



UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA  
"JÚLIO DE MESQUITA FILHO"  
Campus de Marília



**CULTURA  
ACADÊMICA**  
*Editora*

# A função promocional do direito revisitada

Norberto Bobbio

**Como citar:** BOBBIO, N. A função promocional do direito revisitada. *In:* SALATINI, R.; BARREIRA, C. M. **Democracia e direitos humanos no pensamento de Norberto Bobbio**. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2018. p. 223-246.  
DOI: <https://doi.org/10.36311/2018.978-85-7249-026-9.p223-246>



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial-ShareAlike 3.0 Unported.

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição - Uso Não Comercial - Partilha nos Mesmos Termos 3.0 Não adaptada.

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0 Unported.

# A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO REVISITADA<sup>1</sup>

*Norberto Bobbio*

1. Quando me encontrei diante do título que me propuseram: “A função do direito revisitada”, coloquei-me logo, com certa angústia, a pergunta: “Mas de qual visita se trata?”<sup>2</sup>. De cortesia, de felicitação, de condolência, de controle, de digestão? Pensando bem, aquela que mais me adiciona é, em parte, uma visita de circunstância, porque, provavelmente, se não tivesse recebido o cortês convite da professora Forlati, não teria encontrado outra ocasião de voltar ao tema, em parte uma visita de despedida porque, tendo mudado, nestes últimos anos, a direção dos meus estudos, outros temas me atormentam (e as estações de colheita são ainda, presumivelmente, poucas).

---

<sup>1</sup> Publicado originalmente na revista *Sociologia del Diritto* [Sociologia do Direito], n. 3, 1984, pp. 7-27. Agradecemos ao Instituto Norberto Bobbio pela gentileza da cessão dos direitos de tradução e publicação deste texto. Tradução de Erica Salatini. Revisão técnica de Rafael Salatini.

<sup>2</sup> Para dizer a verdade, coloquei-me uma outra pergunta: se propor mudar o anglicismo “revisitado” pelo mais familiar aos meus ouvidos “reconsiderado”.

Escrevi o meu primeiro artigo sobre o assunto, *Sobre a função promocional do direito*<sup>3</sup>, publicado na Itália e nos Estados Unidos, em 1969, cerca de quinze anos atrás. Mas desde 1972, por razões que seriam longas demais (e não muito interessante) expor, passei do ensino de filosofia do direito, na faculdade de Jurisprudência, ao ensino de filosofia política na faculdade de ciências políticas e não me ocupei mais especificamente do tema. Além da voz *Sanção*, escrita para o *Novissimo Digesto Italiano*, que é de 1968, no qual é dedicado um parágrafo às sanções positivas, publiquei ainda um ensaio sobre as sanções positivas em 1971 e um sobre a análise funcional do direito, que me foi sugerido pelo amigo Renato Treves para a sua revista, em 1975<sup>4</sup>. Não lhes escondo, portanto, que me causa certa fadiga voltar a tratar de uma questão sobre os desenvolvimentos dos quais não estou certo de estar completamente ao corrente.

Para continuar a metáfora do título, e fechar esta premissa propiciatória, existem também as visitas inúteis: são aquelas cujo visitante bate à porta e não vem ninguém abrir, porque o visitado não está em casa ou não tem vontade de se fazer achar.

2. Começo com uma bela história retrospectiva que me serve como ponto de partida para as coisas que direi. A ocasião para me ocupar do tema me foi oferecida durante os últimos cursos de teoria geral do direito que ministrei na tempestade de 1968. Tinha adotado o livro de Hart, *Il concetto del diritto* [O conceito do direito], cuja tradução italiana apareceu, por mérito de Mario Cattaneo (um dos meus anfitriões de hoje), em 1965. Diante da contestação de alguns estudantes e de um então assistente meu, muito capaz, que consideravam a teoria de Hart muito formalística, ministrei dois ou três cursos de sociologia do direito para mostrar que o estudo da teoria geral do direito não era de fato incompatível com o da relação

---

<sup>3</sup> Na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* [Revista Trimestral de Direito e Processo Civil], XXXIII, 1969, pp. 1312-29 e com o título “The promotion of action in the modern State” [A promoção da ação no Estado moderno], no volume *Law, reason and justice. Essays in legal philosophy* [Lei, razão e justiça. Ensaio sobre filosofia jurídica], organizado por G. Hughes, New York University Press, Nova York, 1969, pp. 189-206; agora no volume *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizione di Comunità, Milão, 1977, pp. 13-32 (traduzido no Brasil, com o título: *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri, SP, Mande, 2007).

<sup>4</sup> Os dois no mesmo volume, citado na nota precedente, pp. 32-42 e 89-121.

entre direito e sociedade, que, aliás, um e outro se complementam reciprocamente. Mas comecei a refletir sobre o fato que o renovado interesse pela sociologia do direito, cultivando o que se acreditava reagir ao excessivo formalismo da ciência jurídica tradicional, tinha induzido a teoria geral do direito a passar de estudos dedicados predominantemente a estruturas do ordenamento jurídico e a temas estruturais (como aqueles relativos à completude e à coerência do ordenamento jurídico, capaz de favorecer o nascimento e o desenvolvimento de uma nova disciplina, a lógica deôntica que teve a sua primeira expansão nos anos de 1960), a estudos dedicados ao tema da função do direito, que conduzia *naturaliter* a reflexão sobre o nexos entre direito e sociedade que não podia não iniciar com a pergunta: “Qual é a função do direito na sociedade?”

Quando, em 1974, foi fundada a revista *Sociologia del Diritto* [Sociologia do Direito] e o seu diretor, Renato Treves, convidou alguns colaboradores a expressar a própria opinião sobre o modo de entender a nova disciplina, afirmei, se bem me lembro, pela primeira vez, que a passagem das teorias gerais do direito não sociológicas àquelas sociológicas poderia ser interpretada como uma passagem das teorias gerais, que tomam como objeto da sua análise predominantemente a estrutura do direito, a teorias que consideram predominantemente a função destas, precisando que as primeiras se preocupam mais em saber “como o direito é feito”, e as demais com “para que serve”. Quando Kelsen define o direito como ordenamento dinâmico, quando Hart define o direito como composto de normas primárias e secundárias, as características evidenciadas são claramente estruturais. Não nos dizem nada sobre qual seja o objetivo do direito. Por séculos, o direito é diferenciado da moral pelo objeto (ações externas *versus* ações internas) ou pelo fim (bem coletivo *versus* bem individual) ou pelo tipo de sanção (externa e institucionalizada *versus* interna e difusa). Apenas com Kelsen o direito começou a ser diferenciado da moral com base na diversa estrutura dos dois diversos sistemas normativos (sistema dinâmico *versus* sistema estático). Pareceu-me, então, e me parece ainda hoje, que quem quiser saber mais sobre a função do direito na sociedade e quiser até mesmo contradistinguir o direito de outros sistemas normativos, deve voltar-se para pesquisas antropológicas e sociológicas que considerem o di-

reito como subsistema no âmbito do sistema social global, e que coloquem em destaque o serviço que este rende à sociedade<sup>5</sup>.

