

Nathalia Ferreira Masson

**O CONCEITO DE SANÇÃO NA TEORIA
ANALÍTICA DO DIREITO**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Adrian Sgarbi

Rio de Janeiro
Junho de 2007



Nathalia Ferreira Masson

O CONCEITO DE SANÇÃO NA TEORIA ANALÍTICA DO DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio como parte dos requisitos parciais para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Adrian Sgarbi

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Alejandro Bugallo Alvarez

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Noel Struchiner

Departamento de Filosofia – UFRJ

Prof.º João Pontes Nogueira

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro
de Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 15 de junho de 2007.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Nathalia Ferreira Masson

possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora em 2004.

Ficha catalográfica

Masson, Nathalia Ferreira

O Conceito de Sanção na Teoria Analítica do Direito / Masson, Nathalia Ferreira; orientador: Adrian Sgarbi. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2007.

viii.; 153f.: il.: 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Sanção. 3. Jeremy Bentham; 4. John Austin. 5. Hans Kelsen. 6. Teoria Analítica do Direito. I. Sgarbi, Adrian. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

“Uma pesquisa sem agradecimentos é suspeita.”
Umberto Eco

Ao meu orientador, professor Adrian Sgarbi, por todo seu brilhantismo acadêmico e orientações valiosas dadas com sincera afeição.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, por todas as excelentes aulas ministradas.

Ao Anderson e à Carmen, pelo trato sempre amistoso e compreensivo e a indiscutível presteza em solucionar todas as minhas dificuldades administrativas.

À PUC-Rio e à CAPES, pelo indispensável auxílio financeiro.

A todos os amigos que compartilharam idéias e fomentaram discussões, auxiliando na construção desse trabalho.

Aos meus queridos pais, por todo incentivo e amor.

Ao Victor e ao Renan, eternos amigos, pela alegre companhia e por todo o carinho e cumplicidade.

Ao Hugo, por me fazer tão feliz.

Resumo

Masson, Nathalia Ferreira; Sgarbi, Adrian. **O conceito de sanção na teoria analítica do direito**. Rio de Janeiro, 2007. 153p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente dissertação diz respeito a um dos temas centrais da Teoria do Direito: o conceito de sanção. Muitos dos conceitos jurídicos básicos — inclusive o próprio conceito de Direito — encontram-se estritamente conectados com ele, de forma que um estudo cuidadoso sobre esse tema possibilitará que muitas outras questões fundamentais do Direito sejam, senão resolvidas, ao menos aclaradas. As inúmeras subdivisões que a complexidade do tema acarreta tornaram necessárias delimitações quanto ao objeto de estudo. Portanto, dentro da ampla esfera interessante ao pesquisador empenhado em deslindar o tema, optou-se por centrar a pesquisa em objetivos mais modestos: o de reconhecer e apresentar os principais problemas que encerram o conceito de sanção para a teoria do direito em três autores específicos — Jeremy Bentham, John Austin e Hans Kelsen — pertencentes a uma mesma tradição de pensamento jurídico, a Teoria Analítica do Direito (*analytical jurisprudence*). Tal escolha é facilmente justificável, em virtude da centralidade do conceito em suas concepções de Direito.

Palavras-chave

Sanção, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen, Teoria Analítica do Direito.

Abstract

Masson, Nathalia Ferreira; Sgarbi, Adrian. **The concept of sanction in the Analytical Jurisprudence.** Rio de Janeiro, 2007. 153p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The present work refers to one of the central subjects of the Legal Theory: the concept of sanction. Many of the basic legal concepts – and the concept of Law itself – are strictly connected with it, in such a way that a careful study on this subject will make possible that many other basic questions of the Law are, if not solved, at least clarified. Because of the innumerable subdivisions caused by that the complexity of the subject, it had become necessary to delimitate the studied object. Therefore, within the wide area of interest presented by the subject, the researcher has opted to focus his/her work on more modest objectives: to recognize and to present the main problems concerning the concept of sanction inside the work of three specific authors – Jeremy Bentham, John Austin and Hans Kelsen –, being them all part of the same legal thought tradition, the analytical school of jurisprudence. Such choice is justified by the unquestionable importance that the authors confer to the sanctions in their legal theories.

Keywords

Sanction, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen, Analytical School of Jurisprudence.

Sumário

1. Introdução	10
2. Thomas Hobbes e o Senhor das Moscas	23
3. O conceito de sanção em Jeremy Bentham	24
3.1. Introdução	24
3.2. Apontamentos biográficos	25
3.3. Alguns pressupostos da teoria do direito de Bentham	26
3.3.1. Os deveres e a teoria probabilística	29
3.4. Jeremy Bentham e as sanções	31
3.4.1. Introdução	31
3.4.2. Aspectos estruturais das sanções em Bentham	31
3.4.3. A individualização das normas jurídicas	33
3.4.4. Aspectos funcionais das sanções em Bentham	36
3.5. As recompensas em Bentham	39
3.6. Críticas ao modelo benthaniano	40
4. O conceito de sanção em John Austin	42
4.1. Introdução	42
4.2. Breves apontamentos biográficos	44
4.3. A teoria de John Austin. Alguma arquitetura.	45
4.3.1. Apresentação sistemática da obra “A Delimitação do Objeto do Direito”	45
4.3.2. Austin e o Soberano	47
4.3.2.1. Hobbes e o soberano supremo	47
4.3.2.2. Bentham e o soberano utilitário	49
4.3.2.3. A construção do conceito em Austin	51
4.3. O objeto de estudo do Direito	55
4.4. John Austin e as sanções	59
4.4.1. Introdução	59
4.4.2. A inafastável correlação dos termos comando, dever e sanção	60
4.4.3. A estrutura das sanções	64
4.4.3.1. O Dano	65
4.4.3.2. A probabilidade	66
4.4.3.3. A desobediência	66
4.4.3.4. A ameaça	68
4.4.3.5. A eventualidade	69
4.4.4. A funcionalidade das sanções: motivos para obediência	69
4.4.4.1. Efeito direto: o encorajamento à obediência	70
4.4.4.2. Efeito indireto — ou como se forma um hábito de obediência?	73
4.4.4.3. O conceito extraordinariamente amplo de sanção e sua primordial conseqüência: a caracterização das nulidades como sanção	74
4.5. Sanções civis, sanções criminais	76
4.6. Críticas ao modelo austiniano	78
4.6.1. Introdução	78
4.6.2. Concepção homogênea das normas: a sanção como critério individualizador dos ordenamentos jurídicos	79
4.6.3. Nulidades como sanções: redenção do modelo austiniano?	81
4.6.4. O encadeamento de sanções e o inevitável regresso ao infinito	83
4.6.5. A diferença entre 'se ver obrigado' e 'ter uma obrigação' como crítica à teoria imperativista do direito	86

5. O conceito de sanção em Hans Kelsen	88
5.1 Introdução	88
5.2 Breves apontamentos biográficos	91
5.3 Considerações sobre a teoria jurídica de Hans Kelsen: uma abordagem da Teoria Pura	94
5.4 Hans Kelsen e as sanções	106
5.4.1 Introdução	106
5.4.2 Delimitando o conceito de sanção	108
5.4.2.1 Ato coativo	108
5.4.2.2 Sanção como consequência de uma conduta	109
5.4.2.3 A sanção como um mal	111
5.4.2.4 A autorização para aplicar a sanção e a validade das normas	112
5.4.3 Sentido amplo e sentido amplíssimo das sanções	115
5.4.4 Outras possíveis classificações para as sanções na obra de Kelsen	117
5.4.4.1 Sanções transcendentais e socialmente imanentes	117
5.4.4.2 Sanções civis e penais	119
5.4.4.3 As sanções no Direito Internacional	121
5.4.4.3.1 Considerações introdutórias	121
5.4.4.3.2 O ilícito e a sanção no Direito Internacional	122
5.4.4.3.3 A teoria do <i>bellum justum</i> como critério de reconhecimento do Direito Internacional como Direito	126
5.4.5 A sanção enquanto conceito primário da teoria do direito de Kelsen	128
5.4.5.1 Introdução	128
5.4.5.2 Individualização das disposições jurídicas através da sanção	129
5.4.5.3 A definição de outros conceitos a partir da sanção	132
5.4.5.3.1 O ilícito gera a sanção ou a sanção gera o ilícito?	132
5.4.5.3.2 A sanção e as obrigações jurídicas	135
5.4.5.3.3 A sanção e a responsabilidade	137
5.4.5.3.4 A sanção e os direitos subjetivos	139
5.4.6 Críticas ao modelo kelseniano	143
5.4.6.1 Introdução	143
5.4.6.2 A redução do Direito à Força	144
6. Conclusão	147
7. Referências Bibliográficas	152

“... 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 a 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.

(Norberto Bobbio, *Teoria da Norma Jurídica*).

1

Introdução

A presente dissertação diz respeito a um dos temas centrais da Teoria do Direito: o conceito de sanção. Muitos dos conceitos jurídicos básicos — inclusive o próprio conceito de Direito — encontram-se estritamente conectados com ele, de forma que um estudo cuidadoso sobre esse tema possibilitará que muitas outras questões fundamentais do Direito sejam, senão resolvidas, ao menos aclaradas.

Um estudo completo sobre as sanções na teoria jurídica deveria ser capaz de articular, pelo menos, três níveis distintos de análise: num primeiro momento se examinaria qual o papel desempenhado pela sanção na teoria das normas e do ordenamento jurídico — vale dizer, a sanção enquanto elemento de alguns tipos de normas, como critério útil à identificação do sistema jurídico ou como elemento indispensável para a definição do Direito ou de seus conceitos mais básicos, como, *verbi gratia*, o de dever, de responsabilidade, de direitos subjetivos —; a seguir analisaria-se a sanção no contexto de uma teoria da eficácia do Direito — o que suscitaria questões relativas à motivação dos indivíduos através de sanções, isto é, que tipo de sanção seria mais apta a influenciar os comportamentos humanos, bem como de que outros recursos e razões deve dispor uma ordem normativa que se pretenda eficaz —; e, finalmente, finalizar-se-ia o estudo investigando a justificação das sanções que supõem privação de bens e imposições de castigos.

Ante todo esse universo de problemas, este trabalho possui, todavia, objetivos bem mais modestos: busca reconhecer e apresentar os principais problemas que encerram o conceito de sanção para a teoria do direito de três autores específicos, Jeremy Bentham, John Austin e Hans Kelsen. A justificativa de tal escolha tornar-se-á tanto mais clara na medida em que se avançar na apreciação do texto e perceber que todos são teóricos pertencentes a uma mesma tradição de pensamento jurídico, a Teoria Analítica do Direito (*analytical jurisprudence*), e que a centralidade da sanção em suas formulações teóricas, bem como a importância que lhe é atribuída, são indiscutíveis.

A estratégia argumentativa que será utilizada para investigar o significado do conceito de sanção na teoria jurídica de cada um dos autores será bastante semelhante: para dar conta das principais teses de cada um deles e manter

certa coerência metodológica, em primeiro lugar serão feitos breves apontamentos biográficos; depois os aspectos-chave da teoria serão investigados — sempre tendo em mente a necessidade de relacioná-los com o tema principal deste trabalho, qual seja, as sanções — em seguida analisar-se-á especificamente as sanções na teoria jurídica sob análise, deslindando sua relevância, centralidade, estrutura e função; ao final, tratar-se-á dos principais problemas enfrentados pelo autor através da apresentação de algumas das principais críticas que recaem sobre suas teses.

Estruturalmente esta dissertação está organizada em seis capítulos, sendo que o primeiro corresponde a estas linhas introdutórias.

O segundo não tem por finalidade iniciar uma prolongada tarefa interpretativa das obras de Thomas Hobbes, analisando pormenores de sua teoria política, mas, tão somente, utilizar os principais conceitos formulados pelo autor acerca da construção de uma sociedade, com o intuito de fornecer balizas seguras para a incursão no projeto desta dissertação, consistente em averiguar as principais indagações que cercam o conceito de sanção. Para tanto, utilizamos como cenário argumentativo a obra cinematográfica *O senhor das moscas*, em razão, principalmente, do inestimável valor que o relato de casos possui para uma satisfatória compreensão de assuntos complexos.

A opção por inaugurar o estudo das sanções com o exame dos escritos de Hobbes teve em vista não só o caráter inovador e genial de suas idéias relativas ao Estado como instituição legítima e necessária, mas também por encontrarmos em suas obras inúmeras referências acerca da imprescindibilidade das sanções para a criação e posterior manutenção desse mesmo Estado.

O terceiro capítulo procura explicitar porque Jeremy Bentham é um dos autores mais importantes para o estudo da sanção. A análise de parte de sua vasta obra nos permitiu identificar uma maneira peculiar erigida pelo autor como forma de garantir a obediência ao ordenamento e seus preceitos: a ameaça de imposição de sanção.

O quarto capítulo refere-se à obra de John Austin e está organizado nos mesmos termos do anterior — referências bibliográficas, estudo da principal obra e apontamentos sobre as sanções. Pretendemos comprovar neste capítulo que Austin reproduziu o método científico iniciado por Bentham, no sentido de construir uma teoria do direito sem descuidar dos aspectos lingüísticos, filiou-se à tese imperativista, e dedicou-se, em seus escritos, a delimitar os contornos do direito, numa busca pelo sentido particular da teoria jurídica.

O capítulo cinco aproveita a sumária descrição da herança intelectual feita nos capítulos precedentes e que une os estudiosos que foram estudados — Hobbes, Bentham e Austin — para demonstrar a grande influência exercida em Hans Kelsen e justificar a inserção do autor entre os positivistas da *Analytical School of Jurisprudence*. Metodologia idêntica foi empregada: referências bibliográficas, abordagem da principal obra e apontamentos sobre as sanções. Procuraremos demonstrar, além disso, que a sanção também é um conceito central na teoria do direito de Kelsen, o que faz com que todos os demais elementos da estrutura normativa ganhem definição a partir da idéia que se tenha de sanção, já que esta é, inclusive, o critério adotado para individualizar e identificar o ordenamento jurídico.

Finalmente, o último capítulo é destinado a reunir as conclusões do trabalho alcançadas nos capítulos precedentes; a única diferença é a virada de perspectiva: ao invés de analisarmos (novamente) nos autores cada um dos problemas teóricos envolvendo as sanções, analisamos os problemas teóricos das sanções e a pertinência em falar deles nas teorias dos autores aqui reunidos.

2

Hobbes e *O Senhor das Moscas*¹

Cientista político inglês e filósofo, Thomas Hobbes inaugurou, com a publicação de sua obra *Leviatã*, uma discussão dentro da teoria política acerca da constituição de um governo soberano legitimado racionalmente. Essa tentativa de encontrar na razão os fundamentos que levam o indivíduo a se sujeitar ao poder político instituído culminou numa doutrina considerada a base da visão moderna de Estado.

Sua principal premissa é que a origem do Estado e/ou da sociedade está num contrato. Isso significa, primeiramente, que os homens viveriam no estado de natureza, sem qualquer organização; seriam movidos por um instinto de conservação e manutenção da vida e estariam fadados a seguir os ditames de suas paixões e desejos, determinados pela razão natural. Somando estas circunstâncias com a finitude dos recursos, Hobbes deduziu que esse ambiente favorecia a competição entre os homens e a luta interna pela posse dos bens, o que, fatalmente, levava ao medo, à inveja e a disputa; em suma, estaria o homem absorto num estado de guerra de todos contra todos. Este estado de beligerância, nos dizeres do autor, é assim caracterizado:

(...) durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra. Uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. A guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida. Daí a noção de tempo deve ser levada em conta quanto à natureza da guerra, do mesmo modo que quanto à natureza do clima. Tal como a natureza do mau tempo não consiste em dois ou três chuviscos, mas numa tendência para chover que dura vários dias seguidos, também a natureza da guerra não consiste na luta real, mas na conhecida disposição para tal, durante todo o tempo em que não há garantia de não haver beligerância. Todo o tempo restante é de paz. (Hobbes, 2003, p. 98).

Nesse estado de guerra nada de útil surge, já que cada um somente se concentra na autodefesa e conquista, tornando o trabalho produtivo uma quimera impossível. Não existe tranquilidade para gerar riquezas, inexistente motivação para construir ou explorar, não há espaço para as artes, “Não há sociedade. E o que é pior do que tudo, há um constante temor e perigo de morte

¹ Filme de Harry Hook, intitulado no original *Lord of the Flies*. A idéia de relacionar o pensamento político de Thomas Hobbes com a película deve-se à leitura da instigante obra *Carta aberta de Woody Allen para Platão* de Juan Antonio Rivera.

violenta. A vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta” (Hobbes, 2003, p. 98).

Não se pense, todavia, que esse comportamento humano derive da irracionalidade. Pelo contrário, nada é para Hobbes mais racional do que empregar toda a força para se auto-preservar, fazendo tudo aquilo que sua razão e julgamento lhe indiquem como os meios necessários. Enquanto não há a instituição do Estado suficientemente forte para conter os ímpetus naturais e impor a ordem, auxiliando os indivíduos na preservação de suas vidas contra os inimigos, o homem se governa por sua própria razão e, portanto, está livre — não encontra impedimentos externos — para espoliar, matar e tudo mais que convier para garantir sua sobrevivência. O homem natural de Hobbes não é, pois, um selvagem, e sim um ser racional — o mesmo que sairá do estado de natureza e comporá a sociedade sem que tenha passado por qualquer mutação interna (Welford, 1998, p.54).

Para pôr termo a esse estado de hostilidade entre os homens havia a necessidade de superar esse estado natural em busca de um poder comum, idôneo a ordenar os homens e a assegurar a paz e a segurança, valores tão almejados pelos indivíduos. Esse poder central e localizado só emergiria através de um contrato, baseado na concordância de todos os homens em renunciar ao uso privado e individual da força em prol da construção de uma entidade superior capaz de extinguir a mísera condição de guerra generalizada, corolário do estado natural. A finalidade, pois, do pacto hobbesiano era a construção de um poder único e artificial que oferecesse uma alternativa definitiva à infinidade de poderes “sem lei” que surgem no estado de natureza.

A fim de fornecer as bases jurídicas para essa doutrina contratual, Hobbes, logo após a definição de estado de natureza, passou à estipulação das leis da natureza, sintetizando o arcabouço teórico destinado a justificar racionalmente a formação do pacto através de duas leis básicas. Senão vejamos:

A primeira parte desta regra encerra a lei primeira e fundamental de natureza, que é procurar a paz, e segui-la. (...) Desta lei fundamental da natureza, que ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: que um homem concorde, conjuntamente com outros, e na medida em que tal se considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. (Hobbes, 2003, p. 101-102).

Apesar da terceira lei da natureza ser relativa à necessidade de se obedecer ao pactuado — “Os homens têm de cumprir os pactos que celebrarem”

(Hobbes, 2003, p. 111) — o autor acreditava que tais acordos, quando desprovidos de uma força que os torne obrigatórios e estipule castigos para seu descumprimento, não passavam de falácias, sujeitas a um descumprimento atordoante. Daí a imperiosa necessidade de ter-se um Estado, pessoa² criada a partir do pacto de cada homem com todos os outros homens, como se cada um deles dissesse ao próximo:

Cedo e transfiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição que transfiras a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações (Hobbes, 2003, p. 131).

Para representar o Estado é preciso designar um homem, apto a reunir em si toda a força e poder de forma absoluta, chamado de soberano³.

A legitimidade do poder do soberano deriva de um acordo, ou seja, do consenso; e também por assegurar aquilo que é interesse de todos: viver em paz, com segurança e estabilidade, livre do medo de uma morte repentina e violenta. A função do soberano é garantir que todos respeitem o contrato social, e para ser bem desempenhada, deverá ser exercida, evidentemente, por um poder absoluto e não subordinado a ninguém, único capaz de impedir os abusos e a violência cometida pelos mais fortes contra os mais fracos, situação que acabaria por desagregar a sociedade e destruir a paz civil. A justificação de Hobbes para o poder absoluto é estritamente racional e completamente livre de qualquer tipo de religiosidade, negando implicitamente a origem divina do poder.

Não obstante as passagens do *Leviatã* mencionadas e a disposição dos argumentos aqui apresentados indicarem que o Estado hobbesiano surgiu unicamente para melhor conservar o direito dos homens à vida, o que Hobbes tentou foi pensar um Estado que desse aos homens algo além da garantia de sobrevivência: a manutenção da paz agregada às melhores condições materiais possíveis. Esse conforto, em grande medida, é dado pela propriedade, até então entendida como um direito restrito em virtude dos inúmeros costumes e obrigações que recaíam sobre ela⁴. Hobbes reformula o conceito, extinguindo as

² Nos dizeres de Hobbes, “Uma multidão é transformada em uma pessoa quando representada por um só homem ou pessoa, de maneira a que tal seja feito com o consentimento de cada um dos que constituem essa multidão” (Hobbes, 2003, p. 125).

³ “Soberano é aquele que representa essa pessoa. Dele se diz que possui poder absoluto. Todos os outros são seus súditos” (Hobbes, 2003, p. 131).

⁴ De fato, durante o Feudalismo — modo de organização da vida em sociedade que representou a base do sistema político e econômico europeu durante significativo período da Idade Média e que fundava-se nas relações servo-contratuais de produção — tinha-se uma sociedade visivelmente estática, arregimentada em três estamentos (grupos sociais com *status* fixos, quais sejam, clero, nobreza e servos), na qual as terras pertenciam exclusivamente à nobreza feudal, que, entretanto, não exercia de forma plena seus direitos de propriedade. Isso porque os senhores feudais

anacrônicas limitações feudais ao instituto, mas impõe um outro limite muito mais severo, consistente na crença de que a propriedade não é um direito natural, tão somente uma prerrogativa concedida pelo soberano através das leis civis, a partir da instituição do Estado. Nas palavras do autor:

Antes da constituição do poder soberano, pois — conforme já foi mostrado —, todos os homens tinham direito a todas as coisas, o que necessariamente provocava a guerra. Esta propriedade, portanto, posto que necessária à paz e dependente do poder soberano, é um ato desse poder, tendo em vista a paz pública (Hobbes, 2003, p. 136).

A introdução da propriedade é um efeito do Estado, que nada pode fazer a não ser por intermédio da pessoa que o representa. Ela só pode ser um ato do soberano, e consiste em leis que só podem ser feitas por quem tiver o poder soberano (Hobbes, 2003, p. 184 -185).

Onde não foi estabelecido um poder coercitivo, isto é, onde não há Estado, não há propriedade, já que todos os homens têm direito a todas as coisas (Hobbes, 2003, p. 111).

Os burgueses, entretanto, buscavam consolidar uma perspectiva que elevasse o direito à propriedade a uma categoria de direito inerente a condição humana e, portanto, anterior e superior ao Estado. Consideravam-no a representação dos poderes de usar, gozar e dispor de uma coisa, de modo absoluto, exclusivo e perpétuo, o que, certamente, ia de encontro com a formulação hobbesiana. Não é por outra razão que os burgueses preferiram endossar a orientação de John Locke, de que o direito à propriedade privada é uma exigência natural de subsistência do indivíduo, merecedora unicamente de tutela protetiva por parte do poder público.

Com a ascensão da burguesia ao poder através da Revolução Gloriosa de 1688 torna-se patente a razão do pensamento hobbesiano não ter encontrado respaldo imediato em seu país. Renato Janine Ribeiro — autor de uma tese de doutoramento sobre Thomas Hobbes, intitulada *Ao leitor sem medo. Hobbes escrevendo contra o seu tempo* — acredita que a concepção do filósofo sobre a propriedade é elemento tão marcante em sua obra que foi o motivo determinante para que ele ingressasse no rol de pensadores taxados de “malditos” pela história, firmando o termo hobbesiano como um caractere pejorativo e ofensivo. Somente no século XVIII o autor foi redimido e seu pensamento ganhou nova

precisavam ceder a posse de parte de seu domínio aos vassallos, mas não podiam, posteriormente, expulsá-los para utilizar de outro modo a terra, assim como não havia modo de impedir os servos de consumirem, para a subsistência, os frutos da gleba. Também o servo, não obstante sua condição de não proprietário, vinculava-se a terra, pois não podia deixá-la.

importância, dada, principalmente, pelos utilitaristas seguidores de Jeremy Bentham, conforme será visto no capítulo seguinte.

A finalidade do presente capítulo, todavia, não é ingressar numa prolongada tarefa interpretativa da obra de Hobbes, analisando os pormenores de sua teoria política; pretende-se, tão somente, utilizar os principais conceitos formulados pelo autor acerca da construção de uma sociedade, com o único intuito de fornecer balizas seguras para a incursão no projeto desta dissertação, consistente em averiguar as principais indagações que cercam o conceito de sanção.

Inaugurou-se o estudo com o exame dos escritos de Thomas Hobbes tendo em vista não só o caráter inovador e genial de suas idéias relativas ao Estado como instituição legítima e necessária, mas principalmente em razão de encontrarmos, em suas obras sobre teoria política, inúmeras referências acerca da imprescindibilidade das sanções para a criação e posterior manutenção desse mesmo Estado.

A fim de elucidar tais posições do autor, será de grande valia a obra cinematográfica *O senhor das moscas*, principalmente devido ao inestimável valor que o relato de casos possui para a plena compreensão de temas complexos.

Baseado no romance de estréia do escritor inglês William Golding, o filme de Harry Hook narra a queda de um avião, em circunstâncias nunca completamente esclarecidas, em uma ignota ilha no Pacífico. Existem trinta sobreviventes, todos eles crianças uniformizadas procedentes de distintas escolas inglesas, que, de repente, se vêem num cenário paradisíaco, repleto de árvores, frutas, pequenos animais comestíveis e água e, o mais importante, isentos da direção ou orientação de qualquer adulto.

Rapidamente surge a questão fundamental, relativa à chefia da ilha: quem irá organizar e comandar esses sobreviventes de calças curtas, controlando-os para conseguirem sobreviver até o resgate se efetivar? Depois de convocarem uma votação e escolherem entre os dois possíveis candidatos aquele que lhes parece melhor capacitado (provavelmente por aparentar ser mais protetor), principia-se o processo de criação e desenvolvimento de uma micro sociedade, que na visão dos infantes não prescinde de regras e da explícita adesão às mesmas, bem como de retaliações para o caso de descumprimento — o que se torna patente quando um dos líderes profere em tom ameaçador: “(...) Temos que ter regras e as obedecer. Afinal de contas, não somos selvagens. Somos

ingleses! E os ingleses são os melhores. Então teremos muitas regras, e se alguém as desobedecer...”.

Feito o pacto multilateral (o contrato social dos infantes), estão lançadas as bases que vão possibilitar a transformação do pequeno grupo de crianças num simulacro de sociedade civilizada. Para que a empreitada obtenha sucesso é indispensável que os participantes vejam com clareza de quais alternativas dispõem naquele momento: ou seguem as normas mínimas que tornem viável a convivência (“as regras”, segundo expressão utilizada no filme) ou as desobedecem e deixam o caos se instalar. Num primeiro momento — seria verossímil afirmar que em decorrência do medo do desconhecido que ainda os assola — os náufragos optam por reanimar os resquícios de civilidade que trazem consigo.

O fato de todos se aterem às regras é um ótimo instável (Rivera, 2006, p. 225); todos estão cientes de que viverão muito melhor submetendo-se às regras (seus bens, e suas vidas ficam mais protegidos), mas esse estado movediço somente se sustenta até que um deles perceba que é ainda melhor que todos respeitem às regras, enquanto ele as ignora. Ora, cumprir ordens, obedecer regras, sujeitar-se a comandos, são coisas desagradáveis; preferível é ter liberdade ilimitada, não restringida pela consideração às coisas e pessoas alheias que as normas nos exigem, principalmente quando os demais não esboçam nenhuma reação de resistência ao pactuado.

E é quando um dos personagens da obra se apercebe disso, tornando-se um aproveitador que não mais obedece às “regras”, que surgem as maiores dificuldades. O líder dos insurrectos, que voluntariamente se responsabilizou por manter o fogo (tão arduamente obtido) aceso para facilitar o resgate, começa a se descuidar da obrigação assumida, de maneira insolente e em nome de outras atividades mais prazerosas; o resultado é que um avião sobrevoa o local mas não os vê, ante a ausência de qualquer sinal indicativo de vida. O chefe eleito da comunidade tenciona repreender com rispidez a indisciplina dos colegas, mas utiliza-se, para tanto, do diálogo e da racionalidade, convocando uma nova assembléia na qual não acusa o grupo desertor diretamente — o que deixou transparecer suas próprias fraquezas e desamparo, fragilizando por demais sua liderança. Nessa altura, suas tentativas de retomar a ordem através de argumentos racionais são patéticas, haja vista os membros da comunidade já estarem contaminados pela ânsia naturalista dos insurrectos de seguir seus instintos mais animalescos.

A única providência capaz de restaurar os fracos sinais de civilidade construídos teria sido o uso da espada hobbesiana, consistente na aplicação de um castigo exemplar para aquele que descumpriu um comando, punindo-o pela atuação desconforme — o que, simultaneamente, desestimularia ações semelhantes, em virtude da ameaça latente de aplicação de sanção.

Mas o chefe assim não o fez, o que terminou por corroborar as medonhas e assustadoras teses de Thomas Hobbes: se a sociedade carece de um poder central temível o suficiente para incentivar o respeito as suas normas, os membros pouco a pouco, um após o outro, vão abandonar a sociedade e seu estatuto, entregando-se, irremediavelmente, ao estado de natureza, numa sombria guerra de todos contra todos.

No filme, o protótipo de sociedade só não fracassa completamente porque, no momento em que o retorno para o estado natural desregrado era flagrante, oficiais da Marinha Britânica encontram a ilha e dão fim ao pesadelo, interrompendo o que seria o resultado da hobbesiana guerra de todos contra todos: um massacre.

A conclusão que um espectador ordinário alcança após assistir a essa película é a de que a organização em sociedade, com um mínimo de ordem e civilidade, só se faz possível se individualmente renunciarmos a uma parcela de nossa liberdade respeitando estritamente os termos postos pelo pacto, o que será aferido e controlado por uma entidade (o soberano, o aparato estatal) legitimada a fazer uso da força, impondo sanções ante o descumprimento. Isso porque não faz sentido criar regras de convivência e aceitar, de forma desconcertada, o desrespeito a estas; é preciso estipular previamente quais são as conseqüências nocivas que recairão sobre os transgressores. Essa seria a única forma de garantir a eficácia do pactuado e obediência a seus preceitos, pois os indivíduos — profundos conhecedores de suas (e de seus semelhantes) propensões ao abandono das regras — somente entregarão parte de sua liberdade, fazendo um acordo em nome da paz, se tiverem a certeza de que os demais também o farão e o respeitarão, espontaneamente ou sob o jugo da espada.

A mensagem transmitida pelo filme é, pois, um desalento: confiar que as ordens e regras serão naturalmente respeitadas é de uma ingenuidade absurda; sua permanência se sujeita à vigilância e à supervisão expressa, vindas de uma entidade como o Estado, legitimada e suficientemente fortificada para assegurar sua conservação.

Ninguém expressou com mais clareza tal pensamento do que Hobbes:

As leis naturais — como a justiça, a eqüidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam — por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. Os pactos, sem a força, não passam de palavras sem substância para dar qualquer segurança a ninguém. Apesar das leis naturais — que cada um respeita quando tem vontade de respeitar e fazer isso com segurança, senão for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros (Hobbes, 2003, p. 127-8).

Fácil perceber que, para o autor, não seria bastante pactuar a origem de uma sociedade/Estado sem dotá-lo de força para constranger os homens ao respeito.

A opinião segundo a qual o monarca recebe seu poder de um pacto, isto é, sob certas condições, deriva de não se compreender esta simples verdade: que os pactos não passando de simples palavras e vento, não têm qualquer força para obrigar, dominar, constranger ou proteger ninguém, a não ser que derive do poder público (Hobbes, 2003, p. 134).

Tal concepção, um tanto pessimista acerca da capacidade humana de espontaneamente conviver de forma pacífica, não está restrita a um contratualista conservador como Hobbes; também o liberal Immanuel Kant concordava que o homem depende de um senhor que reprima seus desejos egoísticos (Rivera, 2006, p. 227). Nas palavras do filósofo:

(...) o homem é um animal que, quando vive entre outros de sua espécie, tem necessidade de um senhor. Pois ele certamente abusa de sua liberdade relativamente a seus semelhantes; e, se ele, como criatura racional, deseja uma lei que limite a liberdade de todos, sua inclinação animal egoísta o conduz a excetuar-se onde possa. Ele tem necessidade de um senhor que quebre sua vontade particular e o obrigue a obedecer à vontade universalmente válida, de modo que todos possam ser livres (Kant, 2003, p. 11).

É a necessidade que força o homem, normalmente tão afeito à liberdade sem vínculos, a entrar neste estado de coerção; e, em verdade, a maior de todas as necessidades, ou seja, aquela que os homens ocasionam uns aos outros e cujas inclinações fazem com que eles não possam viver juntos por muito tempo em liberdade selvagem. Apenas sob um tal cerco, como o é a união civil, as mesmas inclinações produzem o melhor efeito: assim como as árvores num bosque, procurando roubar umas às outras o ar e o sol, impelem-se a buscá-los acima de si, e desse modo obtêm um crescimento belo e aprumado, as que, ao contrário, isoladas e em liberdade, lançam os galhos a seu bel prazer, crescem mutiladas, sinuosas e encurvadas. Toda cultura e toda arte que ornamentam a humanidade, a mais bela ordem social são frutos da insociabilidade, que por si mesma é obrigada a se disciplinar e, assim, por meio de um artifício imposto, a desenvolver completamente os germes da natureza (Kant, 2003, p. 10-11).

A partir das idéias acima descritas fica fácil concluir que o sucesso da sociedade contratualista imaginada por Hobbes deve-se à existência de uma

agência especializada, organizada e apta a impor, diante de atos de desordem, severas sanções; pode-se concluir, outrossim, que a micro sociedade iniciada pelas crianças náufragas na obra de Hook, falha precisamente porque não foi capaz de instituir e legitimar esse ente soberano imaginado por Hobbes, hábil para impor, ainda que através do uso da força e cominação de castigos, a ordem. Não faltou às crianças o desejo de construir um corpo social, muito menos havia carência de modelos organizativos societários aptos a serem repetidos na ilha, afinal todos eles vinham de uma sociedade hierarquizada, em pleno funcionamento, e que reproduzia seus modelos de comportamento já constituídos nas mais ínfimas relações. O que restou ausente, de fato, foi o estabelecimento preciso de castigos e, quando necessário, sua conseqüente e efetiva aplicação.

Como esta análise da obra *O senhor das moscas* parece ser a mais correta, podemos erigi-la a uma amostra, retirada da sétima arte, da imprescindibilidade da previsão de sanções para a conservação e continuidade da vida em sociedade. Inúmeras outras poderiam ser listadas, não só no cinema, como também na literatura, uma vez que é corrente o pensamento de que os homens carecem de um freio moral que os impeça de agir segundo instintos e impulsos egoísticos. Só o medo do castigo nos faz parecer civilizados, dóceis e respeitosos, quando, em verdade, assim não somos. Abandonar o Estado como instituição coercitiva teria como conseqüência irremediável o desfalecimento dos laços que nos mantêm sociáveis, pois é certo que os apetites humanos, quando desgovernados pela ausência de repressão, transformam-nos em lobos dos próximos.

Atente-se, todavia, para o fato de que nem todos os indivíduos comungam de tão desalentador pensamento. É possível, para alguns, que o respeito às disposições normativas se dê por motivos diversos àqueles relacionados à previsão de sanções ante o descumprimento. Cite-se como exemplo o constitucionalista Konrad Hesse, que ao defender a necessidade de haver sentimento constitucional (vontade de constituição) para assegurar a força normativa da mesma, vislumbra como possível — em verdade, necessário — que os sujeitos possuam a disposição de orientar suas condutas segundo os ditames estabelecidos pela ordem constitucional simplesmente porque compreendem o valor de uma ordem inquebrantável, em constante processo de legitimação, que será ineficaz sem o concurso da vontade humana. O respeito à ordem derivaria da circunstância de todos os partícipes da vida constitucional partilharem o entendimento de que sacrificando alguns benefícios ou deixando

de aferir vantagens, em suma, sacrificando interesses pessoais em favor do respeito à constituição, estariam fortalecendo um bem de valor muito superior aos pequenos lucros porventura angariados com o desrespeito.

Tal raciocínio pode ser aplicado, por indução, ao ordenamento inteiro, de forma que não se afigura como desarrazoado afirmar que alguns indivíduos sujeitam-se às ordens simplesmente por acreditarem que este é o comportamento adequado (por um sentimento de dever, ou por amor à justiça), ignorando as ameaças de imposição de um mal. Para estes, a atuação conforme o direito independe de promessas de repreensão ou de recompensa, o que vale é a crença de que a legitimidade e o bom funcionamento do ordenamento normativo dependem, tão somente, de cada um de nós.

Ainda que não se credite à sanção um lugar central no ordenamento — tendo por base os inúmeros outros fatores que podem conduzir o indivíduo à submissão inconteste — parece possível afirmar que ela configura uma maneira extremamente importante de garantir a coordenação social e de proporcionar as pessoas razões para um atuar conforme ao direito. Nas palavras de Joseph Raz “El hecho de que una disposición jurídica de un sistema en vigor establezca una sanción es sin duda una razón para la acción (...)” (Raz, 1991, p.187). Ainda que não possam ser descritas como razões completas — já que, para tanto, dependeriam do desejo do agente em evitar a sanção, ou de seu sentimento contrário a aplicação da mesma — as sanções são, nos dizeres do autor, razões auxiliares: não necessariamente determinantes para a decisão, mas uma característica normativa relevante que normalmente é sopesada no momento da opção por determinado comportamento.

No mesmo sentido é a opinião de Frederick Schauer quando, a procura dos motivos que levam os indivíduos a considerarem a existência de uma regra como uma razão para a ação, afirma que:

(...) si se examinan las razones prudenciales para la acción y la conexión entre las sanciones y tales razones, puede apreciarse que es plausible que el papel de las sanciones sea particularmente importante respecto de las reglas. El valor de una regla, en tanto regla, cuando se lo distingue de cualquier valor que en apariencia le asigne el destinatario a lo que la regla exige en este caso, es probable que se manifieste tan tenue que será difícil para muchos agentes reconocerlo, a no ser por el temor de las sanciones (incluyendo la reprobación) o la esperanza de recompensas (incluyendo el elogio). En consecuencia, si cierto sistema social, que posee la capacidad de hacerlo, penaliza a los agentes por realizar acciones que resultan inconsistentes con un conjunto de reglas, incluso cuando las justificaciones que subyacen a ellas no se vean promovidas al hacerlo, entonces los agentes sujetos a esas sanciones tendrán razones prudenciales para considerar a esas reglas, en tanto reglas, como razones para la acción (Schauer, 2004, p. 185).

Entretanto, pondera o autor que por mais importante que seja o castigo ou a recompensa estipulada para determinada ação, não se pode olvidar que não são incentivos suficientes para esgotar as razões que um agente tenha para considerar a presença de uma regra aparentemente aplicável como uma razão para a ação (Schauer, 2004, p. 185-186).

Mas há teóricos que, seguindo fielmente as lições de Hobbes, construíram toda sua teoria do ordenamento jurídico tomando por base a idéia de sanção: consideram-na o conceito primário de Direito, já que todos os demais elementos da estrutura normativa vão se definir a partir da idéia que dela se tenha, sendo a sanção, inclusive, o critério útil à individualização e identificação do ordenamento jurídico.

Analisar-se-á, portanto, nos três capítulos seguintes, o papel central ocupado pela sanção na Teoria Analítica do Direito, esmiuçando-se a função do instituto na formulação teórico-jurídica de três expoentes da escola: Jeremy Bentham, John Austin e Hans Kelsen.

3

O conceito de sanção em Jeremy Bentham

3.1

Introdução

Jeremy Bentham criticou insistentemente o modelo do *Common Law*, afirmando que o mesmo deveria ser urgentemente substituído. Argumentava que tal modelo não servia, satisfatoriamente, como diretriz para os comportamentos humanos, pois era insuficiente enquanto referência racional para as ações. Provavelmente, o descontentamento de Bentham decorre do fato do *Common Law* fundar-se em opiniões de juízes, que somente se tornam conhecidas depois que a conduta indesejada já foi praticada. Tal superveniência, exatamente por não permitir o conhecimento prévio das condutas inaceitáveis não serve ao objetivo de coordenar a sociedade e otimizar a felicidade no corpo social, já que não é capaz de coibir os atos maléficis, principalmente em razão da dificuldade em precisá-los (A. Sgarbi, *Jeremy Bentham*, material inédito cedido pelo autor, p. 16-7).

Essa ausência de um soberano que dê ordens claras e definidas aos súditos, na visão do autor, gera uma conseqüência nefasta aos destinatários das normas, que acabam por não as obedecer, simplesmente por não possuírem o conhecimento prévio e necessário para se conduzirem.

Tal descumprimento sucessivo e constante das ordens emanadas do soberano acaba por deslegitimá-lo, por levar os súditos a se questionarem acerca da necessidade de manutenção de um Estado que não é capaz de direcionar condutas, assegurando o bem estar e a felicidade geral. Isso significaria um lento e regressivo caminhar ao indesejável estado de natureza, marcadamente um ambiente de competição e luta interna pela posse dos bens que, fatalmente, leva os homens ao medo, à inveja e a disputa.

Bentham foi leitor de Hobbes e sabe, por isso, que a única maneira de evitar a mísera condição de guerra generalizada narrada no capítulo anterior, passa pelo estabelecimento preciso de normas jurídicas, que contenham de forma clara a vontade emanada do soberano e que sejam garantidas por sanções, estas últimas imprescindíveis para a conservação e continuidade da vida em sociedade.

Vê-se, pois, que foi como herdeiro intelectual de Hobbes que Bentham elaborou, de modo inovador, uma teoria do Direito na qual as normas imperativas jogam o papel

principal. Seu conceito de sanção é absolutamente fundamental para toda a sua construção jurídica, tanto quando ela é analisada sob a perspectiva estrutural (quando a sanção aparece como requisito essencial, além de ser útil para a individualização do ordenamento), quanto sob a ótica funcional (como um dos fatores principais a motivar os indivíduos).

Em toda a sua vasta obra pode-se identificar a probabilidade da aplicação da sanção como uma particular forma de assegurar o cumprimento das normas. Isso porque para ele a única coisa que nunca muda na natureza humana é a tendência do homem em alcançar a maior felicidade, e as sanções vão se identificar com os motivos que o Estado quer promover nos indivíduos para que cumpram as normas em benefício da maior felicidade para o maior número de pessoas, de forma que há uma relação bastante estreita entre o utilitarismo, a eficácia das normas e as sanções, conforme se tentará demonstrar ao longo do texto.

