



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



CULTURA
ACADÊMICA
Editora

A sanção e sua relação com os conceitos de direitos na teoria do direito de Norberto Bobbio

Gisele Mascarelli Salgado

Como citar: SALGADO, G. M. A sanção e sua relação com os conceitos de direitos na teoria do direito de Norberto Bobbio. *In:* SALATINI, R.; BARREIRA, C. M. **Democracia e direitos humanos no pensamento de Norberto Bobbio**. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2018. p. 305-316.
DOI: <https://doi.org/10.36311/2018.978-85-7249-026-9.p305-316>



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 SANÇÃO E SUA RELAÇÃO COM OS CONCEITOS DE DIREITOS NA TEORIA DO DIREITO DE NORBERTO BOBBIO

Gisele Mascarelli Salgado

INTRODUÇÃO

Este texto parte de uma reelaboração da minha tese de doutorado publicada com o título *Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio* (SALGADO, 2010). Nesse trabalho tratei dos diferentes tipos de sanção encontrados em cada fase da obra de Norberto Bobbio. Nessa oportunidade discutirei como os vários conceitos de sanção de Bobbio também se interligam com conceitos diferentes de Direito, que percorrem as várias fases e várias obras de Bobbio. Este texto foca-se nas obras de Bobbio que tratam sobre Direito, uma vez que são nelas que os conceitos de sanção aparecem. A hipótese do artigo é que o conceito de sanção como parte do conceito de Direito acaba por desaparecer nas obras de Bobbio políticas, em que a questão do poder passa a ser a mais central da discussão.

Bobbio como todos os autores com uma produção extensa e uma vida longa, reformulam seus conceitos e acabam alterando suas ideias principais. Norberto Bobbio poucas vezes chega a falar expressamente que mudou os rumos de seu pensamento. Um desses momentos é no artigo *La funzione promozionale del diritto revisitata*, em que diz expressamente que abandona a noção de função promocional no Direito (BOBBIO, 1984). Essas alterações do pensamento de Bobbio são geralmente sutis e um leitor pouco habituado a leitura do autor, pode tratar esses conceitos em momentos e obras diferentes como um todo, deixando de compreender a reelaboração conceitual de Bobbio, que é essencial para se entender sua obra.

Outra dificuldade de se percorrer o conceito de sanção na obra de Bobbio e relacioná-lo com as definições de Direito é que Bobbio não escreveu muitas obras completas, como tratados ou manuais. Grande parte das obras de Bobbio são formadas de artigos, compilações e de reunião de escritos para aulas. Esse método fragmentário de Bobbio, permite que ele altere os conceitos ao longo do tempo, sem que o leitor possa perceber. Como a variação parece sutil, essas obras fragmentárias parecem estar tratando sempre dos mesmos conceitos, definidos dos mesmos modos. Bobbio não nega esse seu caráter de dificuldade de definir os conceitos e estabelecer uma obra final, como aponta em sua obra *O tempo da memória*:

Nunca escondi que o que eu escrevia tinha – precisava ter – um caráter provisório. Sempre adiei a passagem do provisório para o peremptório – para retomar duas expressões kantianas –, para um futuro que nunca esteve bem definido, que nunca se realizou, e que agora é tarde demais para iludir-me que ainda possa realizar. (BOBBIO, 1997, p.147).

O próprio método analítico de Bobbio pode ser uma das tentativas de atenuar as variações dos conceitos utilizadas nas suas diversas obras. Tentando definir os conceitos iniciais que iria utilizar, Bobbio não somente visa esclarecer ao público o que entende por determinado conceito, mas parece esclarecer para si mesmo. Nessas definições é possível perceber o quanto os conceitos variam na obra do autor.

Fiel ao método analítico, cuido de observar cada problema de diversos ângulos. Observando um objeto a partir de diversos ângulos, acabo por não conseguir dar uma definição linear e deixar a questão em aberto. (BOBBIO, 1997, p.145).

Pode-se dizer que Bobbio altera seu conceito de Direito, mas o Direito é ainda para o autor um instrumento de controle social e não como instrumento de transformação da sociedade. Isso porque Bobbio ainda se mantém fiel ao conceito tradicional do Direito como norma jurídica estatal, nas suas obras jurídicas. Mesmo quando insere elementos novos nessa definição, ela ainda permanece ligada ao Estado como fonte legítima da produção de normas.

Os textos de Bobbio da fase política, o caráter sancionador parece sumir da definição de Direito. Entender cada fase da obra de Bobbio parece ser uma chave para se estabelecer as mudanças dos conceitos de sanção. Segundo Greppi, em seu texto *Teoria e ideologia en el pensamiento de Norberto Bobbio* (1998) pode-se identificar diversas fases do pensamento de Bobbio. Porém, algumas dessas fases não dizem respeito a suas obras em que a questão do Direito está presente. Mário Losano (1968) irá classificar a obra de Bobbio, no âmbito do Direito, em décadas, iniciando pela década de 50 com aproximação de Carnelutti, 60 com a discussão a partir do pensamento de Kelsen e na década de 70 com a influência de Renato Treves. Destaca-se aqui cinco fases em que o conceito de direito é tratado:

1) busca da superação da teoria kelseniana via fenomenologia, 2) busca da superação da teoria kelseniana pela teoria da linguagem, 3) aceitação da teoria kelseniana com algumas reservas, 4) busca da superação da teoria kelseniana via teoria funcionalista, 5) mistura de um padrão conservador e reformista ao pensar o Direito por meio da política. (SALGADO, 2010).