No que toca à minha descoberta da função promocional do direito (“minha” não no sentido de que eu a tenha feito, mas no sentido de que cheguei a este ponto eu também)<sup>6</sup>, lembro dois precedentes. Em 1966, a *Rivista di Filosofia* [Revista de Filosofia] publicou alguns artigos sobre o conceito de obrigação em homenagem a Hart, em parte já apresentados em um congresso que ocorreu em Villa Serbelloni, em 1965, na presença do próprio Hart. Neste fascículo, o estudioso argentino, aluno de Hart, Genaro Carriò, escreveu um artigo no qual observava que a teoria geral do direito permanecera fixa à imagem tradicional do direito como instrumento repressivo do próprio estado policial que “com técnicas limitadas perseguia fins também limitados” e que, portanto, o aparato conceitual elaborado pela teoria do direito tradicional tinha se tornado antiquado em relação às mudanças radicais que tinham acontecido na função do Estado. Carriò não se aprofundava muito, mas indicava detalhadamente algumas destas mudanças afirmando:

Hoje o estado regula a economia nos seus aspectos mais sutis. As suas armas são a direção da política fiscal e monetária, o controle do câmbio e do crédito, a regulamentação do comércio exterior. Muitos serviços públicos principais, senão mesmo a maior parte, estão nas suas mãos ou sob o seu controle imediato [...] Existem atividades subsidiadas ou facilitadas; outras, ao contrário, estão sobrecarregadas de forma discriminatória para desencorajá-las. Todo um complexo sistema de contingentes, licenças, repartições, permissões, preventivos, etc., condiciona a atividade produtiva nas suas fases mais importantes.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> “Teoria sociologica e teoria generale del diritto” [Teoria sociológica e teoria geral do direito], *Sociologia del Diritto* [Sociologia do Direito], I, 1974, pp. 9-15.

<sup>6</sup> Tenho a obrigação de lembrar que, em um artigo publicado em 1967, “Controllo sociale e sanzione giuridica” [Controle social e sanção jurídica], G. Lumia já dizia: “Para induzir os componentes de um grupo a manter certo comportamento (ou, o que dá no mesmo, a abster-se do comportamento contrário), podem-se usar duas técnicas: a técnica “promocional” que consiste em religar consequências favoráveis ao comportamento socialmente desejado, ou a técnica “dissuasiva”, que consiste em ligar consequências desfavoráveis ao comportamento “desviante”, isto é, usando o termo “promocional”, que desde então se tornou de uso comum (in: *Studi in onore di Gioacchino Scaduto* [Estudos em homenagem a Gioacchino Scaduto], Cedam, Padova, 1967, p. 5 do extrato).

<sup>7</sup> G.R. Carriò. “Sul concetto di obbligo giuridico” [Sobre o conceito de obrigação jurídica]. *Rivista di Filosofia* [Revista de Filosofia], LVII, 1966, p. 150.

Tal elenco de atividades do Estado levantava imediatamente dúvidas em relação ao conceito restritivo de obrigação entendido como o efeito de uma sanção negativa, isto é, entendido como aquela situação em que me encontro quando tenho fortes razões para acreditar que, se não cumpro a ação prevista pela norma, disso derivará uma consequência desagradável. Talvez o mesmo conceito de obrigação seja um resultado restrito demais, em qualquer modo que fosse entendido, para dar uma resposta satisfatória aos interrogatórios da multiplicação das tarefas do Estado e para a atuação dos quais o Estado se serve do instrumento jurídico.

No mesmo ano de 1966, vinha publicado em uma revista italiana um artigo do conhecido economista austríaco, Friedrich von Hayek, *The principles of a liberal social order* [Os princípios da ordem social liberal], que se colocava o problema da contraposição entre Estado liberal e Estado dos serviços, do mesmo ponto de vista jurídico, mas refletindo não tanto sobre o conceito de obrigação quanto sobre o conceito de norma<sup>8</sup>. Mesmo sendo um economista, von Hayek acreditava poder usar um critério eminentemente jurídico para distinguir as duas diversas formas de Estado: a distinção entre normas de conduta e normas de organização. Com base neste critério, o Estado liberal seria aquele que se serve unicamente de normas de conduta, como são as normas penais (normas repressivas por excelência), o Estado assistencial se serve largamente, ao invés, das normas de organização. Com as palavras do autor:

Uma característica da sociedade liberal é que o cidadão pode ser obrigado a obedecer apenas às normas de direito privado e penal; a progressiva contaminação do direito privado com o direito público durante os últimos oitenta ou cem anos, ou seja, a progressiva substituição de normas de comportamento com normas de organização é um dos modos principais com o qual se cumpriu a destruição da ordem liberal<sup>9</sup>.

Mesmo prescindindo do juízo de valor totalmente negativo sobre o Estado de bem-estar, que eu, pessoalmente, não compartilho, pareceu-

<sup>8</sup> F. von Hayek. "The principles of a liberal social order" [Os princípios de uma ordem social liberal], in: *Il Politico* [O Político], XXXI, 1966, pp. 601-18. Deste artigo, apareceu uma tradução italiana, com o título "Il liberalismo de F. Hayek" [O liberalismo de F. Hayek], in: *Biblioteca della libertà* [Biblioteca da liberdade], IV, 1967, pp. 28-55.

<sup>9</sup> Artigo cit., p. 609.

me que esta resolução da diferença entre Estado liberal e Estado assistencial em uma distinção jurídica não fosse certa.

Em 1970, escrevi um artigo para criticar esta resolução, fazendo notar que qualquer instituição, no sentido weberiano de *Anstat* (diferente de *Verband*, que se traduz, comumente, com um termo genérico como grupo), e, portanto, também o “Estado mínimo”, o menor dos menores, à maneira de Nozick, para esclarecer melhor, não pode abrir mão de normas de organização.<sup>10</sup> Contra o critério normativo usado por von Hayek, eu propunha um critério diverso, que me parecia mais correto: a distinção entre sanções positivas e sanções negativas (sempre um critério do limitado ponto de vista jurídico que não exclui outros critérios de outros pontos de vista), e o ilustrava brevemente deste modo (que transcrevo por inteiro, literalmente, para esclarecer a dimensão e também os limites da minha tese, repetidamente criticada, como veremos):

Sociólogos e economistas, cientistas políticos e juristas concordam sobre o fato de que o processo de industrialização das sociedades modernas tenha aumentado enormemente as tarefas do Estado, contrariamente ao que tinha profetizado Spencer e em conformidade com o que previram Durkheim e, naturalmente, Max Weber. É inegável que esse aumento de tarefas do Estado tenha determinado um aumento das normas de organização, como sustenta [von] Hayek. Todavia, dado que entre essas tarefas é predominante a de dirigir a atividade econômica, é igualmente inegável que o Estado moderno se vale cada vez mais das técnicas de encorajamento, além das técnicas de desencorajamento que lhe eram habituais. Entre essas técnicas de encorajamento o uso do aparato jurídico (isto é, do sistema normativo coativo) assume um papel sempre mais evidente, não para tornar difíceis ou desvantajosos os comportamentos considerados nocivos à sociedade, mas para tornar fácil ou vantajosos os comportamentos considerados úteis, isto é, o uso das sanções positivas. Isso é tão evidente que nos faz considerar agora inadequadas as teorias do direito que não as levem em consideração, e desfocada a imagem essencialmente repressivo-protetora, ainda predominante, do ordenamento jurídico<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> N. Bobbio, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto* [Do uso das grandes dicotomias na teoria do direito], agora in: *Dalla struttura alla funzione* [Da estrutura à função], cit., pp. 123-144.