O objeto de investigação deste capítulo é, pois, a teoria jurídica de Bentham. Na tentativa de dar conta das principais teses do autor seguirei um padrão de argumentação consistente em, num primeiro momento, fazer uma breve indicação biográfica; em seguida examinar os aspectos-chave de sua teoria — sempre tendo em mente a necessidade de relacioná-los com o tema primeiro deste estudo, qual seja, as sanções —; para, ao final, apresentar as principais críticas que recaem sobre as teses do autor. Tal estrutura se repetirá, dentro do possível, nos dois próximos capítulos, com o intuito de apresentar a doutrina dos três autores escolhidos para análise de um modo que torne perceptível serem eles expoentes de uma mesma tradição jurídica, na qual cada um deles exerceu influência decisiva na doutrina do que veio a seguir.

3.2

Apontamentos biográficos

Jeremy Bentham nasceu em Houndsditch (Londres) no dia 15 de fevereiro de 1748, numa família abastada; seu avô havia sido advogado, seu pai possuía a mesma profissão e desejava aos filhos (seu irmão nasceu em 1757) um brilhante exercício também nas carreiras jurídicas. Muito precoce, ingressa no Queen's College, em Oxford, quando tinha apenas 12 anos (em 1760) e se torna mestre no ano de 1766. No ano seguinte se instala em Londres, onde começa a exercer a profissão de advogado. Em 1776, no ano da Declaração de Independência das colônias inglesas da América, publica sua primeira obra importante, “Um fragmento sobre o governo”, consistente numa severa crítica a teoria do direito elaborada pelo jurista e ex-professor William Blackstone (a clássica obra *Commentaries on the Laws of England*, foi uma

das mais importantes apologias do Common law, modelo contra o qual Bentham se insurgiu desde seus primeiros escritos e cuja crítica o ocupou até seus últimos anos de vida).

No também revolucionário ano de 1789, o autor publica *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, que é considerada sua obra prima. Como se vê, as publicações do autor foram todas coerentes com as mudanças e com os movimentos liberais de seu tempo: se dedicou a uma reforma da legislação que logo se converteu num programa social; lutou por reformas constitucionais que abrangessem questões sociais e políticas; impulsionou com suas idéias o direito de sufrágio e movimentos de difusão e extensão da educação; criou um sistema carcerário radial denominado “Panóptico” que logo se tornou um modelo de prisão difundido e copiado em todo o mundo.

Filosoficamente falando, foi o fundador do utilitarismo inglês do século XIX e crítico contundente do modelo do *Common Law*. Juntamente com os pensadores filosóficos liberais mais importantes da época, como John Stuart Mill (1806-1873), fundou *Westminster Review*, uma revista cujo principal objetivo era difundir os ideais reformistas e utilitaristas por todo o mundo.

Bentham faleceu em Londres no dia 6 de junho de 1832, e, de acordo com sua solicitação, seus restos mortais foram doados para dissecação. Seu esqueleto, completamente vestido e com uma reprodução da cabeça feita de cera (a verdadeira foi mumificada), está exposto em uma vitrine de cristal na University College de Londres, instituição da qual foi um dos fundadores.

3.3

Alguns pressupostos da teoria do direito de Bentham

Primeiramente, Bentham afirma que sob a mesma denominação “teoria do direito” têm-se expressado, com certa confusão, duas ordens de coisas distintas: tanto a doutrina “expositiva” (expository jurisprudence), quanto a doutrina “crítica” (censorial jurisprudence). Tal divisão — da qual Kelsen também se valerá, posteriormente, para individuar o mundo do “ser” do mundo do “dever ser” — trata de diferenciar a descrição do direito tal como ele é no mundo dos fatos (caráter expositivo), de como ele deve ser (caráter prescritivo).

Normalmente aponta-se Beccaria como o precursor direto dessa concepção benthaniana, na medida em que foi o primeiro autor a criticar as leis postas e advogar uma reforma das mesmas, sem que isso importasse em confundir tal tarefa com a

mera descrição das leis que já existiam, vale dizer, sem misturar o que a lei “é” com o que ela “deveria ser”.

Muitas outras idéias desenvolvidas por Bentham guardam estreita relação com as teses de Beccaria: algumas construções que nesse último parecem incompletas ou mal delineadas foram aproveitadas por Bentham, que as desenvolveu com sua característica paixão por análises extremamente detalhadas, classificações e subdivisões. Centraremos nossa análise, a princípio, em um ponto principal no qual a influência parece decisiva, a saber, à luta favorável de ambos para que os atos legislativos penais fossem claros, compreensivos e proporcionais¹.

Tanto Bentham quanto Beccaria partilhavam a visão de que os homens costumam recorrer a penalidades extremamente severas parcialmente para aliviar seus sentimentos de hostilidade e ódio frente ao agressor e, também, para lhes poupar o trabalho de pensar nos efeitos de meios alternativos de punição. Por essas razões, barbaridades inúteis do sistema penal de seu tempo foram cometidas e mantidas.

Ambos concordavam que temas como a punição poderiam e deveriam ser submetidos à uma crítica racional — ao invés de serem deixados aos não-confiáveis guias dos sentimentos de antipatia e simpatia — bem como insistiam na inutilidade da selvageria da lei penal tradicional, pois acreditavam que a punição deveria ser a menor possível capaz de contrabalançar a vantagem que o homem esperava obter de seu crime.

Além de acordarem nos aspectos das medidas, intensidade e maneiras de punir, os dois autores também se aproximavam em outros aspectos da lei penal como a natureza da regra legal e a função apropriada do legislador e do juiz.

Ambos insistiam constantemente que o direito/lei deveria ser composto por atos gerais da legislatura, e deveria ser tão compreensível e claro quanto possível; e a criação jurisprudencial/judicial do direito, bem como a discricionariedade em nome da interpretação, deveriam ser reduzidas ao mínimo. A função do juiz é decidir se determinada lei foi ou não violada, e não produzir leis, pois é imprescindível que os homens saibam de antemão o que as leis esperam deles e quais são as conseqüências de sua desobediência. Ambos denunciavam casos onde a lei obscura dá ensejo a algo como “juízes legisladores”.

¹ “Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado” (Beccaria, 2003, p. 58). “A pena deve ser econômica, isto é, não deve ter senão o grau de severidade necessário para alcançar o seu fim” (Bentham, 2002, p. 41).

Existem, todavia, divergências entre os dois filósofos: parece que Bentham considerava Beccaria um autor um tanto negligente no que tange às exposições detalhadas. Muito embora, por exemplo, Bentham admirasse a insistência de Beccaria em estabelecer uma proporção entre o crime e a punição, ele o criticava por não explicar e analisar melhor e de forma mais acurada tal idéia². A resposta de Beccaria para não examinar o assunto detalhadamente é que, caso o fizesse, o resultado seria um catálogo de detalhes imenso e entediante³ — definição que se aplica a muitos dos escritos de Bentham (Hart, 2001, p. 49).

Outro ponto importante na teoria benthaniana, que não pode ser desconsiderado, refere-se à utilidade. Bentham inaugura sua obra *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação* afirmando que:

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores: a *dor* e o *prazer*. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos (Bentham, 1974, p. 9. Grifos no original).

Tal assertiva parte do pressuposto de que os indivíduos são governados pelos ditames do prazer e da dor, de forma que um legislador hábil, ao produzir as regras, deve ter em mente a necessidade de utilizar esse instrumental para obter a obediência das pessoas às condutas prescritas — momento em que a sanção aparecerá como importante mecanismo de dissuasão através dos castigos.

Se assim procede, está o legislador a obedecer o princípio da utilidade, segundo o qual aprova-se ou desaprova-se qualquer ação levando em conta a tendência que a mesma possui para aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está sob análise. Objetiva-se, pois, com o reconhecimento deste princípio, “construir o edifício da felicidade através da razão e da lei” (Bentham, 1974, p. 9).

Com uma tentativa de obter precisão matemática, Bentham cria um cálculo da felicidade, consubstanciado em conjuntos de prazer e dor que todos os indivíduos devem consultar antes de agir. As variáveis prazeres e das dores incluídas neste cálculo – que Bentham chamou “elementos” ou “dimensões” – são: a intensidade; a duração; a certeza e a propinquidade (ou proximidade). Quando consideramos não

² “Estabelecei uma proporção entre os delitos e as penas: é um dos preceitos de Montesquieu, de Beccaria, e de outros muitos. Excelente máxima na verdade; mas que tem mais de aparato do que de instrução, uma vez que se reduz a termos gerais; trabalho estéril enquanto não soubermos em que consiste uma tal proporção, enquanto não houverem regras que nos possam encaminhar seguramente na aplicação de certa pena a respeito de qualquer delito que se pode oferecer” (Bentham, 2002, p. 30).

³ “Este seria, quiçá, o instante de examinar e diferenciar as diversas espécies de delitos e a maneira de os punir; contudo, o número e a diversidade dos crimes, de acordo com as várias circunstâncias de tempo e de lugar, atirar-nos-iam por um atalho imenso e cansativo” (Beccaria, 2003, p. 15).

apenas o prazer em si, mas as consequências às quais o mesmo pode levar, outras duas variáveis devem ser analisadas, como a fecundidade— a probabilidade do acto ser seguido por sensações de mesmo tipo — e a pureza — a probabilidade do acto ser seguido por sensações contrárias, isto é, as possibilidades de que o prazer não será acompanhado por prazer, mas por sofrimento. A sétima circunstância é a da extensão do prazer, ou seja, o número de pessoas aos quais ele chega, ou que por ele são afetadas.

Como indica esse cálculo, nosso autor estava muito mais interessado nos aspectos quantitativos do prazer do que nos qualitativos; desta forma, todas as ações que produzirem a mesma quantidade de prazer serão consideradas igualmente boas. Uma outra importante conclusão pode ser extraída desta percepção de que a interação social se dá em respeito à utilidade: assim como o prazer e a dor atribuem verdadeiros valores aos atos, as obrigações apenas fazem sentido quando apoiadas por alguma forma de sanção ou punição, afinal, os homens somente se sentem ligados aos atos e os cumprem rigorosamente quando eles possuem uma sanção prevista para os casos de infração.

3.3.1

Os deveres e a teoria probabilística

Estudar a visão benthaniana de “dever” em apartado justifica-se pela dependência deste com as sanções, o que se torna perceptível pela própria definição que o autor fornece ao conceito: sempre que uma pessoa diz ter um dever, o que afirma, em verdade, é que existe provavelmente um evento externo — isto é, um evento extrínseco e distinto dos sentimentos daquela pessoa de quem se fala (a que possui o dever) — e esse evento externo é sempre uma sanção. Há uma resistência por parte do autor em acatar qualquer outra explicação possível para os deveres que não passe pelas sanções, pois quem afirma um suposto dever, mas não se refere a nenhuma cláusula sancionadora agregada ao descumprimento, está simplesmente esboçando um sentimento interior, que até pode gerar dor ou prazer, mas que não possui qualquer juridicidade.

Para nosso autor, portanto, existe um dever de fazer alguma coisa quando a omissão desta ação importe na imposição de uma sanção. Tal conceituação é válida para os quatro tipos de deveres que ele reconhece: físicos, políticos, morais ou religiosos, todos correspondentes às quatro espécies de sanções (analisadas no item 3.4.5), quais sejam, as físicas, as políticas, as morais e as religiosas.

Os deveres naturais, ou físicos, são as precauções que se deve tomar frente aos atos intrinsecamente perigosos para evitar as conseqüências danosas consistentes em sanções físicas. Para exemplificar, Bentham cita o caminhar muito próximo à beira de um precipício: um ato perigoso que, se praticado de forma descuidado ou imprudente, acabará por gerar conseqüências lesivas. Politicamente se cria um dever sempre que a autoridade competente para tanto estabelece para a conduta contrária uma sanção, óbvio, de cunho político, ao passo que os morais surgem quando a comunidade em geral condena a prática de certos atos, de forma que se estes se realizarem, nada obstante não serem proibidos legalmente, haverá uma reprovação do transgressor pelos seus pares. Finalmente, os deveres religiosos são dependentes dos castigos divinos, ou seja, dos males previstos por um ser supremo.

Note-se, entretanto, que em virtude da vasta obra de Bentham, é possível encontrar em seus escritos várias informações sobre o conceito de dever que autorizam diversas interpretações sobre a relação entre dever e sanção. A mais difundida — e que será, ao final, criticada através dos escritos de Hart — é baseada na teoria da probabilidade.

Essa teoria pressupõe que o dever existe para o indivíduo quando existe a probabilidade empírica do mesmo ser sancionado acaso não cumpra com a obrigação. Esta última, pois, só é observada em razão dos homens serem conscientes de que uma dor futura será imposta, ou seu prazer será diminuído, se não a cumprirem. Aqui nosso autor transmuda uma entidade fictícia (dever) numa entidade real (predição empírica de se aplicar um castigo).

A discussão sobre o caráter desta relação — se é de caráter probabilístico, imperativo (que propugna ser a parte sancionadora das normas uma parte secundária ou subsidiária, uma vez que a vontade do soberano está na parte diretiva, isto é, na prescrição) ou misto (teoria que mescla as duas anteriores, ao dizer que o caráter probabilístico das sanções resultaria da imperatividade da norma que postula a conduta devida) — não faz tanto sentido por duas razões: primeiro porque todas parecem se encaixar no que Bentham quis dizer, sem que para isso tenha que se fazer um esforço interpretativo ou distorcer as teses do autor⁴. Segundo porque, independente de qual se adote, os deveres jurídicos continuam a ser definidos a partir da idéia que se tenha de sanção.

⁴ Alguns comentaristas de Bentham ironicamente afirmam que não tendo sido o autor enterrado, impossível se revirar no túmulo ante uma nova interpretação de sua obra.

3.4

Jeremy Bentham e as sanções

3.4.1

Introdução

È fato que a teoria da norma jurídica em Bentham é de uma complexidade sem precedentes. O autor inglês produziu um vasto conjunto de obras que, além de significativamente extenso, também é bastante prolixo. Ademais, ao longo desta produção, Bentham alterou, por mais de uma vez, o sentido de algumas definições jurídicas.

Destarte, para compreender o papel das sanções nas normas benthanianas, mister revisitar o sentido de alguns conceitos centrais (como o de *law*, *statute* e *provision*, *mandate* e *command*), com o intuito, não de aprofundar em tal análise e estabelecer definitivamente o significado destes termos, mas sim de esboçar algumas idéias acerca da estrutura das normas. Em seguida, após o alcance da conclusão sobre onde estão as sanções na estrutura das normas, outras questões surgirão, relativas à necessidade de saber se todas as normas possuem sanções (isto é, analisar se elas são elementos necessários), bem como à possibilidade de serem o critério de individualização dos sistemas jurídicos.

Além disso, uma análise funcional das sanções é imperiosa. Bentham bem sabe que se as pessoas fossem razoáveis iriam internalizar o princípio da utilidade e agir tão somente para o bem da coletividade, mas ao mesmo tempo reconhece a plausibilidade das pessoas serem pouco ou nada razoáveis. Para estas últimas, deverá existir no ordenamento algum forte motivo que determine, ou ao menos influencie, seus comportamentos. Como a sanção é vista por ele como um instrumento de prazer e de dor, irá desempenhar papel de grande importância na eficácia das normas jurídicas.

3.4.2

Aspectos estruturais das sanções em Bentham

Em que pese a confusão gerada e a difícil distinção, poderíamos separar os termos *law*, *provision*, *statute*, *mandate* e *clause* do seguinte modo: uma norma (*law*) é uma simples abstração, uma entidade fictícia que necessita ser parafraseada em uma entidade real, denominada de disposição jurídica (*statute*). A disposição (*statute*)

é o enunciado normativo que tem determinado caráter ou significado e um conteúdo ou objeto. Para averiguar quais são estes, Bentham utiliza o termo *provision* (prescrição). As prescrições por seu turno, trazem consigo o objeto (tipo de ato que a norma ordena, vale dizer, seu conteúdo) e o aspecto ou vontade do legislador (o caráter da norma). Existem quatro aspectos possíveis para as normas: os mandatos, as proibições, os não-mandatos, e as permissões. As partes adicionais do *statute* que não contém o caráter e o conteúdo das normas são as cláusulas (*clauses*).

As prescrições, juntamente com as cláusulas (que podem ser de muitos e variados tipos: limitativas, excepcionais, expositivas, satisfativas, iniciativas — aqui aparecem as sanções) formam o enunciado normativo (um *statute*) completo. Exatamente este enunciado completo é que Bentham denomina mandato. Este pode se dividir em mandato legal (emanado do soberano) e ilegal (que não podem ser atribuídos à vontade do soberano).

Sempre que se fala em enunciados normativos, sabe-se que podem estar formados por uma ou várias prescrições; dependendo de que tipo de prescrição se fala, ou seja, dependendo do seu conteúdo, se saberá se contam ou não com cláusulas iniciativas, ou melhor, com cláusula sancionadora. Evidentemente que se a norma em questão for uma norma obrigatória ou uma norma proibitiva, é natural que seja sancionada (o que pode não acontecer, de forma a surgirem no ordenamento normas incompletas). Mas nem todas as disposições são sancionáveis, de forma que existem normas sem sanção. No caso dos deveres, entretanto, esta última precisa estar presente para a norma ser considerada completa. Outras normas imperativas podem não conter tal cláusula, o que acaba por gerar as três seguintes situações possíveis (Chagoyán, 2002, p. 40):

- “O exame é obrigatório”: tem-se uma disposição e uma prescrição;
- “Proibido copiar e utilizar anotações no exame”: tem-se uma disposição e duas prescrições;
- “Quem ‘colar’ no exame terá que repetir o curso como sanção”: uma disposição completa ou mandato, formado por uma prescrição e uma cláusula sancionadora.

Somente no último caso uma norma jurídica completa se formou, já que é a única que estabelece um enunciado composto de uma prescrição cujo conteúdo é a ação de ‘colar’ no exame e cujo caráter é uma proibição; ademais, tal norma conta com uma sanção que determina qual será a conseqüência jurídica da norma.

Falando das cláusulas sancionadoras, estas somente se encontram nas normas obrigatórias (mas não nas não-obrigatórias), que tanto podem ser uma proibição, quanto uma obrigação. Todas as normas que podem ser chamadas de obrigatória estão constituídas em duas partes: uma diretiva, que é uma prescrição imperativa e

uma segunda que é a sanção, enquanto expressão de um ato que se traduz em um prognóstico do que acontecerá se o destinatário da parte diretiva não a cumprir.

Em Bentham, a parte diretiva e sancionadora constituem a norma primária ou principal que se dirige aos cidadãos (existem normas primárias que são dirigidas aos governantes e que somente possuem parte diretiva). Para que as normas primárias sejam efetivas, entretanto, é preciso que uma outra norma ordene aos juizes que apliquem as sanções para os casos de descumprimento, sendo estas as normas secundárias ou subsidiárias do ordenamento, vistas sempre em estreita conexão com as primárias.

Tal ligação enseja um problema, apontado também na doutrina de Austin, como se verá adiante, relativo à potencialidade de regresso ao infinito: já que toda norma secundária depende de uma primária que ampare o seu cumprimento, ingressa-se numa sucessão infinita de normas. Bentham procura solucionar tal impasse com a consideração de que não existe uma série infinita de sanções, vez que isso importaria numa série infinita de não cumprimento das normas, o que para ele constitui claramente um conjunto de normas ineficazes e, portanto, normas não consideráveis.

Para finalizar, importante não perder de vista que o termo ‘norma jurídica’ (*law*) para nosso autor pode ser visto sob três perspectivas distintas: como entidade fictícia (estruturalmente como o ‘todo lógico’ que gera a norma, isto é, pelo somatório de uma prescrição e uma cláusula); como matéria legislativa (uma entidade real composta pelos enunciados que o legislador elabora); e como disposição jurídica (que é uma fórmula, uma abstração, cujas variáveis vão sendo substituídas pelo legislador, resultando na entidade real relevante para a individualização das normas).

3.4.3

A individualização das normas jurídicas

Possivelmente, o primeiro autor que tentou estipular critérios de individualização das normas jurídicas — percebendo a importância em destacá-las das demais ordens normativas — de que se tem notícia foi Bentham. De acordo com Raz:

Bentham is probably the only legal philosopher who understood the necessity and the importance of principles of individuation apart from the doctrine of the structure of laws. (Raz, 2003, p. 74)⁵.

⁵ “Bentham é provavelmente o único filósofo legal que compreendeu a necessidade e a importância dos princípios da individualização separadamente da doutrina da estrutura das normas”.

Assim, após expor sua estrutura das normas, mister passar a análise dos princípios de que se vale o autor para identificar os sistemas jurídicos. Bentham inicia a análise afirmando que para determinar se uma norma imperativa é completa deve-se analisá-la enquanto sua expressão — uma norma é completa se for formada por uma prescrição, cujo conteúdo seja uma proibição ou uma obrigação; se a prescrição estiver alterada por alguma cláusula alternativa, então só será completa se analisada juntamente com estas cláusulas —, quanto a sua conexão — pois uma norma é completa quando está formada por várias prescrições (ou justapostas, isso é, todas as prescrições no mesmo discurso, ou por referência, quando a norma é formada por prescrições presentes em diferentes discursos, vale dizer em distintos textos) — e, finalmente, quanto a seus desígnios — pois uma norma imperativa completa deve ter prescrições que fazem referência a sanções).

Uma síntese da interpretação que Raz (2004, p. 75-76) faz sobre a individualização em Bentham poderia ser descrita nos seguintes termos:

- toda disposição jurídica é uma norma e uma prescrição (vale dizer, toda disposição jurídica é uma norma que prescreve determinado comportamento como obrigatório em certas circunstâncias, isto é, cada uma das leis expressa o desejo do legislador de que certos atos sejam praticados por determinadas pessoas, sob circunstâncias específicas);

- uma expressão da vontade do legislador equivale a imposição de um dever, se, e somente se, estiver amparada por uma sanção (o dever somente surge nas hipóteses em que o desejo do legislador se manifesta acompanhado de uma sanção, seja ela positiva, que visa estimular condutas, seja negativa, no sentido de proibir determinados comportamentos, seja, inclusive, de cunho moral ou religioso)⁶;

- todo ato ordenado ou proibido pelo legislador é o núcleo de uma disposição jurídica independente (o fato de uma lei ordenar que os juízes punam assassinos traz como implicação direta a proibição do assassinato, no entanto, isso não significa que se tenha apenas uma lei — dirigida aos juízes —, mas sim duas, embora uma contém a outra);

- os conflitos entre disposições jurídicas são resolvidos antes da representação da disposição jurídica em sua forma apropriada (isso quer dizer que a descrição apropriada de um sistema legal não descreve qualquer conflito de leis, nem tampouco fornece meios para solucionar tais conflitos; as regras através das quais os conflitos entre duas leis são resolvidos se referem, entre outras coisas, a importância relativa

⁶ “The sanction need not always be a legal sanction. A law may impose a duty even if the only sanction for its breach is a moral or religious sanction” (Raz, 2004, p. 76); numa tradução livre: “A sanção não necessariamente precisa ser uma sanção legal. A norma pode impor um dever até mesmo quando a única sanção prevista para seu desrespeito seja moral ou religiosa”.

dos legisladores que criaram as leis e as datas nas quais elas foram feitas, fatos estes que, de acordo com a teoria de Bentham, não estão expressos na descrição apropriada do sistema);

- a individualização das disposições jurídicas depende parcialmente da maneira como se formula o material jurídico por parte do legislador (como, por exemplo, se em uma determinada data o legislador institui uma lei ordenando [1] que todo homem se comporte da maneira 'A', sob as condições 'C' e, posteriormente, institua uma outra lei determinando [2] que toda mulher se comporte da maneira 'A', sob as condições 'C', para Bentham existirão duas disposições jurídicas distintas — uma correspondendo a [1] e a outra a [2]. Se, Entretanto, a segunda lei dispusesse de forma diversa, isto é, [3] toda pessoa deve se comportar de maneira 'A', sob as condições 'C', o sistema legal conteria, então, apenas uma lei correspondente tanto a [1] quanto a [2]).

Todo exposto, pode-se deduzir que dentre os elementos que formam a unidade mínima de material legislativo de que falava Bentham, não se encontra a sanção — exceto nos casos em que se trata de uma norma que impõe um dever, pois esta possui como unidade mínima uma prescrição e uma cláusula sancionadora —, o que nos leva a concluir que a sanção não é presença necessária numa disposição jurídica benthaniana. Conforme preceitua Raz “Obviously, not every law would be backed by a sanction”⁷ (Raz, 2004, p. 77).

Vê-se, pois, que de uma investigação mais atenta do conjunto normativo de Bentham, é possível deduzir que as normas imperativas não estão sozinhas; ainda que se reconheça o fato de elas desempenharem, principalmente no que tange ao aspecto funcional, papel imprescindível para a obtenção das finalidades decorrentes do princípio da utilidade, há que se dizer que não são as únicas normas a que Bentham confere juridicidade. Ademais das imperativas (que sem dúvida apresentam-se como as principais normas da ordem jurídica, e cujo fim precípua é conferir ao soberano instrumental suficiente para bem desempenhar seu objetivo de reger as condutas humanas), existem outras normas, denominadas não-imperativas (ou não coercitivas). Estas teriam uma atuação subsidiária e dependente das primeiras, como, por exemplo, as permissivas, que conferem uma esfera de liberdade aos súditos. Em síntese, Sgarbi conclui:

Enfim, em que pese o fato da “natureza” da norma jurídica – considerando o princípio da utilidade (e vislumbrado o aspecto funcional) – ser a de expressar diretivas, pode-se encontrar, na literatura benthaniana, composição mais complexa e articulada do que a de simples ordens e obediência. (A. Sgarbi, *Jeremy Bentham*, material inédito cedido pelo autor, p. 16-7).

⁷ “Obviamente, nem toda norma será amparada por uma sanção”.

3.4.4

Aspectos funcionais das sanções em Bentham

Ao se perguntar por que razão o Direito é eficaz, Bentham procurou analisar um sem número de forças possíveis que influenciariam os seres humanos e, *a posteriori*, dariam ao Direito a eficácia que deseja. Dentre todas essas o autor centrou sua atenção nos motivos. A começar, dividiu-os em dois tipos básicos: os motivos práticos e os meramente especulativos. Os primeiros são os motivos que influenciam os atos externos, podendo ser de dor ou de prazer (onde se incluem certamente as sanções); dito de outra maneira, são as razões capazes de influir na vontade dos seres racionais e que, por isso, os induzem a atuar de determinado modo ou a deixar de atuar. Por seu turno os motivos especulativos são os que operam simplesmente nas faculdades intelectuais dos agentes, incentivando certo entendimento, mas impróprios para ensejar a produção de qualquer ato de vontade.

Feita a divisão, o autor considerou que somente os primeiros teriam aptidão para traduzir os sentimentos de dor e prazer, regentes maiores das condutas dos homens, e, pois, seriam os únicos que originariam comportamentos guiados a sustentar a eficácia do Direito. Portanto, em querendo o legislador induzir os cidadãos a agirem de determinada maneira, basta radicar as normas nos motivos: se estes são conseqüência direta do grau de dor ou prazer que o homem experimenta em cada uma das situações postas pela realidade, e se o homem se move guiado pela vontade de alcançar o maior prazer como conseqüência final das suas condutas, certamente ao se deparar com uma legislação que imponha castigos aos transgressores frente à condutas perniciosas ou que estipule recompensas por condutas vantajosas, irá, sem dúvida, se omitir da prática das primeiras e agir conforme às segundas.

Aos motivos que se apresentam como fontes de prazer, Bentham denominou motivos sedutores (prêmios), ao passo em que os que se traduzem em medo da dor, foram chamados de coerções (castigos). Tanto um quanto outro, na leitura do nosso autor, configuram fontes capazes de conferir força obrigatória a qualquer norma ou regra de conduta e, exatamente por esta razão, podem ser chamadas de sanção.

A definição ampla de sanção poderia ser formulada, portanto, nos seguintes termos: fonte de motivos, ou melhor, de dor ou prazer, que atuam como verdadeiras e únicas razões para que se aja de determinada forma. Também é possível uma classificação que distinga, em quatro, tais fontes de prazer ou de dor, a saber, a física, a política, a moral (ou popular) e a religiosa.

As primeiras são a base de todas as demais e teriam lugar quando o prazer ou a dor são produzidos por poderes da natureza não propositadamente modificados pela interposição da vontade de algum ser humano nem por qualquer interposição extraordinária de algum ser invisível superior; vale dizer, quando a dor e o prazer decorrem dos impulsos e restrições que derivam de circunstâncias naturais⁸.

As políticas referem-se a dor e ao prazer gerados pelas mãos de uma pessoa em particular, ou de um grupo de pessoas da comunidade, escolhidas com o objetivo de aplicar o castigo ou o prêmio segundo a vontade do poder soberano do Estado. Seriam, pois, as impostas pelas autoridade políticas.

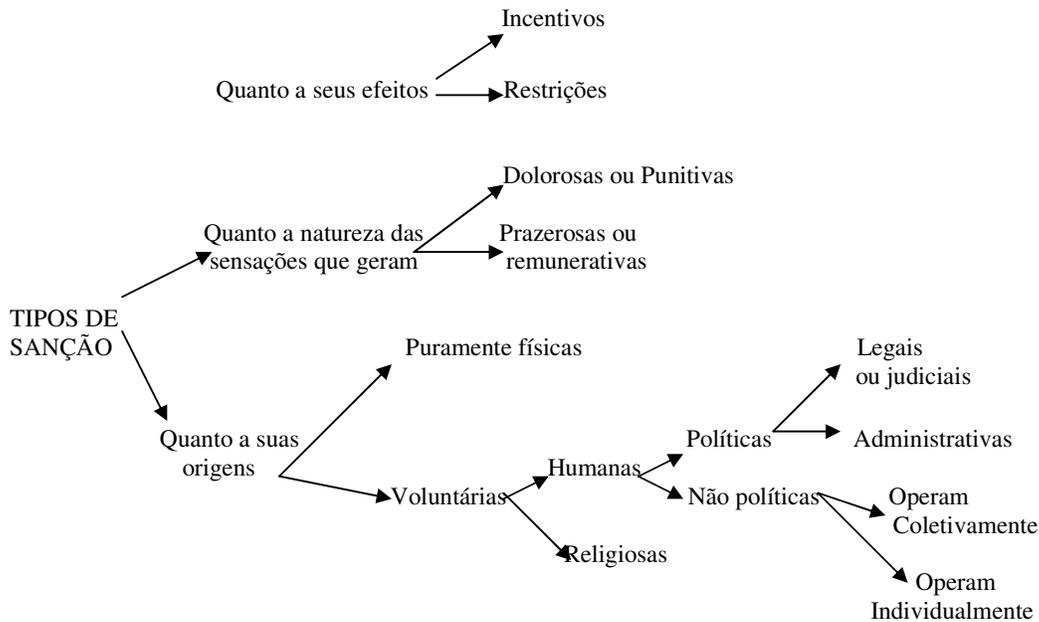
Por seu turno, as morais são os prazeres ou dor vindas das pessoas da comunidade, desde que não autorizadas pelo poder público a aplicar uma sanção fundamentada em regra escrita. Em verdade, seriam estas sanções as aprovações ou reprovações sofridas pelos pares e provenientes da opinião coletiva.

Finalmente, as religiosas advêm da dor e do prazer aplicado por um ser divino e superior. Consistiriam no temor religioso em receber castigos divinos ou na crença de obter recompensas de mesmo caráter.

Das quatro sanções listadas somente três delas são concebíveis em relação a seres inteligentes, racionais e dotados de vontade, quais sejam, as sanções políticas, as morais e as religiosas. Destas, não há dúvida que a principal é a política, por representar a prática institucionalizada do Estado em coordenar condutas, quanto às outras (sanção moral e religiosa) são sanções meramente coadjuvantes ou, como diz o autor, auxiliares.

Ademais, Bentham, analítico que é, continua a classificar as sanções de outras três maneiras (que irão gerar outras tantas subdivisões), a seguir apresentadas de modo esquemático:

⁸ No entanto, se um acontecimento natural, um incêndio por exemplo, produz dor para alguns indivíduos, Bentham refere-se a ele como uma calamidade. Mas se uma dor semelhante for causada também por meio de um incêndio, desta vez imputado à alguém que, negligentemente, esqueceu de apagar uma vela, ter-se-ia uma sanção física.



Conforme a tabela posta acima, Bentham primeiro subdivide as sanções em três grandes grupos: quanto a seus efeitos, quanto à natureza da sensação que as constitui e quanto a suas origens.

No primeiro grupo (efeitos) estão os incentivos (tendente a originar uma ação positiva ou induzir a ação humana em alguma direção, como o são, por exemplo, os impostos) e as restrições (assim como as proibições, produzem um impedimento para a prática de determinada ação, mas ao contrário das primeiras, são temporárias; a suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor por determinado período de tempo é um exemplo).

A segunda classificação preocupa-se com a natureza das sensações constitutivas das sanções, já que as sanções podem ser fontes de dor (caso das punitivas que importam em sofrimento para os indivíduos; são as mais eficazes e, por essa razão, universalmente adotadas; um exemplo são as privações de liberdade e a pena de morte) ou de prazer (são as que geram sensação de bem estar para o sujeito ou beneficiam seus interesses, de alguma forma; cite-se como exemplo a concessão de um prêmio nobel).

A classificação mais detalhada advém, porém, das origens das sanções que podem ser puramente físicas (são aquelas cujo conteúdo de dor ou prazer são consequência direta da ação da natureza não alterada por um comportamento de um ser inteligente e sensato e nem mesmo de uma divindade, como o já citado incêndio

decorrente da vela esquecida acesa) ou voluntárias. Essas últimas se subdividem nas sobrenaturais ou religiosas (são aplicadas voluntariamente por uma agente, mas este é de uma espécie desconhecida e nunca vista, como por exemplo, as penas aplicadas no inferno) e humanas; estas últimas, por seu turno, podem ser políticas (judiciais — quando as sanções são impostas por funcionário devidamente investido da função jurisdicional; por exemplo, aplicação da pena de multa ou da pena de privação de liberdade — ou administrativas — políticas quanto as primeiras, mas aplicadas por sujeitos investidos de poderes administrativos para a imposição de sanção, como é o caso, das multas administrativas) ou não políticas (que podem ser operadas coletivamente — quando se aplica uma sanção não política por membros de uma sociedade que guardam com os sancionados relação de identidade comunitária, como é o caso da marginalização de um grupo social — ou operadas individualmente — quando um pai repreende seu filho, por exemplo, pois caracteriza-se como uma sanção não política, que considera o indivíduo de forma isolada, sem relacioná-lo com o corpo social).

3.5

As recompensas em Bentham

Bentham foi um dos primeiros autores a dedicar-se seriamente a construir uma teoria das recompensas que pudesse sustentar a idéia de um Direito Premial ao lado do, já conhecido e amplamente divulgado, Direito baseado nas sanções negativas.

Como ocorre com todos os conceitos que pretendeu estudar, também para este Bentham formulou uma série de regras e princípios aplicáveis para as recompensas. A título de ilustração vale apontar sua análise do que seja o salário: de acordo com a formulação de nosso autor o que induz ao trabalho não é, de modo algum, a esperança em se obter ao final do mês o salário e sim o medo constante de não recebê-lo ou vê-lo diminuir; se é assim que de fato as pessoas se comportam, então não se pode dizer que o salário seja uma recompensa, afinal embutido no estímulo em trabalhar tem-se uma sanção negativa, consistente em ameaçar com dor (porque implica numa sensível diminuição do prazer) para obrigar a um determinado comportamento.

Traçando um paralelo entre as funções das penas decorrentes das sanções negativas e das recompensas, chegar-se-ia ao seguinte: a pena tem por escopo alcançar a abstenção de certas condutas consideradas socialmente desvantajosas para o Estado, ao passo em que as recompensas procuram estimular e fomentar práticas consideradas desejáveis; a pena se refere sempre aos comportamentos

danosos, enquanto as recompensas aos particularmente saudáveis; a pena destina-se a toda a população, indistintamente considerada, ao passo que as recompensas dirigem-se aos eleitos, tão somente; finalmente, as penas são necessárias, tanto para manutenção da ordem, quanto para a própria justificação estatal; mas as recompensas, por seu turno, são prescindíveis.

Vê-se que as recompensas são, portanto, verdadeiras sanções jurídicas plenamente compatíveis com a teoria jurídica de Bentham, nada obstante o próprio autor as reconhecer como instrumentos ocasionais, aplicáveis em casos pontuais, incapazes de substituir as sanções negativas, ou sequer, retirar-lhes o protagonismo. Em verdade, poder-se-ia dizer que para o autor tais sanções positivas constituem parte de um ordenamento que já se encontra garantido pela existência e efetividade das sanções negativas, únicas aptas a impor o verdadeiro temor de que necessita o conjunto normativo para se fazer obedecer.

3.6

Críticas ao modelo benthaniano

Um problema recorrente na tese de Bentham parece ser relativo à conexão dever-sanção. H. L. A. Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*, ocupa-se em demonstrar o quanto a teoria das obrigações enquanto predições obscurece o debate ao privilegiar uma leitura do aspecto externo das regras obrigatórias, decretando a inexistência do caráter interno das mesmas.

Hart inicia suas considerações afirmando que as teorias do direito que o concebem como ordem coercitiva partiram de um pressuposto correto de que onde há direito, há, por conseguinte, condutas humanas proibidas, obrigatórias ou não facultativas. Deste modo, em certas ocasiões, estariam os indivíduos obrigados a agir de determinado modo, caso desejem adotar uma conduta conforme ao Direito. No entanto, tais teorias, dentre as quais se encaixa a de Bentham, definiram a noção de obrigação em termos de possibilidade ou probabilidade de que a pessoa obrigada venha a sofrer um mal ou um castigo às mãos de outros, nas hipóteses de desobediência. Tal postura leva-os a tratar as afirmações de obrigações como meras avaliações de sofrer um castigo, e não como afirmações psicológicas. O prejuízo decorrente de tal postura pode ser apontado através de duas críticas: a primeira envolvendo o fato de que a interpretação de uma obrigação através simplesmente da previsibilidade obscurece o fato de que, quando existem regras, as transgressões a respeito delas não constituem somente fundamentos para a previsão de que sobrevirão reações hostis ou de que os tribunais aplicarão sanções aos que a violem;

tais transgressões são também uma razão ou justificação para ditas reações e sanções.

A segunda refere-se à impropriedade em se pensar a previsão de sanção como único motivo para a existência dos deveres em virtude da possibilidade de um sujeito legalmente obrigado conseguir escapar com êxito da punição; neste caso, segundo a teoria baseada na previsibilidade, o sujeito não mais estaria obrigado, uma vez que, de alguma forma, conseguiu se furtar do castigo. Num sistema que efetivamente sanciona uma elevada quantidade de transgressores, pode-se dizer que qualquer transgressor corre o risco de ser efetivamente sancionado. Se não o for é causa de um funcionamento anormal do sistema. Para Hart, dizer que uma pessoa tem uma obrigação e afirmar que é provável que ela venha a ser sancionada são enunciados verdadeiros e harmônicos, que se conectam através de uma forte ligação — pois a não ser que seja bastante provável que as pessoas desobedientes sejam reprovadas, não valeria de nada construir enunciados acerca das obrigações das pessoas.

Ademais, analisando o exemplo recorrente em Hart do assaltante armado que ordena à vítima que entregue o dinheiro sob pena de desferir-lhe um tiro em caso de desobediência, ver-se-ia, sob a ótica da teoria das predições, que a vítima encontra-se frente a uma obrigação de satisfazer o pedido do assaltante, tendo em vista a probabilidade do dano iminente. Entretanto, a vítima que entrega o dinheiro, só o entrega por temor às conseqüências desagradáveis que recairão sobre ele, mas não porque estava juridicamente obrigado. Nesse ponto Hart assinala a necessidade de diferenciar a asserção alguém *foi obrigado* a fazer algo, da asserção alguém *tinha a obrigação* de fazer algo. A primeira refere-se exclusivamente aos motivos e crenças que uma pessoa possuía para praticar determinada ação, pois é uma afirmação meramente psicológica, ao passo que a segunda deve ser pensada em termos de regras sociais, isto é, regras que instituem determinados comportamentos como modelos a serem seguidos e que, por isso, constituem as obrigações⁹. Em sendo assim, Hart diferencia o *sentir-se obrigado* do *ter uma obrigação*, pois apesar das regras conterem caráter interno — relativo ao sentimento de vinculação e aceitação que os destinatários devem possuir com relação às normas —, este não é dependente do sentimento de compulsão experimentado pelo obrigado, que por vezes pode não se fazer presente.

⁹ “Assim, a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação, por exemplo de dizer a verdade ou de apresentar-se para prestar serviço militar, é verdadeira, ainda que ela acreditasse (razoavelmente ou não) que nunca seria descoberta e que nada tinha a temer por causa da desobediência. Além disso, enquanto que a afirmação de que tinha esta obrigação é basicamente independente da questão sobre se essa pessoa de fato se apresentou ou não a prestar o serviço, a afirmação de que alguém foi obrigado a fazer algo acarreta normalmente a implicação de que a pessoa efetivamente o fez” (Hart, 1994, p. 93).

4

O conceito de sanção em John Austin

4.1

Introdução

No capítulo anterior procurou-se explicitar porque Bentham é um dos autores mais significativos para o estudo da sanção. A análise de parte de sua vasta obra nos permitiu identificar uma maneira peculiar erigida pelo autor como forma de garantir a obediência ao ordenamento e seus preceitos: a ameaça de imposição de sanção. Tal construção, como visto, deriva da tese central benthaniana de que a única característica que é comum a todos os indivíduos e indissociável da nossa condição humana é o desejo, que nos acompanha desde sempre e em todas as escolhas, de alcançar a maior felicidade possível. Essa premissa desencadeia o comportamento estatal tendente a prescrever sanções negativas quando quer se fazer obedecer, afinal, o ideal utilitário preceitua agirem os sujeitos movidos pela intenção de alcançar o maior prazer, evitando a dor, e o Estado, ao nos colocar frente à possibilidade de sofrer um castigo diante da desobediência a uma norma, acaba por nos fornecer um motivo plausível e relevante para o cumprimento da mesma.

