, mesmo tendo sanções difusas, porque utiliza de um conceito mais largo de Direito. Citando Kelsen, Bobbio afirma que é possível um Direito Internacional, pois, pode-se ter ordenamentos jurídicos concentrados ou descentrados. É interessante apontar que esse Direito não deixa de ter sanção, que para Bobbio se dá na figura da guerra. Para Bobbio, a guerra é uma forma de sanção organizada, como se pode ver no seguinte trecho:

“Note-se que a resposta que um Estado dá a outro Estado, ou seja, a sanção de um Estado em relação a outro Estado é a guerra. Se o Direito internacional é Direito, é porque se considera a guerra como uma sanção organizada. A guerra não difere da organização da polícia”⁶⁰⁸.

O que está em jogo nessa discussão é outra vez o caráter da sanção como elemento identificador do Direito. Bobbio entende que “não há razão para negar caráter jurídico a um ordenamento somente porque a instituição da força e, portanto, da sanção, em vez de concentrada no poder estatal, é difusa no sentido de que o Estado possui a organização da força”⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ BOBBIO, N. O público e Bobbio. In: Bobbio no Brasil: um retrato intelectual. P, 110.

⁶⁰⁹ BOBBIO, N. O público e Bobbio. In: Bobbio no Brasil: um retrato intelectual. P, 110.

Quando Bobbio passa a estudar a função do Direito, é a função que passa ser o diferenciador do Direito e dos outros sistemas de controle social. Bobbio retoma essa posição de Jhering⁶¹⁰, porém não pode abandonar o que ele chama de estrutura, a saber: a norma jurídica com sanção, no aspecto estático e o sistema de normas escalonadas de Kelsen, no aspecto dinâmico.

A teoria da função do Direito de Bobbio buscava um novo conceito de Direito, que fosse mais amplo do que a mera norma. Bobbio queria analisar não só a estrutura do Direito, mas também suas funções. Esses dois tipos de estudos não se anulavam, mas se complementavam. Pode-se estudar a estrutura de um prédio e conjuntamente as suas funções. Bobbio pretende, com o estudo da função do Direito, ir além da teoria kelseniana. A mudança na noção de Direito também causa uma mudança no conceito de sanção. Bobbio amplia o conceito de Direito até então utilizado pela grande maioria dos jusfilósofos e o Direito, que tinha características praticamente só coercitivas, passa a ser também um Direito promocional.

Porém, o jusfilósofo italiano parece não ter atentado para o fato de que a estrutura do Direito kelseniana se bastava na estrutura das normas. Como Bobbio pretende um conceito de Direito que não restrinja o Direito à norma, poderia-se concluir que para Bobbio existiriam outras estruturas. Assim, poderia-se pensar em uma estrutura da norma, estrutura do poder judiciário, estrutura da burocracia e também suas funções. Bobbio, quando trata da função do Direito, utiliza-se da estrutura formulada por Kelsen e, desse modo, só trata da função da norma. Essa estrutura tem como funções a promoção e a coerção que se manifestam na sanção positiva e negativa. Desse modo, a proposta de Bobbio de estudar a função do Direito parece ter ficado restrita a estudar a função da norma.

Surge uma nova sanção que é a sanção positiva. As normas não deixam de ser caracterizadas pela sanção, pois ainda está se olhando para o Direito como norma. Uma mudança de paradigma requer um giro muito maior, com um possível abandono do positivismo jurídico. A crítica ao positivismo jurídico não é radical, pois Bobbio ainda aceita diversos pressupostos dessa teoria, que entende como parte integrante do que é Direito.

⁶¹⁰ BOBBIO, N. Do uso das grandes dicotomias na teoria do Direito. In: Da Estrutura a função. p, 136.

Na última fase de Bobbio, relativa aos estudos de Política, a sanção passa a ser considerada como o Direito, perpassada pela Política. Assim, o próprio conceito de sanção passa a ser político. A sanção ganha até uma outra cara que é a democracia como valor. Bobbio não está aqui preso aos cânones do positivismo jurídico e pode construir um outro modelo, com novos paradigmas e conceitos. Com isso, o Direito político de Bobbio passa a ser pautado pela democracia, como instrumento de direção social. Bobbio pode englobar agora a sociedade e analisar o Direito a partir desta.