<sup>11</sup> *Dalla struttura alla funzione* [Da estrutura à função], cit., p. 144. Cito da tradução brasileira: *Da estrutura à função*, p. 137. (Nota da tradutora)

O que estava errado neste trecho era o fato de ter conectado o aumento das tarefas do Estado ao processo de industrialização. O *Welfare State* de hoje tinha tido um precedente histórico no *Wohlfahrt Staat* dos princípios iluminados de 1700, no também chamado *Polizei Staat*, o qual tinha se imposto tarefas de política econômica, perseguidos com técnicas que hoje chamaríamos de incentivo. Mas o tema nunca foi devidamente levado em consideração pela teoria do direito. A política econômica considerada como uma seção da administração do Estado, o tema do *Wohlfahrt Staat* era encarregado à chamada *Polizeiwissenschaft*, que compreendia noções de economia, política econômica, ciências das finanças, legislação, administração (como aprendi, todos aprendemos, das importantes pesquisas de Pierangelo Schiera). Ao invés, era justo destacar como a doutrina liberal do Estado, cujo núcleo fundamental é a redução das tarefas do Estado ao mínimo indispensável, tivesse contribuído para reforçar a teoria tradicional da função puramente repressiva-protetora do direito que se reduzia em comandar, proibir e punir, segundo a famosa passagem de Modestino. Basta retomar, mesmo que só por um momento, a constante polêmica dos escritores liberais, como Kant, Humboldt, Constant, contra o Estado paternalista, entendido justamente como o Estado que não se limita a garantir a liberdade dos seus cidadãos, mas os ajuda com medidas de natureza econômica e com auxílios morais, como faz o pai com o filho menor de idade, e aceito, eventualmente (como será para John Stuart Mill) como remédio necessário para os povos que ainda não atingiram a maturidade.

3. Este é o antefato. Porém, devo acrescentar logo que a minha consciência dos precedentes históricos da literatura sobre o assunto era então muito limitada. Não tinha nem mesmo em mente uma obra que conhecia muito bem e da qual tinha me servido por outros motivos, como *La giustizia* [A justiça] de Giorgio Del Vecchio, na qual há uma longa nota sobre o direito premial, rica de referências a autores do passado, alguns até mesmo inusitados, merecedores de serem retomados e ampliados<sup>12</sup>. Ademais, mesmo através de todas estas citações, ainda uma vez se extrai a

<sup>12</sup> G. Del Vecchio, *La giustizia* [A justiça], 6ª. ed. Roma: Casa Editrice Studium, 1959, pp. 227-230. Del Vecchio nota, no início, que esta forma de justiça, que entra na distributiva (do que, para dizer a verdade, é lícito duvidar) “não foi até agora muito estudada”, e as referências a esta tiveram frequentemente “caráter incidental”.

confirmação de que a justiça premial tenha sido sempre considerada como uma forma de exceção da ação do Estado, enquanto estaria relacionada com ações menos relevantes aos fins da ordem pública, que sempre foi considerada como o fim primário do direito e do Estado, ou melhor, do Estado por meio do direito.

Devo fazer uma emenda maior por não ter levado em consideração naquele momento, entre os escritores de direito público, a única obra que colocava com uma clareza insólita o problema. Fiz referência a Kelsen, a Carnelutti, e naturalmente a Jhering, o pai da teoria geral contemporânea do direito, para chamar a atenção sobre o quão pouco os juristas estivessem interessados no tema da sanção positiva. Havia me esquecido daquele áureo livrinho, que havia levado em conta muitas vezes, que é a *Introduzione alle scienze giuridiche* [Introdução às ciências jurídicas] de Tommaso Perassi, que data nada menos que 1922 (mas o cito aqui da reedição de 1953). Já que acredito que esta obra seja pouco consultada hoje em dia, cito textualmente alguns trechos dela:

A norma social é aprendida pelos indivíduos sob a forma de um critério diretivo da conduta humana: essa, isto é, age sobre a consciência dos indivíduos como um motivo, que direciona a conduta, ora como contenção do fazer alguma coisa, ora como incentivo a agir<sup>13</sup>.

Note-se que Perassi usa a palavra “incentivo”, muito mais apropriada ao debate atual que aquela tradicional “prêmio”. Com maior precisão, em nota:

As normas que anexam uma pena são, por exemplo, normas que operam como motivos de abstenção do cometer as ações que levam a uma pena; mas as normas sociais tendem, por vezes, a suscitar também determinadas ações ou fatos, considerados conformes à utilidade social. Assim, por exemplo, as normas que concedem determinadas facilidades ou isenções de impostos a quem constrói casas dentro de certos termos, agem como incentivos a promover a construção de casas<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche* [Introdução às ciências jurídicas], segunda reimpressão. Padova: Cedam, 1953, p. 12.

<sup>14</sup> Op. cit., p. 12.

A única observação a fazer é que, aqui, Perassi não destaca a distinção entre comandos positivos e negativos, de um lado, e a distinção entre sanções positivas e negativas, de outro; e passa do comando negativo que impõe uma obrigação de não fazer à sanção positiva que estabelece um incentivo a fazer, esquecendo que existem as outras duas situações, ou seja; o comando de fazer e o incentivo a não fazer.

4. Enquanto não era desculpável o fato de não ter considerado autores importantes como Del Vecchio e Perassi na teoria do direito, era mais desculpável então o de não ter considerado a ciência política, a qual toma o problema do Estado não do ponto de vista do sistema normativo, mas do ponto de vista do sistema de poder. Mas naquela época conhecia muito menos da literatura de política sobre o problema do poder do que conheço hoje. Somente nestes últimos anos consegui estabelecer com certa clareza que o difícil encontro entre teóricos do direito público e teóricos da política, os quais estudam o mesmo objeto, o Estado, mas se ignoram uns aos outros, depende do fato que veem o mesmo objeto de dois pontos de vista opostos: os juristas do ponto de vista das normas que regulam o exercício do poder; os cientistas políticos do ponto de vista do poder que produz as regras que vinculam uma coletividade inteira. A confusão entre os dois pontos de vista nasceu também da bem conhecida teoria de Schmitt do “decisionismo”, considerado como uma das três formas de pensamento jurídico: não, o decisionismo é o ponto de vista da teoria política contraposto ao normativismo, que é o ponto de vista da teoria do direito. Nada serve mais para explicar esta contraposição que uma ulterior reflexão sobre o misterioso objeto que sempre foi a norma fundamental de Kelsen: a norma fundamental é a lógica consequência do ponto de vista normativo que considera o poder *sub specie legis* do mesmo modo que o poder último, o soberano, é a lógica consequência do ponto de vista da teoria política que considera o direito *sub specie potestatis*<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Sobre este ponto, remeto a dois artigos meus recentes: “Kelsen e il problema del potere” [Kelsen e o problema do poder], *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* [Revista Internacional de Filosofia do Direito], LXIII, 1981, pp. 549-570 e “Kelsen e il potere giuridico” [Kelsen e o poder jurídico], in: AA.VV., *Ricerche Politiche* [Pesquisas Políticas], Milão: Il Saggiatore, 1982, pp. 3-26.