Deu-se, também, a devida atenção às sanções positivas, esclarecendo que Bentham foi um dos primeiros autores a perceber relevância no tema — já que acreditava que a motivação comportamental humana se formava não só pelo medo, como também pela perspectiva de recompensas ou, em outras palavras, pelas razões sedutoras — sem, contudo, entusiasmar-se demasiado com o papel destas no ordenamento. Isso porque elas seriam incapazes de desbancar o protagonismo das sanções negativas, já que estas últimas seriam elementos constantes das ordens jurídicas, enquanto as primeiras não passariam de coadjuvantes para casos específicos.

Além disso, uma análise da relação entre dever e sanção se fez necessária tendo em vista se afigurar como o fundamento das normas jurídicas para o autor, que procura sustentar a controvertida tese de que alguém terá o dever de fazer algo caso a omissão dessa conduta importe na aplicação de uma sanção.

E, finalmente, foi possível concluir que para Bentham as sanções somente estão presentes em normas de observância obrigatória (entendendo-se por

estas tanto as que repudiam determinado comportamento, proibindo-o, tanto aquelas que ordenam uma conduta especificada), podendo-se identificar nestas normas duas partes distintas: uma diretiva, que prescreve qual é o comportamento desejado ou proibido (sendo verdadeira expressão da vontade do legislador) e a parte sancionadora, representando um prognóstico do que acontecerá com o autor caso não aja conforme o estipulado (sanções negativas) ou o que sucederá caso cumpra com o ordenado (aplicação de sanções premiais).

Tudo isso nos levou a concluir, na finalização do capítulo anterior, que para Bentham o real fundamento das sanções é a eficácia das normas, uma vez que a efetiva observância destas somente se dará através de mecanismos de motivação que induzam à obediência estrita do ordenamento, sendo certo que a sanção ocupa o lugar de destaque nesta construção.

Em que pesem todas as críticas formuladas pelos diversos autores que se debruçaram sobre as obras de Bentham, dedicando-se a um estudo acurado das mesmas, há que se reconhecer no autor um dos primeiros teóricos do Direito a utilizar as normas imperativas como protagonistas e a sanção como o elemento central. Tal estruturação normativa alicerçou as bases sob as quais outros autores fundaram suas próprias teorias.

Um dos que sofreu indiscutível influência por parte dos escritos de Jeremy Bentham foi John Austin¹. Este, preocupado em determinar os contornos do direito e analisando seus conceitos numa perspectiva que considerasse o contexto lingüístico em que estivessem inseridos, deu continuidade à teoria analítica iniciada por Bentham no final do séc. XVIII (Sgarbi, 2006, p. 1).

O objeto de investigação deste capítulo é, pois, a teoria austiniana. A fim de abordar as principais teses do autor e manter certa coerência com as pretensões do trabalho, seguiremos um padrão de argumentação semelhante àquele empregado para tornar compreensível o pensamento de Bentham: primeiramente será feita uma breve indicação biográfica; em seguida os aspectos-chave de sua teoria serão examinados — sempre tendo em mente a necessidade de relacioná-los com o tema primeiro deste estudo, qual seja, as sanções —; para, ao final, serem apresentadas as principais críticas que recaem sobre as teses do autor.

¹ A relação entre os dois autores extrapola a avaliação simplista de que Austin aplicou as idéias de Bentham. De fato, quando ainda jovem, Austin chegou a declarar sua condição de discípulo de Bentham, apoiando sem reservas seu constitucionalismo radical. No entanto, quando começou a lecionar, adotou uma posição mais conservadora, o que levou-o a afastar-se do outrora mestre.

4.2

Breves apontamentos biográficos

John Austin nasceu em Suffolk, condado situado no centro do Leste da Inglaterra, no dia 3 de março de 1790, no seio de uma família dedicada ao comércio, que gozava de significativa posição social e econômica. No auge das guerras napoleônicas, quando contava com apenas 16 anos, alistou-se no exército britânico, servindo como oficial em Malta e na Sicília, de 1808 a 1812, ano em que regressa à Inglaterra para, posteriormente, em 1814, começar a estudar Direito. Terminados os estudos, Austin inicia, em 1818, a prática da advocacia, sem muito sucesso e nem grande entusiasmo. Casa-se no ano seguinte com Sarah Taylor e, diante da falta de êxito como advogado, abandona a profissão em 1825, depois de sete anos de exercício.

Morando em Londres, Austin conheceu Jeremy Bentham nos idos de 1820 e pertenceu ao distinto grupo que o cercou em seus últimos anos, bem como se relacionou com a família de Stuart Mill, que depois viria a ser seu aluno.

Em 1826, com a fundação da Universidade de Londres (futura *University College of London*), Austin inaugura a carreira de professor, tornando-se catedrático da cadeira denominada *Jurisprudence* naquele ano. A informação que se tem é que Austin depositou fortes esperanças no magistério e, ao não lograr êxito nem obter sucesso como professor — seus cursos não despertaram muita atenção —, sentiu-se profundamente abatido, o que o levou a interromper a produção de uma obra que planejava. Passou os dois anos seguintes em Bonn, na Alemanha, regressando à Inglaterra em seguida. Em 1832, entretanto, publica suas lições (as dez primeiras) ministradas enquanto era docente, sob o título *The Province of Jurisprudence Determined (A Delimitação do Objeto do Direito)*.

Austin falece no ano de 1859 e a publicação póstuma, entre 1861 e 1863, dos dois volumes de *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, deve-se a sua esposa Sarah Austin. Paradoxalmente, a espera (em nada proposital, mas decorrente de sua inaptidão para finalizá-las e publicá-las ainda em vida) de aproximadamente trinta anos para tornar públicos os escritos do autor, em muito contribui para a difusão de suas idéias, afinal a Inglaterra e seus juristas no ano em que ditou suas lições não as receberiam com tanto entusiasmo. Ao contrário, em 1861 a concepção do Direito como simples repetição dos pareceres e despachos dos advogados, havia dado lugar a um ensino jurídico muito mais rico, no qual o Direito havia se tornado uma disciplina

reconhecida pelas universidades, com exames de ingresso devidamente organizados, características culturais propícias para despertar o interesse em Austin.

No interregno de vinte e sete anos que transcorreu entre a publicação das suas primeiras lições até a sua morte, Austin escreveu, tão somente, dois artigos e um manifesto político dirigido contra a reforma eleitoral. Tal escassez produtiva deve-se ao fato de o autor escrever com grande dificuldade, revendo constantemente e com muito rigor seus escritos, e de ter se envolvido com algumas enfermidades, tais como depressões, crises nervosas e perda constante de sua auto-confiança. O sentimento recorrente aos juristas é que Austin fez pouco em vida, perto do que parecia capacitado a fazer — sem que com tal consideração se desmereça a relevância dessas obras.

Se comparado a Bentham, portanto, vê-se que a obra de Austin é bem menos extensa, pois se concentra, basicamente, nos dois trabalhos citados — *A delimitação do Objeto do Direito* e *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* —, obras hoje consagradas e que tornaram o autor mundialmente conhecido como o fundador da escola de jurisprudência analítica.

4.3

A teoria de John Austin. Alguma arquitetura.

4.3.1

Apresentação sistemática da obra *A Delimitação do Objeto do Direito*

As principais e mais conhecidas lições desenvolvidas por Austin estão nessa obra que, por sua vez, está contida na obra *Lectures*, consistente nas anotações das aulas que Austin proferiu em Londres. Como consequência, a estruturação dos escritos preocupa-se muito mais com a didática e facilitação do aprendizado dos alunos do que com a organização estrita de um tratado. A implicação para o presente estudo é que a análise do autor sobre as sanções não se encontra adstrita a um único fragmento da obra, pelo contrário, foi feita de modo esparso; o que torna útil uma apresentação metódica do seu conteúdo.

Em apertada síntese o intuito geral de Austin ao escrever a obra “era o de identificar o sentido próprio da teoria jurídica e, por conseguinte, do Direito” (Sgarbi, 2006, p. 2), o que o autor faz através de 10 lições, sendo que as últimas cinco foram reunidas em uma única, de modo que restaram seis lições.

Na primeira delas (Lição I) todos os esforços se voltam para a determinação da essência comum a todas as leis e, posteriormente, da natureza de um mandato, o que é feito, no primeiro caso, distinguindo as leis de Deus das leis humanas, e, no segundo, através de uma atividade descritiva na qual estabelece o significado dos termos úteis à compreensão de mandato — como, por exemplo, a sanção, que por guardar estrita relação com o conceito de dever, será determinante para a construção da teoria do Direito. O propósito evidente deste primeiro tópico é conseguir distinguir qual será seu campo de análise, isto é, identificar o que pode ser chamado de objeto do Direito.

A Lição II inaugura a análise e defesa por parte de Austin do princípio da utilidade (demonstrando que é mesmo herdeiro intelectual de Bentham), o que é feito para sustentar sua tese de que tal princípio é o único critério válido e capaz de trazer uma solução justa para o impasse sobre a obediência das leis divinas não reveladas.

Austin volta a deslindar o princípio na Lição III, ocupando-se da defesa do mesmo e de sua aplicabilidade no direito positivo, através do apontamento das principais objeções formuladas contra a utilidade e das respostas a estas. É também nesta lição que o autor examina como é possível conhecermos as regras morais às quais estamos socialmente obrigados a obedecer, distinguindo-as dos deveres e obrigações legais (que, apesar de se apresentarem também na forma imperativa, distanciam-se e criam nova ordem de regras quando estabelecem a possibilidade de vincular um dano ao descumprimento) o que é feito através do reconhecimento das sanções enquanto parte da essência dessas normas.

A Lição IV é dedicada a metodizar o significado do termo “moral” — tendo por substrato, mais uma vez, a premissa utilitarista de alcançar a satisfação geral a partir da satisfação individual —, bem como a diferenciar o direito positivo do direito natural; ao passo que na Lição V o autor se preocupa em diferenciar as duas classes fundamentais de leis humanas, as “leis propriamente ditas” das chamadas “leis impróprias”, demonstrando que as leis positivas (ou o verdadeiro objeto do Direito) se relacionam, por semelhança ou analogia, com alguns objetos — leis de Deus, regras de moral positiva que são leis propriamente ditas, regras da moral que são simples sugestões comportamentais e expressão de sentimentos relativos a condutas e as leis figuradas — e preocupando-se, ainda, em asseverar que distinguir essas espécies é o intento de sua obra.

Finalmente, a Lição VI tem como propósito desvendar os traços característicos das leis positivas, sendo o conceito de soberania imprescindível

para tanto, já que uma lei positiva somente pode ser assim chamada se for ditada por um soberano, aquele ser superior e determinado que não se submete a ninguém. Ademais, o conceito de soberania é útil à compreensão da expressão sociedade política independente, pois esta só se forma se composta por um soberano e súditos, sendo que esses últimos possuem o hábito de obediência ao superior, enquanto o soberano não é habitualmente obediente a ninguém. Também nessa lição as sanções cumprem um papel central, pois surgem na obra de Austin como o motivo primordial para obedecer aos deveres impostos pelo soberano.

Feitas estas ponderações, mister examinar os principais aspectos da teoria de direito austiniana, a fim de identificar em quais momentos a sanção aparece em destaque. O método expositivo consistirá em analisar na teoria austiniana o protagonismo exercido pelo soberano, os caminhos para se determinar o objeto do estudo do direito e, finalmente, as sanções.

4.3.2

Austin e o Soberano

As teses centrais de Thomas Hobbes foram apresentadas no capítulo 2 através do recurso à exemplificação, traçando um paralelo entre suas premissas e uma película, com a intenção de inserir o leitor nas bases e nos precursores da tradição analítica; enquanto a filosofia de Bentham foi esmiuçada no capítulo seguinte com a finalidade (dentre outras) de determinar o grau de influência que sofreu pela doutrina hobbesiana, bem como delimitar até que ponto foi preponderante para a construção teórica austiniana. Destarte, um estudo do significado de soberano para Austin, que se pretenda adequado, requer que revisitemos o conceito nos dois autores.

4.3.2.1

Hobbes e o soberano supremo

Em consonância com o que foi dito no capítulo 2, o autor de *Leviatã* consigna que o governo surge quando os indivíduos, impulsionados pela razão, buscam superar o desesperado estado natural de conflito e medo, em busca da maior paz e segurança possíveis. Cada um dos homens, todavia, somente opta por reconhecer um poder comum contanto que seu vizinho também o faça,

porque só o acatamento generalizado é capaz de conferir ao Estado em gestação a força necessária para o estabelecimento e posterior conservação da ordem. O consentimento dado pelos participantes do pacto é o fator que confere legitimidade estatal, fundando Hobbes um governo baseado no consenso e produto da racionalidade humana, dispensando, pois, qualquer referência à Deus. Conforme o próprio autor:

Estado instituído é quando uma multidão de pessoas concordam e pactuam que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles — ou seja, de ser seu representante —, todos, sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens. (Hobbes, 2003, p. 132).

Algo, no entanto, deve ser notado quanto a esse pacto. O soberano não o assina; ele é fruto unicamente da vontade dos súditos por uma razão óbvia: quando o pacto é firmado a figura do soberano ainda não existe, somente surgindo em virtude e devido ao contrato. Em sendo externo ao pacto, é certo dizer que o soberano não assume as obrigações dele derivadas, mantendo-se alheio aos compromissos dos signatários.

Representado por um indivíduo (ou um grupo de indivíduos que compõe uma assembleia) que pode impor determinadas obrigações e cominar sanções ao descumprimento destas, sem que por isso possa ser punido, o soberano deve ter um poder ilimitado. A equação é simples: sem um governo, o destino dos homens é o estado de guerra; sem um governo forte e absoluto, tal destino não se altera. Isso porque se o soberano sofresse alguma limitação e tivesse que respeitar obrigações de qualquer ordem, haveria de ter alguém acima dele para averiguar esse respeito e, então, aquele denominado soberano não o seria, tendo em vista ser subordinado a alguém. E quem seria esse alguém, ocupado em fiscalizar o soberano? Certamente uma autoridade superior a ele, o que não é aceitável numa construção que pretende eleger não uma chefia escalonada, mas sim um soberano único. O fato é que um soberano que não detenha poderes imensos e indeterminados não merece tal alcunha e o resultado disso é a permanência dos homens no estado natural e beligerante.

Como detentor de poderes ilimitados o soberano tem muitas prerrogativas²; a principal delas é a de fazer leis — comandos que retiram sua força e

² “Quanto às características do poder supremo, são estas: elaborar e revogar leis, determinar a guerra e a paz, ter conhecimento e julgar as controvérsias, seja pessoalmente, seja por juízes

autoridade da vontade soberana, aos quais os homens são obrigados a respeitar (Conforme Hobbes, 2003, p. 197: “É evidente que a lei em geral não é um conselho, e sim uma ordem”) — sem se submeter às mesmas.

São três, principalmente, os pontos na definição de soberano feita por Hobbes que foram prestigiados por Austin: o soberano de ambos é um soberano único, com poder irrestrito em suas mãos, além do fato da norma jurídica ser derivada de seu ato de vontade suprema.

Não obstante a influência de Bentham (analisada a seguir) ser mais imediata na obra de Austin, não se pode negar que este reconhece sua dívida com Hobbes em virtude de toda a clareza empregada no desenvolvimento da idéia de um governo forte, baseado na razão, e que usa suas leis para criar e estruturar os deveres, as obrigações e as respectivas sanções, sempre no intuito de permitir o progresso e avanço da sociedade (Morrison, 2006, p. 254).

4.3.2.2

Bentham e o soberano utilitário

Já foi dito que Bentham encontrou no utilitarismo um princípio capaz de julgar a adequação de toda e qualquer conduta, de modo que toda sua concepção de direito se vê influenciada pela busca por tal ideal. A começar pelo método da legislação que deve se basear nas conseqüências malélicas que cada ato pode ensejar: comportamentos que produzam o mal devem ser evitados por serem danosos ao corpo social, e a única maneira de desestimular a prática dos mesmos é infligindo punição aos transgressores — a sanção é para Bentham a força vinculatória das regras, e, por conseguinte, o elemento que confere ao direito sua base racional.

Portanto, como a finalidade do Direito na concepção benthaniana é otimizar a felicidade total da sociedade e como a fonte criadora do direito é o soberano, a análise do respeito ao princípio reitor implica num exame dos feitos deste último. Como legislador ele é onipotente — assim como o era o soberano de Hobbes — não podendo haver, logicamente, qualquer limitação ao seu poder. Isso não impede, todavia, que se visualize na feitura das leis uma diretriz de cunho utilitário, que indica (sem obrigar) ao soberano quais ações e atividades devem ser reguladas e como isso deve ser feito. Ressalte-se, no entanto, que é

designados por ele; nomear todos os magistrados, ministros e conselheiros.” (Hobbes, 2004, p. 105).

relativa essa obediência ao princípio da utilidade, pois não impede que o legislativo aprove leis contrárias ao mesmo.

A crença ferrenha de Bentham na utilidade foi compartilhada por Austin — que dedica suas Lições III e IV à defesa do mesmo — o que aproxima ambos os escritores, mas, paradoxalmente, depois os afasta. Isso porque enquanto Bentham pugnava por reformas toda vez que detectava discrepâncias entre a ordem jurídico-social e o princípio da utilidade, Austin utilizava o mesmo princípio só que de forma a alcançar resultado diverso e mais conservador.

Bentham se questionava sobre o porquê dos males sociais e jurídicos permanecerem na estrutura da sociedade se ele próprio já havia demonstrado maneiras diversas de alcançar a maior felicidade para o maior número de pessoas. Sua resposta estava na certeza de que os governantes não estavam buscando a felicidade do maior número, ao contrário, privilegiavam interesses pessoais. Tal conduta é plenamente aceitável se praticada por indivíduos isolados, que realmente buscam sua própria felicidade; mas quando estes formam o governo torna-se impossível aceitar tal postura, uma vez que ela desvirtua a finalidade do governo. A solução para tal desvio seria mesclar governantes e governados, de modo a criar um autêntico governo do/e para o povo, o que culminaria numa democracia radical, limitada constitucionalmente e garantidora de direitos. Na visão de Bentham o utilitarismo exigia tal rejeição à monarquia e seus adornos, que podemos nos arriscar a dizer que sua visão de soberano é democrática.

É possível especular que Austin enquanto jovem comungasse dos mesmos ideais, mas que estes, com a maturidade, foram paulatinamente abandonados, até que ele concluísse pela impossibilidade de visualizar lógica defensável nas limitações constitucionais propostas pelo círculo intelectual de Bentham. Ademais, para defender a figura de um soberano ilimitado juridicamente, mas restrito pelos ditames da moral positiva e pelas leis de Deus, valeu-se do princípio da utilidade. Acreditava Austin, um utilitarista consumado, que a existência de referido princípio era suficiente para legitimar os atos do soberano, formando um verdadeiro governo de direito, em oposição ao governo de homens que Bentham parecia defender.

Vê-se, pois, que enquanto a utilidade indicava a Bentham a necessidade de reformas sociais e o aproximava de um constitucionalismo radical, o mesmo princípio parece funcionar em Austin como a razão de se manter o *status quo*, representado por um soberano com ares de despótico.

Tais considerações não abalam, evidentemente, a certeza de que Austin compõe a tradição jurídica da qual Hobbes e Bentham fazem parte, e que seu conceito de soberano foi edificado sob o cimento formado pelos seus precursores.

4.3.2.3

A construção do conceito de soberano em Austin

Em apertada síntese o soberano austiniano poderia ser descrito como sendo um indivíduo, ou um conjunto de indivíduos, que comanda sem restrições de cunho jurídico, e é habitualmente obedecido sem possuir o hábito de obedecer a ninguém. Tal construção pode ser reformulada a fim de explicitar seu conteúdo. Senão vejamos.

A primeira característica que se faz notar é a imprescindibilidade da individualização do soberano, uma vez que para Austin absurda seria a existência de um superior impassível de determinação. Se acaso os súditos, frente à indefinição sobre a figura soberana, perderem a localização da origem das ordens e comandos, a consequência esperável é a fragmentação do poder e dissolução da sociedade. É preciso, portanto, que o soberano seja sempre uma entidade “determinada”, corporificada em um único indivíduo ou em um grupo de indivíduos. Ressalte-se que a questão da determinação afigura-se como importante não só para garantir a identificação do ser supremo, como também para diferenciar as ordens jurídicas das emanadas da moralidade. Isso porque as jurídicas, por serem expressão de um desejo (o desejo do soberano, como veremos adiante), são sempre emitidas por uma entidade “determinada”, seja ela unitária ou coletiva; enquanto as ordens morais nada mais são do que “una opinión o sentimiento relacionado com un tipo de conducta mantenidos o sentidos por un grupo *indefinido* de personas o por un sujeto determinado” (Austin, 2002, p. 163. Grifo nosso).

Além de determinado, o soberano deve ser único, pois, se assim não fosse, a sociedade se encontraria em um estado de natureza ou anárquico, ou então dividida em duas ou mais sociedades. Conclusivamente, nas palavras do autor: “(...) la obediencia habitual debe prestarse a *una misma y única* persona determinada, o cuerpo determinado de personas” (Austin, 2002, p. 202. Com grifos no original).

O segundo elemento que podemos extrair do conceito de soberano de Austin é a habitualidade da obediência por parte da sociedade. Isso importa

dizer que essa entidade única e determinada deve ser obedecida usualmente; qualquer ato isolado e espaçado de submissão não satisfaz o rigor austiniano, pois a sujeição que a relação requer depende de um permanente e sempre renovado respeito às ordens – algo que não se conquista com uma obediência meramente eventual. O hábito de obedecer é, pois, importante para definir uma sociedade política independente: um grupo de pessoas específico só pode ser assim chamado quando formado por um soberano que é habitualmente obedecido e por seus súditos que habitualmente o obedecem. Conforme frisa o próprio Austin, em determinados momentos históricos pode acontecer que autoridades de alguns Estados assumam temporariamente o comando em outros Estados que não sejam os seus. Em casos como estes, ainda que a população obedeça às suas ordens não é possível dizer que seu conjunto constitui uma sociedade política independente. O exemplo citado por Austin explicita bem tal situação:

En 1815 los ejércitos aliados ocuparon Francia, y mientras duró la ocupación los mandatos de los soberanos aliados fueron obedecidos por el gobierno francés, y por mérito de él, por todo el pueblo. Pero como los mandatos y la obediencia fueron relativamente ocasionales y transitorios, no fueron suficientes para constituir la relación de soberanía y sujeción entre los soberanos aliados y los miembros de la nación invadida. A pesar de los mandatos y de la obediencia, el gobierno francés y sus súbditos formaban una sociedad política independiente de la que los soberanos aliados *no* constituían la parte soberana (Austin, 2002, pp. 200-201).

Há que se dizer, entretanto, que referido hábito deve ser dirigido ao soberano pela maioria dos membros da sociedade, sob pena de não se ter um governo reconhecido como tal: “Para que una sociedad determinada pueda formar una sociedad política, la obediencia habitual debe prestarse por al *generalidad* o *grueso* de sus miembros a un superior común y determinado” (Austin, 2002, p. 202. Com grifos no original).

Das afirmações anteriores, deduz-se facilmente que o reconhecimento do hábito de obediência é imprescindível para a caracterização do soberano. Nosso autor, entretanto, dá à expressão mais uma função em sua teoria do direito na medida em que a utiliza para desconstruir as teses contratualistas de que é o contrato que dá origem a sociedade civil, taxando-as de ficção desnecessária e inútil.

Primeiramente não há como conceber um pacto senão como uma convenção que retira sua eficácia de uma lei positiva, pois de outro modo seu insucesso seria patente, na medida em que nenhum pacto fictício (não fundado em fatos reais) seria capaz de obrigar alguém a algo. Do reconhecimento de que

uma lei estabelecerá o dever do pacto surge outra dificuldade, agora relativa a própria idéia que se faz de soberania. Se o soberano também é um dos pactuantes, será vinculado pelo pacto como todos os contraentes. Só que o autor não aceita a possibilidade do soberano se sujeitar juridicamente ao pacto, pois isto importaria na sua descaracterização enquanto superior já que subordinação é algo próprio aos súditos. E isso não é só; ainda há a objeção acerca dos súditos subseqüentes deverem obediência ao estabelecido pelos originários, bem como os soberanos posteriores restarem vinculados ao pacto formado por outros, situação que Austin enxerga como absurda.

Em suma, a teoria do pacto civil é rechaçada porque Austin que, sempre pragmático, crê na possibilidade de justificar as causas da obediência ao governo pelos súditos de maneira mais empírica, através, por exemplo, da análise do hábito de obediência — algo que pode ser comprovado mediante a experiência, ou seja, passível de verificação.

Entretanto, a sociedade política independente só se forma se, ademais de todos os requisitos acima listados, somar-se o seguinte: a ausência do hábito de obediência do soberano a qualquer outro superior. A influência passageira que porventura sofra por determinado sujeito, ou pela opinião dos súditos, não é suficiente para descaracterizar sua soberania. Esta somente se inviabiliza com a subordinação habitual do soberano a um superior, tendo em vista a impossibilidade de se reconhecer como independente uma sociedade política que se sujeite de forma reiterada a uma vontade externa.

Isso posto, pode-se dizer que constatadas faticamente as condições acima mencionadas estaremos frente a uma sociedade que possui um soberano³.

Quais são os fundamentos desse poder alcançado pelo soberano é questão que não interessa à teoria austiniana, afinal, o soberano é concebido de forma meramente empírica. Tal posicionamento gerou, evidentemente, críticas, em razão de não ser capaz de sobreviver ao questionamento referente à continuidade das normas jurídicas em casos de sucessão de soberanos, nem mesmo de determinar qual o fundamento da legitimidade de um novo soberano enquanto o hábito de obediência não se difunde entre os súditos. Como salientou Hart:

³ O autor vê a sociedade política independente como a junção de duas categorias bem distintas de membros: de um lado temos os súditos e de outra exclusivamente o soberano. Só que o autor não vislumbra uma única feição para tal governo, pois além da óbvia perspectiva monocrática, aceita a apresentação do governo na forma colegiada — quando teríamos então uma aristocracia, que, em Austin, podem ser de três tipos, a depender do número de participantes do governo, quais sejam, a oligarquia, a aristocracia, e a democracia.

(...) a idéia de obediência habitual é incapaz, por dois modos diferentes, embora relacionados, de dar conta da continuidade que se observa em qualquer sistema jurídico normal, quando um legislador sucede a outro. Em primeiro lugar, os meros hábitos de obediência a ordens dadas por um legislador não podem conferir ao novo legislador qualquer *direito* à sucessão do anterior e a dar ordens em seu lugar. Em segundo lugar, a obediência habitual ao legislador antigo não pode, por si própria, tornar provável, ou fazer de algum modo presumir, que as ordens do novo legislador serão obedecidas (Hart, 1994, p. 64).

Em Austin a explicação dos sistemas jurídicos é dependente da demonstração do hábito geral de obediência, logo, qualquer alteração da figura do soberano e o ainda inexistente hábito de obedecer a este novo soberano criam um lapso temporal em que os novos comandos não se caracterizam como normas jurídicas⁴.

A essa altura já é possível perceber que identificado o soberano, resta aos demais componentes da estrutura social o papel de súditos – conceito este dependente e obtido por exclusão. Se soberano é quem é habitualmente obedecido pelos súditos, estes últimos são justamente os que obedecem àquele com habitualidade. A existência de referida dependência conceitual entre as duas categorias poderia nos levar a acreditar que Austin se utiliza de uma definição circular e pouco esclarecedora na medida em que o termo a ser definido compõe a definição (soberano é soberano porque não é súdito, que por sua vez é súdito porque não é soberano). O intuito do autor, entretanto, é mais singelo: demonstrar a relação de domínio que une os dois componentes sociais, explicitando a superioridade do soberano e a conseqüente inferioridade dos súditos. Isso porque estes últimos indivíduos podem, inclusive, possuir propensão e vontade de comandar, mas como não têm meios de exigirem o cumprimento de suas ordens e de se eximirem do respeito a qualquer outra, só estão aptos a obedecer.

A relevância em conceituar a soberania para Austin será reafirmada no estudo dos tópicos seguintes, como conseqüência da percepção de que este é um dos conceitos centrais de sua teoria, do qual muitos outros são corolários.

⁴ De acordo com a proposta hartiana, contida em sua obra “O conceito de direito” (Hart, 1994, p. 64), para que as ordens dadas pelo sucessor sejam vistas como direito e, conseqüentemente, obedecidas, deve ter havido uma prática social mais complexa; deve ter havido a aceitação de uma regra, de acordo com a qual o novo legislador faz jus à sucessão. A solução dada por Hart é que seja pressuposta uma regra que determine as condições da sucessão. A pressuposição desta regra invalida a concepção austiniana de que o direito é direito porque é um comando emitido pelo soberano e porque é habitualmente obedecido pelos súditos; uma norma seria considerada jurídica tão somente se satisfizesse as condições contidas em tal regra.

4.3

O objeto de estudo do Direito

A circunstância do superior austiniano não se sujeitar à ordens de qualquer espécie enseja uma importante conclusão: estamos novamente, assim como em Hobbes e Bentham, ante um soberano de poderes ilimitados, com capacidade ampla para legislar. Afinal, acaso houvesse uma restrição esta teria sido imposta por uma autoridade superior ao soberano, capaz de fiscalizar o seu acatamento. Só que nos termos propostos por Austin tal autoridade não pode existir, pois sua presença implicaria na negação da figura do soberano; destarte, ou se aceita a imensa e ilimitada possibilidade de legislar do soberano ou todo o esquema fica comprometido. A subordinação do soberano a algum outro poder foi chamado por Austin de contradição nos termos:

De la diferencia específica de una ley positiva y de la naturaleza de la soberanía y de una sociedad política independiente se sigue que el poder de un monarca propiamente dicho o el poder de un cuerpo soberano con respecto a su capacidad soberana y colegiada no es susceptible de limitación *legal*. Un monarca o cuerpo soberano obligado por un deber legal estaría sujeto a un soberano más importante o superior; es decir, un monarca o cuerpo obligado por un deber legal sería soberano y no soberano al mismo tiempo. Un poder supremo limitado por la ley positiva es una clara contradicción en los términos (Austin, 2002, p. 249).

Tal conjunto de leis impostas pelo soberano aos seus súditos foi denominado por Austin de “direito positivo”. Frise-se, entretanto, que identificar esse grupo de normas não é tarefa simples, na medida em que o vocábulo ‘lei’ se confunde comumente com outros objetos com os quais se relaciona tão somente por semelhança ou analogia. Ocorre com o vocábulo “lei” o mesmo que Wittgeinstein assinalou a propósito dos vários sentidos da palavra “jogo”: todos têm uma semelhança que justifica a utilização de uma única e mesma palavra para designá-los, no entanto, é muito difícil englobá-los numa definição comum.

O objetivo da primeira lição de Austin, como mencionado anteriormente, é exatamente este: evitar as dificuldades decorrentes dessa confusão que a amplitude do conceito “lei” gera, o que será feito através da delimitação do objeto do direito, que implica uma distinção preliminar entre as espécies de leis.

A princípio poder-se-ia dizer que “lei” é uma “regla para guiar la conducta de un ser inteligente puesta por otro ser inteligente que tiene poder sobre él” (Austin, 2002, p. 33). É de se notar, porém, que nesta definição se encaixam infinitas variedades de regras, o que ensejou uma delimitação mais específica, capaz de definir com propriedade o que é o objeto do direito. Para por fim a sua

preocupação analítica em conhecer o objeto de seus estudos Austin deu cabo à imprecisão ao efetivar a separação entre “leis propriamente ditas” e “leis impropriamente ditas”. A primeira expressão registra tanto as leis colocadas por Deus às criaturas humanas, como também as leis postas por homens dirigidas a outros homens — que são as leis positivas —, enquanto a segunda designa as leis anômalas, as leis por analogia e as leis por metáfora.

Para Austin existe um conjunto de objetos denominados constantemente (mas impropriamente) de “leis” que se não for devidamente identificado acarreta a imersão do direito em um complexo e confuso sistema de regras, no qual não haveria um enunciado capaz de exprimir simultaneamente, e de forma completa, todos os componentes. Daí a necessidade de proceder a uma rearticulação dos elementos, a fim de identificar quais, de fato, merecem tal denominação.

Os elementos que mais facilmente podem ser identificados como pertencentes a esse conjunto são as “leis”, assim denominadas em sentido meramente metafórico, decorrentes de uma analogia com o objeto do direito que Austin chamou de fraca ou débil. Resultantes de conseqüências naturais que independem da vontade humana para ocorrerem, tais fenômenos não podem ser taxados de leis — seja porque incontroláveis pela racionalidade humana, ou em virtude de não haver sequer uma mínima possibilidade da vontade humana influir na referida “lei”, para modificar seu resultado. Um exemplo elucidativo é a “lei” que afirma a dilatação como conseqüência do aquecimento dos corpos metálicos. Austin (2002, p. 35) lista como “leis em sentido metafórico” as seguintes: as que regulam o crescimento ou deteriorização dos animais, as observadas pelos animais inferiores, e, finalmente, as que determinam o movimento dos corpos inanimados e das massas.

Mas a analogia com as leis propriamente ditas (que serão examinadas a seguir) nem sempre é fraca. Quando analisamos as chamadas “leis” da moda, as honrarias, as “leis” internacionais e as idéias comuns entre os homens resultantes da moral positiva, percebemos que estamos frente a regras postas e reforçadas pela opinião difundida entre os homens acerca de determinado assunto. Tais regras não são de observância obrigatória e não sujeitam o infrator a punições estatais, afinal o Estado não incomodará ninguém que se vista em descompasso com as tendências da estação, ou que não tenha retirado o chapéu para sentar-se à mesa durante uma refeição. Tal desinteresse frente ao usual descumprimento destas regras decorre exatamente da característica que as diferencia das leis humanas propriamente ditas: somente estas últimas são

elaboradas e postas pelo soberano e ensejam, conseqüentemente, atenção quanto a sua observância.

Vê-se, portanto, que o principal critério diferenciador das leis propriamente ditas das nominadas impróprias, é o agente formulador da regra. Para Austin, sempre que uma diretriz for formulada por Deus ou pelo soberano, pode-se tê-la como lei. Mas, ainda que ambas possam ser classificadas como leis no sentido austiniano, por ser a fonte produtora tão diversa, possuem diferenças intrínsecas. Vejamos primeiramente as leis divinas e, após, os caracteres elementares das leis humanas que, como conjunto, compõem o objeto do Direito.

As leis divinas emanam do único poder verdadeiramente absoluto e simples, que é o de Deus (já que as demais relações sociais são estabelecidas tendo por base a dualidade de perspectiva que as torna instáveis e mutantes, haja vista ser facilmente perceptível a mudança de papéis que o desvio de foco pode acarretar: um mesmo indivíduo é simultaneamente súdito de um soberano, portanto inferior a ele, e superior com relação a este mesmo soberano se mudarmos a ótica para o poder latente que a multidão exerce sobre esse último, que deverá domar o uso de sua força com o intuito de preservá-la). De acordo com Austin tais leis podem ser reveladas aos homens (“Son mandatos expresos; fragmentos de las palabra de Dios, mandatos que se manifiestan a los hombres por médio del lenguaje humano y que se espresan directamente por Dios o por los siervos que envia para anunciarlos”, Austin, 2002, p. 56) ou não, quando então somente se tornarão conhecidas através do princípio da utilidade. Afinal, se Deus é benevolente e deseja a felicidade de todos os homens só as ações humanas tendentes a alcançar tal fim são consentâneas com a vontade divina implícita. Para descortinar quais são os comportamentos tendentes a potencializar a felicidade geral, Deus nos deu faculdades de tecer prognósticos acerca de nossos atos, de modo que basta observar e racionalizar uma ação para desvendarmos a tendência dela em ser socialmente útil, e, conseqüentemente, compatível com os mandatos tácitos divinos.

Diferentemente dos deveres impostos por homens, tais leis estabelecem deveres divinos, que, se violados forem, conferem ao comportamento a qualidade de pecado e culminam em sanções de caráter exclusivamente religioso, consistentes em malefícios ou danos que podem recair sobre o indivíduo no presente ou no futuro, como conseqüência da vontade direta de Deus em castigar a infração de suas ordens.

A importância do reconhecimento das leis divinas reside na circunstância de serem o cânon ou parâmetro de todas as outras leis do ordenamento, ao qual estas últimas devem necessariamente se ajustar, além de serem consideradas leis no sentido estrito da palavra — que, juntamente com as leis emanadas do soberano, compõem o conjunto de leis propriamente ditas.

O intuito primordial de John Austin ao proceder a essa enumeração analítica das espécies de regras existentes, identificando-as devidamente, foi encontrar o verdadeiro objeto do qual o operador do direito deve se ocupar. E esse objeto, vê-se, não se forma pelas “leis” impropriamente ditas, nem pelas divinas. A delimitação adequada do campo de atuação do direito requer que identifiquemos quais são, então, as regras passíveis de serem taxadas de leis.

Em virtude da já mencionada centralidade do conceito de soberano na teoria de Austin, pode-se dizer que o critério definidor de uma regra como lei positiva encontra-se na origem da norma. Se ela foi produzida por uma pessoa soberana (ou por um corpo de pessoas soberano) a uma outra pessoa (ou a um grupo de pessoas) que se encontra em estado de sujeição e obediência em relação ao elaborador, é porque ela é uma lei e compõe o direito positivo. Nos dizeres do autor:

Para explicar los caracteres distintivos de las leyes positivas, debo analizar el término soberanía, el término correlativo sujeción y la expresión, unida de manera inseparable a los términos precedentes, *sociedad política independiente*. Porque la diferencia esencial de una ley positiva (la diferencia que la separa de una ley no positiva) puede señalarse así: toda ley positiva, o toda ley así llamada simplemente y en sentido estricto, es establecida por una persona o cuerpo soberano a uno o más miembros de la sociedad política independiente en la que tal persona o cuerpo es soberano o superior; o (en otros términos) es establecida por un monarca o cuerpo soberano para una o más personas que se encuentran en un estado de sujeción con respecto a su autor (Austin, 2002 p. 142).

Ademais, afirma o autor que “toda *ley* o *regla* (en el significado más amplio que se le puede dar *propriamente* al término) es un *mandato*. O, mejor dicho, las leyes o reglas propriamente dichas son una *especie* de mandatos” (Austin, 2002, p. 36. Grifos no original), isto é, toda lei guarda em si uma ordem. Isso porque todo aquele que formula ou declara um desejo para que outro indivíduo faça ou se abstenha de fazer alguma coisa e, frente à não satisfação desse desejo, possa infligir um dano ao transgressor, está, em verdade, formulando uma ordem. Para definir com clareza este conceito, Austin afirma que ele pode ser desdobrado em seus três elementos, quais sejam, as noções de desejo, comunicação do desejo e dano. Por desejo entenda-se a manifestação volitiva emanada de um ser racional e dirigida a outro ser racional para que faça algo ou

deixe de fazer algo. Por comunicação do desejo entenda-se a manifestação da vontade, que deve encontrar algum signo ou palavra que a transmita e, finalmente, o dano afigura-se como a consequência da desobediência ao desejo daquele que emite o comando.

Em síntese, toda lei requer, para fazer jus a tal designação, que sejam observados alguns pressupostos: ter sido elaborada por uma pessoa (ou por um grupo destas) que seja soberana; que signifique a enunciação de um desejo desse sujeito superior e que se ligue a uma possibilidade de aplicação de um dano ante ao desrespeito.

4.4

John Austin e as sanções

4.4.1

Introdução

A opção por iniciar o capítulo com uma exposição acerca da teoria de John Austin justifica-se não só pela tentativa de apresentar as linhas mestras capazes de guiar o estudioso do autor pelos conceitos elementares, bem como pela necessidade de indicar o quanto a compreensão da importância atribuída ao conceito de sanção é tarefa que começa pela percepção da ligação e dependência conceitual que paira sob os termos “comando”, “soberano”, “dever” “obrigação” e “sanção”.

Pretendeu-se, pois, nos itens anteriores, fornecer subsídios teóricos suficientes para que, a esta altura, seja possível compreender-se amplamente a afirmação de que Austin é um imperativista e que sua concepção de direito baseia-se em comandos, podendo ser resumida de forma simples e clara: se uma norma (N) pertence a um ordenamento jurídico determinado (OJ), certamente sobre esta podemos observar que foi enunciada pelo soberano — consubstanciando a manifestação de um desejo dele — e, por encontrar-se acompanhada de uma sanção, reveste-se de obrigatoriedade.

Tal formulação parece apontar, fundamentalmente, para um aspecto da sanção, qual seja, o de compor, juntamente com o desejo do soberano, os comandos. Há, porém, a possibilidade de, numa análise mais acurada do instituto, vislumbrarmos uma nova perspectiva para as sanções: ademais de estruturalmente serem parte essencial das ordens, seriam também importantes

razões para, através da ameaça que constituem àquele que transgride a norma, alcançar maior obediência ao Direito. A viabilidade de analisarmos as sanções nessa dupla perspectiva, bem como a necessidade de identificarmos seus caracteres fundamentais — diferenciando-a de outros institutos jurídicos — e concluindo por sua imprescindibilidade na estrutura jurídica que Austin criou é o propósito dos itens a seguir.

Parece mais adequado dedicar a primeira parte do estudo à análise estrutural das sanções, para posteriormente dedicar a atenção a idéia de que estas teriam algum conteúdo psicológico, para, ao final, analisar as críticas que o autor sofreu relativamente a formulação de sua estrutura jurídica.

4.4.2

A inafastável correlação dos termos comando, dever e sanção

Já se cogitou que em Austin as sanções podem ser estudadas sob dois focos: o estrutural e o funcional.

Quanto ao primeiro pode-se aduzir que as normas jurídicas se formam da junção da vontade do soberano com uma sanção — consistente na imposição de um dano frente ao descumprimento do disposto segundo o desejo do soberano acerca da realização (ou não) de determinada conduta. A esta altura é fácil concluir que a sanção é parte essencial da idéia de Direito de Austin na medida em que apresentou sua teoria do Direito como um sistema conjugado de desejos do soberano, dever de obediência dos súditos e sanções, sendo que a combinação desses três elementos culmina na noção de comando e o Direito, em última análise, é um conjunto destes. Segundo o autor:

(...) mandato, deber e sanción son términos inseparablemente relacionados: cada uno implica las mismas ideas que los otros, aunque cada uno se refiere a ellas en un orden o en una sucesión particular. Un deseo concebido por un sujeto y expresado o manifestado a otro, junto a un mal que se inflige y se sufre en el caso de que el deseo non sea atendido, constituyen el significado directo o indirecto de alguna de las tres expresiones. Cada una de ellas es un nombre distinto de la misma noción compleja (Austin, 2002, p. 40).