A mudança de área, ou seja, do Direito para a Política, possibilitou também uma mudança metodológica e um crescimento qualitativo do objeto Direito à medida que este se ampliou. O que se pode entender é que somente nessa fase o Direito deixa, no entender de Bobbio, de ser definitivamente somente norma para ser um fenômeno jurídico e social altamente complexo.

Bobbio mostra, por meio de sua trajetória com os diversos conceitos de Direito e na sua busca em superar os paradigmas instaurados pela teoria pura de Kelsen, que o Direito é uma construção histórica. Bobbio também aponta para a historicidade do Direito ao ressaltar as diferentes formulações de conceitos ligados ao Direito, em diversos filósofos, jusfilósofos e juristas. Porém, não é somente a história que influi no conceito do Direito, mas também a ideologia. Assim, pode-se concluir que o Direito é definido a partir de sua condição histórica e ideológica.

A história das diferentes posições sobre o Direito garante uma sensação de perpetuação dos conceitos (como ocorre na História do Direito Romano antigo), ao mesmo tempo em que também mostra a eterna mudança dos conceitos de Direito e de conceitos relacionados a este. A transformação no Direito é apontada por José Reinaldo de Lima Lopes, no seguinte trecho:

“o Direito não é isto mesmo que temos hoje, seja no seu conteúdo, seja na sua forma. Isto que temos hoje é uma realização concreta e histórica, capaz de ser transformada”⁶¹¹.

Bobbio mostra como os conceitos de Direito se alteram e não raro sofrem de novidades metodológicas. A sanção é um dos elementos do Direito que permite que o caminho metodológico seja reconstruído. Isto porque Bobbio

⁶¹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito, Justiça e Utopia. In: FARIA, José Eduardo (org). A crise do Direito numa sociedade em mudança. p. 72.

busca, por diversos meios, superar os obstáculos colocados pelo positivismo, por meio de diferentes caminhos como, uma teoria da linguagem, uma teoria lógica, uma teoria da função e, por fim, de uma teoria política.

Considerações Finais

A modernidade apresenta uma série de alterações na sociedade que se reflete no Direito, trazendo alterações que não se encaixam as velhas teorias. Surgem novos pontos de vista, novos conceitos e objetos, diferentes maneiras de se encarar instituições e órgãos, novos Direitos e sujeitos de Direito etc.. As transformações são cada vez mais rápidas, tornando o Direito positivado obsoleto e a teoria do Direito problemática. A esse panorama se soma a dificuldade de sistematização das novas teorias do Direito, que não conseguem abarcar a complexidade, perdendo para o paradigma hegemônico que simplificam essa complexidade reduzindo conteúdos importantes e não raro adaptando situações novas a antigas explicações teóricas.

Há uma constante tentativa de superação das teorias do Direito, para adaptá-las as modificações da sociedade moderna. Uma dessas modificações foi o que levou Bobbio a pensar em um outro modo de pensar o Direito, através das sanções positivas e da função promocional do Direito. Esse conceito de sanção positiva não era largamente utilizado, apesar de existir em jusfilósofos antes de Bobbio. O Direito que era visto como primordialmente coercitivo ganha também um papel de promover comportamentos.

Esse crescimento das sanções positivas decorre, segundo Bobbio, de uma nova posição do Estado, que aprova leis que incentivam alguns tipos de conduta. Muda-se a forma de controle social, que ocorre antes da realização da conduta. A hierarquia das fontes do Direito, estruturada a partir de um escalonamento, passa a ter menos relevância e isso dá força a fontes que eram antes consideradas menores, como os contratos. O poder econômico ganha relevância e começa a ser utilizado nas normas, incentivando comportamentos. O sujeito da norma passa a atuar diretamente e inverte-se a relação dever/Direito nas normas com sanção positiva. A validade da norma que era o critério utilizado pelo positivismo jurídico, perde cada vez mais força para o critério da eficácia, que não é um critério facilmente verificável pela lógica, mas que contempla uma maior complexidade.