No que se refere ao nosso problema, a distinção entre sanções negativas e positivas, é mais que natural que a teoria política se depare com o mesmo problema com o qual se depararam os juristas por séculos: uma vez definido o poder como a capacidade que um sujeito A tem de condicionar o comportamento de um sujeito B, em outras palavras, de induzir B a agir do modo desejado por A, e, portanto, em um modo diferente daquele que teria feito se A não existisse, surge logo a pergunta: como acontece este condicionamento? Com todas as variações possíveis, a resposta é dúplice: o condicionamento acontece com a ameaça de um mal ou com a promessa de um bem.

Já que a literatura é vastíssima, limito-me a duas referências essenciais. No ensaio *Exchange and power in social life* [Troca e poder na vida social] (1964), Peter Blau, que é considerado o fundador da teoria que foi chamada do poder como troca (ou *exchange power theory*) distingue o poder coercitivo que repousa sobre o efeito de sanções negativas e a influência que repousa sobre recompensas (*rewards*), retomando outros autores como French e Raven que, alguns anos antes, haviam diferenciado o *coercive power* [poder coercivo] do *reward power* [poder de recompensa]; e Parsons que distingue sanções negativas e *inducements* [incentivos] (aliciamento, incentivos e similares) que repousam sobre sanções positivas<sup>16</sup>.

A segunda referência me foi sugerida pela leitura de Luhmann, cujas obras foram amplamente difundidas no nosso país, nestes últimos dez anos. No ensaio sobre o *Potere e complessità sociale* [Poder e complexidade social] (que é de 1975, mas apareceu traduzido em italiano por obra de Danilo Zolo em 1979), lê-se:

O poder pressupõe uma situação em que ambos os parceiros individualmente alternativas que ambos desejam evitar, mas de modo desigual, de tal modo que o sujeito que sofre o poder está comparativamente mais propenso a evitar a própria alternativa do que o detentor do poder<sup>17</sup>.

Em outras palavras: “O poder consiste no fato que existem determinadas possibilidades cuja realização é evitada”<sup>18</sup>. Não escondo que

<sup>16</sup> P.M. Blau, *Exchange and power social life* [Troca e poder na vida social]. New York: John Wiley and Sons, 1964, cap. V.

<sup>17</sup> Op. cit., p. 24.

<sup>18</sup> Op. cit., p. 24.

poderia ter sido usada uma expressão mais clara para dizer uma coisa muito banal como o poder se manifesta na capacidade de evitar uma conduta considerada indesejável da parte do detentor do poder. Mas o que nos interessa é o seguinte. Após ter observado que, por mais que a distinção entre sanções positivas e negativas seja velha e de uso comum, não existem muitas pesquisas empíricas centradas em um confronto entre umas e outras; Luhmann afirma que o poder está relacionado apenas com as sanções negativas e não com as positivas. Afirma:

O amor, o dinheiro, a persuasão ao consenso relativo a determinados valores não podem ser especificadas como casos de poder [...] Estamos diante de um uso do poder apenas no caso de, em relação a uma dada situação caracterizada por determinadas expectativas, ser construída uma combinação de alternativas *menos favoráveis*<sup>19</sup>.

Esclarecedor e particularmente adequado ao nosso tema é o exemplo que segue:

As subvenções públicas subordinadas a determinadas condições não constituem enquanto tal uma manifestação de poder, não mais do que o é uma aquisição normal. Estas se tornam a base sobre a qual se explica o poder somente no momento em que se usa a ameaça de anulá-las com o objetivo de impor um determinado comportamento não previsto pelo programa de financiamento<sup>20</sup>.

Naturalmente que, seja para Blau, seja para Luhmann, o termo “poder” é corretamente usado quando o seu exercício se explica através de sanções negativas, não quando o meio usado para condicionar o comportamento dos outros são os aliciamentos ou os incentivos<sup>21</sup>, isto não muda nada em relação ao problema que aqui nos interessa. O problema que aqui

<sup>19</sup> Op. cit., p. 24.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 25.

<sup>21</sup> Não é para excluir que esta limitação do termo “poder” somente para o uso das penas, e não para os prêmios também, contenha uma referência à conhecida teoria do poder de Bertrand Russel, o qual, após definir o poder como a capacidade de produzir os efeitos desejados, distingue três espécies de poder: o poder físico, ou seja, o uso da força bruta, o poder mediante *inducements* [incentivos], que compreende tanto as penas quanto os prêmios, por exemplo tanto o tirar um emprego quanto dá-lo, e o poder-influência, do qual o exemplo clássico é o que se explica no processo educativo (*Power. A new social analysis* [Poder. Uma nova análise social]. Londres: Unwin Books, 1962, p. 25).

nos interessa é o do uso crescente das sanções positivas no momento da passagem do Estado liberal ao Estado social, que foi aumentando a função promocional do Estado que geralmente é desenvolvida através da instituição de prêmios e incentivos. Como consequência, também nos interessa a confirmação que desta situação se pode obter pela atenção que também os sociólogos e os cientistas políticos dedicam à distinção entre sanções negativas e sanções positivas e à relevância destas últimas na sociedade atual, independentemente da maior ou menor apropriação do termo “poder”, para falar indiferentemente do uso de umas e de outras. Eventualmente se pode ainda observar que, sendo o objeto da nossa análise exclusivamente os prêmios e os incentivos jurídicos, dificilmente se pode evitar fazer referência ao poder do Estado, no sentido específico de poder coativo, já que apenas através do exercício deste poder, dos prêmios e dos incentivos públicos, pode ser garantida a execução.