Conforme se vê, o primeiro elemento que merece atenção na estrutura jurídica austiniana é a noção de comando. Isso porque alguns estudiosos quando se põem a analisar a obra de Austin costumam utilizar o conceito de forma indiscriminada, designando duas ordens de coisas distintas: tanto a palavra é empregada para designar o sentido de uma norma jurídica (comando seria o somatório entre o desejo do soberano e a ameaça de sanção), como

também para indicar o próprio desejo do soberano. Carlos Santiago Nino, afirma que:

Toda norma jurídica es un mandato u orden, o sea una expresión del deseo de que alguien se comporte de determinada manera y de la intención de causarle daño si no se conduce de conformidad con el deseo (Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, apud Chagoyán, 2004, p. 78).

Certamente quando o autor assim se expressa está se referindo ao comando enquanto uma norma jurídica — caso em que se pressupõe a sanção. Situação diversa se dá quando Hart se utiliza do termo, pois ao fazer uso da expressão “comando” remete-se não mais à norma completa, mas a uma parte dela: o desejo do soberano. Nesta interpretação vê-se, claramente, que a sanção não compõe o conceito, mas se agrega a ele para dar-lhe sentido e funcionalidade. Nas palavras de Hart:

Esta teoria consiste na pretensão de que a chave da compreensão do direito se encontra na noção simples de uma ordem baseada em ameaças, que o próprio Austin denominou “comando” (Hart, 2002, p. 20).

Essa ambigüidade no uso do termo por parte dos comentadores de Austin decorre, muito provavelmente, do fato da duplicidade de significados também ser perceptível nos textos do nosso autor. Em determinados momentos Austin assinala que dever e comando são termos co-extensivos, o que nos indica estar equiparando comando à norma jurídica a fim de concluir que haverá dever toda vez que o desejo provenha do soberano e esteja garantido por uma sanção. Quando, de outra forma, o termo dever é relacionado com a expressão comando (significando agora um desejo do soberano), pode-se dizer que ele não atribui ao primeiro o caráter de verdadeiro e genuíno dever, haja vista ser decorrente de uma obrigação imperfeita (ou não obrigação) na medida em que o desejo do soberano não possui o respaldo da sanção.

Ao definir sanção a confusão não se dissipa. Vejamos:

El daño que probablemente se aplicará en el caso de desobediencia de un mandato, o (si se usa una expresión equivalente) en el caso de trasgresión de un deber, se llama generalmente *sanción*, o *imposición coactiva de la obediencia*; en otros términos, se dice que el mandato o el deber son *sancionados* o *impuestos coactivamente* por la posibilidad de sufrir un daño (Austin, 2002, p. 37).

Toda sanción propiamente dicha es un mal eventual que está *unido a un mandato*. Todo mal eventual puede operar como *motivo* de la conducta: pero, a menos que la conducta sea ordenada y el mal esté unido al mandato con el fin de exigir la obediencia, el mal no es una *sanción* en el sentido propio del término. Todo deber propiamente dicho presupone un *mandato* por el que es creado. Pues toda sanción propiamente dicha es un mal eventual que está *unido a un mandato*, y el deber propiamente dicho es el expuesto a males de ese tipo (Austin, 2002, p. 144).

No primeiro trecho, o autor equipara comando a norma jurídica ao dizer que da desobediência decorrerá a imposição de sanção, enquanto no segundo há, a princípio, uma inversão dessa idéia — na medida em que ele preceitua ser necessário anexar à sanção a um comando — e um retorno à concepção inicial quando afirma que a cada dever corresponde um comando (norma) que o cria.

Em que pese toda a confusão que reveste o conceito, parece mais razoável definir comando como a junção de um desejo do soberano com a ameaça de aplicação de dano advinda da sanção. Ressalte-se, todavia, que também estes dois outros termos merecem cuidadosa análise, haja vista não serem todos os desejos do soberano efetivos comandos e por não serem todos os castigos, sanções.

Um comando, enquanto expressão do desejo do soberano, distingue-se de outras manifestações de vontade não por seu caráter imperativo, pois ambos, em regra, se revestem de tal característica, mas sim pela intenção do emitente do desejo de infligir um dano àquele que não satisfaça a expectativa, bem como por possuir poderes para tanto. É possível, ainda, que na forma de um pedido, desprovido de qualquer autoritarismo, se expresse um comando, caso se queira (e se possa) produzir dano ao violador. Conclui o autor:

Un mandato es, por consiguiente, la manifestación de un deseo. Pero hay una peculiaridad que lo hace distinguirse de otras manifestaciones de deseos: que aquel al que se dirige esté expuesto a un daño por parte del otro en el caso de que no cumpla con su deseo (Austin, 2002, p. 37).

Por seu turno, as sanções não se reduzem na obra austiniana a mera violência física, pois, não obstante ambos conceitos trazerem consigo, associada, a idéia de dor e sofrimento, podemos identificar a nota que distingue a sanção de uma mera compulsão física: a existência de um dever. Quando um indivíduo obriga-se a algo sabe estar sujeito à imposição de um mal acaso desobedeça a ordem, possuindo, evidentemente, a possibilidade de escolha entre o cumprimento de seu dever e o conseqüente afastamento do dano ou a desobediência ao dever e a assunção de suportar o castigo previsto para a violação. Pressupõe-se, pois, que toda obrigação traz em si uma possibilidade, ainda que eventual, de descumprimento, sendo tal característica o que garante aos indivíduos a liberdade de optar por escapar do mal ou aceitá-lo como corolário da malsinada ação, ou seja, a submissão à sanção depende do próprio agente e suas escolhas.

Por outro lado, existem castigos dos quais o sujeito não se livra por sua vontade, visto estar materialmente impossibilitado de evitá-los, o que, sem

dúvida, nos impede de chamá-los de sanções. O exemplo utilizado por Austin é bastante esclarecedor: se uma pessoa se encontra encarcerada em uma prisão, possuindo, todavia, a chance real de fuga deve, antes de optar por fugir, conscientizar-se de que essa ação é contrária ao desejo do soberano e está vinculada a uma sanção. Se há a obrigação de não fugir, encontra-se o preso ante uma possibilidade — já que pode decidir pela fuga caso concorde em arcar com a aplicação de um provável castigo, ou manter-se inerte caso não deseje se sujeitar sequer à probabilidade de um dano — o que deposita no próprio sujeito a responsabilidade por seus atos, afinal se uma sanção for aplicada esta decorre exclusivamente de uma escolha pessoal e livre⁵ (Chagoyán, 2004, p. 90). Diferente é a condição daquele que não tem nenhuma chance de fuga, pois este não experimenta nem mesmo o direito a especular se desobedeceria ou não a regra; está fadado ao cumprimento (suponhamos porque está devidamente amarrado) da mesma.

Concluindo, como visto acima, a sanção é a reprimenda provável anexada à vontade do soberano, sendo que sua imposição não existe autonomamente; é absolutamente dependente da opção que o súdito faz entre transgredir ou não. A aplicabilidade da sanção sujeita-se, pois, à discricionariedade dos agentes que através de suas vontades livres e conscientes farão a escolha entre um atuar conforme e um agir proibido, sabendo-se que somente este último comportamento, caso eleito, dará lugar à punição. Por outro lado, naqueles casos em que a escolha sobre a restrição física não é do agente, em virtude da existência de um estado de imposição que inviabiliza a opção, a causação de um dano não será considerada como aplicação de sanção, exatamente porque esta só tem lugar nas hipóteses em que um dever jurídico tenha sido violado.

Definidos os conceitos, é intuitivo concluir pela inseparabilidade destes três termos — comando, dever e sanção — na teoria austiniana. De fato, parece ser impossível pensar em ordens emanadas do soberano que não instituem deveres de obediência, tanto quanto pensar em deveres que não se apóiam no medo gerado pela possibilidade de infligir sanções para otimizar o cumprimento. E é exatamente dessa interligação entre os conceitos que começa a se delinear o lugar de destaque ocupado pela sanção, que, com as considerações dos próximos itens, irá se tornar claro.

⁵ Segundo Austin “La intención de seguir un determinado curso de acción es la única ley o regla que un hombre puede imponerse a sí mismo” (Austin, 2002, p. 180).

4.4.3

A estrutura das sanções

Nos parágrafos precedentes foi colocada a origem de todas as leis positivas na vontade do soberano. Foi dito também que essa vontade se manifesta através de comandos e que estes, para evitar que sejam vítimas de um atordoante descumprimento — o que culminaria na percepção por parte dos súditos da desnecessidade da figura do soberano — deverão ser guarnecidos e amparados por uma punição, aplicável a quem seja recalcitrante em obedecer.

Vê-se, pois, que conhecer a estrutura das sanções é imprescindível para a plena compreensão da composição teórica de Austin, de forma que tomaremos como ponto de partida alguns fragmentos da obra *A delimitação do objeto do direito*, abaixo citados, para destacar algumas notas características que possibilitem não só distinguir a sanção de outros conceitos, como também explicar esse instrumental que garante obediência às comunicações feitas pelo soberano. Afirma nosso autor que:

El daño que probablemente se aplicará en el caso de desobediencia de un mandado, o (si se usa una expresión equivalente) en el caso de trasgresión de un deber, se llama generalmente *sanción*, o *imposición coactiva de la obediencia*; en otros términos, se dice que el mandado o el deber son *sancionados o impuestos coactivamente* por la posibilidad de sufrir un daño (Austin, 2002, p. 38. Com grifos no original).

Desta primeira citação pode-se extrair três notas definidoras da sanção, quais sejam: ser a sanção um *dano*, com *probabilidade* de ser aplicado, ante a *desobediência*.

Austin nos apresenta uma quarta característica das sanções, a saber, a de funcionar como uma ameaça. Pode-se deduzir isso, a partir da leitura de passagens em que, segundo o autor: “La virtud vinculante de una ley reside en la sanción que la acompaña” (Austin, 2002, p. 180), uma vez que, lembrando seu posicionamento:

Cuanto mayor sea el daño eventual y cuanto mayor sea la probabilidad de su imposición, mayor será la eficacia del mandato y la fuerza de la obligación; dicho de otro modo, mayor será la probabilidad de que el mandato sea obedecido o que el deber no sea incumplido” (Austin, 200, p. 38).

Finalmente, na passagem “Toda sanción propiamente dicha es un mal eventual que está unido a un mandato” (Austin, 2002, p. 144), identifica-se a derradeira nota: a *eventualidade*. Vejamos o que significam cada uma destas.

4.4.3.1

O Dano

Quando nos adverte ser a sanção um dano, quer o autor deixar claras, desde logo, três coisas: 1) não é qualquer dano que recebe a alcunha de sanção — afinal já foi dito que a simples violência de um ato ou um castigo físico não é um dano, na medida em que não encontra suporte numa norma jurídica; 2) há uma relação proporcional entre a intensidade, a severidade do dano e o cumprimento dos deveres — quanto mais grave e rigoroso é o dano estabelecido para determinada ordem, maior será o cumprimento a esta, conforme veremos quando da análise do aspecto funcional das sanções; 3) o dano será sempre um mal causado pelo soberano — não se vislumbrando, portanto, em hipótese alguma, a possibilidade de recompensas ou prêmios serem consideradas sanções.

Sobre o apontamento de número três Austin foi explícito⁶ ao asseverar que existem autores conceituados — e por ele admirados, como Locke e Bentham — que se equivocam gravemente quando se valem do termo sanção para referirem-se tanto ao possível mal a ser aplicado quanto ao possível bem, isto é, quando utilizam o termo sanção para designar coisas distintas: os castigos e os prêmios.

A incompatibilidade entre a idéia austiniana de comando, posta nos itens precedentes, com a previsão de prêmios para seu cumprimento é intuitiva. Isso porque a observância das ordens contidas nos comandos é dependente do medo que aflige os súditos de sofrerem um provável mal, nunca da possibilidade de obterem alguma recompensa. É óbvio que prêmios motivam os indivíduos a atuarem de certa maneira, mas motivar é algo bem diverso de obrigar; o ser humano pode se sentir motivado e inclinado a fazer algo acaso a não feitura gere dano ou traga a esperança de ganhar uma recompensa, mas só se sente devidamente obrigado ou compelido a fazer determinada coisa quando há a probabilidade de sofrer um mal. Além disso, as sanções positivas guardam uma idéia de permissão, visivelmente incompatíveis com as noções do autor sobre soberano, comando e dever. Diz Austin:

⁶ “Algunos autores célebres (Locke, Bentham y creo que también Paley) aplican el término *sanción*, o *imposición coactiva de la obediencia* tanto al posible mal como al posible bien: tanto al castigo como a la recompensa. Sin embargo, a pesar de mi constante admiración por Locke y Bentham, creo que esta extensión del término está preñada de confusión y perplejidad” (Austin, 2002, p. 39).

Los premios son, sin duda, *motivos* para cumplir los deseos de otros. Pero hablar de mandatos y deberes como *sancionados* o *impuestos* por recompensas, o al hablar de recompensas que *obligan* o *constríen* a la obediencia, es seguramente una desviación del significado establecido de tales términos (Austin, 2002, p. 39).

Poderíamos cogitar, todavia, numa obrigação para o funcionário que oferecer o prêmio de efetivá-lo, pois, segundo Austin, “(...) la parte imperativa de la norma está dirigida a quien se le exige otorgar la recompensa” (Austin, 2002, p. 39).

4.4.3.2

A probabilidade

Dando continuidade a verificação dos elementos componentes das sanções não se pode olvidar que a probabilidade é um deles, afinal sanção é um dano que se pode evitar. Como a ordem do soberano se faz sentir através de um comando com o qual o sujeito mantém uma relação simultaneamente de subordinação e de liberdade — já que está obrigado, mas ao mesmo tempo livre para optar entre cumpri-lo e se livrar do mal previsto ou não cumprir e suportar as conseqüências — a imposição de sanção ante a desobediência é somente provável e não certa.

Nesta relação do indivíduo com a ordem contida na norma, só uma coisa é certa: a existência da cominação de um dano vai ser uma razão para ele não oferecer resistência ante o ordenado, vai cumprir com a função motivadora em que o aspecto funcional das sanções se baseia.

4.4.3.3

A desobediência

Por seu turno afigura-se a desobediência como a condição necessária e suficiente para que se dê aplicação à sanção: todo aquele que não obedece é um homem injusto e merece ser sancionado. Mister, todavia, analisar o porquê dessa desobediência.

Sendo o homem um ser dotado de vontade, é certo que pode direcionar o seu querer, o que se traduz em intencionalidade — elemento inseparável das condutas humanas. Assim, toda vez que um indivíduo é renitente em obedecer aos comandos deve a sanção atuar na formação desse desejo contrário ao ordenamento a fim de evitar a insubordinação dos súditos. Entender como se

forma e se manifesta tal ação indesejada requer que reconheçamos, primeiro, que nem todas as manifestações corporais humanas decorrem da vontade.

Existem movimentos corporais reflexos — ou puramente somáticos, nos quais o movimento corpóreo, ou sua ausência, é determinado por estímulos dirigidos diretamente ao sistema nervoso, sem que sejam determinados pela vontade, como é o caso de um ataque epilético — há também movimentos inconscientes — se consciência é o resultado da boa atividade das funções mentais, quando essas não funcionam direito, diz-se que há um estado de inconsciência, que, óbvio, é incompatível com a vontade; exemplo o sonambulismo — e ainda há os movimentos determinados pela conduta de um terceiro — como na coação física irresistível em que quem atua obrigado por uma força irresistível não age voluntariamente, não sendo o responsável pelo resultado material praticado, pois não passa de um mero instrumento realizador da vontade do coator — que não são orientados pela consciência e vontade, de forma que não podem ser imputados ao agente.

O direito, através de suas normas, só pode ordenar ou proibir os atos regulados finalisticamente à produção de um resultado. Os que geram um resultado apesar de não orientados pela vontade (pois são processos que independem desta para se concretizarem), jamais serão imputados ao indivíduo.

Além dos exemplos acima mencionados, também se pode ilustrar tal apontamento com o aborto: o direito não pode ordenar a uma mulher que gere uma criança saudável aos quatro meses de gravidez, assim como não pode obrigá-la a evitar um aborto natural e espontâneo (pois ambos os resultados independem da vontade humana e condicionam-se por um processo causal regido pelas leis da natureza que, evidentemente, não pode gerar reprimenda estatal); o conjunto normativo só consegue ordenar à mulher que se comporte de maneira a evitar um aborto e proibir condutas destinadas a gerar tal resultado.

A primeira conclusão que se faz sentir é a de que os comportamentos não dirigidos pela vontade não geram reprimenda exatamente porque a previsão e a conseqüente aplicação de sanção não fazem sentido se a ação que viola o direito não foi querida e desejada. Pois se a ação não passou pela consciência, o indivíduo não pôde ponderar seus desejos e escolher, dentre os mesmos, aquele que lhe pareça trazer menor dor.

Quando, entretanto, o agente atua animado pela vontade, poderá fazer um balanço entre o agir desconforme ao desejo do soberano e se sujeitar à sanção e ao atuar de acordo com o preceituado evitando os males decorrentes da

desobediência. E se for racional e utilitário certamente optará por evitar a punição, já que esta impõe um dano, que traz dor como conseqüência.

Vê-se que Austin acreditava que quem desobedece o ordenamento só o faz por não possuir o necessário sentimento utilitário de evitar as dores e os males, havendo necessidade de uma ameaça que o constranja a corrigir seus desejos desviantes. E isso nos remete a uma outra conclusão: a previsão de sanções é útil, pois a existência dela nos faz, através da ponderação dos nossos desejos, dar maior peso ao caminho que nos faz escapar do dano.

A esse propósito importante destacar que as sanções recaem sobre os desejos do sujeito e não sobre a vontade dos mesmos, vez que a conduta devida muitas vezes não coincide com a vontade — com aquilo que se quer verdadeiramente fazer — mas sim com o desejo de afastar o possível dano que é a conseqüência da desobediência. Portanto, nossos atos (conformes às normas ou não) dependem do balanço dos desejos, ou, dito de outra forma, primeiro desejamos as coisas para só depois atuarmos.

4.4.3.4

A ameaça

Esta se afigura como um caractere na medida em que se reconhece a capacidade das sanções em motivar a conduta dos indivíduos.

Segundo o autor, devemos reconhecer que algumas pessoas interiorizam o ordenamento jurídico e suas prescrições voluntariamente — muito provavelmente em razão do sentimento inerente de obediência próprio do resultado obtido a partir da ponderação entre a dor (mínima) resultante do comportamento conforme e a dor (máxima) conseqüência do descumprimento de preceitos normativos — enquanto outros, por não possuírem propriamente esse viés utilitário, necessitam de um convencimento extra.

Esta persuasão será criada através da advertência de uma futura sanção, para que o indivíduo se conscientize e exteriorize aquele que deve ser o desejo mais forte: o de evitar o mal maior da punição.

A simples intimidação através da sanção, vê-se, funcionaria como um fator de correção, válido e útil para operar um processo gradual de recriação de limites e freios para os desejos individuais a partir da associação feita entre essas vontades desmedidas e as conseqüências estabelecidas entre elas.

4.4.3.5

A eventualidade

O dano decorrente da sanção é contingencial: não é presente e sim possível. A eventualidade decorre, pois, da possibilidade de o agente cumprir com o ordenado, afinal, os deveres só surgem para aqueles que estão em condição de cumprir com o ordenado. Caso a obrigação seja impossível (como por exemplo, exigir que alguém toque o sol com as mãos ou que viva eternamente) ou seu cumprimento inerente à condição humana (como respirar), não estaremos frente a um dever, pelas razões aventadas no item 4.4.3.3, quais sejam, a de que o homem somente se torna sujeito de obrigações na medida em que se encontra capaz de obedecê-las.

4.4.4

A funcionalidade das sanções: motivos para obediência

É clara na teoria de Austin a função que o direito desempenha: garantir eficazmente a certeza e a segurança das relações sociais sempre que não forem suficientes, como instrumento de controle social, as normas divinas e as de caráter moral. Só que a prática do comportamento considerado correto e adequado segundo os ditames do soberano deve ser induzida em sociedade para atingir aqueles sujeitos nos quais a obediência não se dá de forma espontânea. A maneira mais eficiente de alcançar altos índices de comportamento conforme as normas decorre da existência de sanções. Já traçadas suas características formadoras resta-nos aqui averiguar o aspecto funcional que o autor atribui às sanções, definindo de que forma podem garantir a convivência social através de razões de tipo motivacional ou psicológico.

Para tanto, utilizar-se-á a separação estabelecida em Austin relativa aos efeitos que as sanções podem gerar nos súditos: o direto (ou próximo) — relativo a estímulos ao cumprimento das ordens, tendentes a demonstrar o prejuízo e a dor que a desobediência pode acarretar — e o indireto (ou remoto) — que pressupõe uma tendência à obediência desinteressada e não utilitária, nascida de uma internalização do justo e devido.

4.4.4.1

Efeito direto: o encorajamento à obediência

Todas as vezes em que um súdito (disposto a atuar) demonstrar não ser detentor de um sentimento utilitário que irá levá-lo à obediência — ou possuir referido sentimento em menor grau que o necessário para a manutenção da ordem entre os sujeitos —, ver-se-á a atuação do efeito direto das sanções. Porque, considera nosso autor, o desígnio de impor um dano a quem desatenda ao comando é certo e evidente, e somente será obstado se o indivíduo se conscientizar dos males da desobediência.

Esta ameaça direta poderia ser estudada sob o ponto de vista do soberano — que expressa seus desejos de forma vinculada à possibilidade real de infligir danos — e do sujeito obrigado. Esta última perspectiva é a que nos interessa.

Em primeiro lugar diga-se que as sanções operam sobre os desejos e não sobre a vontade dos súditos, já que não é impróprio considerar que, não raro, todos têm vontades não coincidentes com o desejo maior de evitar a sanção, de acordo com as observações feitas acima (item 4.4.3.3). Ademais, quando a vontade de se fazer algo não se coaduna com o desejo de obedecer ao direito, isto é, nos casos de conflito entre ações contrárias à norma e consentâneas com esta, não se está frente a um conflito que polariza desejo e vontade, e sim ante um embate entre desejos.

Um exemplo ilustra bem essas considerações. É possível que uma pessoa ao se ver perante uma obrigação de pagar impostos sofra um conflito interno: por um lado compreende lucidamente a necessidade de arcar com esta obrigação, afinal se não pagar poderá se sujeitar à sanção prevista para o inadimplemento; por outro possui um desejo claro e inequívoco de não pagar (seja porque não possui o dinheiro momentaneamente, ou porque não acredita na contraprestação estatal). Supondo que a pessoa, não obstante as razões aventadas, faça o pagamento devido, poder-se-ia supor que o fez voluntariamente, de modo que entrariam em choque o desejo (de não pagar) com a vontade (de pagar) que acabou por informar a atuação.

Em verdade, segundo Austin, o que ocorre é um choque entre dois desejos que se resolve a partir da consideração de que um deles é mais fraco, ou ocupa, no momento da ponderação, uma posição desvantajosa. Descobrir qual deles prepondera em cada caso depende da associação mental que se faz entre condutas e conseqüências: entre pagar e, por conseguinte, não ser sancionado,

e não pagar e ser sancionado. Num sistema jurídico como o austiniano, certamente, o desejo forte é o de pagar e evitar a sanção, visto que esta seria um dano que só acarreta dor e traz prejuízos para o súdito. Débil ou fraco, por seu turno, seria o desejo de desobedecer que não terá primazia sobre o anterior — exatamente porque desencadeia a aplicação de sanção, sendo que esta se afigura como o maior dos males.

Compreender que a obediência nasce do confronto — ou de um balanço de razões refinado, porque esclarecido — entre desejos antagônicos nos leva a concluir que não pode o soberano tencionar obrigar seus súditos a sempre desejarem afastar a sanção. Isto não é possível. O desejo de evitar a sanção pode (e deve) ser aquele que controla e subjuga os demais no embate, mas nunca será o único e nunca será capaz de aniquilar o desejo de violar o dever.

O que pode acontecer, segundo Austin, é esse lento processo de associação entre ações e seus efeitos gerarem no indivíduo estímulos à obediência de forma a encorajá-lo a não mais agir contrariamente aos comandos, em decorrência daquilo que o autor denominou “processo de associação gradual dos desejos”. Essa idéia pressupõe que os desejos originalmente agradáveis passariam à condição oposta em atenção às suas conseqüências não queridas e poderiam ser gradualmente eliminados da mente dos indivíduos na medida em que estes, racionais que são, fossem agregando aos desejos desconformes à ordem, às conseqüências que deles adviriam. Com o tempo não haveria necessidade por parte dos súditos de uma pausa reflexiva para definir ou optar entre desejos contrários, tendo em vista que todos (exceto os que Austin diz que têm a mente voltada para a injustiça) possuem aversão ao resultado negativo que a imposição de sanção traz.

Tal tese só não prospera nos casos em que a sanção é ínfima e o proveito a ser alcançado com o descumprimento de uma norma é superior — pode-se vislumbrar uma hipótese, ainda que excepcional, em que o sujeito deseje realizar um contrato proibido pela lei “A” que renderá dividendos na ordem de “X” e a multa prevista a título de sanção para os que descumpram referida norma é de um décimo do valor de “X”. Neste caso, não se discute que a sanção não atua na formação da convicção em obedecer ao direito, por ser um dano pouco relevante ante os benefícios que o descumprimento traz — o que só reforça a idéia de que, para cumprirem com suas funções, devem as sanções ser significativas.

Resta claro que, para Austin, sanções cumprem com sua função de motivar diretamente a obediência dos súditos, provocando uma ponderação

racional que os leva a se conscientizarem das conseqüências nefastas que o desacatamento das normas de conduta ocasiona.

Há, porém, duas ordens de problemas apontados por Chagoyán que Austin não aborda.

Em primeiro lugar é certo que utiliza a palavra “desejo” sem se preocupar com o fato de que é um termo ambíguo, de forma que considera “desejos” todas as preferências e razões existentes para atuar, desconsiderando a classificação adotada por Juan Carlos Bayón que distingue níveis de desejos. Segundo Bayón (citado por Chagoyán), poderíamos ordenar hierarquicamente todos os desejos na medida em que ocupam papéis diferenciados no momento da deliberação prática. Somente os de primeiro nível seguiriam recebendo a denominação desejos, enquanto os demais, pertencentes aos níveis subseqüentes, seriam considerados interesses. O exemplo de Chagoyán para este caso é bastante esclarecedor:

Estoy haciendo planes para la próxima semana; tengo el deseo de ir al cine todas las noches porque hay una semana de cine francés, que es mi favorito. Pero, dado que tengo el interés de tomar las clases gratuitas de inglés que me ofrece mi centro de trabajo el martes y el miércoles por la noche, me perderé las funciones de cine esos dos días. Sin embargo, estoy dispuesto a sacrificar lo que haga falta, si mi esposa, que está a punto de dar a luz, entra en trabajo de parto en cualquier momento, pues, es mi deber estar a su lado en semejantes circunstancias (Chagoyán, 2004, p. 99).

A admissão desta classificação nos leva a considerar que quando Austin faz referência a “desejos” está a se referir ao sentido amplo que a palavra contém, sem preocupar-se com a possibilidade de hierarquizá-los; enquanto ao mencionar o conflito entre desejos, estaria, em verdade, listando um embate entre diferentes níveis de desejos, logo entre um interesse e um desejo.

Secundariamente aponte-se o problema das omissões, que para Austin não são voluntárias (por não gerarem movimentos corporais) e, portanto, não seriam sancionáveis. Isso decorre da impossibilidade para o autor de perceber as omissões como uma espécie de ação (em seu sentido geral), confundindo-as com meros estados de inação.

É preciso distinguir os dois estados de coisas: se o agente não faz coisas que poderia fazer se o quisesse; se permanece inerte quando poderia agir, está em estado de inação, irrelevante juridicamente. Exatamente é o que ocorre quando o agente revela que se omite de andar, ou que se omite em assistir um programa de TV, pois estas expressões possuem pouco, quiçá nenhum, sentido jurídico, afinal para o direito tais condutas não são ordenadas. Também não há uma omissão considerável juridicamente quando alguém omite, no plano fático,

algo absolutamente irrealizável. Não faz qualquer sentido o agente dizer que se omite de ir à lua hoje à noite, bem como não traz qualquer relevância se omitir de fechar uma janela que já se encontra fechada.

No entanto, em havendo a possibilidade e o dever normativo de agir — hipóteses em que o estado considera a omissão relevante —, caso se abstenha de praticar a conduta ordenada estará, voluntariamente, descumprindo uma norma, comportando-se de maneira a merecer a sanção. Cite-se como exemplo o salva-vidas que possui a função normativa de entrar num mar bravio para salvar um banhista que se afoga, enquanto não se pode dizer o mesmo com relação aos demais banhistas, devido ao notório risco.

Parece ser este precisamente o ponto em que Austin confunde os dois distintos estados: uma omissão é diferente de um simples estado de não fazer e pode, sim, ter relevância para o direito, desde que praticada nos casos em que previamente foi estabelecida uma norma com conteúdo mandamental na qual se estabelece que o sujeito, tendo a possibilidade de agir, encontra-se obrigado a fazê-lo.

4.4.4.2

Efeito indireto — ou como se forma um hábito de obediência?

Já foi dito que a definição do soberano passa pela análise do hábito de obediência na medida em que essa entidade única e determinada deve ser obedecida usualmente; de forma que foi possível pensar no hábito de obedecer por parte dos súditos como um dos elementos viscerais à formação da sociedade política independente. Afinal, um grupo de pessoas específico só pode ser assim chamado quando formado por um soberano que é habitualmente obedecido e por seus súditos que habitualmente o obedecem.

A formação deste hábito deve-se ao efeito pedagógico das sanções que, ao longo da vida dos súditos, vai inculcando neles a necessidade de obediência ao, paulatinamente, extinguir os desejos opostos às normas.

A tendência é que o temor e o medo de contrariar o direito, derivados da existência de uma sanção, vão apagando os desejos que impulsionam o homem a delinquir provocando uma mudança paradigmática no comportamento dos súditos: se suas primeiras ações são guiadas somente pelo receio de receber uma sanção — caso em que não seriam considerados homens justos, mas sim delinquentes conformados —, para as subseqüentes pode-se pensar com mais

otimismo, na medida em que seriam determinadas não mais pelo sentimento de pavor ante à sanção, mas de maneira espontânea e por amor à justiça.

Neste ponto Austin se afasta ligeiramente de Hobbes, já que este último percebia no homem forte propensão às injustiças, domáveis somente pelo temor fundado nas sanções, enquanto o primeiro crê que, de fato, as sanções operam uma inversão nos desejos dos súditos, mas uma inversão que somente é possível para aqueles que já possuem inclinação ao correto. Ademais, essa mutação de desejos na mente do indivíduo faz com que o passar do tempo torne patente seu sentimento desinteressado por fazer o que é certo; em suma, pela justiça.

Acaso um súdito cumpra o determinado pela norma, mas tão somente por temer a aplicação da sanção, poderíamos dizer que é um sujeito injusto ainda que sua atitude tenha sido justa. Não se pretende aqui, desconstruir a tese outrora apontada de que o temor tem relevância comportamental nos indivíduos, pois é óbvio que auxilia o cumprimento de deveres. O que se quer é dar ênfase à posição austiniana de que a grande maioria dos indivíduos consegue perceber a utilidade da justiça — é o desprezo pela injustiça um sentimento presente nos sujeitos — de forma que o cumprimento das obrigações também se dá por questões utilitárias. A atuação dos homens se rege, portanto, por um conjunto complexo de fatores, dentre os quais se insere a sanção, como um importante e imprescindível reforço para as razões de cumprir uma norma.

4.4.4.3

O conceito extraordinariamente amplo de sanção e sua primordial conseqüência: a caracterização das nulidades como sanção

Já foi dito que o soberano é para Austin a única fonte do direito. Entretanto, não é ele o único a emitir comandos na medida em que, para poder governar, depende que outras pessoas, a partir de sua autorização, produzam tais normas.

En una sociedad política independiente de las menores dimensiones posibles, que ocupa un territorio de la menor extensión posible y que vive bajo una monarquía u oligarquía extremadamente pequeña, todos los poderes supremos en ejercicio (excepto los conferidos a los súbditos como sujetos privados) podrían ser ejercitados directamente por el monarca o por el cuerpo supremo. Pero todo soberano real (tanto si se trata de un individuo o de un conjunto o suma de individuos), ejerce al menos alguno de estos poderes por medio de subordinados políticos o delegados que representan al autor soberano. Este ejercicio de los poderes soberanos por medio de os subordinados o delegados políticos, resulta absolutamente necesario, en toda sociedad real (Austin, 2002, p. 226-227).

Vê-se que o processo de criação das normas em Austin se dá de três formas distintas: ou o comando é produzido pelo soberano, que exercita seu caráter de entidade suprema e legislador por excelência, ou é formulada pelas autoridades públicas subordinadas, ou, finalmente, pelos súditos, que observam necessariamente as diretrizes ditadas pelo soberano. O fato é que, sendo o soberano o titular único do direito de legislar, a feitura de uma norma conforme as duas outras maneiras listadas acima gera normas de validade derivada que só são possíveis em virtude do soberano conceder uma autorização para atuar e estender a garantia da sanção para além dos seus próprios comandos.

Por tudo isso, não há erro algum em afirmar que Austin é um imperativista e que sua estrutura jurídica se forma a partir da reunião de comandos, criados através da junção entre um preceito que contém a prescrição da conduta que se ordena ou que se deseja proibir, bem como por um preceito tácito dirigido aos funcionários para que estes façam valer o desejo do soberano aplicando a sanção prevista para a desobediência. Como se pretende que as delegações que o soberano faz aos seus súditos e às autoridades públicas sejam considerados comandos, para que o sejam verdadeiramente, não se pode abrir mão que sejam sancionáveis.

Destarte, sempre que houver uma concessão por parte do soberano para que seus súditos ou subordinados criem leis, não se deve descartar o contexto no qual essa permissão é dada: toda a normativa estabelecida pelo soberano para o caso deve ser observada, sob pena do ato gerar prejuízo para as partes em virtude da desobediência a alguma formalidade prevista.

Como Austin assinala que se existe “la menor probabilidad de sufrir el daño más pequeño” (Austin, 2202, p. 38) estamos frente a uma sanção, podemos concluir que é da adoção deste conceito amplíssimo que decorre a consideração das nulidades como espécie de sanções, já que todas as desvantagens geradas pela aplicação do direito poderiam ser vistas como tais. Outra razão que pode ser aventada é relativa à restrição da palavra “lei” que impera na doutrina austiniana. Como a concepção do que é uma “lei” passa, necessariamente, pelos comandos dotados de sanção, o único modo de tornar alguns comandos, desprovidos de sanção, em “lei” é estender o conceito de sanção para abarcar também as nulidades.

Austin deseja que o direito seja obedecido, tanto pelos cidadãos quanto pelos funcionários; qualquer um que atue em desacordo com essa expectativa — por violar um comando praticando um ilícito, ou por desobedecer a uma formalidade — receberia uma reprimenda estatal. Esta última possuindo a

função de motivar e induzir o comportamento conforme. Se pensarmos por este ângulo, ou seja, na perspectiva funcional, sanções e nulidades realmente possuem semelhanças, afinal, ambas são previstas com o mesmo intuito, qual seja, o de evitar o descumprimento das diretrizes estatais.

Mas a semelhança pára por aqui. Caso se passe a verificar a estrutura e o significado conceitual de ambos os institutos a diferença se torna patente. Afinal, uma sanção é estabelecida para casos em que há verdadeira transgressão de um dever jurídico, enquanto a nulidade tem lugar quando o sujeito não observa regras sobre como proceder para praticar determinado ato jurídico e, portanto, não obtém dessa prática descuidada nenhum efeito jurídico. Quem não adota postura cautelosa no momento de praticar um ato e acaba por invalidá-lo não comete nenhum ilícito e, portanto, não precisa ser castigado com aplicação de uma sanção.

Essa concepção de Austin lhe rendeu muitas críticas, conforme ver-se-á adiante.

4.5

Sanções civis, sanções criminais

Para entender tal distinção mister revisitar a diferenciação feita por Austin acerca dos deveres.

De acordo com o autor todo direito implica em uma ordem do soberano. Tais ordens obrigam alguns súditos a determinados comportamentos e, simultaneamente, beneficiam outros. Estes últimos podem, inclusive, exigir judicialmente a benesse que foi anunciada. Deste modo em todos os direitos distinguem-se três partes, quais sejam, a primeira evidenciada na ordem emitida pelo soberano para que alguém realize determinado ato ou se abstenha de fazê-lo; a segunda parte criadora de um benefício decorrente da prática da ação ou omissão que constitui o objeto do dever; e, por fim, o soberano que, ao mesmo tempo que impõe o dever, concede o direito correlativo.

Todo derecho jurídico (*legal right*) es creado por una ley positiva, y corresponde a un deber relativo impuesto por esa ley y que recae sobre una persona o personas distintas de aquéllas en las que reside el derecho. Por tanto, para cada derecho jurídico hay tres partes: el gobierno soberano de uno solo o de una colectividad que establece la ley positiva y que mediante ésta confiere el derecho jurídico e impone el deber relativo; la persona o personas a quienes se impone el deber, o a quienes se establece o se dirige la ley positiva (Austin, 2002, p. 272 a 274).

En todo derecho jurídico existen tres sujetos distintos; a saber, un sujeto titular del derecho; un sujeto gravado con el deber relativo; y un gobierno soberano que establece la ley mediante la que el derecho u el deber vienen respectivamente conferidos e impuestos (Austin, 2002, p. 275).

Estes deveres impostos aos súditos são decorrentes de normas de cunho obrigatório que tanto podem gerar obrigações relativas quanto obrigações absolutas — as primeiras consistentes nos deveres que possuem como destinatário uma ou várias pessoas determinadas, enquanto as segundas possuindo como destinatários toda a comunidade em geral.

É nas obrigações relativas, pois, que notamos o surgimento de direitos subjetivos — isto é, de fundamentos para o direito de alguém — de modo que, nestas, direito de alguém e dever de outrem são face e contraface de uma mesma coisa, duas maneiras de se identificar o mesmo fenômeno normativo.

Por seu turno, obrigações absolutas são aquelas que não podem se — relacionar, de forma alguma, com direitos subjetivos.

Idêntico fundamento utilizado para distinguir as obrigações é empregado na distinção das sanções: a violação a certos deveres relativos ofende primordialmente a vítima, de forma que, via de regra, a sanção sofrida será de cunho civil; enquanto a sanção decorrente da desobediência de deveres absolutos (e alguns civis, como o caso de uma menor que não é capaz de impulsionar, sozinho, a jurisdição) é de caráter público. As sanções privadas seriam as sanções civis aplicadas em casos de transgressão às normas dirigidas aos particulares, enquanto as sanções públicas, ou criminais, teriam lugar frente ao descumprimento de deveres absolutos (normas obrigacionais dirigidas a todos da comunidade).

Quanto à finalidade da sanção em ambos, Austin não a percebe como um critério distintivo. O argumento de que o intuito maior da sanção pública frente a um crime é o de prevenir futuros delitos, enquanto o fim precípua da sanção privada é restituir ou reparar o dano para a parte ofendida — o que as diferenciaria sensivelmente — não se sustenta em razão de, a par destas duas funções, existir para ambos ilícitos, uma maior: a de castigar o infrator.

Em resumo, para Austin tal distinção entre ilícitos não se afigura como relevante, principalmente porque ambas são danosas ao indivíduo e cumprem a mesma função de ameaçar os possíveis desobedientes.

4.6

Críticas ao modelo coercitivo austiniano

4.6.1

Introdução

Como é sabido, um dos críticos que de forma mais contundente apresentou objeções à teoria de John Austin e, conseqüentemente ao seu conceito de sanção, foi H. L. A. Hart. Em sua mais importante obra, *O conceito de direito*, o autor demonstra ser herdeiro de uma tradição que rejeita qualquer relação intrínseca entre direito e moral, da qual fazem parte pensadores como Bentham (que se esforçou para diferenciar a ciência do direito expositiva, *expository jurisprudence*, de uma teoria jurídica de censura, *ensorial jurisprudence*), Austin (que separou claramente a análise do direito em jurisprudência analítica, responsável por dizer o que é o direito, e jurisprudência normativa, útil para tecer juízos de valor e proceder à críticas ao direito⁷) e Kelsen (que fez da teoria pura um projeto de elevar o direito ao status de ciência⁸), todos adeptos da tese da separação, consistente em afirmar a possibilidade de se descrever o direito como uma tarefa autônoma e independente dos juízos valorativos e morais.

O objetivo de Hart, seguindo a linha de pensamento de seus precursores, foi descrever o direito de modo objetivo, explicativo e moralmente neutro, rejeitando critérios valorativos e apelos morais, que não contribuem em nada para a definição do objeto do direito. Para tanto, optou por construir seu particular conceito de direito valendo-se das investigações de Austin e, por isso, dedicou grande parte dos capítulos a demonstrar os problemas que afetam a construção jurídica austiniana. Destarte, partindo do estudo de referida obra pode-se identificar quais são as maiores imperfeições da teoria do nosso autor relativas à sanção.

⁷ “La existencia de la ley es una cosa, su mérito o demérito, otra. Si existe o no, en una cuestión; si se acomoda o no a un presunto modelo, es una cuestión diferente”. (p. 188, Lição V).

⁸ “As normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo. Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza, ser transformado em um dever jurídico correspondente a um direito jurídico. A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político”. (TGDE 166)

4.6.2

Concepção homogênea das normas: a sanção como critério individualizador dos ordenamentos jurídicos

Um ordenamento jurídico é um conjunto de normas jurídicas. Tal afirmação, apesar de intuitiva, não dispensa alguns comentários. O primeiro é relativo à utilização do termo “conjunto”: se esta palavra procura designar uma certa coletividade de normas que estão juntas, provavelmente há um critério definidor daquilo que pode ingressar devidamente no conjunto, porque a ele pertence, e que separe os demais elementos, exteriores ao mesmo. Essa investigação e a conseqüente busca por critérios capazes de delimitar quais são as normas que pertencem a um sistema jurídico é a descrição do problema da identidade do direito.

Muitos foram os teóricos que se dedicaram a formular tais caracteres diferenciadores, aptos a individualizar o ordenamento jurídico frente aos demais ordenamentos. Alguns propuseram o modo de origem do direito como critério de sua identificação, como John Austin e Hans Kelsen; outros conferiram menor importância à forma como é fundado um sistema jurídico e apostaram na sua aplicação (ou na sua eficácia social) para processar essa leitura da juridicidade do ordenamento, como foi o caso de Alf Ross e, mais recentemente, de Joseph Raz. Por seu turno, Hart vale-se como critério último de identificação da conformidade com a regra de reconhecimento. Excetuando o critério de Austin — objeto de estudo deste capítulo — e o de Kelsen, que será detidamente analisado no próximo, não discutirei neste capítulo, nem nos seguintes, as contribuições teóricas dos demais autores citados porque isso desvirtuaria completamente o objeto proposto para este trabalho.