A ciência em quase todos os campos dos saberes se assume como um fenômeno marcado por ideologias. O Direito mesmo adotando um paradigma

de “ciência neutra”, começa a se modificar por meio da crítica ao juspositivismo. Este passa a sofrer os mais diversos ataques, uma vez que seus conceitos, modelos e teorias encontram cada vez mais dificuldade de explicar o mundo do Direito.

Bobbio é um dos críticos do juspositivismo, que não negava a contribuição deste para o estabelecimento de uma ciência do Direito, mas que defendia que o Direito não se restringia às normas, nem as sanções negativas, que possuía uma ideologia marcada, e não poderia ser entendido fora de discussões políticas sobre o poder. As diversas fases de sua obra marcam a procura por uma teoria que pudesse explicar melhor o mundo e superar os problemas do positivismo jurídico. Esse itinerário de Bobbio pode ser feito dentre outras maneiras, a partir do conceito de sanção: 1) ao assumir os pressupostos do positivismo jurídico admitindo uma sanção, que é eminentemente coercitiva, 2) quando trata das sanções positivas com sua teoria da função do Direito e 3) quando faz estudos de política utilizando-se de um conceito de Direito e de sanção políticas.

Ao abordar a função do Direito foi uma das grandes inovações trazidas por Bobbio, tentando sair da estrutura lógica que apenas estudava as normas em sua estática e sua dinâmica. Porém, nesses estudos Bobbio ainda parece se restringir a funções da norma, não alargando para as funções do Direito. Bobbio não defende em nenhuma de suas fases que o Direito é restrito a normas. Entende-se que Bobbio propôs uma inovação ao paradigma juspositivista, porém não o alterou significativamente, uma vez que o conceito de Direito ainda continuava semelhante.

Quando Bobbio passa a lidar com os estudos de política, seu conceito de Direito não está mais preso no formalismo. Ao tratar do Direito fala de um Direito político, muitas vezes transcendendo ao Direito estatal. Os paradigmas do juspositivismo parecem ter sido deixados de lado, justamente com a abordagem a partir da Teoria Geral do Direito. A abordagem do Direito desta fase se encontra distante dos primeiros estudos de Bobbio. Apesar da difícil sistematização de seu pensamento sobre Direito nessa fase, parece ser a mais inovadora, em especial se tratando de um jurista, pois necessita de uma negação dos padrões que se tornaram hegemônicos nos estudos de Direito.

A sanção é um dos elementos que se refere diretamente ao conceito de Direito, permitindo refazer a trajetória de Bobbio a partir dele. A sanção era um dos instrumentos de maior atuação do Direito na sociedade, ao regradar os comportamentos. Bobbio na fase que trata de uma teoria da função do Direito, a sanção não perde seu papel, mas ganha mais um, que é a promoção de comportamentos. Na fase ligada aos estudos políticos, o Direito não precisa mais ser definido a partir da sanção e essa ganha um novo papel. Ainda há direção social de comportamentos, porém o Direito concorre agora com outros mecanismos sociais.

Bobbio abre uma grande porta para a discussão de um Direito, que não assume todos os paradigmas juspositivistas. Essa é apenas uma das portas que os estudiosos do Direito passaram a percorrer, para pensar um Direito mais conectado com mundo. A obra de Bobbio mostra este difícil caminho de abrir portas, no meio da pedra dura e consolidada da teoria juspositivista. Porém, surgiu com Bobbio um novo conceito de Direito por trás de uma discussão sobre os limites e papéis da sanção.