5. Outro aspecto do problema que havia negligenciado era a pesquisa de precedentes históricos na doutrina jurídica e política relativa à ação que o Estado explica não com penas, mas com prêmios. Uma das fichas mais interessantes com a qual enriqueci o meu dossiê foi retirada da leitura de *A educação de um príncipe cristão* [1515] de Erasmo, onde se lê este trecho (que nunca é demais definir como antológico):

Em seu *Oeconomicus* [Econômico], Xenofonte sagazmente demonstrou que todas as criaturas podem ser induzidas a obedecer por duas coisas em particular: incentivos, tais como alimentos, se forem do tipo inferior, ou mimos, se forem mais nobres, como um cavalo; ou pancadas, se forem teimosas, como o asno. Porém, visto que o homem é a mais nobre das criaturas, é simplesmente adequado que ele deva ser induzido a obedecer à lei mediante recompensas, e não coagido mediante ameaças e punições. Portanto, a lei deve não apenas estipular as penas para os malfeitores, mas também oferecer recompensas para incentivar a prestação de serviço ao Estado. Sabemos que os antigos tinham muitas leis deste tipo [...] É claro que o melhor tipo de cidadão sempre irá seguir a melhor conduta, mesmo que nenhuma recompensa seja oferecida, mas esses incentivos são úteis para inspirar as pessoas menos educadas a procurar seguir uma conduta honrada<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Cito da tradução brasileira: Erasmo de Roterdã. *A educação de um príncipe cristão*. Trad. Bras. V.T. Souza. In: *Conselho aos Governantes*. Brasília: Senado Federal, 2003, pp. 389-390. (Nota da tradutora)

Esta passagem não necessita de nenhum comentário, pois é clara, exceto sobre um ponto de particular interesse: os exemplos que Erasmo dá de ações que merecem ser “promovidas” pelo Estado se referem, todas, a atividades militares e guerreiras, enquanto hoje o que distingue a ação promocional do Estado daquela tradicional, é a intervenção na esfera econômica. Tradicionalmente o Estado se identificou com o poder militar. Na idade moderna, mesmo sendo ainda representado pelo poder militar, progressivamente alargou sua esfera de atividade à economia atribuída tradicionalmente à esfera dominada pelo poder familiar e privado.

Outra solicitação me veio do admirável livro de Elias Canetti, *Massa e poder*, cuja leitura devo à tradução publicada pela Adelphi, em 1981. No capítulo sobre a *Ordem*, em que o autor fala da “fuga” como modo primitivo, instintivo, de se subtrair à ordem, observa que aquele que obriga o outro a fugir poderia matá-lo. Mas, já que entre os homens ocorreu uma domesticação da ordem e a domesticação aconteceu por meio de uma espécie de corrupção pela qual o poderoso obtém do outro homem obediência a suas ordens não pela ameaça, mas pelo suborno, eis que o inferior domesticado acaba por aceitar a ordem sem fugir:

Quando o animal faz o que deve fazer, ele recebe seu petisco da mão do amestrador [...] Em vez de se ameaçar com a morte e obrigar à fuga, promete-se o que, antes de mais nada, toda criatura deseja e cumpre-se rigorosamente essa promessa. Em vez de servir de alimento a seu senhor, em vez de ser devorada, a criatura que recebe uma ordem desse tipo obtém ela própria algo para comer<sup>23</sup>.

Trata-se, no fundo, da troca hobbesiana entre a vida e a escravidão, que permite a Hobbes dizer que mesmo a relação entre senhor e escravo é uma relação consensual. A passagem da pena ao prêmio representa, para Canetti, a passagem da selva à sociedade, mesmo que a uma sociedade de desiguais, na qual o animal de presa é, ao final, substituído pelo animal doméstico.

Estas duas citações, respectivamente de um antigo e de um moderno, mostram o quão grande tenha sido o interesse dos escritores de

<sup>23</sup> E. Canetti, *Masse und Macht* (1960). Cito da tradução brasileira: *Massa e poder*. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 308. (Nota da tradutora)

assuntos políticos pela ação promocional do Estado e a sua função específica. Retomei aqui estas citações unicamente como estímulo para pesquisas ulteriores. No entanto, são para assinalar os estudos históricos de Serenella Armellini, *Saggio sulla premialità del diritto nell'età moderna* [Ensaio sobre a gratificação do direito na idade moderna] (Roma, Bulzoni, 1976), em que se reconstrói a teoria do direito premial em Hobbes, Spinoza, Cumberland, Genovesi, Filangieri e os iluministas italianos, e *Il premio in relazione al rapporto uomo-società nel riformismo italiano. Aspetti e tendenze* [O prêmio no que se refere à relação homem-sociedade no reformismo italiano. Aspectos e tendências] (in: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LX, 1983, pp. 3-27).

6. Para além das pesquisas históricas, que têm um valor unicamente retrospectivo, o problema da ação promocional do Estado foi cada vez mais reconhecido, nestes últimos dez anos, como merecedora de análises teóricas e de estudos de direito positivo vigente. Um livro de Mario Losano sobre o direito econômico no Japão traz em um dos capítulos um título, *Il diritto come strumento d'incentivazione economica* [O direito como instrumento de incentivo econômico], que, poucos anos atrás, teria sido insólito e agora não é mais.

Nesta matéria, o evento mais significativo foi o congresso sobre o direito premial e o direito penal, promovido pela Fundação Lazzari di Como, por iniciativa do professor Mario Pisani, a quem se deve também o relatório introdutório, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e interdizioni* [Direito premial e sistema penal: relações e interdições]<sup>24</sup>. No qual, após ter citado uma passagem de Beccaria: “Outro meio de prevenir os delitos é o de compensar as virtudes” e retomar uma afirmação lapidária de Merchiorre Gioia: “Mais de uma centena de volumes versam sobre os

<sup>24</sup> Veja-se no volume que recolhe as atas do congresso: AA.VV. *Diritto premiale e sistema penale* [Direito premial e sistema penal]. Milão: Giuffrè, 1983, pp. 11-36. O volume contém contribuições muito interessantes sobre o direito premial, seja do ponto de vista histórico e comparativo, seja do ponto de vista da análise e da interpretação do direito italiano vigente. Do ponto de vista teórico, que aqui recebeu particular consideração, deve-se considerar as contribuições de G. Gavazzi, “Diritto premiale e diritto promozionale” [Direito premial e direito promocional], pp. 37-52; de A. Febbrajo, “Pene e ricompense come problemi di politica legislativa” [Penas e recompensas como problemas de política legislativa]; e de F. Bricola, “Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale” [Função promocional, técnica premial e direito penal], pp. 121-36.

delitos e sobre as penas e apenas alguns sobre o mérito e sobre as recompensas”, ilustra o tema do direito premial no sistema penal, que se tornou particularmente atual, após as várias disposições sobre os assim chamados “arrepentidos”, com uma ampla reconstrução histórica. Referindo-se ao meu ensaio de 1969, observa (e é uma observação muito justa) que o direito premial “tem a seu favor uma tradição histórica que remonta no tempo, a uma época que antecede a fase da passagem do Estado liberal clássico ao Estado assistencial”<sup>25</sup>. Observação muito justa, repito, mesmo levando em consideração o fato que as razões do direito premial no sistema penal são completamente diferentes daquelas do direito premial na esfera econômica, tendo, no primeiro caso, como o próprio Pisani reconhece, o objetivo “de trazer algumas medidas complementares e alternativas a uma execução das sanções considerada inapropriada e ineficaz, e, por outro lado, pela exigência de dispor de instrumentos mais eficazes para tutela das instituições e da vida coletiva”<sup>26</sup>; no segundo caso, como foi dito muitas vezes, promover atividades favoráveis ao desenvolvimento econômico e à tutela das classes economicamente mais fracas.