John Austin formulou com bastante clareza o critério de pertinência de uma norma ao seu modelo de sistema jurídico: a identidade é determinada exclusivamente com referência ao modo como se originou a norma, vale dizer, a norma pertence ao ordenamento jurídico se tiver sido pronunciada (direta ou indiretamente) pelo soberano, de forma que o ponto de origem comum a todas as normas é uma pessoa (ou um grupo de pessoas), vista (ou vistas) como sua única fonte. Como as noções de “comando”, “sanção” e “soberano” estão estritamente conectadas — já que comando é a ordem emanada do soberano, que sempre será sancionada — pode-se dizer que o autor compõe, seguindo a tradição analítica da qual faz parte, o grupo de autores que adota uma

concepção homogênea das normas. Isso porque seu ordenamento jurídico é composto tão somente por preceitos destinados a determinar condutas que se apresentam como mandados, ou seja, ordens respaldadas por ameaças.

Não obstante o mérito de afigurar-se como uma das primeiras tentativas factíveis de se individualizar o objeto do direito, isolando-o dos demais conjuntos de preceitos existentes, a teoria austiniana não ficou livre de críticas, em razão da adoção do critério da sanção como o referente individualizador das normas jurídicas.

As mais consistentes foram apontadas por Hart. Primeiro quando afirmou que o imprescindível para determinar o pertencimento de uma norma ao ordenamento jurídico não é a existência de uma sanção e sim a obediência aos critérios de ingresso previstos nas normas secundárias do ordenamento⁹. Em sendo assim, é plenamente possível que uma norma não sancionada seja considerada norma jurídica em virtude de atender os requisitos estabelecidos por outras normas.

Da descaracterização da sanção enquanto critério definidor da juridicidade dos objetos decorre uma outra: Hart rechaça a idéia de o direito ser reduzido a um conjunto de mandatos, afinal, tal proposição não dá conta das normas que conferem poderes jurídicos. A presença da sanção é claramente perceptível nas normas de direito penal e nas semelhantes, não existindo, no entanto, em outras normas (como aquelas que estabelecem referidos poderes) que, nem por isso (ausência de previsão de castigo para o caso de descumprimento), se tornam menos jurídicas. Na percepção de Hart, não são normas imperfeitas (conforme classificação de Austin) mas, sim, autênticas normas jurídicas.

De fato, a teoria austiniana parece funcionar só para certo tipo de normas, as que configuram ordens enquanto expressão da vontade do soberano e que, desta forma, criam deveres para seus destinatários. Só que ao lado delas existem outras igualmente importantes, mas que cumprem função significativamente diferente daquela de determinar comportamentos. Não se pode olvidar que nos sistemas jurídicos modernos há normas que conferem poderes públicos ou privados e que não impõem a ninguém a obrigação de agir de uma ou de outra maneira; simplesmente fixam as condições sob as quais é possível criar direitos e deveres dentro da estrutura coercitiva do direito (Hart, 1994, p. 57). Acaso se queira (é uma faculdade) celebrar um contrato, contrair

⁹ Vê-se que a regra de reconhecimento hartiana ocupa, em sua teoria jurídica, o lugar outrora pertencente ao soberano de Austin e a sanção, por se situar no ápice do sistema jurídico e determinar o que vale como direito.

matrimônio ou outorgar um testamento, é suficiente observar os requisitos estabelecidos em normas jurídicas para que os atos ganhem validade; não existe qualquer resquício de dever na prática desses atos que autorize seja aplicado o mesmo tratamento dos comandos. Desconsiderar a juridicidade e validade dessas normas é privar o direito de conceitos importantes para a vida social, como a adoção, o casamento, a celebração de contratos, outorga de testamentos ou as doações.

Vê-se que o primeiro grupo das críticas hartinianas dirige-se à plausibilidade do modelo homogêneo de normas em tentar definir de maneira inequívoca a extensão dos sistemas jurídicos. Segundo Hart, a falha se dá porque esse modelo só permite a criação de um tipo de estrutura que, cedo ou tarde, se revela incapaz de delimitar precisamente o conjunto normativo, exatamente porque desconsidera uma imensa gama de normas que, sob aspectos distintos, não se encaixam na descrição proposta (Hart, 1994, p. 57).

4.6.3

Nulidades como sanções: redenção do modelo austiniano?

Já foi devidamente apresentada no item 4.4.4.3 a idéia de que para Austin todas as desvantagens geradas na aplicação do direito podem ser vistas como sanções. Sempre que o sujeito não observa as regras atinentes à prática de determinados atos jurídicos e não obtém dessa prática descuidada nenhum efeito jurídico, acaba por invalidá-lo. A essa consequência chamamos nulidade, que, por acarretar a perda de vantagens é, na visão austiniana, uma sanção. E isso só ocorre porque o autor vê o Direito como um todo interligado, de forma que o não nascimento de direitos subjetivos para o indivíduo que os deseja em virtude da não obediência a certas restrições é a perda de uma vantagem almejada, um mal que pode ser equiparado a uma sanção.

E se a nulidade é para Austin uma sanção, então as normas que conferem poder são sancionadas e, em assim sendo, todas as normas caberiam dentro da estrutura criada pelo autor, não procedendo as críticas feitas em relação à escolha da sanção enquanto critério identificador da juridicidade das normas. Vê-se que há a extensão do conceito de sanção para alcançar também as nulidades, de forma a tornar alguns comandos desprovidos da sanção propriamente dita em verdadeiras leis.

Há que se dizer, contudo, que o significado conceitual dos institutos é absolutamente diverso. Enquanto a sanção é prevista para as hipóteses em que há violação de um dever jurídico, a nulidade tem lugar nos casos em que o agente não é suficientemente cauteloso no que diz respeito às regras sobre como proceder para praticar validamente determinado ato. As diferenças são patentes: se o sujeito só inobserva uma formalidade, certamente não comete nenhum ilícito e, por esta razão, não precisa ser castigado com aplicação de uma sanção, que só se faria presente quando houvesse desobediência a um dever jurídico.

Exemplos não faltam. Se a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que somente pelo voto de no mínimo 1/3 (um terço) dos membros de uma das casas do Congresso Nacional se forma validamente um projeto de emenda à Constituição¹⁰, não se está, com esta regra, pretendendo desestimular os congressistas a reformarem o texto constitucional, mas, sim, a evitar que projetos ofertados em desconformidade com esta formalidade sejam tidos por válidos. A nulidade não existe para ameaçar ou impedir comportamentos, mas tão somente para alertar o sujeito: ou ele obedece ao rito predeterminado ou será impossível obter do ato alguma força ou efeito jurídico.

As críticas de Hart quanto a essa extensão do conceito de sanção para abarcar as nulidades são bastante rigorosas. Diz o autor que tal comportamento denota confusão na medida em que ignora o fato de em alguns casos a nulidade não ser um mal para aquele que não satisfaz as formalidades requeridas para conferir validade ao ato — um juiz pode ser absolutamente indiferente quanto à validade de sua sentença, bem como um particular pode não encarar como um mal, ou como uma sanção, o fato de não obter os efeitos pretendidos e a vinculação desejada em determinado contrato porque se descuidou das regras estabelecidas para a celebração do mesmo.

Também por desconsiderar um importante aspecto que afasta definitivamente os institutos, é falha tal assemelhação. Faz-se referência, neste caso, à independência que as regras de direito penal (ordens) possuem com relação às sanções ou castigos, não existente entre as formalidades e suas respectivas sanções. Argumenta Hart ser logicamente possível pensar em ordens ainda que não exista qualquer ameaça de castigo relacionada a elas, pois pode-se “subtrair a sanção, sem eliminar um padrão inteligível de

¹⁰ Ver o artigo 60, CF/88. *In verbis*: “**Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.**”

comportamento que aquela visava manter” (Hart, 1994, 43). O autor reconhece que, evidentemente, tais normas perderiam sua juridicidade, o que não o impede de supor que a ordem exista sem a sanção. Algo diverso, entretanto, passa-se com as regras que só se afirmam ante a presença de nulidades, como a exigência de duas testemunhas, no mínimo, presenciarem a celebração do casamento para que este seja juridicamente válido¹¹. Estatuir a nulidade é imprescindível para que a formalidade faça sentido, afinal, se o ato produzisse efeitos de qualquer forma, ninguém se ocuparia com cautelas ou cuidados pois a inobservância das formalidades seria incapaz de impedir a concretização dos efeitos almejados.

Não tem lógica, portanto, exigir requisitos para a realização de um ato se este é válido em qualquer caso. E por esta razão Hart considera a referência à nulidade essencial à regra, sendo este um consistente argumento que o guia à conclusão de que existe uma diferença intrínseca entre nulidades e sanções.

4.6.4

O encadeamento de sanções e o inevitável regresso ao infinito

Se um determinado sistema jurídico se organiza partindo da premissa de que todas as suas normas somente terão eficácia caso seu cumprimento seja garantido por uma outra norma que estabeleça uma sanção, teremos, como resultado óbvio, um sistema composto por uma série infinita e indeterminada de sanções. Pois uma norma N1 só adquire *status* jurídico se estiver garantida por uma norma N2 que prevê uma sanção para o caso de N1 ser desrespeitada. Mas para que N2 seja também considerada norma jurídica, requer uma outra norma (N3) que lhe dê suporte. E assim, sucessivamente, o que nos leva a um encadeamento de normas sem fim.

A tal problema denominamos “regresso ao infinito”. Muitos são os autores que o identificam na teoria austiniana, argumentando que o regresso é uma decorrência do estudo da sanção de Austin ter sido feito considerando-a em relação à violação ou negação do Direito, enquanto uma outra estratégia deveria ter sido adotada, consistente na análise da sanção com relação ao próprio direito. Em outras palavras, a falha resultaria do papel desempenhado pela

¹¹ Ver artigo 1534, Código Civil, *in verbis*: “A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutra edificação pública ou particular”.

sanção: ao invés de garantir a eficácia das normas, deveria ser o próprio conteúdo das mesmas.

Note-se, entretanto, que o conceito de norma jurídica para Austin não autoriza essa interpretação, na medida em que o autor definiu-a como o comando que contém, simultaneamente, uma prescrição de comportamento e uma sanção. Uma norma não adquire juridicidade por estar garantida por outra norma que a reforça, sim porque contém uma sanção. Sanções não podem ser consideradas, na obra austiniana, como meros reforços das normas; são parte essencial destas últimas.

Por seu turno, Hart considerou ser plausível um sistema com normas sancionadoras encadeadas que não incorra em um regresso ao infinito, bastando, para tanto, frear a cadeia através de uma norma parcialmente autoreferente, isto é, através de uma norma que, ao mesmo tempo em que exerce a função de sancionar eventuais descumprimentos de uma série de deveres estabelecidos por outras normas, contém a capacidade de sancionar o dever por ela mesma previsto.

Ter-se-ia, por exemplo, uma norma N1 que estabelece a proibição de furtar (“proibido furtar”), que é garantida por uma norma N2 que determina o castigo ante a desobediência da primeira e dela própria, descrita nos seguintes termos: “*um juiz deverá impor pena a quem quer que descumpra os deveres, inclusive este*”. Esta última iria conferir ao ordenamento a capacidade de possuir uma série infinita de deveres, sem ter que recorrer a uma infinidade de sanções, afinal a última norma (no exemplo a norma N2) sempre incluiria a si mesma, não necessitando de pensar numa norma N3 para garanti-la.

A auto referência normativa precisaria ser parcial, pois se fosse total (“o juiz deverá impor pena a quem quer que descumpra os deveres, inclusive este”) estaríamos frente a uma situação bastante curiosa: caso o juiz descumprisse seu dever deveria castigar a si mesmo.

A solução do professor de Oxford em aplicar o esquema das normas autoreferentes, todavia, não se coaduna com a teoria austiniana exatamente porque a mesma não padece do regresso aqui discutido. Como já frisado, tanto o dever quanto a previsão da sanção são partes de uma mesma norma jurídica.

Joseph Raz parece concordar com a ilação do parágrafo anterior ao utilizar a teoria de Austin para exemplificar as teorias que se baseiam no princípio da independência; este preceitua que toda norma jurídica é uma unidade independente, cuja existência, significação e forma de aplicação não dependem logicamente de nenhuma outra disposição jurídica. Conforme o autor:

The fact that every law is a command entails that every law can be an independent unit, the existence, meaning or application of which is not logically affected by others laws. Thus Austin's views on the nature of a law determine his negative solution to the problem of structure¹² (Raz, 2003, p. 23).

A estrutura da norma de mandado seria independente e não geraria o regresso ao infinito, pois existe um momento em que não se necessita mais de amparar com sanções a disposição jurídica em questão. Para sustentar tal tese Raz afirma que:

It seems reasonable to attribute to Austin the view that the intention to cause harm can be expressed either directly, by what may be called declaration of a punitive policy, or indirectly, by ordering some subordinate to apply sanctions to the subjects of the law if they violate it¹³ (Raz, 2003, p. 23).

Quando o soberano expressa seu desejo de causar o dano da sanção diretamente, isto é, quando ele mesmo está disposto a impor e aplicar o dano, a norma de mandado tem, segundo Raz, a expressão de uma política punitiva, vale dizer, a possibilidade real de infligir o castigo aos desobedientes. Ocorre que, com relação à maioria das normas, o soberano tem que conferir poderes a outros sujeitos para que eles apliquem as sanções; mas isso não altera em nada o conteúdo da disposição jurídica original. O que se exige, entretanto, é que esta expressão indireta do poder soberano esteja também amparada por uma disposição jurídica punitiva. Por seu turno, esta nova norma necessitará de um respaldo, sendo aqui, precisamente, o ponto em que Raz põe fim à possível cadeia que levaria a teoria austiniana ao infinito

The punitive law, is, of course, itself backed either by some punitive law or by a policy of sanctions. A policy of sanctions, though part of a law, is not an independent law; it does not impose a duty and therefore need not be backed by a punitive law. For this reason, if for no other, Austin's theory does not involve an infinite series of laws, each providing a sanction for the violation of the other¹⁴ (Raz, 2003, p. 23-4).

¹² “O fato de que toda disposição jurídica seja um mandado implica que toda disposição jurídica pode ser uma unidade independente, cuja existência, significado ou aplicação não é logicamente dependente de outras disposições jurídicas”.

¹³ “Parece razoável atribuir à Austin a opinião de que a intenção de causar dano pode ser expressada diretamente, através do que pode ser chamado declaração de política punitiva, ou também, indiretamente, ordenando a algum subordinado aplicar as sanções aos sujeitos da disposição jurídica se a desobedecerem”.

¹⁴ A própria disposição jurídica está, óbvio, respaldada por alguma disposição jurídica punitiva ou por uma política de sanções. Uma política de sanções, ainda que parte de uma disposição jurídica, não é uma disposição jurídica independente; não impõe um dever e, portanto, não necessita ser respaldada por uma disposição jurídica punitiva. Por esta razão, e não por qualquer outra, a teoria de direito de Austin, não pressupõe uma série infinita de disposições jurídicas, prevendo, para cada uma, uma sanção para a violação da outra.

4.6.5

A diferença entre “se ver obrigado” e “ter uma obrigação” como crítica à teoria imperativista do Direito

A teoria imperativista austiniana define o direito como sendo um conjunto de comandos emanados do soberano, consistentes em ordens — expressão do desejo do soberano — garantidas por sanções. Estas últimas afiguram-se como a possibilidade de infligir dano ante o descumprimento da ordem, vez que a não observância da vontade soberana significa uma desobediência, um dever descumprido e, pois, sancionável.

Claramente opta Austin por tratar as obrigações como avaliações de probabilidade de sofrer um castigo ou um dano, pois basta um desejo amparado por uma sanção para surgir um dever de obediência à vontade expressa nesse desejo.

Tal concepção encontrou objeções na teoria hartiana por desconhecer a variedade de imperativos existentes na vida social e, conseqüentemente, por ignorar a distinção entre “ser obrigado” e “ter uma obrigação”.

Para Hart, é preciso reconhecer que em muitos momentos da vida uma pessoa pode manifestar um desejo para que outrem faça, ou abstenha-se de fazer, algo e, em regra, para que a pessoa interpelada corresponda à expectativa e cumpra o desejado, é muito comum a utilização do modo imperativo. Frases como “Abra a janela”, “Não se mova”, “Não se esqueça de mim” são comuns no cotidiano e, não obstante sejam a representação de um desejo para que outra pessoa faça, ou deixe de fazer algo, não geram um dever de obediência, isto é, não obrigam normativamente a pessoa destinatária da ordem, ainda que tragam a possibilidade real de um dano frente ao descumprimento.

O mesmo se diga quanto ao exemplo dado por Hart do assaltante “A” que ordena a “B” que lhe entregue o dinheiro e lhe ameça com um tiro, caso “B” se recuse a obedecer. Em casos como este, é muito provável que “B” cumpra a vontade de “A”, entregando o dinheiro, de forma a podermos dizer que ele se viu obrigado a fazê-lo. No entanto, algo bem diverso é afirmar que, no caso, “B” tinha a obrigação de cumprir com a ordem (Hart, 1994, 92).

Isso porque dizer que alguém se viu obrigado a agir implica no reconhecimento de que o sujeito age motivado por crenças e razões de ordem psicológica que conectam sua desobediência a um mal ou a conseqüências não

queridas, que certamente recairão sobre ele caso não obedeça. Diversa é a situação quando alguém tem a obrigação de fazer algo, pois neste caso a sujeição à obrigação traz implícita a existência de uma regra que, depois de internalizada, passa a funcionar como um motivo para o agir.

Outra diferença que pode ser aventada refere-se às conseqüências visíveis em cada uma das situações: quando o agente se vê obrigado ele efetivamente age; por seu turno, quanto o sujeito tem uma obrigação isso é um fato que independe do cumprimento, pois a obrigação de fazer, ou deixar de fazer, algo permanece intacta mesmo que violada; se isto acontecer entrará em cena a sanção.

5

O conceito de sanção em Hans Kelsen

5.1

Introdução

Já foi dito que a tradição analítica do direito inaugurou-se com os trabalhos de Jeremy Bentham no final do séc. XVIII, não obstante a escola só ter recebido tal título a partir da contribuição de John Austin e seus escritos apresentados na primeira metade do séc. XIX. A continuidade entre referidos autores, que nos permite situá-los como adeptos de uma mesma corrente de pensamento jurídico, torna-se perceptível na formulação teórica de Austin. Este reproduziu o método científico iniciado por Bentham — no sentido de construir uma teoria do direito, sem descuidar dos aspectos lingüísticos — filiou-se à tese imperativista do direito, e dedicou-se, em seus escritos, a delimitar os contornos do direito, numa busca pelo sentido particular da teoria jurídica.

As semelhanças e convergências teóricas em ambos foram amplamente desenvolvidas nos capítulos precedentes, possibilitando o alcance de algumas conclusões. Para os precursores do positivismo jurídico não há como pensar o direito antes de se aferir a existência de um estado, que se funda e se corporifica na figura do soberano; este, por sua vez, é representando pela pessoa (ou pelas pessoas) que detém o poder supremo de comandar os demais membros da sociedade política independente e o faz de forma ilimitada e irrestrita, pois não se sujeita a nenhuma ordem. É aquele que comanda a todos, sem ser comandado por ninguém, e adquire o papel de autoridade máxima que legisla para regular e ordenar as condutas sociais. Por exclusão do conceito anterior chega-se aos súditos, aqueles que afirmam a condição do soberano ao obedecerem, por qualquer razão, às ordens que ele dita. Tais ordens — que são as leis que compõem o direito positivo e originam-se, como parece intuitivo neste momento, do próprio soberano — precisam de um respaldo que lhes garanta e assegure a eficácia. O modo encontrado pelos autores de ampará-las foi estabelecer sanções, entendidas como um dano que terá lugar sempre que alguém desobedecer a uma ordem ou transgredir um dever.

A centralidade da sanção na teoria desses autores bem como a importância que lhe é atribuída, é indiscutível; em pelo menos dois momentos se

torna claro o papel de destaque que ocupa: as normas jurídicas só são assim consideradas se possuem cláusulas sancionadoras (o que vale para todas as normas austinianas e para as obrigatórias em Bentham), e, sob a perspectiva funcional, a sanção desempenha relevante papel motivacional, pois crêem que ela é a razão, ou motivo, que necessita o destinatário das normas para cumpri-las. Ainda que Austin distancie-se ligeiramente de Bentham ao desconsiderar as recompensas e os prêmios e determinar que as sanções serão sempre castigos danosos, pode-se afirmar que para ambos o fundamento das sanções é a eficácia das normas, vale dizer, a efetiva observância das mesmas.

A herança intelectual, sumariamente descrita acima, que une esses estudiosos — e tem Jean Bodin e Thomas Hobbes como os precursores — exerceu grande influência em Hans Kelsen, um dos maiores estudiosos da teoria jurídica que o século XX conheceu.

Kelsen se tornou mundialmente conhecido como o autor da *Teoria Pura do Direito*; observe-se, porém, que a teoria pura não é tão somente o título de uma obra e sim de um empreendimento que tencionava livrar o Direito de elementos estranhos à uma leitura jurídica de seu objeto — isto é, visava desconsiderar a influência de outros campos do conhecimento como o político, o social, o econômico, o ético e o psicológico, uma vez que estes em nada contribuía para a descrição das normas jurídicas — possibilitando que o Direito se elevasse à posição de verdadeira ciência jurídica (A. Sgarbi, 2006, p. 1).

Como teoria do direito positivo, a doutrina kelseniana pretendia delimitar o campo exclusivamente jurídico frente aos demais e à doutrina de direito natural. Kelsen sempre sustentou a legalidade própria do direito, ante uma realidade social determinada conforme a natureza, reconhecendo tal legalidade a partir da oposição fundamental entre ser e dever ser.

Desde, pois, a publicação, em 1911, de sua primeira importante obra *Problemas Fundamentais do Direito Público*, até nos últimos meses de sua vida — os quais dedicou a elaboração de uma ampla obra que levaria o nome de *Teoria Geral das Normas*, mas que não foi terminada; tendo sido, todavia, seu primeiro capítulo publicado, postumamente, em alemão em 1965 e inglês em 1979 — Kelsen se ocupou deste projeto: elaborar uma teoria do direito positivo capaz de superar os particularismos regionais.

Em virtude dos êxitos encontrados em seu campo de aplicação, o direito, e também por ser extremamente racional e lógica, a teoria pura se tornou internacionalmente (re) conhecida e forneceu as bases dos novos estudos para teoria do direito. Nada obstante, muitas foram as críticas recebidas, nem sempre

construtivas ou formuladas com boa-fé, ao contrário, como os problemas tratados nos círculos acadêmicos muitas vezes se revestem de interesses políticos, bem como estão cercados de considerações estranhas à academia (por vezes econômicas, sociais e até étnicas), excessivas censuras foram formuladas por ignorância e pedantismo. Pode-se afirmar que hoje muito do conhecimento difundido nas escolas e obras jurídicas são o resultado da aplicação e da utilização das premissas, teses e conclusões kelsenianas; ainda que não aja honestidade intelectual por parte dos que repassam tais idéias e que a referência ao autor, por vezes, seja esquecida ou se perca no dia-a-dia, o certo é que se analisarmos de forma acurada as “novas” teorias, ou revisitarmos as antigas, encontraremos, não raro, algum ensinamento, alguma dedução dele (Sgarbi, 2006, p. 1).

A inserção do autor entre os positivistas da *Analytical School of Jurisprudence* e conseqüente inclusão neste estudo que se pretende uma investigação do conceito de sanção para os autores de referida escola, justifica-se em virtude de a sanção ser, também para Kelsen, um conceito central em sua teoria do direito. Tal posicionamento, partilhado com Austin, faz com que todos os demais elementos da estrutura normativa ganhem definição a partir da idéia que se tenha de sanção, sendo esta, inclusive, o critério adotado para individualizar e identificar o ordenamento jurídico — afinal, para os autores aqui analisados uma norma só é considerada jurídica se prevê uma sanção para seu descumprimento, ou, pelo menos, esteja em relação com uma outra norma que o faça.

O intuito deste capítulo é, pois, investigar o significado do conceito de sanção na teoria jurídica de Kelsen. Para dar conta das principais teses do autor e manter coerência com o padrão até aqui utilizado, será seguido um caminho de argumentação semelhante, no que for possível, àquele empregado para tornar compreensível tanto o pensamento de Jeremy Bentham quanto o de John Austin. Em primeiro lugar, serão feitos breves apontamentos biográficos; depois os aspectos-chave da teoria serão investigados — sempre tendo em mente a necessidade de relacioná-los com o tema principal do presente trabalho, qual seja, as sanções — em seguida analisar-se-á especificamente as sanções na teoria jurídica sob análise, deslindando sua relevância, centralidade, estrutura e função; ao final, tratar-se-á dos principais problemas enfrentados pelo autor através da apresentação de algumas das principais críticas que recaem sobre suas teses.

5.2

Breves apontamentos biográficos

Hans Kelsen nasceu em Praga (Áustria) em 11 de outubro de 1881 e morreu em Berkeley, Califórnia, EUA, em 11 de abril de 1973. Praticamente toda sua formação profissional se deu em Viena, Áustria, onde se doutorou em Direito (no ano de 1906, na Universidade de Viena), e começou a lecionar, primeiro na Academia de Exportação do Real e Imperial Museu de Comércio de Viena em 1909, e, posteriormente, tendo sido aceito como *privatdozent* em direito constitucional e filosofia do direito, na Faculdade de Direito de Viena, em 1911.

A publicação de seu primeiro trabalho deu-se quando ainda era estudante (no ano de 1905) e consistiu num ensaio dedicado à Dante Alighieri, sob o título *A teoria do estado de Dante Alighieri por Hans Kelsen*, que obteve êxito literário na época. Segundo o próprio Kelsen foi “en todo caso el único de mis libros que no experimentó una crítica negativa. Aun en Italia fue bien recibido”. Tempos depois o próprio autor falará dessa obra como um mero trabalho escolar desprovido de qualquer originalidade.

Em 1911, depois de aproximadamente cinco anos de trabalhos preparatórios em difíceis circunstâncias — a adversidade relaciona-se principalmente às dificuldades financeiras que a família do autor suportava na época e que o obrigou a sujeitar-se à empregos pouco atrativos e que nada tinham que ver com seus impulsos para o trabalho científico — Kelsen publica *Problemas Fundamentais de Direito Público*, sua primeira importante obra, apresentada à Faculdade de Direito em Viena como solicitação de habilitação que resultou na sua admissão como professor ordinário.

Sua obra seguinte, publicada em 1913, foi *O ilícito do Estado*, consistente em um amplo tratado sobre o ilícito estatal, no qual se ocupou, simultaneamente, dos atos estatais irregulares e da capacidade das pessoas jurídicas para delinqüir.

Com o início da primeira guerra mundial, Kelsen, na qualidade de primeiro tenente, foi chamado em Agosto de 1914 a prestar o serviço militar. Durante o período em que esteve a serviço do Ministério de Guerra, publicou muito pouco (basicamente um artigo que tratava da plausibilidade de uma reforma constitucional para depois da guerra, publicado no primeiro número de uma revista de direito militar fundada na ocasião); em compensação foram os laços de amizade, a boa relação com seus superiores e os altos postos alcançados no Ministério que o ajudaram a tornar-se, em julho de 1918, professor extraordinário

da Universidade de Viena — preterindo um outro candidato que já havia ministrado a disciplina direito militar como professor ordinário e desejava disputar a cátedra para extraordinário, pleito que acabou por retardar um pouco a nomeação de Kelsen.

A pausa em seus escritos, impostas pela guerra e pelo serviço militar, teve efeitos favoráveis aos seus trabalhos desenvolvidos posteriormente, principalmente porque Kelsen iniciou naquela época alguns estudos relativos à soberania, reunindo pesquisadores em seu seletto círculo de discussões sobre o direito. Desses encontros participavam, em sua grande maioria, ex-alunos ouvintes das aulas ministradas durante os anos de 1911-14, mas, aos poucos, jovens de outros países, interessados em conhecer um pouco mais a doutrina que surgia, juntavam-se aos primeiros — como foi o caso do dinamarquês Alf Ross. Surgia, assim, a escola de Viena, essencialmente desenvolvida sob a influência direta de Kelsen.

Em 1919 Kelsen contribuiu sobremaneira no projeto de *Redação da Constituição Austríaca* que foi definitivamente aprovada no ano seguinte. Sem dúvida, o capítulo que mais lhe orgulhava versava sobre o controle de constitucionalidade — foi o principal idealizador do controle na via concentrada —, pois o via como a garantia efetiva da Constituição e a marca distintiva da austríaca.

Como peça jurídica central da organização constitucional foi previsto um Tribunal Constitucional e Kelsen, como criador e idealizador deste, foi eleito por todos os partidos da assembléia Nacional como membro vitalício da Suprema Corte Austríaca. Nesse ínterim, publica *O Problema da Soberania e a Teoria Geral do Estado*.

Em 1930 Kelsen vai para Colonia, onde lecionou a disciplina direito internacional até 1933, mudando-se, em seguida, para Genebra. Essa mudança deveu-se à ascensão do partido Nacional Socialista que, numa manobra política, destituiu Kelsen da cátedra que ocupava na Universidade de Colonia. O autor tomou conhecimento de tal fato lendo um jornal matutino que noticiou seu pedido de licença; algo que equivaleria, praticamente, a sua destituição como professor em Colonia. Nada obstante a Universidade ter preparado um documento repudiando a destituição de Kelsen, no qual constava que os membros da faculdade estariam fortemente convencidos de sua valiosa personalidade humana, bem como que seria uma perda imensa para a universidade e para a ciência alemã — e que foi assinado por quase todos os docentes, com a exceção de Carl Schmitt —, não foi possível evitar a saída do professor.

Em Genebra Kelsen publica, em 1934, a primeira versão da *Teoria Pura do Direito* — que ganhará uma versão intermediária francesa em 1953 e uma definitiva em 1960 — e recebe um convite para assumir a cátedra de direito internacional na Universidade alemã de Praga. Ainda que receoso, em razão dos nacionais socialistas estarem acompanhando de perto os acontecimentos acadêmicos da universidade, ele aceita a nomeação e se muda para Praga, sem se desvincular de Genebra (sua esposa e filhos continuam na cidade), principalmente porque impôs a condição de lecionar um semestre em cada Universidade. A ida para Praga possuía, ademais da facilidade óbvia de retornar a ministrar aulas na língua materna, um outro atrativo, de caráter político: com a cátedra na universidade checa se adquirira imediatamente a nacionalidade da Tchecoslováquia, e isso significava, além de perder a nacionalidade austríaca, a obtenção de um passaporte checo. Isso livrava Kelsen de ver-se obrigado a usar um passaporte alemão com a marca distintiva por ser judeu.

Antes mesmo de sua ida para Praga, todavia, turbulentas cenas contra sua nomeação se iniciaram. A estas se seguiram muitas outras que chegaram, inclusive, a impedir que as aulas de Kelsen fossem dadas. Um episódio bastante marcante — e que o levou, pela primeira vez, a ameaçar sair do cargo — ocorreu nos idos de outubro de 1936: chegando ao auditório no qual ministraria sua aula, Kelsen percebeu que a maioria dos estudantes não pôde entrar. Tinham sido impedidos pelos alunos nazistas que, primeiro se negaram a levantar quando o professor ingressou no recinto (o que afrontava os costumes acadêmicos) e, depois, sob o grito de ordem de um deles (“Todos abandonem os salões; que fiquem os judeus e os comunistas!”), saíram da sala, ocuparam o corredor e impediram que outros entrassem no auditório. Kelsen tentou continuar a aula para os alunos que não obedeceram à ordem e permaneceram no salão, mas também estes foram violentamente expulsos pelos alunos nazistas.

Tal episódio desencadeou uma paralisação nas atividades universitárias que durou quatro semanas, e somente terminou com os anúncios do governo de que tomaria medidas enérgicas contra a universidade caso os incidentes permanecessem. Os alunos então adotaram estratégia diversa para esvaziar os cursos de Kelsen: proibiram os nazistas de assistirem as aulas. Somente judeus e socialistas compareciam. Ademais, Kelsen começou a receber ameaças de morte anônimas, cuja seriedade havia sido comprovada com o assassinato de um professor (Theodor Lessing), também judeu.

Com o início da guerra em setembro de 1939, Kelsen decidiu abandonar a Europa e foi para os Estados Unidos, recomeçar, pela quarta vez, sua carreira

acadêmica, mais uma vez num país estrangeiro cuja língua dominava só parcialmente.

Lecionou em Harvard até 1943, quando, então, se muda para Berkeley, onde permanecerá como professor até se aposentar no ano de 1952. Suas atividades acadêmicas, entretanto, não se encerram; o autor continuou a publicar obras, proferir palestras como professor convidado, dedicando-se intensamente àquilo que foi seu projeto de vida: construir uma teoria global do direito.

5.3

Considerações sobre a teoria jurídica de Hans Kelsen: uma abordagem da Teoria Pura

Como dito nas passagens anteriores, o intuito de Kelsen foi tornar o conhecimento jurídico um conhecimento científico; para tanto, dedicou-se a elaborar uma teoria pura do direito que fosse capaz de superar os particularismos de cada país, isto é, que pudesse ser vista como uma teoria jurídica global.

Nesse sentido, dois esclarecimentos precisam ser feitos: em primeiro lugar o que é “pura”, ou em outras palavras, qual o significado de “pura”; secundariamente, é preciso analisar o que receberá tal qualificação, o direito ou a teoria (Sgarbi, 2007, p. 2).

Quanto ao primeiro aspecto, pode-se dizer que “pura” refere-se à tentativa de “viabilizar uma leitura específica da juridicidade” (Sgarbi, 2007, p. 2), isto é, estabelecer uma técnica de leitura capaz de identificar e delimitar precisamente o que é o direito. Todos os aspectos que não contribuem para o reconhecimento de uma norma como jurídica, devem ser afastados — por exemplo, os aspectos sociológicos (referentes ao comportamento dos sujeitos ante à norma); os éticos (quais valores foram determinantes na criação da prescrição); os psicológicos (qual foi a intenção do legislador ao estabelecer a norma); os factuais (referentes ao conteúdo da norma); bem como os políticos (razões políticas que induziram a elaboração da norma, assim como a finalidade a ser por ela perseguida) — para que a mesma possa ser considerada pura, ou em outros termos, livre de quaisquer considerações ideológicas e concepções de direito justo.

Assim, o estudo sociológico da prática do direito e a análise das influências políticas, econômicas ou históricas sobre o desenvolvimento do direito ficam

além dos interesses e das possibilidades da teoria pura. Tais estudos pressupõem uma investigação prévia sobre a natureza do direito; vale dizer, são estudos possíveis e úteis, mas para que sejam perpetrados — para que o direito seja avaliado em sua prática cotidiana e valorado econômica, política ou socialmente — uma análise ao modo da teoria pura tem que ter sido feita, para que o estudioso conheça seu objeto de trabalho.

Por estas razões é que o que pode ser adjetivado de “pura” é a teoria e não o direito, afinal Kelsen reconhece que o direito em si não pode ser dissociado da política, uma vez que é um instrumento da mesma: tanto a criação do direito quanto sua aplicação são baseados em valorações. Todavia, a ciência jurídica, se quer ser verdadeiramente uma ciência, deve se manter distante de considerações de cunho político, pois seus objetivos são bem diversos. A teoria do direito quer conhecer a unicidade do fenômeno ao qual se denomina direito, de modo que necessita de um instrumental capaz de ser fiel ao fenômeno. Nos dizeres de Kelsen:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica específica. [...] Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito (Kelsen, 2003, p. 1).

Utilizando como referência as ciências da natureza, que se valem de um modelo de observação e comprovação para enunciar leis gerais que permitem prever os eventos seguintes, Kelsen pretende aplicar esse mesmo método para criar uma teoria jurídica apta a prever, com a devida segurança, as possibilidades normativas que o direito pode oferecer. Da mesma forma que o cientista aquece um metal e assiste como conseqüência a dilatação do mesmo, em qualquer lugar e em qualquer tempo, sem influenciar diretamente no comportamento dos corpos metálicos e sem ter criado a regra de expansão pelo calor, também o jurista pode identificar o direito simplesmente o descrevendo, sem emitir nenhum juízo de valor. Isso possibilita, para além da descrição precisa da ocorrência do fenômeno, tecer prognósticos sobre futuros acontecimentos.

Apesar desta apreensão do modelo das ciências da natureza ser válida para o propósito de explicar, controlar e prever o fenômeno normativo, ela não pode ser implementada *ipsis literis*, afinal, o direito possui algumas diferenças dos fenômenos da natureza. A começar por seu princípio regente. Enquanto os

fenômenos da natureza são dependentes da causalidade (relação de causa e efeito), os sociais resolvem-se com a imputação.

Para diferenciar as situações, Kelsen nos remete, primeiramente, ao Direito dos primitivos. Estes não utilizavam o princípio da causalidade nem mesmo para explicar os fenômenos naturais, pois os interpretavam do mesmo modo que as relações com seus iguais, isto é, davam uma interpretação normativa para a natureza. A explicação para tal proceder é dada pela idéia de animismo, predominante na época. Como acreditavam que todas as coisas têm almas, assim como todas as pessoas, entendiam que os espíritos por trás das coisas é que operavam a natureza. Não existia na mente dos primitivos algo como a separação que hoje percebemos entre a natureza (e seus fenômenos) e a sociedade. Destarte, a ocorrência de qualquer fato (natural ou humano) ensejava a mesma questão: “quem é o responsável?” e jamais, “qual é a causa deste fato?”, já que os infortúnios eram sempre recebidos como uma punição, como também a prosperidade era a recompensa, independente de tipo de acontecimento, ou seja, independente de ser um acontecimento natural ou humano voluntário¹.

O dualismo que permeia o pensamento moderno entre a natureza (como ordem causal, regida por este princípio) e a sociedade (como ordem normativa, regida pela imputação) é conquista da ciência moderna, fruto de uma evolução do pensamento. Não é por outra razão que Kelsen afirma ser o princípio da causalidade “O instrumento dessa emancipação” (Kelsen, 2001, p. 328).

Pará nós, portanto, é usual distinguir as ciências da natureza das ciências sociais, já que ambas possuem objetos distintos e se baseiam em regras diferentes. Quando alguém diz que um corpo metálico necessariamente vai se expandir se for aquecido, está a enunciar um princípio da física regido por uma lei universal (que não falha jamais e pode ser comprovada em qualquer tempo e lugar do mundo) de causa e efeito. Se o objeto da ciência social é diferente do objeto das ciências naturais, certamente que as relações estabelecidas nesta outra ordem não serão regidas pelas mesmas regras, sob pena de afigurar-se como inútil tal distinção.

Nesse sentido, uma análise das sanções, tema deste trabalho, é bastante esclarecedora da diferença que se quer demonstrar. Evidentemente que o delito criminal não se liga à sanção da mesma forma que uma causa se liga ao seu

¹ “Portanto, não existe na mente do homem primitivo algo como natureza no sentido da ciência moderna, isto é, uma ordem de coisas interligadas segundo o princípio da causalidade” (Kelsen, 2001, p. 328).

efeito; este último independe de qualquer ato humano (até mesmo sobre-humano), enquanto a aplicação da sanção depende sempre de um poder criador, que a estabelece e imponha. Diga-se, ainda, que se a sanção está ligada ao delito com o intuito de responsabilizar alguém, isto é, se existe uma norma que a estabelece com o fim de impor uma punição, não é possível considerar que a sanção seja causada pelo delito, visto que ela existe antes e previamente a ele. Vale dizer, através de critérios de política criminal estabelecem-se quais são os comportamentos indesejáveis e, visando evitá-los, comina-se penas para os que ousarem desobedecer. No momento em que algum cidadão descumpre/viola o conteúdo da norma, a sanção será “imputada” ao agente, não porque a infração a “causou” e sim porque ela já possuía existência normativa e sua condição de aplicabilidade era a ocorrência do delito.

Não se pode olvidar, todavia, que ocorrências meramente causais também permeiam o comportamento dos homens², só que o Direito permanece imune a elas, afinal não pode ordenar ou proibir meros processos causais. Como exemplo, cite-se o quão absurdo seria estabelecer a proibição para uma mulher de sofrer um aborto espontâneo, ou obrigá-la a gerar um bebê perfeito, plenamente desenvolvido e saudável aos 4 meses de gestação. Estes acontecimentos são regidos por leis causais, não há como o ser humano se determinar de acordo tais perspectivas. Porém, todos os atos passíveis de serem orientados finalisticamente (ou seja, os processos que se organizam orientados pelo fim antecipado na mente do agente) podem ser proibidos — por exemplo, a circunstância de o Direito poder ordenar que uma mulher se comporte de maneira a impedir um aborto provocado pela vontade.

Tudo exposto, a conclusão a qual se chega é que as relações humanas não estão ligadas por um nexos causal e sim por um nexos imputativo. Evidentemente há grande diferença entre essas duas expressões, assim como entre os dois princípios. Primeiramente partem ambos de um mesmo julgamento hipotético ligando alguma coisa como condição a outra coisa como consequência, no entanto, o significado da ligação é distinto, pois enquanto na causalidade temos “se A existe, B existe (ou existirá)”, na imputação tem-se “se A existe, B deve existir”. Kelsen utiliza de exemplos bastante esclarecedores: se aqueço um corpo metálico (se A), ele se expande ou expandirá (então ocorre B). Por outro lado, se um homem pratica roubo (se A), ele deve ser punido (então deve ocorrer B). Nos dizeres do professor:

² “Uma vez estabelecido, o princípio de causalidade é aplicável também à conduta humana” (Kelsen, 2001, 329).

A diferença entre causalidade e imputação é que a relação entre a condição, que na lei da natureza é apresentada como causa, e a consequência, que é aqui apresentada como efeito, é independente de um ato humano ou sobre-humano; ao passo que a relação entre condição e consequência afirmada por uma lei moral, religiosa ou jurídica é estabelecida por atos de seres humanos ou sobre-humanos. É justamente este significado específico da ligação entre condição e consequência que é expresso pelo termo 'dever ser' (Kelsen, 2001, p. 331).