BIBLIOGRAFIA

a) Obras de Bobbio

Sobre Direito

- BOBBIO, NORBERTO. Teoria do Ordenamento jurídico. (trad. Maria Celeste Leite dos Santos) 6 ed, Brasília, UNB, 1995.
- _____. Teoria dell'ordinamento giuridico. Torino. G. Giappichelli, 1960.
- _____. Teoria da Norma jurídica. 2 ed., Bauru, Edipro, 2002.
- _____. Teoria della norma giuridica. Torino: G. Giappichelli, 1958.
- _____. Teoria general del derecho (trad. Eduardo Rozo Acunã). Bogotá, Editorial Temis, 1987.
- _____. Teoria della scienza giuridica. Torino, Giappichelli, 1970.
- _____. Scienza del diritto e analisi Del linguaggio. In: Diritto e Analisi Del linguaggio. Milano, Comunità, 1976.
- _____. Contribucion a la Teoria del Derecho. Valencia, Fernando Torres, 1980.
- _____. La consuetudine come fatto normativo. Padova, CEDAM, 1942.
- _____. Studi per una teoria generale del diritto. Torino, Giappicheli, 1970.
- _____. Studi sulla teoria generale del diritto. Torino, Giappicheli, 1955.
- _____. Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto. Milano, Ed. di Comunita, 1977.
- _____. Da estrutura à função. (trad. Daniela B. Versiani). Barueri: Manole, 2007.
- _____. Derecho y lógica (trad. Alejandro Rossi). México, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.
- _____. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do Direito. (trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues). São Paulo, Ícone, 1995.
- _____. Il positivismo giuridico. Torino, Cooperativa Libreria Universitária, 1986.
- _____. Giusnaturalismo e positivismo político. Milano, Ed. di Comunita, 1977.
- _____. Política e Cultura. Torino, Einaudi, 1955.
- _____. Diritto e potere :saggi su Kelsen. Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992.
- _____. A era dos Direitos. (trad. Carlos Coutinho).11 ed., Rio de Janeiro, Campus, 1992.

_____. La funzione promozionale del diritto revisitata. *Rivista Sociologia del diritto*. Vol. XI, n.3, 1984, p,7- 27.

Sobre política

_____. *A teoria das formas de governo*. (trad. Sérgio Bath). Brasília, UNB, 1997.

_____. *Diálogos em torno da República: os grandes temas da política*. Campus.

_____. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. 6 ed, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1997.

_____. *Conceito de Sociedade Civil*. 2ed, Rio de Janeiro, Graal, 1987.

_____. *Sociedade e Estado na Filosofia política Moderna*. São Paulo, Brasiliense, 1986.

_____. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. (trad. Daniela Beccaccia). 5ed, Rio de Janeiro, Campus, 2000.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. (trad. Marco Aurélio Nogueira) 5ed, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

_____. *Liberalismo e Democracia*. (trad. Marco Aurélio Nogueira) São Paulo, Brasiliense, 1988.

_____. *Crisis da democracia*. (trad. Jordi Marfà). Barcelona, Ariel, 1985.

_____. *Marxismo e o Estado*. (trad. Fredrica Boccardo, Renee Levie). Rio de Janeiro, Graal, 1979.

_____. *Igualdade e Liberdade*. (trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro, Ediouro, 1997.

_____. *El tercero ausente*. Madrid: Cátedra, 2000.

_____. *La utopia capovolta*. Torino: La Stampa, 1990.

_____. *As ideologias e o poder em crise: pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e força*. (trad. João Ferreira). São Paulo/Brasília: Polis, Unb, 1988.

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

Sobre autores

_____. *Locke e o Direito Natural*. (trad. Sérgio Bath, Janete Garcia). Brasília: UNB, 1998.

- _____. Hobbes. (trad. Nelson Carlos Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- _____. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. 2ed., (trad. Alfredo Fait) São Paulo: Mandarim, 2000.

Outros escritos

- _____. O tempo da memória: de senectute e outros escritos autobiográficos. (trad. Daniela Versiani). Rio de Janeiro: Campus, 1997.