Não obstante isso, o próprio Pisani, que expõe um programa de pesquisas de direito positivo para “dar evidência às componentes, ao perímetro e às linhas evolutivas daquilo que, com todas as letras, não apenas Jhering, mas também Enrico Ferri, Giuseppe Maggiore e outros, têm chamado de direito premial”; programa que não se pode não aderir, demanda que para o estudioso contemporâneo de direito positivo se trata de uma tarefa de “sabor pioneiro”<sup>27</sup>.

7. Até aqui tudo bem. Mas não posso ignorar as objeções que foram levantadas contra algumas das minhas teses, no mesmo volume sobre direito premial no sistema penal citado há pouco, e antes, ainda, na revista *Sociologia del Diritto* [Sociologia do Direito]. Digo logo que nenhu-

---

<sup>25</sup> Op. cit., p. 218.

<sup>26</sup> Op. cit., p. 18.

<sup>27</sup> Op. cit., p. 16. De resto, na mesma declaração programática do congresso se diz que “o congresso propõe focar uma dimensão quase sempre negligenciada pelo ordenamento jurídico: a promocional e mais particularmente a premial”, p. III, das Atas, citado acima.

ma objeção foi levantada em relação à detecção geral, que era o objetivo principal dos meus escritos sobre o assunto, da correspondência entre a função promocional do Estado, característica do Estado social, e o aumento das técnicas premiais ou de incentivo; nem mesmo em relação à consideração inicial, segundo a qual uma das características do Estado social em relação ao Estado liberal reside justamente na passagem da função exclusivamente de garantia à função de promoção, como é demonstrável de forma irrepreensível por meio do elenco de todos os numerosos artigos da nossa Constituição, na qual é usado o verbo “promover” e similares<sup>28</sup>. As objeções são de caráter analítico e conceitual: todas se referem a distinções entre planos diversos que eu deveria ter feito ou esclarecido melhor, por exemplo, a distinção entre as duas funções, repressiva e promocional, e a distinção entre as duas técnicas, sanções negativas e sanções positivas; ou então, distinções que introduzi e teriam se revelado inúteis, como a entre prêmios e incentivos. Visto que se tratam de críticas construtivas, ou seja, de críticas que ajudam a aperfeiçoar a nossa compreensão de um campo ainda insuficientemente explorado (nas palavras de todos), as minhas respostas se limitam a algum esclarecimento quando tive a impressão que tivesse acontecido um mal-entendido involuntário.

Reconheço ter cometido a imprudência de ter me aventurado em uma floresta muito intrincada, da qual ninguém, até agora, conseguiu sair vivo, da análise funcional e do funcionalismo em geral: já que o mesmo termo “função” é usado com significados diversos (tanto que alguém observou que teria feito melhor em não usá-lo), repito aqui a definição que dei no artigo, frequentemente criticado, *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi* [A análise funcional do direito: tendências e problemas], especificando que sempre o associei a uma interpretação orgânica ou organicista da sociedade:

por “função” se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> A esta tese, veja-se expressamente, entre outros, o artigo citado de Bricola, pp. 121-122.

<sup>29</sup> *Dalla struttura alla funzione* [Da estrutura à função], cit., p.111. Cito da tradução brasileira: *Da estrutura à função*, p. 103. (Nota da tradutora)

As primeiras objeções sérias foram levantadas por Mario Jori, em um artigo cujo título é já por si mesmo eloquente: “Existe uma função promocional do direito?”<sup>30</sup>. A sutileza de Jori é tal que, concentrando-me apenas sobre dois pontos das suas observações, provavelmente operei uma simplificação indevida.

O primeiro ponto se refere à acusação de ter caído em um círculo vicioso, porque teria definido a função promocional mediante as sanções positivas e as sanções positivas como as que têm uma função promocional. Pode ser: mas não me parece. Posso ter cometido o erro de ter definido a função promocional por meio do tipo de sanção (porque corretamente se pode observar que se pode promover também impondo penas, mesmo que seja consenso que as penas sejam usadas predominantemente para impedir de fazer), mas não cometi o erro de usar um argumento circular, definindo as sanções positivas por meio das suas funções: repetidamente defini as sanções positivas, de resto, segundo a doutrina comum a juristas, sociólogos e cientistas políticos, como aquelas que se servem de prêmios e incentivos, mais que de penas ou desincentivos; vale dizer, através do meio com o qual tendem a alcançar o objetivo, entendendo por prêmio ou incentivo a promessa do que geralmente se considera agradável e, portanto, tentador; e por pena ou desincentivo, a ameaça de uma coisa desagradável e, portanto, descartável. Que depois possa acontecer que um prêmio não seja agradável (Jori exemplifica com a nomeação para senador fascista dada a um não fascista) e, acrescento (caso ainda mais frequente), que uma pena não seja desagradável (o pobre coitado que se deixa ir para a prisão para ter um teto), e Jori extraia destes casos-limite a conclusão que uma distinção

<sup>30</sup> O artigo foi publicado na revista *Sociologia del Diritto* [Sociologia do Direito], IV, 1977, pp. 405-419. Uma das críticas de Jori foi retomada um pouco depois por G. Lumia, “A proposito di struttura, funzione e ideologia del diritto” [A propósito de estrutura, função e ideologia do direito], na mesma revista no ano seguinte, em uma ampla nota sobre o meu livro, *Dalla struttura alla funzione* [Da estrutura à função], V, 1980, pp. 431-439. Lumia observa que não existe correspondência entre o par função promocional – função repressiva e o par técnica incentivadora-técnica dissuasiva: “Se é verdade que quaisquer fins de promoção social não podem ser realizados (ou podem ser melhor) a não ser mediante técnicas jurídicas incentivadoras, enquanto que outros fins de repressão do desvio se realizam melhor mediante técnicas jurídicas dissuasivas, é também verdade que é prática seguida pelos regimes déspotas conectar algumas vantagens ao pertencimento ao partido único, exemplo, este, eloquente mas não peculiar, de uma função repressiva (do dissenso) que se exercita mediante uma técnica incentivadora” (p. 437). Mesmo se o exemplo não me parece muito apropriado, já que as vantagens conexas ao pertencimento ao partido único têm essencialmente o objetivo de favorecer a inscrição ao mesmo, e, portanto, têm principalmente um objetivo incentivador; a observação em geral é justa: a relação entre função promocional e técnica incentivadora foi colocada por mim em destaque com particular atenção ao estado social contraposto ao estado liberal clássico.

geral entre prêmios e penas acabe por ser enganosa, é, na minha opinião, o efeito daquele hiper-empirismo obsessivo e paralisante que, se aceito, não se pode dizer mais nada de nada, especialmente em um universo do “mais ou menos” e da “maioria das vezes”, como é aquele em que são obrigados a se moverem os estudiosos dos fenômenos sociais<sup>31</sup>.