Ademais, diga-se que com relação à causalidade a cadeia de causa e efeito é indefinida, visto que a cada causa corresponde um efeito que sempre é considerado causa de outro efeito e assim sucessivamente, de modo que, por definição, pode-se alcançar o infinito. A adoção do critério da imputação soluciona esse problema vez que a condição à qual a consequência é imputada não é necessariamente, ao mesmo tempo, consequência imputável a alguma outra condição. Conforme Kelsen: "A linha de imputação não tem, como a linha de causalidade, um número infinito de vínculos, mas apenas dois" (Kelsen, 2001, p. 332).

Solucionada a questão relativa aos distintos princípios aplicáveis à ciência natural e à ciência jurídica, a delimitação perfeita do objeto do direito, para ser alcançada, ainda depende da solução de um problema estrutural: as normas jurídicas possuem a estrutura de um dever e nesse ponto se assemelham às normas morais e as religiosas, portanto, ainda há a necessidade imperiosa de destacar o dever jurídico, dos morais e religiosos — não que com isso se esteja declarando impossível um dever jurídico que seja ao mesmo tempo condizente com preceitos morais ou religiosos.

A resposta não será dada, certamente, pela finalidade das normas: todas elas (sejam jurídicas, morais ou religiosas) possuem o claro intento de determinar os comportamentos adequados e desejados. À diferença das demais ordens sociais, o Direito é uma ordem coativa, no sentido de que reage às situações indesejáveis (porque contrárias ao que o ordenamento preceituou anteriormente como devido) com um mal que pode ser aplicado ao destinatário até mesmo contra a sua vontade. A possibilidade de aplicação das sanções por parte do Estado dá ao Direito o seu caráter coercitivo, na medida em que todo aquele que descumprir o dever inscrito na norma jurídica terá cometido um ilícito, ou seja, uma conduta considerada pressuposta para a sujeição à sanção. E para os que rejeitam uma definição de Direito que dependa tão visivelmente das sanções? Kelsen responde:

É, por isso, de rejeitar uma definição do Direito que o não determine como ordem de coação, especialmente porque só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra

ordem social, e porque, com o elemento coação, se toma por critério um fator sumamente significativo para o conhecimento das relações sociais e altamente característico das ordens sociais a que chamamos 'Direito'; e mais especialmente ainda porque só então será possível levar em conta a conexão que existe [...] entre o Direito e o Estado, já que este é essencialmente uma ordem de coação e uma ordem de coação centralizadora e limitadora no seu domínio territorial de validade (Kelsen, 2003, p. 60)

Há que se dizer, ainda, que o uso da força para impedir condutas socialmente perniciosas está proibido para os indivíduos em geral. Mas que tal proibição só pode ser relativa, afinal não vigora para alguns (os autorizados) que, quando especialmente permitido, poderão fazer uso da força como reação tendente a punir os comportamentos indevidos. A ordem jurídica deve, taxativamente, especificar quais sanções devem ser aplicadas e por quem; desse modo, o sujeito que as aplicar será considerado como uma extensão (ou órgão) da comunidade jurídica. Estar-se-á, portanto, frente a um monopólio da coação por parte do Estado.

Este monopólio, antes de mais nada, é uma garantia para todos os indivíduos de que não serão atacados impunemente pelos demais. Visa-se, com isso, atingir o máximo de segurança coletiva possível: estabelecendo os pressupostos sob os quais recorrer-se-á ao uso da força, instituindo o monopólio do Estado para se valer dos atos de coação, a ordem jurídica alcança a paz na comunidade por ela criada — óbvio que esta paz é somente relativa, na medida em que depende das sanções³.

Ressalte-se, todavia, que dizer que o Direito depende do uso da força para obter a paz que almeja não quer dizer que pertença à essência do Direito “forçar” a conduta prescrita. Exatamente porque não consegue o comportamento conforme ao preceituado é que o Direito prevê as sanções, isto é, um ato coativo que terá lugar sempre que voluntariamente alguém desviar do juridicamente previsto como correto. A conduta desejada pela ordem jurídica não é obtida à força através da sanção, pois esta só ganha aplicabilidade quando a conduta contrária é praticada.

Em verdade, o estabelecimento de sanções relaciona-se com a conduta prescrita, quando muito, motivando-a. Para Bentham e Austin — conforme visto nos capítulos precedentes —, e, em menor grau, Kelsen, o desejo de evitar a imposição de uma sanção é algo tão forte na mente dos destinatários da norma que quando se deparam com a possibilidade do castigo intervêm contra seus

³ “A paz é uma condição na qual não há o uso da força. Neste sentido o Direito assegura paz apenas relativa, não absoluta, na medida em que priva os indivíduos do direito de empregar a força, mas reserva-o à comunidade” (Kelsen, 2005, p. 31).

impulsos e desejos de agir em oposição ao dever e sucumbem à prescrição para evitar o prejuízo que ela prevê. Kelsen reconhece, porém que tal função não pertence ao Direito: ela é possível, mas não obrigatória, haja vista a obediência poder advir de outros motivos, até mesmo morais ou religiosos⁴. Uma outra razão que demonstra o desinteresse do autor em questão com relação à coação psíquica que a sanção pode desencadear refere-se ao fato dela não ser uma nota distintiva do Direito — outras ordens sociais, como a religiosa, se valem desse caractere com muito mais habilidade e eficácia —; o que o separa das demais ordens são os atos de coação, precisamente a privação coercitiva dos bens mais valiosos como conseqüência de certos pressupostos.

Há, no entanto, uma última informação sobre a motivação que as ordens sociais amplamente consideradas exercem nos indivíduos que parece importante, concernente à circunstância de poder ser direta ou indireta. A ordem pode vincular certas vantagens à observância de determinadas condutas ou desvantagens frente à sua não observância e, conseqüentemente, gerar um desejo no agente em obter a vantagem ou medo de se submeter à desvantagem. Atuaria, desta forma, motivando indiretamente a conduta dos indivíduos. Ao contrário, se a ordem jurídica determina uma conduta que pareça vantajosa aos indivíduos, mesmo sem prometer benesses ou sem ameaçar com desvantagens os atos desobedientes, acreditando que simplesmente a idéia de uma norma em essência boa para a comunidade, estará valendo-se da técnica de motivação direta. Esse tipo de motivação não é utilizada pelo Direito, na medida em que não se concebe uma norma cujo teor seja tão diretamente atraente aos indivíduos, de maneira que a sua simples existência seja suficiente para gerar obediência incontestada à prescrição.

É exatamente pelo fato do Direito utilizar a técnica de motivação indireta, valendo-se das sanções punitivas de maneira a organizar institucionalmente o uso da força para condicionar os comportamentos dos indivíduos — incentivando o que é adequado e desestimulando aquilo que não é —, o que gera a classificação das normas por Kelsen em primárias ou secundárias. As primárias seriam as verdadeiras normas por conterem a sanção, enquanto as secundárias seriam meros reflexos das primeiras, tendo em vista somente prescreverem o comportamento adequado, sem preverem a punição para o caso de

⁴ “É bem provável [...] que as motivações da conduta lícita não sejam, de modo algum, apenas o medo das sanções legais ou mesmo a crença na força de obrigatoriedade das regras jurídicas. Quando as idéias morais e religiosas de um indivíduo são paralelas à ordem jurídica à qual ele está sujeito, seu comportamento em conformidade com a lei é, muitas vezes, devido a essas idéias morais e religiosas” (Kelsen, 2005, p. 34).

descumprimento. Tal afirmação leva à conclusão de que existem normas no conjunto normativo desprovidas de sanção e também à indagação relativa a isso ser possível numa estrutura flagrantemente coercitiva. Mas Kelsen apresenta uma solução: todas as normas secundárias são fragmentos de norma que dependem de uma ligação com uma norma primária para serem identificadas⁵. São, pois, incompletas. No que tange as nulidades, Kelsen se aproveita da construção austiniana que concebe as nulidades como sanções em sentido amplo.

Ademais, como ordem social que imputa sanções, o Direito não só regula as ações humanas de modo positivo, prescrevendo condutas ao ligá-las às sanções, como também de forma negativa, na medida em que não liga determinada conduta a nenhuma sanção, e, assim, não proíbe essa conduta nem prescreve a oposta. Um comportamento que se enquadre na descrição anterior, isto é, não seja juridicamente proibido, é, nesse sentido negativo posto pelo autor, uma conduta juridicamente permitida. A liberdade dessa pessoa que vê sua conduta permitida pelo Direito, exatamente porque ele não a proíbe, é garantida pela ordem jurídica apenas no sentido em que esta prescreve às demais pessoas o respeito dessa liberdade e proíbe a ingerência nessa esfera particular. Só que nem a toda conduta permitida, no sentido negativo de não ser proibida, corresponde uma obrigação correlativa de outra pessoa. Logo, conflitos podem acontecer:

(...) pode, por exemplo, não ser proibido que o proprietário de uma casa faça uma abertura numa parede no limite da sua propriedade e aí instale um ventilador. Mas também pode, ao mesmo tempo, não ser proibido que o proprietário do terreno adjacente construa neste uma casa de que uma das paredes fique colada à parede do vizinho provida da abertura de ventilação, por forma a malograr-se o uso do ventilador. Nesse caso é permitido a um impedir o que ao outro é permitido fazer” (Kelsen, 2003, p. 47).

Em assim sendo, como as ordens jurídicas não têm meios de limitar a totalidade da conduta dos indivíduos, restará, mesmo nos regimes mais totalitários, um mínimo de liberdade, decorrente da limitação operacional e técnica do próprio direito. Nesse sentido, Kelsen diz que:

A ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição (Kelsen, 2003, p. 48).

⁵ “Quando uma norma prescreve uma determinada conduta e uma segunda norma estatui uma sanção para a hipótese da não-observância da primeira, estas duas normas estão essencialmente interligadas” (Kelsen, 2003, p. 60-61).

Tudo exposto, as ordens jurídicas somente são capazes de restringir os comportamentos humanos, e isso será feito em maior ou menor medida, dependendo do número de prescrições que a ordem jurídica editar, tendo em vista a impossibilidade de limitar todas as condutas de todos os indivíduos.

Um último ponto que deve ser abordado para uma plena compreensão do projeto kelseniano de delimitar as normas jurídicas refere-se à necessidade de identificar os simples atos de coação das coações juridicamente reguladas, ou seja, distinguir os acontecimentos externos irrelevantes dos relevantes para o Direito. Valendo-se do conhecido exemplo em que compara as exigências de um gângster que quer dinheiro com as de um coletor de impostos, Kelsen demonstra que ambos os fatos têm exatamente o mesmo significado subjetivo, vale dizer, seriam perceptíveis de idêntica maneira por um observador imparcial que presenciasse a ocorrência, pois em ambos os casos o que se tem é uma ordem para que haja a entrega do dinheiro. Como diferenciá-los? Aqui talvez seja melhor deixar que as palavras de Kelsen falem por si mesmas:

A ordem de um gângster para que lhe seja entregue uma determinada soma de dinheiro tem o mesmo sentido subjetivo que a ordem de um funcionário de finanças, a saber, que o indivíduo a quem a ordem é dirigida deve entregar uma determinada soma de dinheiro. No entanto, só a ordem do funcionário de finanças, e não a ordem do gângster, tem o sentido de uma norma válida, vinculante para o destinatário; apenas o ato do primeiro, e não o do segundo, é um ato produtor de uma norma, pois o ato do funcionário de finanças é fundamentado numa lei fiscal, enquanto que o ato do gângster se não apóia em qualquer norma que para tal lhe atribua competência. Se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido do dever-ser, tem também objetivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo este sentido objetivo. O ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua (Kelsen, 2003, p. 9).

Vê-se que, em conformidade com o pensamento de Kelsen, uma norma somente será obedecida se for um acontecimento jurídico válido, ou seja, se possuir um sentido subjetivo (o manifestado pelo agente) que concorde com seu sentido objetivo (o contido pela norma de acordo com o direito). No caso posto acima, a diferença entre a conduta do salteador de estradas e o funcionário público só ganha expressão quando se descreve, não o sentido subjetivo que é o mesmo para os dois, mas o sentido objetivo, pois atribui-se ao comando do órgão jurídico, mas não do salteador, o sentido objetivo de uma norma vinculadora do destinatário. Vale dizer: interpreta-se o comando de um, mas não o comando de outro, como uma norma objetivamente válida; num dos casos vê-se a ligação entre o não acatamento do comando e um ato de coerção uma

simples ameaça, ou seja, a afirmação de que *será* executado um mal, enquanto no outro caso, a conexão é vista no sentido de que *deve ser* executado um mal.

Tudo isso ainda não responde uma outra questão, que parece decisiva: por que num caso considera-se o sentido subjetivo do ato como sendo também um sentido objetivo e no outro não? Dito de outra forma: por que apenas um dos atos produz objetivamente uma norma válida que vincula os agentes e qual é o fundamento desta norma que se considera como o sentido objetivo de um dos atos?

Em verdade a solução pode ser encontrada na fundamentação do direito. Uma norma será considerada válida se possuir um fundamento jurídico, se for juridicamente obrigatória. Mas obrigatória sob dois pontos de vista: tanto para os sujeitos que devem observá-la, quanto para os órgãos jurisdicionais que devem aplicá-la coativamente toda vez que for desobedecida. Conforme Sgarbi:

Portanto, conforme a teoria kelseniana, dizer que uma norma é válida é o mesmo que dizer que existe no conjunto normativo e que, por existir, deve ser obedecida e aplicada juridicamente (Sgarbi, 2006, p.41).

A questão passa a ser, então, qual será o critério utilizado para determinar a validade das normas. Kelsen afirma a possibilidade de existência de dois tipos de derivações, segundo a natureza do fundamento de validade, a saber, a estática e a dinâmica.

A derivação num sistema de normas estático dá-se pela via de uma operação lógica, na qual o pertencimento é aferido através de sucessivas deduções de preceitos gerais em preceitos particulares, levando-se em conta o conteúdo encerrado nos dispositivos. Caracteriza-se pelo fato das normas derivadas já se encontrarem implícitas na norma de origem, havendo necessidade, tão somente, de inferi-las. Um exemplo de conjunto normativo organizado nesses termos é o moral, pois a partir de uma norma cujo conteúdo considera-se evidente, obtêm-se várias outras normas que dela sejam deduções. Assim, segundo exemplo do autor “as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade” (Kelsen, 2003, p. 217-218); exatamente utilizando o mesmo processo é possível deduzir da norma de que devemos amar o próximo, várias outras mais particulares, como as normas: não se deve fazer mal ao próximo, não se deve causar-lhe a morte, deve-se ajudá-lo quando ele precise de ajuda, etc.

Num sistema regido pelo princípio estático a norma pressuposta como fundamental fornece não só o fundamento de validade, como também o conteúdo de validade das normas dela deduzidas.

Quando o sistema baseia-se numa norma fundamental incapaz de conferir o conteúdo de validade das normas, mas tão somente o fundamento de validade, estar-se-á frente a um sistema de derivação operado pelo princípio dinâmico. Neste a relação entre as normas não significa nada mais do que sucessivas autorizações, através das quais normas são criadas por outras normas que conferem o poder da produção normativa a alguém, de forma que a validade é aferida a partir do respeito a essa regra, ou em outras palavras, uma norma é válida se foi criada pela autoridade competente, observados os requisitos para o exercício dessa competência. Percebe-se que não tem cabimento, no sistema dinâmico, apoiar a validade de uma norma no fato de ela possuir determinado conteúdo, vez que “A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam esse sistema” (Kelsen, 2003, p. 219-220).

Assim posto, o autor considera que os sistemas de normas que se apresentam como ordens jurídicas têm, essencialmente, um caráter dinâmico: uma norma jurídica não vale porque possui determinado conteúdo, mas porque é criada de uma forma específica, determinada pela norma fundamental pressuposta. Em última análise uma norma jurídica pode ter qualquer conteúdo, desde que tenha sido produzida em conformidade com as diretrizes postas pela norma fundamental. Vê-se, assim, que o ordenamento jurídico precisará, então, além das usuais normas de conduta, de normas de competência, aptas a determinar como as outras normas serão produzidas.

Conseqüência direta das afirmações anteriores é a consideração de que no mundo das normas jurídicas uma norma só pode receber validade de outra norma, de modo que a ordem jurídica sempre se apresenta estruturada em normas superiores fundantes — que regulam a criação das normas inferiores — e normas inferiores fundadas — aquelas que tiveram a criação regulada por uma norma superior. Essa relação de validade gera um escalonamento hierárquico dentro do sistema jurídico, uma vez que as normas não estão lado a lado, ao contrário, apresentam, ademais da comum relação de precedência/posteridade, posicionamento diferenciado em graus inferiores e superiores. Conforme o autor:

As normas de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade comum é esta norma fundamental não são [...] um complexo de normas válidas colocadas umas

ao lado das outras, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras (Kelsen, 2003, p. 224).

Partindo de um fenômeno jurídico individual, como uma sentença, acaso se pergunte por que a mesma é obedecida, Kelsen solucionará a questão remetendo o questionador ao código que autoriza ao juiz decidir o caso através da prolação da decisão — já que o código funciona como norma superior fundante que confere validade jurídica à sentença. Mas a esta pode seguir-se uma outra pergunta, relativa à razão do código ser válido. Por mais uma vez Kelsen nos remeterá a norma superior que dá validade ao código: o legislador está devidamente autorizado pela Constituição a editar as leis; deste modo, ao fazê-lo, está a obedecer à Constituição. Todavia, esta última também compõe o sistema normativo e, como todas as outras normas, precisa que algo lhe confira validade: se uma norma somente adquire tal *status* a partir de uma outra norma, será preciso admitir que existe uma norma fundamentando a Constituição (Sgarbi, 2007, p. 13).

Pode ser que a atual Constituição vigente em determinado Estado tenha sido criada mediante uma lei autorizada pela Constituição anterior, retirando sua validade deste documento. Mas este último também poder ter sua validade questionada e assim sucessivamente, até se chegar à primeira Constituição daquele Estado, provavelmente criada através da emancipação de um Estado frente a outro — revolução ou declaração de independência. Ainda assim, frente a essa primeira Constituição (que não esteja em disputa e seja, portanto, eficaz⁶), a questão da validade permaneceria imperiosa, principalmente porque se não for devidamente resolvida toda a cadeia de fundamentação deixa de fazer sentido: afinal se se perde o fundamento da Constituição, esta não está apta a validar mais nada, os códigos perderiam seu suporte e, por conseguinte, os atos que nele se fundamentam também.

Essa cadeia de validade ou hierarquia do direito deve, contudo, encontrar um ponto final sob pena de se chegar ao infinito, já que toda norma dependerá de uma superior e assim indefinidamente. A busca por esse último alicerce da ordem normativa levou Kelsen a construir a teoria da norma fundamental, que irá justificar a validade objetiva de determinada ordem jurídica positiva. Chega-se a esta norma básica quando não se admite um único passo para trás na cadeia de validade jurídica, pois ela será a norma superior por excelência, única a não

⁶ Para nosso autor a Constituição deixa de ser considerada em disputa e torna-se globalmente eficaz quando as normas estão sendo obedecidas, isto é, servindo de parâmetro para as condutas, ou quando as normas não são devidamente observadas, mas os funcionários estão efetivamente punindo, através da aplicação de sanções, aqueles transgressores.

depende de outra que lhe dê suporte. E esta independência é característica que decorre do próprio sentido que ela possui: não é um documento factual, mas sim algo pressuposto. Kelsen explica melhor:

A norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. [...] Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental. [...] Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum (Kelsen, 2003, p. 217).

Ao se valer, pois, dessa pressuposição — de que há uma norma básica, através da qual todas as outras podem ser identificadas numa seqüência de atribuição de validade — Kelsen demonstra se submeter à influência de Kant no que diz respeito a aceitação de que em todo ramo do conhecimento haverá de se reconhecer alguma pressuposição⁷.

Para finalizar, diga-se que o intuito do presente item, em face da complexidade que o tema encerra, foi modesto: procurou-se, tão somente, fornecer um esboço da teoria pura capaz de sustentar as afirmações que mais adiante serão feitas sobre as sanções na doutrina kelseniana. Essa abordagem, ainda que concisa, possibilitou o alcance das primeiras conclusões sobre a importância do conceito para o autor; expostas logo em seguida.

5.4 Hans Kelsen e as sanções

5.4.1 Introdução

Ante todo o exposto, pode-se concluir que para Kelsen a sanção vem ocupando lugar de destaque desde as suas primeiras publicações, por ser o conceito primário de direito em sua teoria e, conseqüentemente, conectar muitos dos demais conceitos jurídicos básicos. Ademais, o autor revoluciona o pensamento jurídico tradicional ao afirmar a sanção como a atribuição de uma

⁷ “Segundo Kant, o trabalho de se encontrar os elementos universais do conhecimento não se dá sem alguma pressuposição, através da qual todo o resto obtém sentido” (Sgarbi, 2006, p. 48).

conseqüência ante a prática de um ilícito⁸, decorrente de um juízo de *dever ser* formulado em todas as normas jurídicas em respeito ao princípio da imputação.

Este, como visto, desmistifica a idéia recorrente de que o ilícito é um comportamento contrário em si mesmo e a sanção é somente seu efeito⁹. Em verdade, a conduta só é taxada de ilícita em virtude da sanção que lhe é imputada. Tal consideração fez com que Kelsen invertesse a visão das normas até então utilizada pelos positivistas, notadamente Austin, ao chamar de primárias (ou verdadeiras normas) as normas sancionadoras (tratadas na tradição positivista por secundárias) e de secundárias (espectros ou reflexos das primárias) aquelas que prescrevem ou proíbem determinado comportamento e que na tradição vinham sendo chamadas de primárias.

Tal virada de perspectiva, por si só, justificaria um estudo das sanções em Kelsen. Some-se a circunstância do autor ter se valido das sanções para identificar e distinguir o direito dos outros sistemas normativos e, exatamente por esta razão, ter estabelecido uma relação muito estreita entre direito e o exercício da força e ter recebido, pela adoção de referida postura, inúmeras críticas acusando-o de reducionista (pois o direito seria algo mais nobre e elevado do que ameaças e exercício do poder), para a investigação do conceito no autor tornar-se imperiosa.

A fim de compreender, para além da construção e definição do conceito de sanção, a técnica de descrição que Kelsen propõe das normas de uma ordem jurídica relacionada com os eventos que dela decorrem, necessita-se conhecer o instrumental oferecido pela teoria pura para proceder-se à tarefa, e este passa, sem dúvida, pela consideração de que as normas são ferramentas de motivação indireta das condutas e só o são, por contarem com o respaldo das sanções.

A estratégia que será utilizada para realizar tais objetivos consiste em, num primeiro momento, determinar o conceito de sanção — abordando quais são as propriedades necessárias e suficientes para estruturá-lo de acordo com a doutrina kelseniana —; em seguida, analisar-se-á a relação existente entre as sanções e os outros conceitos jurídicos fundamentais, explicitando porque as sanções podem ser tidas no autor como o conceito primário de direito e quais as conseqüências da adoção de tal perspectiva; para, ao final, expor e avaliar as principais críticas decorrentes da definição do direito a partir da sanção e da

⁸ “Certa conduta humana é um delito porque a ordem jurídica vincula a essa conduta como condição, como conseqüência, uma sanção” (Kelsen, 2005, p. 73).

⁹ “O pressuposto costumeiro, segundo o qual certo tipo de conduta humana acarreta uma sanção por se tratar de um delito, não é correto. É um delito porque acarreta uma sanção. Não existe delito em si” (Kelsen, 2005, p. 73).

provável redução do direito à força que a perspectiva imperativista, por valer-se de uma visão estreita do direito, acarreta.

5.4.2

Delimitando o conceito de sanção

Em nenhuma das principais obras de Kelsen encontra-se uma conceituação definitiva do que seja a “sanção”, não obstante frases esparsas — como “As sanções do Direito têm o caráter de atos coercitivos” (Kelsen, 2005, p. 71); “atos específicos de coerção, como sanções, são previstos em casos específicos pelas regras que formam a ordem jurídica” (Kelsen, 2005, p. 42); “A sanção é a reação da ordem jurídica contra o delito” (Kelsen, 2005, p. 29); “A sanção é consequência do ilícito; o ilícito (ou delito) é um pressuposto da sanção” (Kelsen, 2003, p. 43); “sanções consistem na realização compulsória de um mal” (Kelsen, 2003, p. 122); “o sentido da ordem jurídica é que certos males *devem*, sob certos pressupostos, ser aplicados” (Kelsen, 2003, p. 48-9, com grifos no original); “elas [as normas válidas] dão a um determinado indivíduo poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um ato coativo como sanção” (Kelsen, 2003, p. 36); “é a ordem jurídica que, taxativamente, determina as condições sob as quais a coação física deverá ser aplicada e os indivíduos que a devem aplicar” (Kelsen, 2003, p. 40) — nos indicarem as linhas mestras a serem seguidas para a construção do conceito. Na tentativa de identificar os elementos imprescindíveis à definição de sanção, mister será analisar seu caráter de ato coativo, aplicado como consequência da prática de uma conduta desconforme ao ordenamento por um indivíduo, mediante a qual será gerado um mal, que será imposto devidamente por alguém através de uma norma que o autoriza.

5.4.2.1

Ato coativo

Quanto ao caráter coativo de um ato a primeira coisa que deve ser dita é que tal característica não é exclusiva das sanções, pois existem atos que, apesar de coativos, não são sanções¹⁰, ao mesmo tempo em que não é um

¹⁰ Refere-se aqui aos dois possíveis sentidos que a sanção pode ter: o amplo e o amplíssimo, que serão objeto de estudo no item 5.4.3.

caractere suficiente para formar o conceito, haja vista a necessidade de outros serem agregados.

Se um ato é coativo disso resulta que sua aplicabilidade se dará independentemente da vontade do sujeito a quem ele se dirige, uma vez que há a possibilidade, inclusive, de se aplicar a força física em caso de oposição ao cumprimento.

Por sua vez, a sanção reveste-se de coatividade na medida em que sua aplicação não está sujeita à concordância de quem quer que seja — nem mesmo da pessoa a quem se dirige — em razão de seu cumprimento poder se dar contra o desejo do agente, até mesmo através do uso da força. Nos dizeres de Kelsen:

(..) sanções são medidas coercitivas apenas no sentido de que certas posses são tiradas dos indivíduos em questão contra sua vontade, se necessário pelo emprego da força física (Kelsen, 2005, 27).

Na medida em que o mal que funciona como sanção — a pena no sentido mais amplo da palavra — deve ser aplicada contra a vontade do atingido e, em caso de resistência, através do recurso à força física, a sanção tem o caráter de um ato de coação (Kelsen, 2003, p. 28).

Note-se, porém, que existem casos em que o agente acorda voluntária e pacificamente com a imposição de sanção; assim como existem os casos em que o indivíduo não concorda, mas, mesmo assim, a aceita sem que haja necessidade de se fazer uso de força. Em ambas as hipóteses a sanção é aplicada sem se valer de seu caráter coativo, o que não implica na perda do mesmo, mas sim o reafirma enquanto mecanismo ao qual recorrer-se-á, eventualmente, caso seja imprescindível. Conforme preceitua o autor:

Quando a sanção é organizada socialmente, o mal aplicado ao violador da ordem consiste numa privação de posses — vida, saúde, liberdade ou propriedade. Como as posses lhe são tomadas contra a sua vontade, essa sanção tem o caráter de uma medida de coerção. Isso não significa que a força física deva ser aplicada na execução da sanção. Onde a autoridade que aplica a sanção possui poder adequado, esse caso é apenas excepcional (Kelsen, 2005, 26).

5.4.2.2

Sanção como consequência de uma conduta

Como o direito é concebido por Kelsen como uma ordem que estatui atos de coerção, a proposição jurídica útil à descrição do direito pode ser enunciada assim: sob certos pressupostos ou circunstâncias estabelecidas pela ordem jurídica, deve-se executar um ato de coerção, previsto por esta mesma ordem

jurídica. Ou, nos dizeres do autor: “determinados atos de coação *devem*, sob determinadas condições, ser executados” (Kelsen, 2003, 49, com grifo no original).

Conforme visto no item anterior, atos de coerção são aplicados contra a vontade de quem os sofrerá, havendo a possibilidade, inclusive, de empregar a força física em casos de resistência. E esses atos podem ser distinguidos em dois: as sanções e os coativos desprovidos deste caráter. Com relação a estes últimos, não se vislumbra nenhuma ação ou omissão voluntária do sujeito ensejadora da resposta estatal, pois esta se dá independente de anterior previsão acerca da conduta. No que tange aos primeiros, no entanto, pode-se afirmar que apenas pelo fato de serem estatuídos pela ordem jurídica como conseqüência de uma ação ou omissão por ela determinada é que se tornam sanção ou conseqüência de um ilícito.

A sanção é, pois, um ato de coação estipulado por uma ordem jurídica como conseqüência de determinadas condutas voluntárias, “com o fim de ocasionar certa conduta humana que o legislador considera desejável” (Kelsen, 2005, p. 71), ou de punir aquelas que ele considerou socialmente inadequada. Não obstante tal proposição parecer suficientemente clara no que tange à construção kelseniana, restam duas coisas a serem esclarecidas a fim de afastar qualquer dúvida com relação ao conceito que se pretende definir.

A primeira é relativa à inadequação de determinada conduta. Ainda que um jurista considere determinada prática útil socialmente — ou pelo menos não a considere prejudicial —, acaso referida conduta encontre previsão legal no sentido de ser o pressuposto de determinada sanção, diremos que ela é considerada um ilícito. O contrário — um jurista acredita sinceramente que determinado comportamento afeta de forma nociva a sociedade, mas este não é pressuposto de nenhuma sanção, logo não é um ilícito — também é verdadeiro. Isso porque as ações ou omissões não representam, por si só, ilícitos; a concepção de que determinados fatos possuem valor negativo ou trazem em si a qualidade de ilícitos baseiam-se em doutrinas de direito natural, inaceitáveis para nosso autor. É preciso que a uma ação ou omissão se ligue um ato de coação como conseqüência, para se falar em contrariedade à ordem jurídica.

Destarte, a ilicitude dos comportamentos não é uma qualidade intrínseca ou imanente aos mesmos; decorre exclusivamente do fato de tal comportamento ter se tornado, em determinada ordem jurídica, por ser considerado indesejável ou nocivo, o pressuposto de uma sanção. Um e o mesmo fato que é considerado para uma específica ordem jurídica um ilícito ou delito por estar ligado a uma

sanção como consequência, não o é, segundo uma outra ordem jurídica que não estipule, para idêntico comportamento, uma sanção. Segundo Kelsen:

Do ponto de vista de uma teoria do Direito positivo não há qualquer fato que, em si e por si só, isto é, sem ter consideração a respectiva consequência estatuída pela ordem jurídica, seja um ilícito ou delito. Não há *mala in se*, mas apenas *mala prohibita* (Kelsen, 2003, p.125).

Conforme exposto acima, em respeito ao princípio *nullum crime sine lege*, *nulla poena sine lege*, expressão do positivismo no direito penal, um comportamento só pode ser taxado de *malum, se for prohibitum*.

Em segundo lugar, a sanção há de ser, sempre, a consequência de uma conduta voluntária, isto é, a resposta estatal frente a uma ação ou omissão relevantes para o direito porque praticadas de forma livre¹¹. Não afirmar a sanção como a imposição de um dano frente a todas e apenas as condutas humanas voluntárias e contrárias ao direito equivaleria a reunir, sob uma mesma denominação, atos muito diversos, como o confinamento obrigatório de doentes contagiosos e de pessoas portadoras de doenças mentais graves. Já se viu que tais atos, apesar da coercitividade, não são considerados sanções exatamente porque não são condutas voluntárias previstas no ordenamento como pressupostos para imposição de uma sanção.

5.4.2.3

A sanção como um mal

Quando um ato coativo reputado como sanção é imposto, certamente haverá a realização compulsória de um mal, de modo que a reação do direito contra certas condutas importe sempre na privação de um bem. Acaso se estabeleça para uma conduta a pena capital, haveria a privação da vida; no caso de penas corporais, como as outrora utilizadas. Haveria, por exemplo, privação da vista, amputação de uma mão ou de outro membro; no caso de pena de prisão, haveria a privação de liberdade e, finalmente, no caso das penas patrimoniais, haveria a privação de valores patrimoniais.

¹¹ Não avaliaremos novamente o significado da voluntariedade das condutas, devidamente discutido no item 5.3 em que se abordou o princípio da causalidade e o da imputação.

Normalmente a privação de quaisquer dos bens acima listados é recebida pelo destinatário como um mal¹²; daí dizer-se que a sanção é um mal imposto ao transgressor da norma mesmo contra sua vontade.

Todavia, é possível que tal não suceda, na medida em que é plausível que um indivíduo cometa um crime e deseje, por remorso (ou para livrar-se da culpa), sofrer a pena imposta pela ordem jurídica, assimilando tal castigo como um bem necessário para que haja a redenção. Em condições normais, todos os destinatários da sanção perceberiam as possíveis destituições dos bens como um desprazer, só que desconhecer a possibilidade de alguns não se importarem com aquilo que a ordem jurídica lhes toma, por não considerarem que se trata de um bem, é desconhecer a natureza humana, caracterizada pela riqueza na diversidade de seus componentes.

Kelsen soluciona a questão afirmando que são casos extremamente excepcionais:

Dizer-se que o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal. Pode excepcionalmente suceder, no entanto, que não seja o caso. Assim acontece, por exemplo, quando alguém que cometeu um crime deseja, por remorso, sofrer a pena estatuída pela ordem jurídica e sinta esta pena, portanto, como um bem; ou quando alguém comete um delito para sofrer a pena de prisão correspondente, porque a prisão lhe garante teto e alimento. Como observamos, trata-se, no entanto, de exceções. Pode tomar-se como pressuposto que o ato coativo que funciona de sanção é normalmente recebido pelo destinatário como um mal (Kelsen, 2003, p. 35-6).

Vê-se que, para as pessoas em geral, bens são coisas — ou estados de coisas — considerados valiosos e dignos de proteção, de forma que o conteúdo das sanções, exatamente por importarem na privação desses bens desejados, pode ser visto como um mal, não sendo relevante considerar os que, por desespero, desatenção ou masoquismo, vêem tal situação de modo distorcido.

5.4.2.4

A autorização para aplicar a sanção e a validade das normas

Do que foi visto, já se pode dizer que as sanções na doutrina kelseniana são atos coativos, traduzidos na privação de bens, impostos como consequência de específicas condutas voluntárias que o direito deseja evitar.

¹² “O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal — a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos — a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa” (Kelsen, 2003, p. 26).

Para que a proposta de definir as sanções se concretize resta, no entanto, uma última característica a ser analisada, relativa à autorização jurídica, obtida através de uma norma válida, para se aplicar os castigos. Em suma, para identificar claramente o que é imposição de sanção da prática de outros atos que também resultem em malefícios para o destinatário, é imprescindível saber se o sujeito estava ou não autorizado a fazer uso da força. Para tanto, algumas considerações sobre os atos e seus significados jurídicos, bem como a possibilidade destes possuírem sentido objetivo e subjetivo, far-se-ão necessárias.

Quando se analisa qualquer ato que tenha significado para o direito ou, ao menos, conexão com este — como, por exemplo, um contrato celebrado ente duas partes, a prolação de uma sentença judicial, um ato administrativo, um delito etc — pode-se adotar uma dupla perspectiva: num primeiro momento, perceptível é o significado externo do ato, de que ele é a manifestação de uma conduta humana, sensorialmente notada; enquanto, na seqüência, avalia-se a significação jurídica, ou melhor, a representatividade que tenha para o direito. Esta segunda perspectiva do ato não pode ser percebida pelos sentidos do mesmo modo que são visualizadas determinadas propriedades de certos objetos — como suas dimensões, sua cor, o material do qual é feito — pois independe de sua faticidade, sendo produto de uma norma que lhe confere uma especial significação.

A transformação de um ato qualquer do mundo do ser (determinado pelas leis da natureza, pela causalidade) num ato jurídico (lícito ou ilícito) decorre da enunciação normativa de que esse ato possui importância para o direito. Tal conclusão permite diferenciar atos que subjetivamente, isto é, no que tange a seu aspecto interno e perceptível pelos sentidos, são idênticos. Se um indivíduo “A” provoca a morte de outro indivíduo “B”, e “C” provoca a morte de “D”, a princípio, não é possível estabelecer qualquer distinção com relação a estas condutas, afinal o conteúdo subjetivo (significação fática) de ambas é análogo: houve uma morte. Porém, caso se diga que “A” somente matou “B” na condição de agente público, ordenado a executar a sentença de pena capital, enquanto “C”, por seu turno, cometeu um homicídio simples, a distinção entre os comportamentos se torna patente. Do mesmo modo, afirma Kelsen, se:

(...) alguém dispõem por escrito do seu patrimônio para depois da morte, o sentido subjetivo deste ato é o de um testamento. Objetivamente, porém, do ponto de vista do Direito, não o é, por deficiência de forma (Kelsen, 2003, p. 3).

O exemplo do salteador de estradas — já utilizado anteriormente para demonstrar que um dever somente existe se encontra apoio num dever superior, uma vez que todo o ordenamento jurídico é um conjunto de normas hierarquizadas, de modo que cada uma delas se apresenta como norma inferior fundada ou superior fundante, bem como para concluir que uma norma afere sua validade de outra e, conseqüentemente, do mundo do ser jamais advirá um dever — auxilia o entendimento que se quer transmitir acerca da necessidade dos castigos serem aplicados por alguém autorizado para tanto, caso se queira considerá-los como sanção.

De acordo com o autor, subjetivamente o ato de um salteador de estradas será percebido por um observador da mesma maneira que o ato de um funcionário da fazenda, pois a ordem emitida por ambos possui o mesmo significado fático: ambos determinam que o dinheiro seja entregue. O que diferencia os dois atos é a existência de uma norma válida que fornece ao ato do funcionário um sentido objetivo, que o torna uma concretização de uma norma geral. Em que pese os atos serem, do ponto de vista empírico, idênticos, é certo dizer que para o direito se apresentam de maneiras absolutamente diferentes, pois ao passo que a conduta do funcionário possui respaldo legal e é vista como uma execução de uma sanção, o ato do salteador não é jurídico e a realização da ameaça é um delito e não uma sanção. Kelsen afirma que:

A diferença ganha expressão quando se descreve, não o sentido subjetivo, mas o sentido objetivo do comando que um indivíduo endereça a outro. Então, atribuímos ao comando do órgão jurídico, e já não ao do salteador de estradas, o sentido objetivo de uma norma vinculadora do destinatário. Quer dizer: interpretamos o comando de um, mas não o comando do outro, como uma norma objetivamente válida. E, então, num dos casos, vemos na conexão existente entre o não acatamento do comando e um ato de coerção uma simples “ameaça”, isto é, a afirmação de que *será* executado um mal, ao passo que, no outro, interpretamos essa conexão no sentido de que *deve ser* executado um mal (Kelsen, 2003, p. 49-50).

O que afasta o ato do salteador do funcionário nada mais é do que a autorização que este último possui para fazer uso da força, já que todo emprego de força física numa comunidade jurídica deve ser proibido para se manter a segurança jurídica, excetuando-se, evidentemente, os casos nos quais há uma autorização estatal para a reação da comunidade jurídica contra situação de fato avaliada como perniciosa¹³. A ordem jurídica determinará, de maneira taxativa, quais são as ocorrências que ensejarão aplicação de coação física,

¹³ Não é por outra razão que Kelsen considera que o direito só é capaz de gerar uma paz relativa, já que a paz absoluta é a ausência do emprego de força física e a comunidade jurídica não pode excluir os atos de coação já que estes são necessários para manter a paz por ela constituída.

determinando a quais indivíduos competirá tal afazer. Como esses indivíduos aplicadores das sanções só o fazem mediante permissão da ordem jurídica, podem ser considerados um órgão da mesma, de modo que estamos frente a um monopólio do uso da força física por parte da comunidade jurídica.

A chave para distinguir atos semelhantes do ponto de vista subjetivo é analisar se o uso da força foi permitido ou foi proibido, ou seja, se o indivíduo estava ou não, ao tempo da ação, autorizado por uma norma válida. A seguinte passagem da teoria pura é bastante esclarecedora:

Como esta proibição se opera por forma a que um tal uso da força passe a constituir pressuposto de uma sanção, e a sanção, por seu turno, é ela própria um ato de coação, isto é, uso da força, a proibição do emprego da força só pode ser uma proibição limitada, e, por isso, haverá sempre que distinguir entre o uso proibido e o uso autorizado da força — autorizado, este último, como reação contra uma situação de fato socialmente indesejável, particularmente como reação contra uma conduta humana socialmente perniciosa, quer dizer, autorizado como sanção e atribuível à comunidade jurídica (Kelsen, 2003, 39).

5.4.3

Sentido amplo e sentido amplíssimo das sanções

Os itens precedentes foram dedicados à análise de quais são as propriedades necessárias e suficientes para a devida construção do conceito de sanção jurídica na teoria de Hans Kelsen. Nesse sentido, a pretensão erigida ao proceder à investigação das particularidades do conceito não foi a de esgotar o tema e encontrar um conceito definitivo de sanção, capaz de enunciar a totalidade de características que ela possui na visão do autor quando ele próprio não considerou necessário fazê-lo. A idéia foi, tão somente, criar uma proposição válida, que se ajustasse às mais variadas passagens, das mais diversas obras, em que Kelsen se vale do conceito de sanção para construir sua teoria jurídica.

É com este mesmo intuito, de identificar de forma — se não precisa ao menos — coerente quais são os elementos distintivos das sanções, que se deve analisar os outros dois sentidos para o termo que se encontra nas obras de Kelsen. Por um lado, menciona o autor a existência de um sentido amplo das sanções, ao citar os atos coativos afins às sanções, mas que não recebem tal rótulo; por outro, reconhece o sentido amplíssimo, ao referir-se à totalidade dos atos estatais que são coativos, dentre os quais estão incluídas as sanções.

Quanto ao sentido amplo, mister afirmar que Kelsen reconhece que o termo “sanção” pode ser utilizado para designar outros atos coativos estatais

que, apesar de implicarem o uso da força, não podem ser considerados verdadeiras sanções jurídicas, afinal não se apresentam juridicamente como consequência atrelada a uma conduta que, em razão da conexão, será considerada ilícita. Diversos atos estatais se enquadram em tal definição: as prisões preventivas — já que nestes casos ainda não se possui a certeza inafastável de que o sujeito praticou a conduta proibida, logo não há que se falar em vinculação à sanção —, o internamento obrigatório de doentes mentais que representem risco para a sociedade, bem como dos portadores de doenças contagiosas e também a destruição compulsiva de edifícios que ameaçam ruir — casos de situações sociais indesejáveis, mas que nem por isso podem ser consideradas proibidas —, assim como a imposição de morte, tortura ou trabalhos forçados para os que estão cerrados em campos de concentração por ordens estatais decorrentes de razões ideológicas, ou relativas a aspectos religiosos ou raciais — já que, ainda que se condene tais medidas, não se pode desconsiderá-las enquanto atos pertencentes à ordem jurídica.