b) Comentadores de Bobbio

- ANDERSON, PERRY. As afinidades de Norberto Bobbio. In: Zona de compromisso. (trad. Raul Fiker). São Paulo, UNESP, 1996.
- ARRANGIO-RUIZ, Miguel. Política, história y derecho em Norberto Bobbio. Cidade do México: Fontamara, 2001.
- ARRANGIO-RUIZ, Miguel. Bobbio y o positivismo jurídico italiano. In: Contribucion a la teoria del derecho. Valência, Ed. Fernando Torres, 1980.
- ATIENZA, Manuel & MANERO, Juan Ruiz. 8 Preguntas a Norberto Bobbio. Doxa: cuadernos de filosofia del derecho. N. 2, 1985, p. 233-246.
- BARBOSA, Alaor. Norberto Bobbio e o positivismo jurídico. Brasília. Revista de Informação Legislativa. Ano 25, n.97, janeiro/ março. 1988. p, 283- 292.
- BORSELLINO, Patrizia. Norberto Bobbio: metateorico del diritto. Milano, A. Giuffrè, 1991.
- _____. Norberto Bobbio e l'empirismo lógico: un'analisi con riguardo alla tesi divisionistica. Rivista Internazionale di filosofia del diritto. Milano, v.64, n.3, p. 322-366.
- BUENO, Roberto. Política e Direito em Norberto Bobbio. Revista de Direito Constitucional. p, 290-316.
- _____. Teoria da sociedade aberta democrática: filosofia, política e Direito na sociedade bem organizada. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2007.

- _____. A filosofia jurídico-política de Norberto Bobbio. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2006.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita. Diálogo Democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Florianópolis, UFSC, 2001.
- CAMPUS, Astério. O pensamento Jurídico de Norberto Bobbio. São Paulo, Saraiva/Edusp, 1986.
- CARDIM, Carlos Henrique (org.) Bobbio no Brasil: um retrato intelectual. Brasília, UNB/ São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2001.
- CASTRO, Elisabetta di. Razón y Política: la obra de Norberto Bobbio. México, Fontamara.
- COTTA, Sérgio. Há il diritto una funzione propria? Linee di un'analisi ontogenomenologica. Rivista Internazionale di Filosofia del diritto. LI, n.3, 1974, p. 398-412.
- FEBRAJO, Alberto. Pene e ricompense come problemi di política legislativa. In: Diritto premiale e sistema penale. Milano: Ed Giuffré, 1983, p, 96-119.
- FERNANDES, Florestan. Ensaio sobre o método de interpretação funcionalista na Sociologia. Revista da FFLCH de Sociologia n.4, Boletim 170, São Paulo, 1953.
- FILIPPI, Alberto; LAFER, Celso. A presença de Bobbio – América Espanhola, Brasil, Península Ibérica. São Paulo: Unesp, 2004.
- GAVAZZI, Giacomo. Diritto premiale e Diritto promozionale. In: Diritto premiale e sistema penale. Milano: Ed Giuffré, 1983, p, 37-53.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. Funzione o tecnica? Considerazioni provisorie sulla dottrina della repressione. Revista Sociologia del Diritto. Revista Sociologia del Diritto. VII, 1980, 1, p, 71-91.
- GIORGE, Raffaele de. Scienza del diritto e legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann. Lecce, Penza Multimedia, 1997.
- GRECO, Tommaso. Norberto Bobbio: un itinerário intellectutuale tra filosofia e política. Roma: Dozelli Editore, 2000.
- GREPPI, Andrea. Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio. Madrid, Marcial Pons, 1998.