A segunda objeção consiste essencialmente na observação que o falar de função do legislador impede de ver que realisticamente o que conta são os efeitos de uma norma, e não é dito que um legislador que se propõe a obter certos efeitos (ou, dito de maneira diversa, acredite desenvolver certa função) os obtenha realmente. O exemplo de Jori é o seguinte: o legislador se propõe a promover a construção de casas e ao invés disso obtém como único efeito o enriquecimento de algum empreiteiro. Mas este também é um caso-limite: temo que à força de casos-limite se reduza ao silêncio (um caso-limite, caso se considere que o de enriquecer o empreiteiro seja o único efeito da lei, em se tratando *na maioria das vezes* de um efeito complementar, como demonstra o fato visível a olhos nus que nas cidades dos empreiteiros, as casas, bem ou mal, foram construídas, talvez até mesmo muitas). De resto, o mesmo se pode dizer, com maior razão, e Jori o reconhece, da função repressiva: o legislador promulga normas para impedir o uso da droga e o efeito primordial é a difusão da sua venda clandestina; proíbe o aborto e floresce o tráfico ilícito dos médicos e das parteiras sem escrúpulos. Diz textualmente Jori: “Não se vê por qual motivo elevar à função de direito o quanto se pode constituir a sua fachada oficial” (p. 417). A observação é justa contanto que se admita também a afirmação contrária: “Não se vê porque elevar à função de direito o quanto se pode constituir o conjunto dos seus efeitos perversos”. Os funcionalistas já resolveram há tempos o dilema distinguindo as funções manifestas daquelas latentes, aquelas reais das aparentes, as declaradas das efetivas, etc. Não se vê porque não se possam aplicar estas distinções ao nosso tema da função promocional, distinguindo a função primária da secundária e verificando caso a caso o eventual descarte entre a intenção e a realidade. Use-se mes-

---

<sup>31</sup> Um típico exemplo de “mais ou menos” é a distinção que fazem os cientistas políticos entre partidos grandes, pequenos (talvez muito pequenos também) e médios, ou a que fazem os sociólogos entre classe média, médio-alta, médio-baixa, etc.; um exemplo de “na maioria das vezes” é o elemento da obediência habitual que serve para caracterizar a efetividade de uma norma jurídica (*im grossen und ganzen*, como diz Kelsen).

mo o método da verificação empírica como pede o sociólogo do direito, “sociologize-se” a teoria do direito, comprometida demais com uma longa tradição formalista, embora não se veja, como foi observado por Vincenzo Ferrari, na mesma revista, em um fascículo dedicado em parte ao problema da função do direito<sup>32</sup>, porque também as intenções do legislador não possam constituir material de pesquisa empírica para construir hipóteses sobre os efeitos, ainda mais que não se pode excluir *a priori* que exista uma relação entre intenções e resultados.

O objetivo que Jori retifica com a sequência fechada das suas objeções é, sobretudo, o de colocar o leitor em guarda contra a terminologia funcionalista usada por mim, observando que o uso do termo “função” se mostra ainda uma vez vago e perigoso e propondo substituí-lo com a análise dos objetivos, dos conteúdos e dos efeitos da norma. Parece-me que o conceito de função responda às mesmas exigências aos quais respondem os conceitos de objetivo, conteúdo, efeito, em um nível mais alto de abstração, pelo qual se possa dizer, uma vez acertados conteúdos, objetivos, efeitos promocionais de uma norma, que esta norma tem uma função promocional. O termo “função” aparece, então, mais vago unicamente porque é mais geral. O que me parece mais difícil de entender é porque sendo mais geral seja também “perigoso”. Do pouco que Jori diz sobre isso, no final do artigo, onde acena para o perigo de se permanecer prisioneiros da metáfora organicista, não me parece possível extrair um argumento decisivo para evitar o uso do termo de agora em diante.

8. Se não o funcionalismo como tal, o conceito de função e o uso feito por mim dele constituem o objeto de outra intervenção crítica, o de Letizia Gianformaggio, este também duvidoso desde o título: *Funzione o*

<sup>32</sup> V. Ferrari, “L’analisi funzionale in sociologia del diritto. Problemi terminologici e problemi metodologici” [A análise funcional em sociologia do direito. Problemas terminológicos e problemas metodológicos]. In: *Sociologia del Diritto* [Sociologia do Direito], VII, 1980, p. 67. Neste fascículo, além do artigo de Ferrari e o de Letizia Gianformaggio, ao qual me refiro no parágrafo seguinte, estão outros dois artigos referentes ao tema geral da função do direito, mesmo que mais laterais em relação ao tema específico da função promocional e dos meios para executá-la: V. Frosini, “Neostrutturalismo e dialettica funzionale del diritto” [Neoestruturalismo e dialética funcional do direito], pp. 11-24, que trata o tema da relação entre estrutura e função; V. Tomeo, “Il diritto come segno del potere” [O direito como sinal do poder], pp. 25-42, que evidencia os limites da teoria funcionalista por uma compreensão global do fenômeno jurídico.

*tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione* [Função ou técnica? Considerações provisórias sobre a doutrina da repressão] (*Sociologia del Diritto* [Sociologia do Direito], mesmo fascículo, pp. 71-91).

O ponto principal da crítica é o seguinte: o discurso sobre as sanções, positivas e negativas, é um discurso sobre certas técnicas do direito e não sobre as funções, razão pela qual a minha abordagem de teoria do direito, que pretende sair da análise estrutural e se ancorar à análise funcional, permanece interna à primeira. Esta observação deve ser levada muito a sério porque foi feita contemporaneamente a Riccardo Guastini e independentemente dele em um ensaio publicado nos *Materiali per una storia della cultura giuridica* [Materiais para uma história da cultura jurídica] (X, n. 2, dezembro de 1980, pp. 483-508), intitulado: “Norberto Bobbio teorico del diritto” [Norberto Bobbio teórico do direito] (Série III, que inclui os anos 1966-1980). A primeira diz assim:

O debate sobre as sanções positivas está incluído inteiramente em uma teoria estrutural do direito [...] Um discurso sobre estas técnicas é outra coisa pelo discurso sobre as funções, repressiva e promocional [...] É, definitivamente, um discurso que tem fundamentalmente como objeto a estrutura da norma (p. 76).

A segunda, assim:

A passagem é breve para entender o discurso de Bobbio de um modo diverso de como o próprio Bobbio o entende. Ele não estende a análise do direito da estrutura à função, mas, mais que isso, estende a análise estrutural mesma. Não se aventura no campo da teoria sociológica, mas permanece sobre o terreno da teoria formal. (p. 502)

Esta crítica também deriva de uma desconfiança inicial sobre o conceito de função. Mas enquanto aquela precedente tendia, sobretudo, a dissociar a distinção entre função promocional e função repressiva da (corresponde) distinção entre sanções positivas e sanções negativas, esta tende mais a reduzir o discurso sobre as funções a um discurso sobre técnicas.