A diferença entre os atos coativos listados acima e as sanções consiste no reconhecimento de que estas últimas ganham aplicabilidade frente a determinadas ações ou omissões socialmente indesejáveis e juridicamente prefixadas como pressupostos de uma reação, enquanto os primeiros se condicionam por outros fatos que, ademais de indesejados, não foram estipulados como condição de uma sanção. Se o conceito de sanção jurídica for alargado para abarcar todos esses atos “já não coincidirá com o de consequência do ilícito. A sanção, neste sentido amplo, não tem necessariamente de seguir-se ao ato ilícito: pode precedê-lo” (Kelsen, 2003, p. 45).

Finalmente, o conceito de sanção pode ser ampliado de modo a alcançar todos os atos de coerção previstos por determinada ordem jurídica, isto é, tanto as sanções jurídicas, quanto os atos coativos intitulados sanções em sentido amplo. Ressalte-se, entretanto, que tal postura somente será aceitável se a utilização do termo for feita por quem reconhece que o termo “sanção”, *in casu*, nada mais poderá exprimir, se não a circunstância de ser uma reação contra um fato socialmente indesejável. Nas palavras do autor:

Se tomarmos o conceito de sanção neste sentido amplíssimo, então o monopólio da coerção por parte da comunidade jurídica pode ser expresso na seguinte alternativa: a coação exercida por um indivíduo contra outro ou é um delito, ou uma sanção (entendendo, porém, como sanção, não só a reação contra um delito, isto é, contra uma determinada conduta humana, mas também a reação contra outras situações de fato socialmente indesejáveis (Kelsen, 2003, p. 46).

5.4.4

Outras possíveis classificações para as sanções na obra de Kelsen

Já foi dito que para o autor da *Teoria Pura do Direito* o objeto dos atos coativos que podem ser considerados sanções jurídicas é a causação de um mal, vale dizer, a privação de um bem; como consequência disso, todos os diferentes tipos de sanções que o autor admite devem compartilhar essa característica, não obstante se distinguirem através de outros caracteres, que serão assinalados nos próximos itens.

5.4.4.1

Sanções transcendentais e socialmente imanentes

As sanções estabelecidas numa sociedade podem ser de dois tipos: ou transcendentais ou socialmente imanentes, conforme diz Kelsen:

As sanções estatuídas por uma ordem jurídica são — diferentemente das sanções transcendentais — sanções socialmente imanentes e — diversamente daquelas, que consistem na simples aprovação ou desaprovação — socialmente organizadas (Kelsen, 2003, p. 36).

As transcendentais são as provenientes de uma instância supra-humana, na qual a sanção resulta de uma idéia de retribuição divina ou da natureza que se produz fora e independente da sociedade organizada, isto é, numa esfera transcendental. Fruto da mentalidade primitiva, decorre de uma interpretação social da natureza, que faz com que esta pareça uma ordem estatuidora de sanções: sendo os acontecimentos favoráveis — colheita satisfatória, fertilidade das mulheres, saúde dos membros, vitória nos embates etc — os primitivos os interpretam como recompensas; por outro lado, em sendo os acontecimentos desfavoráveis — derrota nas batalhas, chuvas torrenciais ou pragas que aniquilam a colheita, enfermidade ou morte dos membros — são interpretados como castigos e punições, provavelmente ligadas à condutas socialmente reprovadas.

Apesar destas sanções corresponderem ao pensamento primitivo, a interpretação normativa da natureza também se faz presente em religiões altamente desenvolvidas, nas quais seus membros civilizados por vezes se perguntam, frente a uma infelicidade, o que fizeram de mal para receber tal castigo, ou, se obtêm alguma graça ou se recebem um prêmio, sentem-se

inclinados a entender a recompensa como fruto da observância dos preceitos divinos.

Por seu turno, as sanções estatuídas por uma ordem jurídica e aplicadas na sociedade são socialmente organizadas e, portanto, chamadas de socialmente imanentes. São consideradas retribuições produzidas e executadas por homens dentro da sociedade, como resultado de ações específicas que devem ser cumpridas por indivíduos designados pelo próprio sistema social frente a determinadas condutas. Não dependem da inobservância de mandamentos religiosos para se aplicarem, mas sim de condutas que causam aprovação ou reprovação dos demais membros da ordem social.

Do ponto de vista sociológico, tanto as sanções transcendentais quanto as socialmente imanentes podem prever como forma de retribuição castigos ou prêmios, entretanto, os primeiros desempenham um papel social muito mais importante¹⁴; haja vista o comportamento das pessoas se pautar mais pelo medo dos castigos do que pela expectativa da obtenção de algum bônus. Como dado empírico capaz de sustentar tal afirmação, Kelsen faz menção à representação do inferno como o local onde se cumprirá o castigo, que está muito mais viva na mente das pessoas do que a imagem do céu como recompensa pelo comportamento virtuoso, sempre vaga e indefinida, ou em outras palavras, segundo Kelsen “o medo do inferno é muito mais vivo, e a imagem de um lugar de punição é muito mais concreta que a esperança geralmente vaga de um paraíso futuro onde nossa virtude encontrará sua recompensa” (Kelsen, 200, p. 25-26).

Ademais, ao autor não interessa que se reconheçam condutas meritórias através de normas que prevejam sanções positivas, mas que as condutas desejadas sejam alcançadas através da motivação indireta que só as autênticas sanções (que ensejam privação de bens) são capazes de produzir. Afinal, no que tange à organização de grupos sociais, para Kelsen leva-se em conta fundamentalmente um único método para se alcançar os comportamentos socialmente desejáveis: a ameaça de punições para os casos de condutas contrárias, uma vez que a técnica de recompensa, quando muito, tem significado nas relações privadas.

¹⁴ “É digno de nota o fato de que entre as duas sanções aqui apresentadas como típicas — a ameaça de desvantagem em caso de desobediência (punição, no sentido mais amplo do termo) e a promessa de vantagem no caso de obediência (a recompensa) — a primeira desempenha um papel muito mais importante que o da segunda na realidade social” (Kelsen, 2005, p. 25).

5.4.4.2

Sanções civis e penais

Afirma Kelsen que as primeiras ordens jurídicas previam, tão somente, um tipo de sanção, qual seja, a penal, consistente em punição envolvendo bens jurídicos valiosos para o destinatário que os perderia, tais como vida, integridade física, saúde, liberdade ou propriedade. A notícia que se tem do direito mais antigo, portanto, é que ele trabalhava somente com sanções criminais. Posteriormente, reconheceu-se uma sanção específica tendente a reparar um dano causado ilegalmente, que não se adequava às sanções penais, já que consistia, simplesmente, na hipótese de privação forçada da propriedade. Assim, as sanções foram sendo distinguidas em penais e civis, desenvolvendo-se, ao lado do já existente direito penal, o direito civil. Como este último tentava encontrar uma maneira de estabelecer seu domínio regulando a conduta dos homens no que lhe fosse legítimo, nada mais adequado do que prever uma medida coercitiva particular, a sanção civil.

Considerando a natureza externa das sanções, nada há que as torne diferentes, já que a técnica social é essencialmente a mesma nos dois casos: tanto o direito criminal quanto o civil desejam alcançar determinadas condutas conforme aos seus preceitos — porque consideradas úteis e válidas socialmente — e optam, para tanto, por estipular castigos como consequência do descumprimento, isto é, valem-se de atos de coação. De acordo com Kelsen:

O Direito civil, o Direito que regula a vida econômica, garante a conduta desejada dos homens em seu campo de uma maneira que não difere essencialmente daquela com que o Direito criminal consegue em seu domínio, a saber, estabelecendo, para o caso de conduta contrária, uma medida coercitiva, sua própria medida coercitiva específica, a sanção civil (Kelsen, 2005, p. 71).

O afastamento entre elas poderia, contudo, ser detectado em virtude dos propósitos definidos para cada tipo de sanção, pois enquanto as criminais visam a retribuição e a prevenção, as civis pretendem ocasionar a reparação. De fato, sanções penais podem ser traduzidas em afetações diretas contra os bens daquele que é o destinatário das mesmas, dando às sanções um fim socialmente útil, na medida em que através da imposição de um mal, merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpa do autor da transgressão cometida (retribuição). Ademais, elas teriam a função preventiva, já que a sanção aplicada ao autor da infração tende a refletir junto à sociedade, evitando-se que as demais pessoas pratiquem infrações sem antes sopesar a

conseqüente repreensão (prevenção geral); ao mesmo tempo pode-se dizer que ela neutraliza o indivíduo que praticou o mal, através de sua retirada momentânea da sociedade em razão de sua segregação no cárcere, e o inibe a cometer futuros delitos, pois já experimentou a severidade do castigo que se impõe quando da violação de normas jurídicas (prevenção especial). Por outro lado, vislumbra-se na sanção civil uma função eminentemente reparadora do prejuízo gerado, tendente a restabelecer o estado de coisas anterior e conforme ao direito.

Porém, tal diferença tem caráter relativo, na medida em que não se questiona que também as sanções civis atuam de forma a prevenir novos atos violadores — desestimulando condutas civilmente ilícitas através da necessidade de reparação que vai se ligar a estas —, assim como as sanções de direito penal nem sempre visam os propósitos acima listados, já que na aplicação de algumas, em casos preestabelecidos¹⁵, o início da *persecutio criminis* fica a cargo do particular.

O autor aponta, ainda, a semelhança evidente entre as penas patrimoniais e a execução civil, já que ambas representam atos de coação dirigidos contra o patrimônio. Só que tal conformidade esbarra em duas distinções, frisadas pelo autor: uma primeira relativa ao procedimento pelo qual os tipos de sanção são efetivamente aplicados — pois nas de caráter civil o procedimento é iniciado apenas se o sujeito que teve seu direito violado, o ofendido, queira-o; ao passo que o procedimento das sanções criminais, na quase totalidade dos casos, é iniciado *ex officio*, através da prática de um ato do órgão incumbido da tarefa, isto é, do promotor público — e uma outra referente à destinação do valor patrimonial obtido de forma coativa — se a sanção for penal o valor recuperado é enviado ao erário público; se for cível, destina-se ao prejudicado pelo ato ilícito para que o mesmo possa reparar os danos materiais ou morais.

Finalmente, para finalizar a distinção entre essas duas modalidades, convém assinalar que as sanções penais possuem como nota característica — ainda que não mencionada expressamente por Kelsen — o sofrimento que sua aplicação imporá aos transgressores, o que até pode acontecer na imposição das civis como conseqüência colateral, mas não componente das mesmas (Chagoyán, 2004, p.154).

¹⁵ Nos crimes contra a liberdade sexual, em regra, a ação penal é privada, já que, apesar do Estado ser afetado com a prática de uma infração — pois que o seu cometimento viola a ordem jurídica, colocando em risco a paz no convívio social — são situações que interessam muito mais ao particular, que deve decidir se deseja iniciar a ação penal contra o transgressor ou não.

5.4.4.3

As sanções no Direito Internacional

5.4.4.3.1

Considerações introdutórias

Para Kelsen, o Estado é uma ordem jurídica na medida e que possui o poder de conferir validade e eficácia às normas que compõem essa mesma ordem. Sua identificação das demais comunidades estatais se dá através da forma de aplicação das suas regras e execução das sanções que estipula, o que é feito de forma centralizada pelos órgãos do judiciário. Igualmente por meio da centralização o Estado se diferencia das comunidades supra-estatais e internacionais, pois o direito internacional, quando comparado com o nacional, é uma ordem jurídica muito mais descentralizada — podendo-se dizer, inclusive, que no direito positivo é a que apresenta o mais elevado grau de descentralização entre as normas.

Essa distinção entre normas estatais e internacionais, todavia, só faz sentido se estas últimas puderem ser consideradas “direito” da mesma forma que as normas estatais o são, vale dizer, saber se as regras de direito internacional podem ser descritas como “regras de direito”, segundo as proposições kelsenianas.

Em conformidade com o que já foi dito nos itens anteriores, regra para o direito é a denominação que recai sobre um ato coercitivo, ensejador de uma interferência na esfera particular do sujeito, que se realiza através da imposição de sanção. Esta última é a conseqüência de certos atos indesejáveis praticados pelos indivíduos que não se comportam devidamente, significando a reação estatal frente ao atuar ilicitamente.

Acaso o direito internacional queira ser lido como verdadeiro direito, há que se encaixar na descrição feita acima, ou seja, a interferência de um Estado na esfera de interesse de outro, para ser permitida, deverá se submeter aos critérios expostos, de forma que configure sempre uma reação contra um ilícito. Segundo Kelsen:

Se for possível descrever o material que se apresenta como Direito internacional de tal modo que o emprego da força por um Estado contra outro só possa ser interpretado como delito ou sanção, então o Direito internacional é Direito no mesmo sentido que o Direito nacional (Kelsen, 2005, p. 468).

5.4.4.3.2

O ilícito e a sanção no Direito Internacional

Aceita a tese de que o direito internacional é direito, uma outra ordem de questões se impõe, referentes a compreender se de fato existe para o direito internacional algo que possa ser analogamente considerado um delito ou, em outras palavras, se a conduta de algum Estado pode ser interpretada como antijurídica; bem como saber se é aceitável a denominação “sanção” para identificar os atos coercitivos instituídos como conseqüência da prática, por parte de um Estado, de condutas desaprovadas, ou seja, se há autorização para uma interferência violenta na esfera de interesses de um Estado que pratique um ato tido como antijurídico.

Quanto à primeira, informa Kelsen que é pacificamente aceita a existência no Direito internacional de atos que podem ser qualificados como delitos por serem atentatórios ao sistema de normas que este direito prevê; se o direito internacional pode mesmo ser chamado de direito, então pode estabelecer padrões de condutas a serem seguidos e, em caso de violações não justificadas plausivelmente, considerá-las delitos e, portanto, fazer incidir contra os autores uma sanção.

A conclusão a que se chegou acima só será plenamente correta se houver o reconhecimento de que às conseqüências impostas pelo direito internacional podem ser denominadas sanções, sem prejuízo do entendimento que aqui se chegou sobre o conceito.

Kelsen assinala que o direito internacional prevê alguns atos como conseqüências de ilícitos internacionais que poderiam ser chamados de sanção, apesar de a doutrina oferecer pelo menos duas variantes acerca do que se pode entender como sanção. Para um primeiro grupo de autores¹⁶ a sanção seria traduzida na obrigação de reparar um dano, quando causado de maneira ilegal. Para estes, surgiria um dever (obrigação substituta) quando o Estado deixasse de cumprir com sua obrigação originária e principal, isto é, o dever de reparação substituiria a obrigação que foi violada. Não resta claro, aponta Kelsen, se a obrigatoriedade de reparar é criada pelo Direito Internacional como conseqüência automática da prática do ato considerado antijurídico, ou se é apenas o resultado de um tratado firmado entre os dois Estados (o responsável

¹⁶ Roberto Lara Chagoyán lista alguns destes autores e suas respectivas obras: Anzilotti, D., *Teoria generale della responsabilità dello stato nel Diritto internazionale*, Firenze, 1902; Eagleton, C., *The responsibility of State in international Law*, New York, 1928 (Chagoyán, p. 156).

pelo delito e o que foi atingido por ele). De todo modo, tal violação não pode ser considerada sanção para um segundo grupo de autores¹⁷, tendo em vista que pelas regras do direito só à última conseqüência pode ser atribuído o título de verdadeira sanção. Havendo desobediência à obrigação originária, teria cabimento à imposição de uma obrigação substituta e, só no caso de descumprimento desta, poder-se-ia falar em sanção.

Depois de concluir pela possibilidade do Direito internacional estatuir verdadeiras regras amparadas pelas sanções, Kelsen passa a investigar em quais casos haveria interferência de um Estado nos interesses internacionalmente protegidos de outro que resultaria na aplicação de sanções. O grau de interferência é a medida para classificar se a ação é somente um delito internacional, uma represália ou uma guerra.

Se a interferência limitada — não visa à neutralização total do Estado invadido — tanto se pode estar frente a um delito ou uma represália. O primeiro decorre da violação a alguns pressupostos que o Direito internacional previu como intangíveis, de modo que a desobediência suscitará aplicação de uma sanção. Há, porém, a possibilidade do país que se viu ofendido retribuir a interferência na forma que Kelsen chama de represália. Em ambos os casos, os Estados envolvidos farão uso da força, só que no segundo tal utilização encontra respaldo no ordenamento, sendo permitida, sobretudo, quando a resistência se fizer necessária para a manutenção da autonomia e da soberania estatal.

Percebe-se que a represália pode, pois, ser vista como uma sanção de Direito internacional, aplicável para os casos de violação limitada e injustificável de um Estado contra outro.

Existe, também, a possibilidade da interferência ser total e ilimitada, com o intuito de aniquilar o Estado invadido, casos em que se está frente a uma guerra. Esta, para ser bem compreendida, enseja a discussão de duas questões básicas: qual o seu significado para o Direito internacional? A guerra é um delito ou uma reação contra um delito, isto é, uma sanção? Ou, em outras palavras, é possível distinguir as guerras que são conformes o ordenamento jurídico — pois são conseqüência direta da prática de um delito — daquelas que são ilícitos reprováveis — porque não amparadas por nenhuma autorização legal?

Para elucidar tais perguntas Kelsen apresenta duas opiniões diametralmente opostas. De acordo com a primeira a guerra não é nem delito, nem sanção; qualquer Estado que não se encontre obrigado por um tratado a se

¹⁷ Roberto Lara Chagoyán lista um desses autores e sua obra, a saber, Guggenheim, P., *La validité et la nullité des actes juridiques internationaux*.

abster de iniciar uma guerra pode, por conseguinte, guerrear contra qualquer um sem que isso implique em reconhecimento de que tal conduta é ilícita. Guerrear, neste caso, seria uma conduta permitida. Ainda esta opinião propugna que a guerra também não pode ser vista como sanção, na medida em que o Direito internacional não a autoriza expressamente para nada, nem mesmo para reagir contra um delito. Diversamente, há os que sustentam que, em princípio, a guerra é proibida; só haveria inversão desta lógica nos casos em que um Estado seja provocado através de um delito e dirija sua represália contra o causador. Tal teoria, denominada *bellum justum*, considera a guerra possível apenas nas hipóteses em que a mesma se expressar como uma sanção aplicável contra um comportamento ilícito.

Kelsen adverte que seria por demais ingênuo pretender identificar qual dessas duas opiniões é a mais correta, na medida em que ambas estão respaldadas e são patrocinadas por autoridades de peso; não obstante, reconhece que a tarefa da segunda é muito mais complexa e árdua, pois os adeptos possuem o ônus de comprovar o que afirmam, ao passo que os que se limitam a negar a tese do *bellum justum* não estão incumbidos de comprovar nada, apesar de apresentarem objeções bem coerentes contra a teoria.

Antes da análise dos argumentos que pretendem rebater a teoria, mister conhecer um pouco mais sobre ela. Primeiramente, não é a teoria uma conquista do mundo moderno. Trata-se de algo que vem sendo expresso desde os tempos mais remotos, nas mais primitivas relações. As guerras entre tribos ou grupos primitivos era essencialmente uma vingança, isto é, uma reação contra o que era considerado um dano; destarte, o direito inter-tribal tem sido apontado como o princípio da idéia da guerra justa. No direito dos gregos e dos romanos também nenhuma guerra era empreendida sem que os combatentes demonstrassem uma causa justa e válida para o guerrear. Cícero assinalou que as guerras legais só são aquelas promovidas ou para a defesa ou para a vingança. Durante toda a Idade Média, a teoria do *bellum justum* foi dominante, até que no séc.XIX desaparece por completo, retornando no séc. XX, por ocasião da Primeira Guerra Mundial.

Quanto às objeções, a primeira envolve uma pergunta relativa à soberania dos Estados. Se os mesmos são soberanos e independentes, não se pode limitar quaisquer direitos que tenham, nem mesmo o de fazer guerra. Tal argumento foi freqüentemente utilizado durante o séc. XIX e Kelsen o considera, dentre todos, o mais fraco. Isso porque é uma objeção que se dirige não só à teoria, mas, sim, contra todas as regulamentações feitas pelo Direito

internacional; e ao negar todo o direito internacional, porque entendem que atribuir soberania a um Estado é impedir que exista qualquer autoridade superior o regulando, não são capazes de contrariar a teoria da guerra justa.

A segunda é digna de menção, pois apresenta uma séria contrariedade à teoria: todos os argumentos a favor do *bellum justum* são argumentos que comprovam que a guerra é moralmente proibida. No entanto, é um argumento incapaz de invalidar a idéia de que o Direito internacional não fomenta a guerra, ao contrário, a proíbe, somente a permitindo como reação contra um ato violador. Destarte, esse argumento não invalida a tese da guerra justa porque se reduz a qualificar o ato de guerra como imoral, sem ter em conta que pode existir uma situação em que esta seja necessária. É como taxar de imoral o ato de privar um indivíduo de seus bens, sem averiguar antes se tal privação decorre de uma sanção (medida socialmente permitida e juridicamente amparada) ou de um furto (delito).

Ainda mais relevante que o anterior é o argumento de que a guerra entre dois Estados jamais poderia ser concebida como uma sanção, por razões de ordem técnica. Uma guerra nunca garante que o malfeitor, aquele que a iniciou valendo-se de um ato ilícito, seja efetivamente punido e castigado com o dano que se espera de uma sanção, afinal, na guerra não se pode esperar que vença o que está mais certo, ou dito de outro modo, que saia vencedor o que atua em conformidade com o direito, mas o mais forte e bem equipado. Nestes casos, a tese de que a guerra poderia ser uma reação contra o mal automaticamente se perderia, tendo em vista que a parte que o sofreu, em sendo mais fraca, não pode guerrear porque não está aparatada para tanto. Exceto, pois, se houver uma entidade superior mais forte e poderosa do que o Estado malfeitor com capacidade de aplicar-lhe os atos de coação, não haverá que se falar em guerra como reação.

Finalmente, a quarta e mais importante objeção refere-se às incertezas das qualificações relativas ao ato: seria a interferência de um Estado contra outro um ato ilícito ou uma sanção? A solução poderia ser dada por um acordo entre os países, mas isso exigiria um desprendimento que, em regra, não se tem, afinal um Estado teria que reconhecer que violou direitos de outro e que, portanto, dispor-se-ia a acatar as medidas sancionatórias adequadas. Descartada a hipótese de se obter acordo mútuo entre as partes, e em não havendo um tribunal internacional suficientemente forte para impor suas decisões, saber se o direito internacional foi ou não violado é uma questão que a ciência do direito, certamente, não poderá responder.

Pois bem. Não existindo uma resposta uniforme tendente a identificar se a guerra é resposta ao delito ou se é o próprio delito, não há como distinguir a guerra justa da arbitrária, o que torna a questão altamente problemática, assemelhando as duas teorias aqui em discussão. Se não é possível saber se a guerra é justificada, não há diferença entre autorizar todas as guerras e autorizar somente as justas, já que não se sabe quais são estas últimas. Em não conhecendo qual guerra é sanção e qual é delito, o direito internacional deixa de se adequar ao modelo geral de direito — que implica em imposição precisa de uma sanção ante cada um dos comportamentos descritos como delituosos —, não havendo mais porque reconhecer suas normas como autênticas normas jurídicas.

5.4.4.3.3

A teoria do *bellum justum* como critério de reconhecimento do Direito Internacional como Direito

Tentando fazer frente às objeções listadas acima contra a teoria da guerra justa e, conseqüentemente, a juridicidade do Direito internacional, Kelsen afirma que o principal problema que este último enfrenta é relativo a sua insuficiência técnica. Em virtude de sua carência absoluta de um órgão particular encarregado de aplicar as normas jurídicas, acaba o Direito internacional se assemelhando ao Direito primitivo, no qual os sujeitos cujos direitos foram violados teriam autorização jurídica para atuar contra o transgressor, não havendo necessidade do estabelecimento do delito ou da execução da sanção ser feita por uma autoridade distinta das partes envolvidas ou interessadas. Tal ordem social é marcada, pois, pela técnica tosca da iniciativa individual, que precisa evoluir através de uma progressiva organização e centralização do poder de punir, sob pena de deixar muito a desejar, principalmente em virtude da falta de critérios rígidos tendentes a determinar se em determinado caso houve um ilícito ou a imposição de uma sanção.

O Direito internacional é taxado por Kelsen de primitivo, portanto, por se encontrar desaparelhado em termos técnicos e por permanecer descentralizado, sem estipular órgãos para definir os atos a partir da dualidade delito e sanção.

Só que mesmo o Direito dos primitivos, para assim ser chamado, precisa cumprir com um requisito de identificar na comunidade o monopólio¹⁸ de impor sanções. Kelsen se vale do exemplo do sujeito que mata o assassino do pai, para vingar a morte do ascendente e não é considerado um assassino, mas, sim, um órgão da comunidade que aplica o castigo devido. Exatamente porque mata, o indivíduo executa o dever jurídico que a ordem social prevê. Acaso matasse por outra razão que não meramente a vingança, não mais atuaria como um órgão da comunidade e, assim, não poderíamos falar de execução de sanção e sim da prática de um delito. Distinguir um delito de homicídio de um assassinato é de extrema importância para a sociedade primitiva, ainda que nos casos concretos haja dúvidas se o matar constitui um ato reprovável ou um ato conforme a ordem social.

Também no Direito internacional é imprescindível que se cumpra com um requisito elementar para que ele possa ser chamado de Direito: deve-se fazer a diferenciação da guerra como delito e da guerra enquanto sanção, estipulando para a comunidade internacional o monopólio de estabelecer em qual dos dois sentidos um Estado qualquer atuou. Se assim não fosse o Direito internacional perderia sua razão de ser e não mais seria visto como uma ordem jurídica, porque, segundo, Kelsen:

Se a interferência ilimitada na esfera de interesses de outrem chamada 'guerra' não está proibida em princípio pelo Direito internacional, e se cada Estado é livre para recorrer à guerra contra qualquer outro Estado, então o Direito internacional deixa de proteger a esfera de interesses do Estado sujeito à sua ordem. Os Estados não possuem absolutamente qualquer esfera de interesses protegida, e o estado de coisas criado pelo chamado Direito internacional não pode ser um estado jurídico (Kelsen, 2005, p. 484).

Se o Direito internacional pode ou não ser chamado verdadeiramente de Direito é circunstância que depende de saber se é possível interpretar o Direito internacional à luz da teoria do *bellum justum*, ou seja, se é plausível considerar que, de acordo com o Direito internacional, uma guerra é proibida em princípio, sendo permitida apenas secundariamente como uma reação, isto é, quando se expressar como uma sanção contra um ato ilícito. Caso contrário, se não se aceita a tese da guerra justa, os adversários da mesma devem ser mais coerentes e passarem a negar, então, a existência do próprio Direito internacional.

¹⁸ “A descentralização da aplicação do Direito não impede que o ato coercitivo como tal seja estritamente monopolizado” (Kelsen, 2005, p. 482).

5.4.5

A sanção enquanto conceito primário da teoria do direito de Kelsen

5.4.5.1

Introdução

Durante diversas passagens em suas obras Kelsen se refere ao Direito como uma “técnica social específica da ordem coercitiva” (Kelsen, 2001, p.230), que se vale de um método coercitivo, operacionalizado através do uso sistemático das sanções, aplicadas por funcionários (ou outros indivíduos) devidamente autorizados. O Direito, pois, é uma modalidade de controle social tendente a regular o comportamento humano, através da imposição de deveres aos indivíduos e de concessão de poderes às autoridades para que elas utilizem as sanções quando necessário.

Dito de outro modo, a descrição de direito kelseniana poderia muito bem ser estabelecida a partir da reunião de proposições que se encaixem em enunciados do tipo “se um indivíduo faz X, uma autoridade Y deve aplicar uma sanção Z”. E tal axioma vale para todos os povos, ainda que distantes geograficamente, no tempo e com relação à cultura, já que todos se valem de uma mesma técnica social consistente em obter o comportamento adequado mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária: o Direito¹⁹.

Se o Direito para Kelsen é uma estrutura simples de coerção, que só se afirma através da imposição de sanções, é plausível afirmar que a sanção é o conceito primário do Direito — senão como justificar a dependência lógica entre eles? Ademais, se ela é o conceito primário de Direito é possível dizer que a mesma desempenha o papel de critério individualizador das disposições jurídicas e, conseqüentemente, que os outros conceitos se definem a partir dela

¹⁹ “O que o chamado Direito dos babilônicos antigos poderia ter em comum com o direito vigente hoje nos Estados Unidos? O que a ordem social de uma tribo negra sob a liderança de um chefe despótico — uma ordem igualmente chamada ‘Direito’ — poderia ter em comum com a constituição da república suíça? No entanto, há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra ‘Direito’ de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos *ashanti* na África Ocidental e o dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta social desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária” (Kelsen, 2005, p. 27-8).

(como o de ilícito, o de obrigação jurídica, o de direito subjetivo, o de responsabilidade, etc); o que pode implicar (conforme as críticas que serão apresentadas no item 5.4.6) numa redução do Direito à força.

Tais questões serão devidamente deslindadas nos itens a seguir.

5.4.5.2

Individualização das disposições jurídicas através da sanção

Assim como Austin, Kelsen propõe um critério de identificação do direito que parte do modo como o próprio direito é produzido, demonstrando ser herdeiro da tradição que concebe a juridicidade da norma através do seu modo de origem e que confere uma importância à atividade de criar as normas superior àquela que confere à atividade de aplicá-las. Todavia, enquanto Austin aponta como origem de toda e qualquer norma o soberano, isto é, uma pessoa (ou um grupo de pessoas), Kelsen confere juridicidade a todas, e apenas, as normas que se apresentarem como resultado do exercício de uma competência instituída pela norma fundamental. Segundo nosso autor, forma-se um sistema jurídico pela união de uma norma fundamental e por todas as demais normas cuja criação derive, direta ou indiretamente dela.

Há que se dizer, entretanto, que o critério acima apontado é extremamente útil para comprovar o pertencimento de uma norma ao ordenamento que se quer individualizar (o jurídico) não sendo apto a demonstrar a razão de tais normas serem distintas das demais prescrições que permeiam a vida em sociedade, vale dizer, o critério determinante da validade de uma norma autoriza a conclusão de que a mesma existe e foi produzida em conformidade com as formalidades exigidas. Porém, não revela qual a nota característica dessas normas que possibilita que o Direito exerça uma função diferente na vida das pessoas dos outros sistemas de controle (como o moral e o religioso). Em verdade, como o autor crê na idéia de que o direito ordena as condutas humanas através da força, tal postura implica no reconhecimento da sanção como caractere diferenciador da norma jurídica de outros enunciados prescritivos.

Nesse sentido, se o Direito não fosse definido como uma ordem dependente da coação, mas apenas como uma ordem posta em consonância com a norma fundamental, poderiam existir muitas normas desprovidas de sanção, contendo unicamente o sentido segundo o qual as pessoas deveriam se determinar, sem que houvesse para tais disposições a previsão de um castigo,

tal fato implicaria na impossibilidade de se distinguir uma norma moral de uma jurídica, exceto pela origem.

Por esta razão há de se rejeitar uma definição de Direito que não o defina como uma ordem coativa “especialmente porque só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra social” (Kelsen, 2003, p. 60).

Em diversas passagens das obras de Kelsen, portanto, encontra-se menção ao ordenamento como um conjunto de preceitos tendentes a organizar e ordenar as condutas dos homens que se vale dos atos coativos, particularmente as sanções, para obter a conformidade desejada e garantidora da paz relativa que o Direito pode proporcionar aos seus membros.

Desta forma, cada uma das normas que compõem tal ordenamento devem estar ligadas a atos coercitivos (sanções) sob pena de o Direito não poder ser visto como uma ordem de coerção²⁰.

A passagem posta abaixo, extraída da *Teoria Pura do Direito*, é capaz de reunir as quatro teses que resumem a posição do autor com relação à individualização das disposições jurídicas, uma vez que demonstra: 1) que se o Direito é uma ordem de coerção, então toda norma jurídica, para ser parte deste conjunto, deve estatuir um ato de coerção ou, pelo menos, estar relacionada com uma norma que o faça; bem como que 2) se o Direito é um ordenamento normativo, então, toda norma jurídica, para ser parte deste conjunto — isto é, para que possa ser objetivamente interpretada — deve ter o sentido subjetivo de um ato praticado em conformidade com o procedimento estabelecido pela norma fundamental; e que 3) a obrigação jurídica só surge quando uma norma jurídica prevê, como condição de aplicação de uma sanção, uma conduta que seja o contrário da prescrita como obrigatória; mas, no entanto, que 4) o ato de coerção não precisa ser prescrito como obrigatório, podendo ter, somente, sua decretação e execução autorizadas. Vejamos.

Se se concebe o Direito como uma ordem de coerção, a fórmula com a qual traduzimos a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual significa: a coação de um indivíduo por outro deve ser praticada pela forma e sob os pressupostos fixados pela primeira Constituição histórica. A norma fundamental delega na primeira Constituição histórica a determinação do processo pelo qual se devem estabelecer as normas estatuidoras de atos de coação. Uma norma, para ser interpretada objetivamente como norma jurídica, tem de ser o sentido subjetivo de um ato posto por este processo — pelo processo conforme a norma fundamental — e tem de estatuir um ato de coação ou estar em essencial ligação

²⁰ Conforme será visto adiante, muitos dos críticos acusaram Kelsen de incorrer na falácia da distribuição: se o Direito em seu conjunto é uma ordem coativa, tal assertiva não permite, por si só, concluir que todos os elementos que o compõem sejam coativos.

com uma norma que o estatua. Com a norma fundamental, portanto, pressupõe-se a definição nela contida do Direito como norma coercitiva. A definição do Direito pressuposta na norma fundamental tem como consequência que apenas se deve considerar como juridicamente prescrita — ou, o que é o mesmo, como conteúdo de um dever jurídico — uma certa conduta, quando a conduta oposta seja normada como pressuposto de uma to coercitivo que é dirigido contra os indivíduos que por tal forma se conduzam (ou contra seus familiares). Deve-se notar, no entanto, que o próprio ato de coação não precisa ser apenas autorizadas (Kelsen, 2003, p. 56).

Contra tal formulação muitos se insurgiram afirmando que a história nos apresentou várias ordens jurídicas que continham normas que permitem condutas, normas que conferem poderes para se realizar determinada conduta, assim como normas que exigem uma conduta, mas não ligam à conduta oposta, como pressuposto, uma sanção; sendo que a existência dessas poria abaixo a tese de que o Direito é uma ordem de coerção, já que todas são normas sem sanção.

Kelsen rebate as críticas, começando por dizer que o ordenamento jurídico, enquanto ordenamento coercitivo, não se abala pela consideração de que algumas normas estatuem um ato de coação e não estão, elas mesmas, ligadas essencialmente com uma norma que ligue uma sanção à não aplicação da coação no caso concreto. Isso porque conforme o entendimento desse teórico:

(...) a estatuição geral do ato de coação é de interpretar juridicamente, isto é, objetivamente, não como prescrita, mas apenas como autorizada (facultada) ou positivamente permitida (muito embora o sentido subjetivo do ato pelo qual o ato de coação é estatuído em forma geral seja o de uma prescrição) (Kelsen, 2003, p. 56-7).

A definição de Direito como ordem coercitiva se mantém, também, perante as normas que conferem competência, na medida em que tais normas são normas não-autônomas, isto é, são normas que, nada obstante serem destituídas de atos de coação, estão em conexão direta com outra norma que os estatuem. Nos dizeres de Kelsen “quando uma norma prescreve uma determinada conduta e uma segunda norma estatui uma sanção para a hipótese da não-observância da primeira, estas duas normas estão essencialmente interligadas” (Kelsen, 2003, p. 60-1).

Como exemplo típico de tais normas tem-se as de Direito Constitucional que visam regular e ordenar o processo legislativo, uma vez que elas não estatuem quaisquer sanções para as hipóteses de não serem obedecidas, já que se tratam de normas não-autônomas que fixam, tão somente, os pressupostos sob os quais podem ser aplicados os atos de coerção previstos em outras normas. Ressalte-se que, no entanto, a discussão sobre ausência de sanção para estas normas prejudica-se, pois Kelsen considera que se as determinações constitucionais para a feitura de normas não são respeitadas, então com tais

condutas não se produz uma norma jurídica válida, ou são normas nulas ou anuláveis, carecedoras de sentido objetivo conforme à norma fundamental.

Por fim, é bastante esclarecedora a conclusão a que chega o autor explicitada na seguinte passagem:

Do que fica dito resulta que uma ordem jurídica, se bem que nem todas as suas normas estatuem atos de coação, pode, no entanto, ser caracterizada como ordem de coação, na medida em que todas as suas normas que não estatuem elas próprias um ato coercitivo e, por isso, não contenham uma prescrição mas antes confirmam competência para a produção de normas ou contenham uma permissão positiva, são normas não-autônomas, pois apenas têm validade em ligação com uma norma estatuidora de um ato de coação (Kelsen, 2003, p. 64).

Finalmente, quanto às normas permissivas, isto é, o direito de se conduzir de certa maneira ou de praticar determinada atividade, entende Kelsen que estas autorizam a dizer não só que tal conduta não é proibida e que os demais são obrigados a não impedir essa atividade ou comportamento, mas também que o indivíduo com o direito tem o poder jurídico de, no caso de uma violação, instaurar um procedimento que conduza à sanção. Também nas permissões, portanto, há conexão com as sanções.

5.4.5.3

A definição de outros conceitos a partir da sanção

Como conceito primário da teoria de Kelsen, ademais de ser a característica que possibilita a individualização do ordenamento jurídico, também a sanção é utilizada pelo autor para definir os demais conceitos jurídicos da estática jurídica, como o de ilícito, o de obrigação jurídica, o de responsabilidade e, finalmente, o de direito subjetivo.

5.4.5.3.1

O ilícito gera a sanção ou a sanção gera o ilícito?

Como resultado das investigações precedentes pode-se afirmar que o Direito é uma ordem de coação — vale dizer, uma estrutura organizada a partir de atos de coação — de modo que a proposição jurídica apta a descrevê-lo pode ser enunciada nos seguintes termos: sob determinadas condições ou pressupostos, estabelecidos anteriormente pela ordem jurídica, se executam atos de coação, também especificados pela mesma ordem. Destarte, a ação ou a omissão, determinadas pela ordem jurídica como pressupostos de um ato de

coação, afiguram-se como ilícitos ou delitos, ao passo que a reação estatal apresenta-se na forma de uma sanção. Essa natureza da conexão entre sanção e ilícito não é, todavia, pacífica.

Na perspectiva jusnaturalista, segundo a qual ínsito ao conceito de ilícito existe um desvalor moral, uma conduta humana é reputada contrária ao direito por possuir alguma qualidade imanente que a torna indesejável e reprovável, de forma que frente a ela deve o ordenamento prever alguma conseqüência maléfica para o autor. Nesse sentido, o ilícito seria o desencadeador da sanção, que existiria para coibir a prática da conduta que, isoladamente analisada, poderia ser taxada de prejudicial ao corpo social.

Por seu turno, os positivistas, inclusive Kelsen, abominam tal concepção em virtude da mesma incorrer em dois graves erros, sendo o primeiro relativo à crença de que um comportamento por si só possa ser considerado negativo ou perverso e, o segundo, referente à definição de que tal comportamento indesejado viola uma norma jurídica.

Cada um deles foi discutido e, por conseguinte, rechaçado, valendo-se o autor da seguinte linha de argumentação: todos os juízos de valor são relativos e contingenciais, logo não se prestam a enunciar verdades universalmente válidas; em sendo assim, não pode uma ordem jurídica estabelecer quais são os comportamentos reprováveis tendo por base algo tão fluido e incerto como a imoralidade ou a perversão comportamental. Até porque seria insustentável para uma ordem jurídica, que se quer eficaz, conter disposições que alguns círculos de destinatários aprovam e respeitam e outro círculo reprova e desobedeça. Daí a necessidade das disposições jurídicas proibitivas e mandamentais fundarem-se num outro pressuposto, isento de juízos valorativos para determinar as proibições.

Este pressuposto será a previsão de sanções para certos atos, conclusão esta que desencadeia uma inversão da lógica jusnaturalista, vez que o ilícito não mais é visto como o fato que gera a sanção, mas sim como o fato gerado por ela, ou em outras palavras, o ilícito perde sua existência autônoma e passa a depender de uma sanção que o reconheça como tal. Tal raciocínio autoriza dizer que uma ordem jurídica pode considerar que um ato é um delito pelo fato de ligar a ele uma sanção, enquanto uma outra ordem jurídica, diversa da primeira, que não prevê para tal fato nenhuma conseqüência, o considera um indiferente.

Do exposto, vê-se que do ponto de vista do Direito positivo não existe qualquer fato que sozinho, ou seja, sem a respectiva conseqüência estatuída

pela ordem jurídica, seja um ilícito, já que não há que se falar em comportamentos *mala in se*, apenas em comportamentos *mala prohibita*.

Quanto ao pensar o ilícito como uma ação contrária ao Direito, que viola uma de suas prescrições e, por conseguinte, o nega (ou o ameaça, ou o suprime), diga-se que é errônea e que a falha decorre de uma interpretação que pressupõe ser impossível a convivência entre uma norma que prescreve uma conduta específica e uma situação de fato que é o oposto da prescrita, quando na verdade não há nenhuma contradição lógica entre elas. As contradições somente surgem quando num mesmo ordenamento uma proposição diz X, enquanto uma outra diz não-X e ambas se pretendem válidas, mas, por serem opostas, uma delas não pode subsistir já que somente uma será considerada verdadeira. O que acontece com a norma e a conduta fática que lhe é oposta não pode ser considerado contradição, pois ambas podem ser verdadeiras e, conseqüentemente, coexistirem, na medida em que uma diz somente que um indivíduo “deve” se comportar de uma forma, enquanto a outra diz que esse mesmo indivíduo não se comportou “de fato” (e não que ele “não deve” se comportar) dessa forma.

O autor é explícito em afirmar que a prática de um ilícito não “quebra”, não “lesiona” a norma, visto que:

(...) o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um ato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele. Como tudo o mais, também o ilícito (não-Direito) juridicamente apenas pode ser concebido como Direito (Kelsen, 2033, p. 127).