- GUYAU, Jean-Marie. Crítica da idéia de sanção. São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- FARIA, José Eduardo. Direito como processo: Bobbio e a eficácia jurídica. Revista Economia e Sociologia, Evora, n.43, p.5-27, ago. 1987.
- FERRARI, Vincenzo. Analisi funzionale in sociologia del diritto: problemi terminologici e problemi metodologici. Revista Sociologia del Diritto. VII, 1980, 1, p, 43-70.
- FROSINI, Vittorio. Neo-estruturalismo e dialética funzionale nel diritto. Revista Sociologia del Diritto. Vol. IV, n.2, 1997.
- JORI, Mario. Existe uma funzione promozionale del diritto? Revista Sociologia del Diritto. Vol. IV, n.2, 1997, p, 405-419.
- LAFER, Celso. Bobbio domestica o poder por meio do Direito. Revista jurídica, Campinas, n. 14, p. 97-103, 1998.
- LAFER, Celso. Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico. -Revista de Pós Graduação da Faculdade de Direito da USP, V.2, 2003.
- LUMIA, Giuseppe. A propósito di struttura, funzione e ideologia del diritto. Revista Sociologia del Diritto. Vol. 2, 1978, p. 431-439.
- MELLO, Sérgio Candido. Contribuições do pensamento de Norberto Bobbio ao debate político moderno. São Paulo, FFLCH-USP, 2000.
- _____. Norberto Bobbio e o debate político contemporâneo. Annablume, 2003.
- MIGUEL, Afonso Ruíz. Filosofia y derecho en Norberto Bobbio. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- NAPOLI, Ricardo B. di. & GALLINA, Albertinho Luiz (org.) Norberto Bobbio: Direito, ética e política. Ed. Urujuí, 2005.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Bobbio e a Filosofia dos Juristas. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1994.
- PASINI, Dino. Potere, Stato e funzione del diritto. Revista internazionale di Filosofia del diritto. Milano: Giuffre, LI, 1974, n.2, p.246-251.
- PECORA, Gaetano. Per Norberto Bobbio. Nápoles: Ed. Scientifiche Italiane, 2004.
- SANTILLÁN, José Fernández. Norberto Bobbio: el filosofo y la política (antologia). México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

Comentário: Cita o Bobbio na p. 250, quando fala de sanção promocional, não está no texto, pouco relevante

UNZUETA, Maria Barrère. La Escuela de Bobbio: reglas y normas em la filosofia jurídica italiana de inspiración analítica. Madri, Fundacion Cultural Enrique Luno Pena/Tecnos, 1990.

VANNUCHI, Paulo de Tarso. Democracia, liberalismo, socialismo e a combinação de Norberto Bobbio (dissertação de Mestrado-política). São Paulo, 2001.

c) Outras obras

ARRUDA JR., Edmundo Lima. Direito, Marxismo e Liberalismo: ensaios para uma sociologia crítica do Direito. Florianópolis, CESUSC, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____. Modernidade Líquida. (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECCARIA, C. Dos delitos e das Penas. (trad.Torrieri Guimarães). São Paulo, Livraria Exposição do Livro, s/d.

BENTHAM, J. O Panóptico. Belo Horizonte, Autêntica, 2000.

_____. Princípios da Moral e da Legislação. In: Os pensadores. 2 ed., São Paulo, Abril Cultural, p, 1979.

BITAR, Eduardo C. B. O Direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMTE, August. Curso de filosofia positiva, Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo, Catecismo positivista. (trad. José Arthur Giannotti, Miguel Lemos). Os Pensadores. São Paulo: Nova cultural, 1996.

CANETTI, Elias. Massa e Poder (trad. Sérgio Tellaroli). São Paulo, Cia das Letras, 1995.

CAPELLA. El Derecho como language: un analisis lógico. Barcelona: Ed. Ariel, 1968.

CARVALHO NETO, Pytagoras. A diferenciação do Direito e a teoria imperativista da Norma jurídica. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito USP, 2007.

- CARRIÓ. Notas sobre derecho y language
- CARNELUTTI, F. Metodologia do Direito. (trad. Frederico Paschoal).
Campinas, Bookseller, 2002.
- COSSIO. La valoración jurídica y la ciencia del derecho. Buenos Aires, Arayu,
1954.
- CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia
política. (trad. Theo Santiago) São Paulo, Cosac & Naify, 2003.
- CRUET, Jean. A vida do Direito e a inutilidade das leis. Rio de Janeiro,
Francisco Alves, s/d.
- DAHRENDORF, R. A Lei e a ordem. Instituto Tancredo Neves, Fundação
Friedrich Naumann, 1987.
- DELEUZE, Gilles. Foucault. (trad. . 1ed., São Paulo: Brasiliense, 1988.
- DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 11 ed.,
São Paulo, Saraiva, 1999.
- DURKHEIM, Émile. Da Divisão Social do trabalho. (trad. Eduardo Brandão).
São Paulo: M. Fontes, 1995.
- _____. Ética e sociologia da moral. (trad. Paulo Castanheira). São Paulo,
Landy, 2003.
- EHRlich, Eugen. Fundamentos da sociologia do Direito (trad. René Gertz).
Brasília, UNB, 1986.
- FASSÓ, Guido. La Filosofia del Diritto dell'ottocento e del novecento. Bologna,
Mulino, 1994
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica,
Decisão, Dominação. 2ed., São Paulo, Atlas, 1994.
- _____. Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do
discurso jurídico. 2ed, São Paulo, Saraiva, 1997.
- _____. Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação
normativa. 3 ed., RJ, Forense, 1999.
- _____. Função Social da Dogmática jurídica. São Paulo, RT, 1980.
- _____. A Ciência do Direito. São Paulo, Atlas, 1977.
- _____. A Teoria da Norma Jurídica em Rudolf von Jhering. In: Jhering no
Brasil. P, 216- 217.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. (trad. Raquel Ramallete). 16 ed.,
Petrópolis, Vozes, 1997.