Confesso que não estou certo de ter entendido a razão desta crítica. De fato, que as sanções possam ser ditas das técnicas com as quais um

sistema normativo tenta obter a observância das próprias regras, é tão óbvio que ninguém, acredito, pode colocar isso em dúvida. Mas é típico de uma técnica ser o meio para um objetivo. Não consigo entender que se possa falar de uma técnica sem colocá-la em relação com um objetivo. Associo o martelo aos pregos para pregar (mesmo que algumas vezes possamos nos servir dele para dar uma martelada na cabeça do nosso rival); a enxada à terra para escavar; a máquina de escrever que estou usando neste momento à página para preencher com letras. Não posso não associar as sanções aos comportamentos que estas impõem ou proíbem, permitem ou autorizam, facilitam ou dificultam. O homem é um animal teleológico: não se pode entender (no sentido de *verstehen*) a sua conduta se não se dá conta a cada vez do objetivo pelo qual faz o que faz. Desafio a compreender as decisões de um governo ou de um legislador sem se dar conta dos objetivos que a decisão tem como alvo: um dos objetos da interpretação do direito é a assim chamada *ratio legis*, que dá origem à interpretação teleológica, da qual nenhum jurista pode prescindir.

Introduzi o argumento sobre as sanções positivas em um discurso mais amplo que se refere às alteradas tarefas do Estado e, conseqüentemente, os seus fins. Ou seja: falei das sanções positivas como técnica específica do Estado social, de um Estado que possui algumas tarefas e, portanto, dos fins, diversos daqueles do Estado liberal. Se nos detemos nas técnicas, o discurso é incompleto. Mais que incompleto, infundado. Se para indicar a atividade que o Estado social exerce mediante as sanções positivas não quisermos usar a expressão “função promocional”, podemos encontrar outra. A questão não é de palavras, mesmo se concordo com os meus críticos que o uso de uma palavra em vez de outra possa ter determinadas conseqüências. O problema sobre o qual pretendi chamar a atenção é o do aumento da técnica das sanções positivas procedentes em conjunto com o afirmar-se e o estender-se do Estado social, ou seja, de um Estado que se atribuiu a tarefa de intervir usando justamente técnicas específicas, como as sanções positivas, em outros lugares e em outros tempos, reservadas à iniciativa privada. Quem fala em técnicas, e não de funções também, renuncia a ver o nexo entre o uso de certas técnicas e a formação de um Estado diferente daquele que havia dominado durante a estação do livre mercado. Mas, já que

nenhum dos meus interlocutores colocou em dúvida este nexos, o discurso sobre as técnicas se liga diretamente e estritamente ao da função (se depois se pretender usar outra palavra, não será difícil encontrar um acordo).

9. A última crítica sobre a qual pretendo me deter é talvez insuperável, mas é também, por sorte, marginal. Relaciona-se à diferença que eu quis propor, no âmbito das sanções positivas, entre prêmios e incentivos. Sem perceber, acabei por exagerar: não me contentei em distinguir a função (ou o objetivo, ou o efeito) promocional da ação do Estado daquela repressiva, mas pretendi, talvez com um excesso de zelo, distinguir a técnica do prêmio daquela do incentivo, afirmando que o prêmio encoraja, o incentivo facilita; o prêmio vem após a ação concretizada (como a pena), o incentivo precede e acompanha a ação que se pretende encorajar (como o impedimento).

Contra o critério usado por mim para a distinção (não tanto contra a distinção mesma), Giacomo Gavazzi escreveu páginas muito afins, no volume citado muitas vezes, organizado por Pisani, com um artigo intitulado: *Diritto promozionale e diritto premiale* [Direito promocional e direito premial]. Trata-se disso: tendo sempre presente a distinção entre estrutura e função, eu teria distinguido os prêmios dos incentivos em relação à estrutura, no sentido que o prêmio seria o elemento de uma norma condicionada, do tipo “se faz  $a$  pode (pretender)  $x$ ”, e o incentivo, ao invés, o elemento de uma norma técnica, do tipo “se quiser  $y$ , deve  $a$ ”; mas os teria unido na mesma função (a função promocional). Gavazzi afirma que se deveria dizer o inverso, ou seja, que é difícil distinguir prêmios e incentivos em relação à estrutura, já que o prêmio também pode agir, antes que seja atribuído, como incentivo, e o incentivo, no momento em que é dado, em qualquer momento do processo da conduta prevista pela norma, pode agir como prêmio; enquanto que é mais fácil distingui-los em relação à função, já que apenas a função do incentivo pode ser considerada promocional e a função do prêmio seria mais de se considerar como retributiva, analogamente à pena. Em suma:

Se as minhas críticas têm fundamento, a concepção de Bobbio seria literalmente virada do avesso: prêmios e incentivos não poderiam ser distintos em base à estrutura, mas deveriam ser distintos em base à função. (p. 51)

Na conclusão, Gavazzi levanta uma ulterior hipótese: que prêmios e incentivos tenham perdido as suas fisionomias específicas pelo fato que ambos foram investidos por um processo de legalização maciça e, parece, irreversível. O prêmio estava estritamente ligado à doutrina das virtudes e podia ser considerado como um incitamento a cumprir boas ações. Mas nos dias de hoje quem se interessa ainda pelo homem virtuoso? Deixo esta pergunta sem resposta. O jurista faz bem em não cruzar o limiar que separa o direito da ética. Nunca como neste caso vale o antigo ditado: “Ne sutor...” com aquilo que segue.

Disse que este problema é, no conjunto do debate, marginal: de resto, Gavazzi não coloca em discussão a distinção, mas o critério com o qual tentei justificá-la. Posso dizer que, em geral, a distinção foi bem acolhida<sup>33</sup>. Resta o problema que esta distinção, seja válida ou não, suscita e que mereceria ser aprofundada, talvez mais que o problema essencialmente terminológico sobre o uso e o abuso do conceito de função e sobre a existência ou não existência de uma correspondência entre as funções e as técnicas. Trata-se de afrontar, de agora em diante, uma pesquisa analítica de todas as técnicas de encorajamento que são – e sobre isto estamos todos de acordo – uma das características do Estado contemporâneo, com a mesma atenção aos particulares com que foi conduzida, por séculos, a análise das medidas repressivas. Não sei se uma pesquisa do gênero está por ser feita. Sei, pelo programa de pesquisa que a professora Forlati me mandou ano passado, que o propósito do seu grupo de pesquisa é o de recolher um amplo material de documentação em cerca da ação promocional das Comunidades europeias. Não há dúvidas que, justamente da coletânea de dados retirados de pesquisas empíricas, a tipologia das medidas relativas possa ser enriquecida e aperfeiçoada e, portanto, o debate sobre o direito premial possa ser alimentado e melhor orientado.

Neste ponto, minha visita acabou. A vantagem das visitas é a de serem breves. Os ouvintes já começaram a olhar para o relógio e a dar sinais de impaciência. É hora, como se diz, de parar de incomodar.

<sup>33</sup> Veja M. Pisani, “Diritto premiale e sistema penale” [Direito premial e sistema penal], cit., pp. 15-16, e A. Febbrajo, “Pene e ricompense come problemi di politica legislativa” [Penas e recompensas como problemas de política legislativa], cit., pp. 98-99.