Finalmente, Kelsen descarta a idéia de que a aplicação de uma sanção é uma conseqüência da ilicitude do ato, pois isso suporia que a noção de ilícito é independente da de sanção, quando, em verdade, o ilícito é que é o conceito dependente. E se isto ainda não restou claro, os seguintes trechos podem auxiliar:

(...) somente pelo fato de uma ação ou omissão 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 (Kelsen, 2003, p. 124).

Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito — mas única e exclusivamente o fato de ela *ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção* (Kelsen, 2003, p. 125, Grifos nossos).

Em suma, a centralidade do conceito de sanção na doutrina kelseniana se faz sentir logo quando se analisa o conceito de ilícito, afinal este último só surge a partir dela, numa dependência explícita. Apesar de a correlação ser mais evidente entre esses dois conceitos, outros também estão atrelados ao de sanção, conforme se verá a seguir.

5.4.5.3.2

A sanção e as obrigações jurídicas

A conduta a qual um indivíduo está obrigado é aquela prescrita pelo ordenamento. Dito de outro modo, um indivíduo só tem o dever de se conduzir de uma maneira específica se tal conduta é prescrita pelo ordenamento, de forma que a obrigação surge da prescrição. E uma conduta, somente será considerada prescrita nas hipóteses em que o ordenamento vincular-lhe uma sanção.

Assim, parece intuitiva a conclusão de que também para definir o conceito de obrigação jurídica Kelsen recorre à sanção, e isso só acontece porque a conceituação da obrigação tem que passar pelo conceito de ilícito. Nesse sentido, afirma que:

Se o Direito é concebido como ordem coercitiva, uma conduta apenas pode ser considerada como objetivamente prescrita pelo Direito e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção (Kelsen, 2003, p. 129).

Como os demais conceitos de sua teoria jurídica, o de dever também não possui qualquer implicação moral; refere-se tão somente a uma ordem jurídica que dita se juridicamente o indivíduo está obrigado a fazer algo ou a omitir a feitura de algo, sendo que se considera obrigado o sujeito que através de sua conduta pode cometer o ilícito e provocar a sanção. De fato o dever “encontra-se numa relação essencial com a sanção” (Kelsen, 2003, p. 130).

De acordo com a estrutura das normas assinalada por Kelsen, o conteúdo do dever jurídico não aparece na norma primária, e sim na secundária. O seguinte exemplo é capaz de elucidar o que foi dito: uma norma primária estipula que “se alguém cometer a violação de um dever deve ser sancionado com uma pena de 1 ano”, ao passo que a norma secundária diz que o agente “deve omitir-se dessa violação”, sendo que essa omissão é o próprio dever jurídico. A norma secundária estabelece a conduta que a ordem jurídica procura ocasionar com a

previsão de sanção feita pela norma primária, logo o dever é o conteúdo daquela.

No que tange aos deveres, uma última colocação merece análise, relativa à diferença que Kelsen cria entre “deveres jurídicos” e “simples deveres”. As normas jurídicas não só prescrevem (ou proíbem) ações, podem também conceder autorização para que alguém pratique determinada conduta, como no caso de se conferir competência para se fazer algo. Isso significa atribuição de um poder para se fazer alguma coisa ou se omitir de fazer, e essa concessão de um poder não pode ser ao mesmo tempo uma obrigação. Entretanto, existem casos em que o próprio ordenamento permite algo ao mesmo tempo em que exige esse algo, transmudando esse poder (ou faculdade) numa espécie de obrigação. Isso ocorreria com os juízes de última instância que têm a faculdade de aplicar a sanção, sem que o não cumprimento dessa permissão os sujeite à qualquer sanção. Partindo dessas considerações, pode-se dizer que é um dever jurídico tanto a conduta oposta ao ilícito que é condição da sanção (para o indivíduo), como o dever de aplicar a sanção (para o órgão ou funcionário competente para tanto). Já os simples deveres são próprios dos órgãos ou funcionários de última instância que não estejam sujeitos e nenhuma outra norma que lhes impute uma sanção para o caso de descumprimento desse dever.

O fato é que essa distinção não foi bem aclarada pelo autor, haja vista ter se valido de opiniões que, não raro, são contraditórias²¹. Conforme dito acima, na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Kelsen disse que é possível aceitar que um comportamento seja devido frente a uma ordem jurídica, ainda que não exista um dever jurídico em sentido estrito capaz de impor uma sanção em caso de conduta oposta, já que seria suficiente, para estes casos, a existência de uma norma genérica que estipule ou determine a imposição de sanção.

²¹ A edição de 1960 da *Teoria Pura do Direito* resolve, de alguma forma, essa inconsistência ao assinalar que esse “dever” dos juízes de última instância nada mais seria do que uma permissão ou uma faculdade, conforme se depreende da seguinte passagem da obra “... o dever jurídico de realizar uma determinada conduta pode ser constituído por uma norma que apenas autorize (confira poder) — e não obrigue — a, no caso de uma conduta oposta, reagir com uma sanção; (...) quando o órgão é constituído no dever de reagir com uma sanção, este dever, em última instância, apenas pode ser instituído por uma norma que confira competência (autorize) a um outro órgão para reagir com uma sanção — não que o obrigue a tal. Também esta norma é descrita por uma proposição jurídica que afirma que, sob determinados pressupostos, deve efetivar-se um ato de coerção, pois ‘dever-ser’ significa não apenas ‘prescrever’, mas também ‘autorizar ou conferir competência’ ou ‘permitir positivamente’, e o conceito de dever jurídico não se identifica com o conceito de dever-ser” (Kelsen, 2003, p.133, nota 4).

Mas, em outras passagens, Hans Kelsen se afasta dessa mesma idéia, quando afirma que não se pode dizer que os deveres dos órgãos de última instância sejam de fato deveres jurídicos, conforme o trecho posto abaixo:

O juiz —, ou, para se usar uma expressão mais geral, o órgão aplicador da lei — pode estar obrigado juridicamente a executar a sanção — no sentido em que o sujeito está obrigado a se abster do delito, a “obedecer” à norma jurídica — apenas se houver uma norma adicional que vincule uma sanção adicional à não execução da primeira sanção. Desse modo, deve haver duas normas distintas: uma estipulando que um órgão tem de executar uma sanção contra o sujeito e uma estipulando que outro órgão tem de executar uma sanção contra o primeiro órgão, no caso de a primeira sanção não ser executada. Em relação à segunda norma, o órgão da primeira norma não é um ‘órgão’ ‘aplicador’ da lei, mas um sujeito que obedece ou desobedece à lei. A segunda norma torna dever jurídico do órgão da primeira norma executar a sanção estipulada pela primeira norma. O órgão da segunda norma pode, por sua vez, ser obrigado por uma terceira norma a executar a sanção estipulada pela segunda norma, e assim por diante. Contudo, essa série de normas jurídicas não pode ser aumentada indefinidamente. Deve haver uma última norma da série, uma norma tal que a sanção por ela estipulada não seja um dever jurídico no sentido aqui definido. Se o significado desta última norma for também expressado dizendo-se que, sob certas condições, uma sanção ‘deve’ ser decretada, então o conceito de ‘dever ser’ não coincide com o de dever jurídico. Um órgão que ‘deve’ decretar uma sanção pode, ou não, estar obrigado juridicamente a fazê-lo (Kelsen, 2005, p. 84-5).

Não obstante as dúvidas que o conceito de obrigação jurídica de Kelsen enseja, em razão da dificuldade em se determinar se de fato haveria obrigações não sancionáveis ou se todas devem ser sancionáveis sob pena de não se reconhecerem como obrigação, este item tinha por propósito confirmar a idéia de que a obrigação é mais um dos conceitos cuja definição passa pela idéia que se tenha de sanção, e, nesse sentido, esperamos haver cumprido com o pretendido.

5.4.5.3.3

A sanção e a responsabilidade

Nem tão estreita quanto as anteriores, mas perceptível e digna de destaque, é a relação entre sanção e responsabilidade: ser responsável é ser sancionável. Em outros termos, dizer que uma pessoa é juridicamente responsável por determinada ação significa que ela está sujeita a uma sanção em caso de não cumprimento de tal conduta.

E esta submissão à sanção — isto é, a consideração de que o sujeito é responsável — independe de ser ele o autor do delito, haja vista tal conduta ilícita poder acarretar a consequência normativa de responsabilizar um terceiro, com quem o agente tenha uma relação específica e reconhecida pelo

ordenamento²². Em sendo assim, a conduta que constitui o pressuposto da sanção não é a conduta praticada pelo responsável, mas a conduta de um outro indivíduo.

Convém ressaltar que esta distinção entre sujeitos — o que pratica o ato pressuposto da sanção e o que suporta a responsabilidade — só é possível porque Kelsen estabelece uma classificação para as responsabilidades. No caso citado acima, tem-se a responsabilidade direta quando a obrigação e a sanção prevista para a conduta contrária recaem sobre a mesma pessoa, ao passo que a indireta caracteriza-se nas hipóteses em que não há identidade entre o sujeito que pratica a ação ilícita (o que estava obrigado) e o sujeito que se submete à sanção em virtude da prática de tal ilícito. As responsabilidades indiretas encontram fundamentação nos casos em que a norma jurídica vincula, por razões afetivas ou como mecanismo social, o sujeito obrigado com um terceiro. No entanto, não há que se falar em tal responsabilidade se a sanção e o ilícito não tiverem previsão numa mesma norma jurídica, de forma que a sanção imposta ao terceiro seja prevista na norma que o ligue ao sujeito obrigado, impondo determinada conduta. Para elucidar o que foi dito pode-se utilizar o exemplo do banhista que morre durante o tempo em que um salva-vidas está na praia e tinha, como dever, a obrigação de vigiar e proteger a integridade física dos demais, quando possível por não gerar riscos pessoais extremos. Nesta hipótese, não há dúvida de que o salva-vidas está juridicamente conectado ao banhista, na medida em que possui o dever de agir para salvaguardar a vida e a integridade deste. Isso enseja uma punição por inobservância de um dever, que não encontrará, porém, fundamento no delito de homicídio, mas no artigo especialmente designado para a violação da vigilância.

Outras classificações são possíveis na obra do autor. As mais importantes referem-se à responsabilidade individual ou coletiva, bem como à responsabilidade intencional ou à responsabilidade por resultado.

Quanto à primeira, a diferenciação é relativa aos sujeitos suscetíveis de serem sancionáveis: ter-se-á uma responsabilidade individual sempre que uma pessoa puder ser sujeitada à sanção, enquanto a coletiva decorre da responsabilização de uma pessoa coletiva. A responsabilidade individual existe quando a sanção se dirige exclusivamente contra o delinqüente, ou seja, contra

²² “O indivíduo contra quem é dirigida a conseqüência do ilícito *responde* pelo ilícito, é juridicamente *responsável* por ele. No primeiro caso, responde pelo ilícito próprio. Aqui o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são uma e a mesma pessoa. Responsável é o delinqüente em potencial. No segundo caso, responde um indivíduo pelo delito cometido por um outro: o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável não são idênticos” (Kelsen, 2003, 134).

aquele que com sua conduta cometeu o delito (responsabilidade direta) ou foi chamado a responsabilizar-se pelo mesmo (responsabilidade indireta). Já a coletiva é comum entre os primitivos que, pouco conscientes do individualismo e muito ligados ao grupo, percebem os feitos mais notórios como algo que todos fizeram, logo reclamam uma recompensa que se dirija a todos e, de igual modo, aceitam a pena como algo que recai sobre todo o grupo. Conforme Kelsen:

Podemos falar de responsabilidade coletiva somente quando as conseqüências do ilícito se dirijam, não contra um indivíduo em singular, mas contra vários ou todos os membros de um grupo determinado a que o delinqüente pertence — como no caso da vingança de sangue, que pode ser executada contra todos os membros da família a que pertence o assassino; ou no caso das sanções do Direito Internacional, represálias e guerra, que se dirigem contra os nacionais do Estado cujo órgão cometeu um delito de Direito Internacional (Kelsen, 2003, 136).

Por seu turno, a diferença entre a responsabilidade pela culpa e a responsabilidade pelo resultado baseia-se na hipótese do ordenamento jurídico considerar como pressuposto de uma sanção uma ação ou omissão através da qual é produzido um resultado socialmente danoso, mas querido, desejado ou, ao menos, previsto; ou aceitar como suficiente para a imposição da sanção um resultado, ainda que este não tenha sido causado com intenção ou previsão.

A responsabilidade por culpa tem lugar, pois, nas situações em que as normas jurídicas estabelecem como condição para a sanção uma vinculação interna entre o sujeito e o resultado, vale dizer, um querer produzir o resultado, ou no mínimo, ter a possibilidade de prevê-lo. Na responsabilidade pelo resultado, ou não intencional, basta que o comportamento do agente tenha dado causa ao resultado, ainda que não exista qualquer relação ente o querer do agente e o estado de coisas gerado ou modificado por seu comportamento. Para punir o sujeito nestes casos “Basta que sua conduta tenha ocasionado o efeito considerado nocivo pelo legislador, que exista uma conexão externa entre sua conduta e o efeito” (Kelsen, 2005, p. 93).

5.4.5.3.4

A sanção e os direitos subjetivos

Uma das questões mais discutidas em toda a história da teoria do Direito é relativa aos direitos subjetivos, particularmente a sua conceituação. Como quase todas as outras teses de Kelsen, também a que se refere aos direitos subjetivos apresenta-se como uma renovação do que até então era aceito pela cultura jurídica.

Parte o autor da consideração de que a definição habitual empregada de direito jurídico não satisfaz as exigências de cunho metodológico estabelecidas pela *Teoria Pura do Direito*, bem como pela jurisprudência analítica. Isso porque tal conceituação pressupõe que o direito subjetivo (em inglês *right*) e o objetivo (em inglês *law*) são duas coisas distintas que não possuem um denominador comum. Muito provavelmente tal se deve ao fato de alguns ordenamentos (como é o caso do inglês) conterem simultaneamente duas palavras absolutamente distintas para significar “direito” (*law*, significando a própria ordem jurídica e *right* significando o direito subjetivo de determinada pessoa) de modo que o dualismo se sustenta sem que haja razão para tanto — afinal, o direito jurídico não é interpretado como um interesse incondicional, mas sim como um interesse que encontra proteção na ordem jurídica, ou como uma vontade que é reconhecida e satisfeita pelo ordenamento, de modo que o direito objetivo e o subjetivo possuem relação entre si.

Em verdade, a dificuldade em se entender a relação entre ambos advém da concepção de que o direito subjetivo é, lógica e temporalmente, anterior ao objetivo; isto é, existiriam num primeiro momento somente direitos subjetivos que com o passar do tempo foram sendo declarados pelo Estado e tornados parte do direito objetivo. Kelsen argumenta que a existência precedente dos direitos subjetivos é insustentável uma vez que o aspecto jurídico de um fenômeno não pode ser percebido pelos sentidos: a afirmação de que o sujeito possui ou não alguma coisa, ou algum direito, é um julgamento que somente se torna plausível se há a pressuposição de uma norma válida capaz de conferir sentido jurídico a tal declaração. O que Kelsen quer tornar claro é que a ausência de uma norma geral regulando a conduta humana torna impossível fazer qualquer afirmação sobre a existência ou não existência de Direitos. Assim “Se existe uma questão de direito jurídico, deve-se pressupor uma regra jurídica. Não podem existir direitos jurídicos antes da existência do Direito” (Kelsen, 2005, p. 114), pois “Enquanto um direito não foi ‘garantido’ pela ordem jurídica (...) ele não é um direito jurídico” (Kelsen, 2005, p. 114).

Apesar de logicamente absurda, o autor reconhece que a teoria da precedência dos direitos subjetivos é de grande importância política, pois seu propósito incontestado é o de influenciar na formação do Direito, ao invés de meramente descrevê-lo, mantendo ideologicamente alguns direitos, como a propriedade. Isso porque se é aceita a concepção de que os direitos subjetivos precedem o Estado, juridicamente fica impossível extinguir a instituição da propriedade, pois é um direito que pertence aos indivíduos bem antes do Estado

declará-lo — logo este último não tem competência para privar os sujeitos deste direito. Exatamente por ser uma ideologia política e não uma descrição científica do Direito é que Kelsen rechaça tal doutrina, buscando alternativas para construir um conceito neutro, válido enquanto técnica a serviço do Direito positivo.

Outra dificuldade que se coloca na trajetória de quem pretende entender o que é o direito subjetivo tem que ver com o fato desta mesma palavra ser utilizada para designar várias situações, todas distintas. A título de exemplo, pode-se empregar o vocábulo para indicar o reflexo de uma obrigação (“pelo preço que paguei para jantar neste restaurante tenho direito a uma refeição bem servida”); fazer referência a um direito em sentido técnico (“João tem direito a uma indenização pelos danos que Pedro causou em seu carro, o que será obtido através de uma sentença judicial”); ou a uma permissão positiva (“tenho direito de usar sapatos azuis”); um direito político (“como o povo é soberano tem o direito de eleger seus representantes que o governarão”); bem como uma liberdade fundamental (“tenho direito que a sentença ditada incorretamente seja anulada”). Kelsen sintetiza tais possibilidades da seguinte maneira:

Em resumo, pode-se dizer: o direito subjetivo de um indivíduo ou é um simples direito reflexo, isto é, o reflexo de um dever jurídico existente em face deste indivíduo; ou um direito privado subjetivo em sentido técnico, isto é, o poder jurídico conferido a um indivíduo de fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico, em face dele existente, através da ação judicial, o poder jurídico de intervir na produção da norma individual através da qual é imposta a sanção ligada ao não-cumprimento; ou um direito político, isto é, o poder jurídico conferido a um indivíduo de intervir, já diretamente, como membro de uma assembléia popular legislativa, na produção das normas jurídicas gerais a que chamamos leis, já indiretamente, como titular de um direito de eleger para o parlamento ou para a administração, na produção das normas jurídicas gerais que o órgão eleito tem competência para produzir; ou é, como direito ou liberdade fundamental garantida constitucionalmente, o poder de intervir na produção da norma através da qual a validade da lei inconstitucional que viola a igualdade ou liberdade garantidas é anulada, quer por uma forma geral, isto é, somente para o caso concreto. Finalmente, também pode designar-se como direito subjetivo a permissão positiva de uma autoridade (Kelsen, 2003, p. 162).

Relacionar cada um desses sentidos possíveis de direito subjetivo com a sanção, dará a dimensão do entrelaçamento entre os dois conceitos na doutrina kelseniana.

No primeiro caso, em que se tem o direito enquanto o reflexo de uma obrigação, a sanção condiciona a existência do direito, haja vista o fato de a todo direito corresponder uma obrigação e, conseqüentemente — como a obrigação só existe se a sua não observância for sancionável —, uma sanção. Note-se, entretanto, que enquanto todo direito apresenta-se como reflexo da previsão de

uma obrigação, nem toda obrigação tem como corolário um direito. Existem casos em que se prevê uma obrigação geral, e não uma específica perante um indivíduo determinado, que não gera nenhuma pretensão ou direito para os demais; por exemplo, frente à obrigação genérica de não matar dirigida à comunidade em geral, não há que se falar no surgimento de um direito subjetivo de não ser morto.

Quando, por outro lado, diz-se que “João tem a obrigação de pagar a quantia de cem reais a Pedro”, o direito de este receber a quantia resta óbvio, não obstante a obrigação independe da existência desse direito, mas sim da sanção que pode ser aplicada caso haja descumprimento. Desta forma, Kelsen também se afasta do pensamento tradicional ao preceituar que os direitos são anteriores às obrigações.

A ligação entre direito subjetivo e sanções fica ainda mais clara se o primeiro é analisado no sentido técnico anteriormente posto. Entre as condições da sanção existe uma ação dirigida ao órgão de aplicação, em forma de uma demanda, para que disponha sobre a execução desta sanção, de forma que sem a sanção não existiria a obrigação, nem o direito subjetivo; enfim, não se teria sequer a norma jurídica. Dito de outra maneira, o direito subjetivo só existe porque se reconhece que o Direito é um sistema de normas, dentre as quais uma protege tal interesse ao ligar à ofensa desse interesse um dever de não lesá-lo, que se não for obedecido ensejará a aplicação de uma sanção por parte dos órgãos estatuídos para tanto.

Por sua vez, o direito de se conduzir de determinada maneira ou de praticar determinada atividade significa não só que tal conduta não é proibida e que os demais são obrigados a não impedir essa atividade ou comportamento, mas também que o indivíduo com o direito tem o poder jurídico de, no caso de uma violação, instaurar um procedimento que conduza à sanção. Também nas permissões, portanto, as sanções estão conectadas ao que se denomina de “direitos subjetivos”.

Quanto ao direito subjetivo como direito político, a relação com a sanção estaria presente naquelas normas primárias destinadas a sancionar quem impedisse, de qualquer forma, a participação dos cidadãos no processo político.

Que as liberdades fundamentais podem constituir um direito subjetivo está claro, mas não a relação delas com as sanções. Há que distinguir dois casos distintos: quando existir um ato ilícito em sentido estrito, ou seja, quando o próprio ordenamento prevê uma sanção pela sua prática (por exemplo, para o caso em que há prevaricação), o direito subjetivo se confunde com o direito em

sentido técnico, já antes analisado; quando, entretanto, o ato jurídico através do qual se viola um direito fundamental não chega a configurar uma figura jurídica que traga prevista uma sanção, não se pode dizer que exista uma sanção prevista para o caso, a não ser que se considere a nulidade como uma sanção.

5.4.6

Críticas ao modelo kelseniano

5.4.6.1

Introdução

Em conformidade com o que já foi exposto em outras passagens, a coercibilidade é uma característica essencial ao direito, afinal, não há ordem jurídica, considerada como tal, que sobreviva sem as sanções negativas. No entanto, isso não quer dizer que a totalidade das normas jurídicas deva conter sanções para serem consideradas como pertencentes ao ordenamento. Tal falácia, anteriormente denominada falácia da distribuição e imputada à teoria Kelseniana, supõe que se o Direito é em seu conjunto uma ordem coativa, isso nos permitiria concluir, por si só, que todos os elementos que o compõe sejam também coativos. De fato, o que se quer afirmar quando se diz ser o Direito uma ordem social cuja nota distintiva é a sanção, é que a parte imprescindível desse conjunto é composta por sanções, cuja aplicabilidade dependerá da previsão de competência para determinadas autoridades para impô-las.

Isso nos leva a crer que a coercibilidade do Direito não é dependente de normas isoladas, mas sim de que a unidade (o ordenamento) seja uma unidade coativa. Existirão no ordenamento, pois, normas não sancionáveis — ou pelo menos não sancionáveis institucionalmente, vale dizer, normas que não contêm sanções jurídicas, mas que podem ser sancionadas de modos não jurídicos.

Tal consideração afasta a concepção kelseniana de que ou as normas são sancionáveis, ou estão, no mínimo, em relação com outra que estatua sanção. A mesma crítica feita a Austin, pois, aqui encontra lugar: a adoção da concepção homogênea de identificação das normas esbarra em diversos problemas, sendo o principal deles referente à sua impossibilidade em identificar a totalidade das normas que estão presentes nos ordenamentos jurídicos.

Portanto, no que tange às sanções, talvez o maior problema enfrentado por Kelsen tenha sido decorrente da tentativa de singularizar os ordenamentos

jurídicos diante dos demais conjuntos normativos, valendo-se das sanções como elemento diferenciador. Essa postura, quase dependente das sanções, ensejou a seguinte crítica por parte de Hart: a teoria do direito como ordem coercitiva não dá conta da variedade do material normativo que pode ser encontrado em todos os sistemas. Isso porque, em primeiro lugar, mesmo as leis criminais têm âmbito de aplicação diverso da idéia de que são somente ordens dadas a outros, afinal, uma tal lei impõe deveres mesmo àqueles que a fazem. Em segundo lugar, existem leis que não são ordens na medida em que não obrigam as pessoas a fazer coisas; simplesmente conferem poderes para a livre criação de direitos e deveres dentro da ordem coercitiva, vale dizer, não impõem um dever. Finalmente, certas regras de direito não são originadas nas leis e sim nos costumes e não devem, portanto, o seu estatuto a qualquer ato de criação do direito consciente.

Como para Hart o Direito se caracteriza pela fusão de uma variedade de regras, todas as tentativas de uniformizar o material normativo são absurdas, ou, nas suas próprias palavras: “o esforço para reduzir a esta única forma simples a variedade de leis, acaba por lhes impor uma uniformidade espúria” (Hart, 1994, p. 57).

5.4.6.2

A redução do Direito à Força

Como é sabido, um dos temas mais controvertidos e recorrentes para os estudiosos da teoria do direito é a relação entre o direito e a força. Tal relação pode originar dois diferentes tipos de teses: por um lado a que sustenta que o Direito, sem dúvida, tem uma ligação bastante estreita com as ameaças, com o emprego da força e, por conseguinte, com o próprio poder — Kelsen, como tão frisado anteriormente, por reconhecer o ordenamento jurídico como uma ordem coativa certamente é adepto desta primeira —, e uma segunda, que acredita que o Direito não pode se reduzir à força, pois é algo muito mais nobre do que a simples ameaça de utilização de poder.

Em verdade, o Direito parece transitar entre a moralidade e o uso puro da força, de modo a ocupar o espaço deixado entre ambos, afigurando-se, por isso, como um fenômeno bifronte, de duplo rosto: a pergunta sobre o que é o Direito (buscando o sentido de justiça) parece não poder ser resolvida senão através da solução de uma outra pergunta, relativa a quem detém o poder, isto é, referente

a quem tem o poder de ameaçar e exercer de maneira eficaz a força superior (Chagoyán, 2004, p. 203).

A consequência dessa colocação intermediária do Direito (entre moralidade e coação) corre um duplo risco, referente aos extremos, vale dizer, tanto o risco de identificar o direito com o ideal de justiça quanto o risco de identificar o direito com a coação. A teoria de Kelsen é acusada de ser reducionista nesse segundo sentido, por entender “que tudo gira ao entorno das normas que preceituam sanção” (Sgarbi, *Fundações do Pensamento Jurídico*, no prelo, p.151).

Mas o autor contra-argumenta tais críticas, apresentando duas teses anti-reducionistas. A primeira delas baseia-se no fato de que o Direito não é mera força na medida em que se apresenta, tão somente, como um ordenamento que institui, regula e organiza o uso da força. O poder jurídico não é, destarte, um poder baseado na superioridade da força física, é um poder normativo que se baseia em legitimidade e autorização (dada por normas) para exercer atos de coerção que, exatamente pelas razões expostas acima, sujeitar-se-ão às regras, que o limitarão, regularão e controlarão. Além disso, diz Kelsen, um direito que se identificasse completamente com o ideal de justiça, ou que tivesse aspirações nesse sentido, é algo absurdamente irreal. Afinal, na concepção desse autor a justiça é um valor absoluto impossível de ser precisado — quem tentou no máximo logrou encontrar respostas do tipo “dar a cada um o que é seu”, “fazer o bem e evitar o mal”, isto é, fórmulas tautológicas (“bem é o que não for mal”) desprovidas de sentido racional. Em assim sendo, o Direito, enquanto objeto de estudo científico, não é o direito que deve ser, ou melhor, o direito justo, mas sim o direito que é, ou seja, o direito existente na realidade positivada.

Bruno Celano (citado por Chagoyán) desconstrói ambas as teses: a primeira ao afirmar que, segundo Kelsen, o exercício da força física está autorizado pela norma fundamental e que esta somente se faz presente num ordenamento que seja globalmente eficaz, de modo que, em última instância, se vê determinada pela efetividade do poder coercitivo. Assim, ao contrário do que pensa nosso autor, não é o Direito que determina o poder, mas este último que determina o primeiro. Nas palavras de Chagoyán:

El conocimiento científico del Derecho prescribe la obediencia al Derecho existente e identifica ese Derecho existente con la efectividad del poder físico; así, prescribe la obediencia al poder físico efectivo (Chagoyán, 2004, p. 208).

Contra a segunda tese, argumenta Celano que a idéia de formular uma cadeia de validade para o conjunto normativo nada mais é do que a tentativa de justificar a obediência ao Direito existente. O discurso científico em torno do

Direito que “é”, não deixa de ser uma forma de ideologia política, que trata de justificar a observância às prescrições estabelecidas pelo direito, de forma que há alguma tentativa de conformação à justiça — já que se o exercício do poder coativo é válido, quando se ameaça e se impõe com êxito a força física, estar-se-ia tomando uma medida adequada e conforme à justiça.

6

Conclusões gerais

Os três capítulos anteriores foram apresentados, no que foi possível, de modo similar, pois primeiro foram feitos rápidos apontamentos biográficos sobre o autor objeto de estudo; depois os aspectos-chave de sua teoria jurídica foram investigados, nunca abandonando o propósito de relacioná-los com o tema principal deste trabalho, qual seja, as sanções; em seguida cuidou-se de analisar especificamente as sanções na teoria jurídica sob análise, deslindando sua relevância, centralidade, estrutura e função; para, ao final, tratar dos principais problemas enfrentados pelo autor através da apresentação de algumas das mais importantes críticas que recaíram sobre suas teses.

Tal linearidade metodológica se deveu, principalmente, à preocupação em justificar a escolha dos autores: acreditamos que apresentando suas obras e as atribuições que conferiram às sanções sob uma mesma estrutura, tornar-se-ia mais facilmente perceptível não apenas que todos eles são herdeiros intelectuais de uma mesma tradição de pensamento jurídico, mas também a influência direta que um exerceu nas formulações teóricas dos outros.

No entanto, chegando ao final do trabalho pudemos perceber que este método, nada obstante ter cumprido com seu propósito, deixou a desejar num ponto crucial: a opção por estudar os autores em separado permitiu alcançar algumas importantes conclusões, cada uma delas referente, unicamente, ao jurista que estava sendo examinado, o que prejudicou sensivelmente uma investigação em comparado de todos eles.

Respeitando a regra implícita para os trabalhos acadêmicos de que nas conclusões o autor deve ficar adstrito à elaboração de uma síntese das principais questões discutidas no corpo do texto e à feitura de considerações críticas acerca dos resultados alcançados, sem jamais introduzir novas informações, ocupar-nos-emos agora de uma análise de alguns dos problemas que foram tratados pelos três autores e que consideramos importantes para esboçar o princípio de uma teoria sobre as sanções. Acaso se procure, pode-se encontrar todas as conclusões que aqui apresentaremos nos capítulos referentes aos próprios autores, às vezes de forma explícita, em outras não. A única diferença é a virada de perspectiva: ao invés de analisar nos autores cada um dos problemas teóricos envolvendo as sanções, analisaremos os problemas

teóricos das sanções e a pertinência em falar deles nas teorias dos autores aqui abordados.

A primeira pergunta que se impõe é saber se são as sanções elementos internos ou externos da norma, ou, em outros termos, se devem ser estudadas estruturalmente (como parte integrante das normas) ou funcionalmente (com o objetivo de determinar a finalidade das mesmas). Dos três autores que foram estudados, somente em Kelsen encontramos a afirmação categórica de que as sanções são elementos internos das normas, excluindo qualquer relação com elementos extrajurídicos. Tal se deve, não porque o autor considera irrelevante o ponto de vista funcional, mas por acreditar que não é matéria jurídica, mas tão somente de uma análise do tipo sociológica ou psicológica. Sem embargo, em alguns momentos nos quais Kelsen procura justificar a importância das sanções no ordenamento ele se vale de afirmações do tipo: “As sanções são estabelecidas pela ordem jurídica com o fim de ocasionar certa conduta humana que o legislador considera desejável” (Kelsen, 2005, p. 71, sem grifos no original), que, a nosso ver, denotam resquícios de funcionalidade.

Já em Bentham e Austin, a funcionalidade das sanções resta clara, pois ambos se preocuparam em fornecer uma definição funcional das sanções: para eles as sanções são autênticas razões para a obediência. Ambos autores se valem das duas análises (estrutural e funcional): ora falam da sanção como elemento interno da norma, ora como elemento externo. Em Bentham, por exemplo, as sanções são parte das normas (configuram o que o autor chama de parte sancionadora), enquanto Austin as considera um elemento inafastável do comando. Por outro lado, Bentham consigna que as sanções são os únicos motivos úteis para a eficácia do Direito, já que as pessoas se movem tendo em mente a dualidade motivos dolorosos/motivos sedutores, ao passo que em Austin as sanções funcionalmente têm um objeto direto, referente ao estímulo de cumprir as normas, e um objeto indireto, relacionado à formação do hábito de obediência dos súditos ante os comando emanados do soberano.

Parece-nos que ambos os enfoques (estrutural e funcional) não devem ser considerados excludentes, já que são necessários para uma análise adequada das sanções; a prevalência de um ou outro vai depender daquilo que se pretende averiguar, pois se a intenção é distinguir a sanção de outros atos de coação, o ponto de vista estrutural será empregado, ao passo que, se o intuito for descobrir quais as razões que motivam as condutas humanas, o ponto de vista funcional deve ser privilegiado.

Quanto à individualização do sistema jurídico a partir das sanções, podemos dizer que esse é um ponto com relação ao qual os três autores se põem de acordo. Todos se preocuparam com a identificação do ordenamento jurídico e apostaram nas sanções enquanto nota distintiva. Bentham foi o primeiro a demonstrar tais preocupações, e também o precursor em tomar como critério distintivo as sanções. Austin construiu seu ordenamento jurídico como um conjunto de comandos, sendo que estes seriam, sempre, sancionáveis. Para Kelsen, cada norma que compõe a ordem jurídica deve prescrever uma sanção, ou, ao menos, estar em conexão com uma norma que o faça.

Não se pode discutir que o critério das sanções é um critério de individualização das normas jurídicas e que, enquanto tal, pode ser utilizado e até mesmo ser considerado preferível a outro. Não nos esqueçamos, todavia, das críticas de que é um modelo que apresenta sérios inconvenientes, a começar por não demonstrar de que forma as normas que conferem poder e são desprovidas de sanção dirigem a conduta dos destinatários e fazem parte do ordenamento jurídico, bem como por não explicar a obediência e observância do Direito por razões diversas da presença atemorizante das sanções e, finalmente, por não dar conta de certas obrigações jurídicas que não estejam ligadas a nenhuma sanção.

No que tange à ligação dever/sanção, podemos perceber nos três autores o intuito de relacionar ambos os institutos. De todos, Kelsen foi o mais rígido ao afirmar que o dever tem sua existência condicionada pela sanção — pois esta é o conceito primário — de forma que os deveres só existem porque a prática da conduta oposta é considerada como condição de aplicabilidade da sanção. Bentham e Austin vêem a sanção como conseqüência provável que será imposta caso os deveres sejam descumpridos. A existência do dever também se subordina à da sanção, afinal um dever só o é em virtude de suas conseqüências.

Os efeitos da adoção de uma perspectiva como a acima descrita também levam a resultados impróprios. Por exemplo: se para me matricular num curso de extensão em Direito Público tenho que arcar com uma desvantagem econômica, eu poderia interpretar esse pagamento como uma sanção (uma espécie de multa) de forma que eu teria, então, o dever de não me matricular (Chagoyán, 2004, p. 302). De fato, parece ser difícil determinar quais são os males e quais são as conseqüências de uma ação que são sanções e que, por isso, tornam a conduta contrária um dever.

Finalizaremos essa análise comparativa abordando o tema das sanções positivas e da função promocional do Direito. Aqui não há concordância na visão dos três autores; Bentham foi o único a atentar para a função promocional que o Direito pode ter se cuidar de incentivar e estimular com prêmios e recompensas as condutas que considera desejáveis desde um ponto de vista social. As sanções positivas são, para o autor, um guia eficaz dos comportamentos conformes ao Direito, apesar de — óbvio — não terem a mesma importância que as negativas. Tanto Kelsen quanto Austin, por outro lado, foram enfáticos ao dizer que as sanções positivas desvirtuam o conceito jurídico de sanção; esta última importa sempre na imposição de um mal, de um castigo, ainda que, como vimos em Kelsen, o destinatário assim não a perceba. Em verdade, parece-nos que as sanções negativas desempenham o papel de protagonista onde as positivas atuam secundariamente, o que por si só, não é suficiente para desconsiderar essas últimas.

Tudo exposto, temos ainda algumas últimas considerações sobre o trabalho, relacionadas, principalmente, com a escolha e delimitação do tema. Não nos restou qualquer dúvida de que escolher um tema como esse para uma dissertação de mestrado tem suas limitações, principalmente porque não permite mais do que uma abordagem extremamente pontual do assunto — afinal, investigamos as sanções, unicamente, sob a ótica do positivismo jurídico —, bem como não abre espaço para qualquer intervenção criativa sobre qualquer aspecto das sanções: privilegia-se, tão somente, a capacidade interpretativa do lugar que ocupa a sanção na obra de três dos maiores teóricos do Direito dos últimos séculos.

Mas de tal escolha, obviamente, derivam também algumas importantes vantagens. Primeiramente, um trabalho investigativo relativo a um conceito específico em autores determinados foi um convite para procedermos a uma releitura cuidadosa de obras clássicas e a um estudo detalhado das mais importantes teses e conclusões alcançadas pelos autores escolhidos, assim como requereu uma atenção particular a todos os conceitos que de alguma forma se relacionassem com as sanções. Ler tais obras a procura dos elementos que nos auxiliassem a encontrar nas entrelinhas uma teoria específica e coerente sobre a importância das sanções para os teóricos escolhidos (quando eles mesmos não se ocuparam de tal tarefa) foi como lê-las pela primeira vez: deixamos de lado a constante preocupação com a compreensão do todo para nos dedicarmos a entender, talvez de forma mais incisiva, um conceito singular.

Ademais, tal tarefa só reforçou aquilo que os professores (em particular o orientador deste trabalho, prof. Adrian Sgarbi) sempre enfatizaram: não se pode menosprezar o estudo dos clássicos. Sem dúvida, todos nós temos o dever — quem sabe em alguns casos, mesmo a obrigação — de ver o mundo e interpretá-lo com nossos próprios olhos. Entretanto, nem sempre a realidade é de tão fácil apreensão, principalmente em se tratando da realidade jurídica, complexa por abranger muitos elementos e poder ser considerada sob tantos aspectos quantos forem seus estudiosos. Daí porque a opção mais viável para todo aquele que tenha pretensões (ainda que mínimas) de conhecer um pouco da teoria do direito, seja iniciar um estudo partindo do que já foi feito antes. Tentar ver o que os outros viram primeiro tem grande valor na formação do jurista acadêmico, principalmente quando os sujeitos observados são autores perspicazes, hábeis e que influenciaram decisivamente, sob alguns aspectos, os que vieram depois. Esses, por assim dizer, já começaram do meio do caminho, trilhando uma estrada já não tão inóspita e, nada obstante, são em geral os principais críticos dos seus precursores. Alegam que os mesmos foram limitados e que suas teorias estão equivocadas, pois possuíam uma visão demasiado estreita dos fenômenos jurídicos. O fato é que se os novos autores conseguem corrigir as impropriedades teóricas ou resolver as questões que pareciam insolúveis (ou que então sequer chegaram a ser pensadas) para seus antecessores, em suma, se nos parece que eles têm uma visão mais clara e sagaz, muito provavelmente é porque estão olhando sob os ombros dos clássicos; é porque constroem seus edifícios jurídico-teóricos sob a confiável fundação deixada pelos mesmos.

O presente trabalho, portanto, para muito além de ser uma tentativa de fornecer uma resposta articulada para alguns dos inúmeros problemas que as sanções ensejam na teoria analítica do direito, pretendeu ser um resgate das teorias clássicas, reafirmando sua importância para o estudo de todo e qualquer tema ainda não satisfatoriamente resolvido pela teoria contemporânea do direito.

7

Referências bibliográficas

AUSTIN, John. **“El objeto de la jurisprudência”**, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, Madrid, 2002.

BECCARIA, Cesare. **“Dos delitos e das penas”**, 1ª ed., Rideel, São Paulo, 2003.

BENTHAM, Jeremy. **“Uma introdução aos princípios da moral e da legislação”**, 1ª ed., Victor Civita, 1974.

_____. **“The limits of jurisprudence defined”**, Columbia University, New York, 1945.

_____. **“Fragmento sobre el gobierno”**, Biblioteca Aguilar de iniciación política, Madrid, 1973.

_____. **“Teoria das Penas Legais”**, 1ª ed., Bookseller, Campinas, 2002.

BERGEL, Jenan-Louis. **“Teoria Geral do Direito”**, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2001.

BOBBIO, Norberto. **“Teoria do Ordenamento Jurídico”**, UNB, Brasília, 1989.

_____. **“Teoria da norma jurídica”**, 1ª ed., Edipro, São Paulo, 2001.

_____. **“O positivismo Jurídico (lições de filosofia do direito)”**, Ícone, São Paulo, 1999.

_____. **“El problema del positivismo jurídico”**, Fontanara, México, 1991.

COMANDUCCI, Paolo. **“Joseph Raz e la teoria del sistema giuridico”**, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VIII, 1, Mulino, Gênova, 1978.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **“Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação”**, 3ª ed, Atlas, São Paulo, 2001.

GARCIA, Benigno Pendas, **“Jeremy Bentham: Política y derecho en los orígenes del Estado Constitucional”**, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988.

GUASTINI, Riccardo. **“Ordenamiento jurídico: un concepto problemático”**, in *Distinguendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999.

HART, Herbert. **“O Conceito de Direito”**, 3ª ed, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1994.

_____. **“Essays on Bentham”**, Clarendon Press, Oxford, 2001.

- HOBBS, Thomas. "**Leviatã**", 2003, Martin Claret, São Paulo.
_____. "**Do cidadão**", 2004, Martin Claret, São Paulo.
- KANT, Immanuel. "**Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**", 2ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- KELSEN, Hans. "**O direito como técnica social específica**", in "O que é Justiça?", Martins Fontes, 3ª ed, São Paulo, 2001.
_____. "**Teoria Pura do Direito**", Martins Fontes, São Paulo, 2003.
_____. "**Teoria Geral do Direito e do Estado**", Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- _____. "**Sociedad y Naturaleza**", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945.
- MORRISON, Wayne. "**Filosofia do Direito (Dos gregos ao pós-modernismo)**", 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- RAZ, Joseph. "**The Concept of a Legal System**", 2ª ed, Clarendon Press, Oxford, 2003.
_____. "**Razón práctica y normas**", 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- SCHAUER, Frederick. "**Las reglas em juego**", Marcial Pons, Madrid, 2004.
- SGARBI, Adrian. "**Clássicos de teoria do direito**", Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
_____. "**Hans Kelsen. Ensaio Introdutório**", 1ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.
_____. "**Fundações do Pensamento Jurídico moderno**", no prelo.
- WEFFORT, Francisco C. "**Os clássicos da política**", 10ª ed., Ática, São Paulo, 1998.