- _____. *Microfísica do Poder* (trad. Roberto Machado). 17 ed., Rio de Janeiro, Graal, 2002.
- _____. *Estratégia, Poder-Saber. Coleção Ditos e Escritos. 2ed.*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- FONSECA, Márcio. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. (trad. Francisco Aragão). Lisboa, Instituto Piaget, 1998.
- GENTILE, I. *I fondamenti della filosofia del Diritto*. Firenze: Ed. Sanconi, 1955.
- GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. (trad. Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Zahar, 2002.
- _____. *Em defesa da sociologia*. (trad. Roneide Venâncio Majer) São Paulo: Unesp, 2001.
- _____. *Política, Sociologia e Teoria Social*. (trad. Cibele S. Rizek). São Paulo: Unesp, 1998.
- GROTIUS, Hugo. *Sobre os Direitos de guerra e paz*. In: *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Junger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1 e 2. (trad. Flávio Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Contributions to a discourse theory of law and democracy*. (trad. William Rehg). 4 ed., Massachusetts/Cambridge: Massachusetts Institute of Thecnology, 2001.
- HAYEK, F.A. *Direito, Legislação e Liberdade*. Vol.1,2,3. (trad. Henry Maksoud). São Paulo: Visão, 1985.
- HART, Helbert L. A. *O Conceito de Direito*. (trad. A. Ribeiro Mendes). 3ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e Poder de um Estado eclesiástico e Civil*. (tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva) São Paulo, Nova Cultural, 1999.
- _____. *Elements of Law Natural and Politic*. London, Frank Cass, 1969.
- JERING, Rudolf von. *A evolução do Direito* (trad. -). 2 ed, Bahia, 1956.
- _____. *A finalidade do Direito*. (trad. HederHoffmann). Tomo I e II. Campinas: Bookseller, 2002.

- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito (trad. José Lamego). 3 ed, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997.
- _____. La filosofía contemporánea del derecho y del Estado. (trad. Galan Gutiérrez y Truyol Serra). Madrid: Ed. Revista de Direito Privado, 1942.
- LIPOVETSKY, Gilles. A Era do Vazio (trad. Miguel Serras Pereira, Ana Luisa Faria). Lisboa: Relógio D'água, 1989.
- LOSANO, Mario. Sistema e Struttura nel Diritto. Vol.1, Torino: Giappichelli, 1968.
- LUHMANN, Niklas. O Poder (trad. Martine Creusot de Rezende Martins). Brasília, UNB, 1985.
- _____. Sociologia do Direito (trad. Gustavo Bayer). Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. Legitimação pelo procedimento. Brasília: UNB, 1980.
- LUCKÁCS, Georg. História e Consciência de classe.(trad. Telma Costa). 2ed., Rio de Janeiro: Elfos, 1989.
- KANT, E. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. (trad. Paulo Quintela). Lisboa, Edições 70, 1995.
- _____. Doutrina do Direito.(trad. Edson Bini). 2ed. São Paulo, Icone, 1993.
- _____. Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. (trad. W.Hastie) In: Os grandes filósofos do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. 2 ed.,Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2007.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito (trad. João Baptista Machado). São Paulo, Martins Fontes, 1994.
- _____. Teoria Geral do Direito e do Estado (trad. Luís Carlos Borges). 3ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- _____. Teoria Geral das Normas. (trad. José Florentino Duarte). Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1986.
- KUHN, Thomas. A estrutura das Revoluções Científicas (trad. Beatriz e Nelson Boeira). 8 ed., São Paulo: Perspectiva, 2003.
- MATA MACHADO, Edgar de Godói. Direito e Coerção. Sao Paulo : UNIMARCO, 1999.

- MATTOS, Patrícia Castro. As visões de Weber e Habermas sobre Direito e Política. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.
- MERTON, Robert K. Teoria y Estructura sociales. México-Buenos Aires: Fondo de cultura econômica, 1964.
- NAVES, Márcio Bilharinho. Marxismo e Direito: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo, Boitempo, 2000.
- NEVES, Clarissa & SAMIOS, Eva (org). Nicklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.
- PIAGET, Jean. O juízo moral na criança (trad. Elzon Lenardon). Ed. Summus, 1994.
- PARSONS, Talcott. The social system. EUA: Tavistock Publications, 1952.
- _____. Hacia una teoría general de la acción. Buenos Aires: ED. Kapelusz, 1968.
- _____. "The law and social control" . In: EVAN, W.M. (org) Law and Sociology. New York: Free Press, 1962, p. 56-72.
- PASUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo (trad. Paulo Bessa). Rio de Janeiro, Renovar, 1989.
- RADBRUCH. Filosofia do Direito. (trad. Cabral Moncada). Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito: Lições Preliminares de Direito. 22 ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- _____. Fundamentos do Direito. 3 ed., São Paulo, RT, 1998.
- ROSS, Alf. Direito e Justiça. (trad. Edson Bini). Bauru, EDIPRO, 2000.
- _____. Critica del diritto e analisi del linguaggio. Bologna, Il Mulino, 1982.
- ROCHER, Guy. Talcott Parsons e a Sociologia Americana. (trad. Olga Lopes da Cruz). Rio de Janeiro, F. Alves, 1976.
- RUSCHE, Georg & KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura social.. Ed. Revan, 2ed, RJ, 2004.
- SALGADO, Gisele Mascarelli. Contrato como transferência de Direitos em Thomas Hobbes. (dissertação de mestrado, PUC-SP). São Paulo, 2003.
- SANTOS, BOAVENTURA SOUSA. Um discurso sobre as ciências. 7ed., Porto: Afrontamento, 1995.

- _____. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5ed., São Paulo: Cortez, 2005.
- SHIRLEY, Robert Weaver. Antropologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SICHES, Ricasens. Estudios de Filosofía del derecho. Barcelona, Casa editorial, 1936.
- SKINNER, B.F. Ciência e Comportamento Humano. Brasília: UNB, 1970.
- _____. Walden II: uma sociedade do futuro. São Paulo: EPU, 1977.
- VECCHIO, Giorgio del. Lições de Filosofia do Direito (trad. Antonio José Brandão). 2 ed., Coimbra, 1951.
- WEBER, Max. Economia e Sociedade. (trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa). Brasília, DF, Ed UNB, 1999.
- TERRA, Ricardo. Kant e o Direito. Rio de Janeiro, Zahar, 2004.
- TEUBNER, Gunthter. O Direito como sistema autopoietico. (trad. José Engrácia Antunes). Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- THOMASIIUS, Christian. Essays on Church, State and Politics. Indianapolis, Libert Fund, 2007.
- TOURAINÉ, Alain. Crítica da Modernidade. 4 ed., Petrópolis: Vozes, 1997.
- TREVES, Renato. Sociologia do Direito: origens, pesquisas e problemas. (trad. Marcelo Branchini). Barueri, SP: Manole, 2004.
- WARRAT, Alberto. Introdução Geral ao Direito : o Direito não estudado pela teoria jurídica moderna.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. 3ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

d) Bibliografia metodológica

- FOLSCHEID, Dominique. Metodologia Filosófica. (trad. Paulo Neves). São Paulo, Martins Fontes, 1997.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Manual de Monografia Jurídica. São Paulo, Saraiva, 1997.