Apresenta-se abaixo três dessas cinco posições, discutindo o conceito de Direito que está colado a cada uma delas. Essa relação entre sanção e conceito de Direito pode ser vista em algumas obras com textos compilados de Bobbio, destaca-se aqui: Teoria da Norma, Teoria do ordenamento jurídico, Da estrutura à função e A era dos Direitos. Privilegiou-se aqui

uma discussão a partir das obras do Bobbio e não propriamente a partir de comentadores do autor. Essas discussões já estavam presentes nos estudos anteriores e buscou-se evitar a repetição. Buscou-se também resumir os pontos discutidos, para uma visão mais objetiva. Com isso acaba-se sempre perdendo na questão das explicações, porém buscou-se evitar ao máximo se perder a clareza.

SANÇÃO NA TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO E NA TEORIA DA NORMA E O DIREITO COMO ORDENAMENTO JURÍDICO

A sanção na obra *Teoria do ordenamento jurídico* (1995) e na *Teoria da norma jurídica* (2002) é apresentada aos moldes da teoria kelseniana, uma vez que o próprio autor aponta que esses textos são fruto de sua atuação como professor em que visava explicar Kelsen. Bobbio faz a divisão clássica entre normas e sanções: sociais, morais e jurídicas. Para diferenciá-las Bobbio apresenta critérios: quanto ao seu conteúdo, quanto ao seu fim, quanto ao valor da justiça e quanto ao destinatário; mas termina apontando que nenhum desses critérios é suficiente. O que irá distinguir as normas é sua eficácia reforçada, que é garantida pelo Estado. Assim, a sanção é definida no livro *Teoria da norma jurídica*, como “expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias” (BOBBIO, 2002, p. 153).

Bobbio não deixa tão claro como na *Teoria pura do direito* de Kelsen (1994), que é o Estado que irá salvaguardar a norma jurídica. A norma jurídica é tida como aquela mais forte, com coerção externa e a que pode ser exigida mesmo contra a vontade. Mas essa coerção externa se dá por meio da força que é empregada pelo Estado, que é detentor do monopólio legislativo da norma jurídica. O que Kelsen deixa explícito, parece que Bobbio acaba deixando implícito, ou por não concordar ou por concordar em partes. Bobbio chega a falar em organização, uma institucionalização (BOBBIO, 1995, p. 27).

As discussões sobre a necessidade da limitação das conclusões da Teoria Pura do Direito, que vieram pós segunda guerra, podem ser um desses motivos. Isso porque, segundo Kelsen seria possível normas e san-

ções injustas, desde que essas fossem normas e sanções estatais. Essa definição foi amplamente combatida por muitos autores, principalmente os jusnaturalistas. Porém, deve-se ressaltar que Kelsen sabia dos limites de sua teoria e que seus conceitos serviam para estudo de normas e não para seu julgamento. Assim, não há entrelaçamento entre a teoria pura do direito de Kelsen e as questões da moral e, portanto, do valor justiça.

A tese de que o Direito é segundo sua própria essência, moral é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estatal que constitui tal comunidade. Com efeito, pressupõe como evidente que a ordem coercitiva estatal própria é Direito. (KELSEN, 1994, p.78).

No texto *Teoria da norma jurídica* (2002), Bobbio repetindo Kelsen entende que o caráter da norma jurídica é ter como elemento essencial a sanção, porém não é necessária que essa sanção esteja na própria norma, mas ela poderá estar no ordenamento jurídico em seu conjunto, como reelabora no texto *Teoria do ordenamento jurídico* (BOBBIO, 1995, p. 29). Bobbio parece alterar a questão da teoria do ordenamento, quanto alarga o conceito de fontes do Direito, que é definido segundo ele como: “Fontes do direito são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas” (BOBBIO, 1995, p. 45).

Para Bobbio o papel histórico das fontes (1995, p. 41) é fundamental para sua compreensão do Direito, saindo totalmente dos conceitos kelsenianos de uma teoria pura do direito, em que a questão da história e de sua importância não está presente. O que fundamenta não é uma *grundnorm* com caráter hipotético, mas sim o poder originário, que tem suas variações no tempo e no espaço. Esse poder originário é definido como:

É um conjunto de forças políticas que num determinado momento histórico tomaram o domínio e instauraram um novo ordenamento jurídico.

Bobbio parece também amenizar o papel da força física na sanção jurídica estatal, que Kelsen deixa explícito. Bobbio entende que Kelsen e Ross, ao tratarem da questão da força e do ordenamento jurídico confundem o todo com a parte e o instrumento com o fim (BOBBIO, 1995, p. 70). Isso porque para ele:

As regras para o exercício da força são, num ordenamento jurídico, aquela parte de regras que serve para organizar a sanção e portanto para tornar mais eficazes as normas de conduta e o próprio ordenamento em sua totalidade. O objetivo de todo legislador não é organizar a força, mas organizar a sociedade mediante a força. (BOBBIO, 1995, p. 70).

Para Norberto Bobbio o poder pode ser definido como forma essencial para garantir o ordenamento jurídico, mas também destaca o papel do consenso.

Quando a norma fundamental diz que se deve obedecer ao poder originário, não deve absolutamente ser interpretada no sentido de que devemos nos submeter à violência, mas no sentido de que devemos nos submeter àqueles de detém o poder coercitivo. Mas esse poder pode estar na mão de alguém que tem a força necessária para fazer respeitar as normas que deles emanam. Nesse sentido a força é um instrumento necessário do poder. Isso não significa que ela seja o fundamento. A força é necessária para exercer o poder, mas não para justificá-lo. (BOBBIO, 1995, p. 66).

Bobbio insere a questão da justiça para resolver o problema de uma definição do direito somente pautada na lógica. Assim, há correspondência entre a justificação do poder e justificação da norma jurídica. A questão do poder começa se tornar grande trunfo para a superação da teoria pura de Kelsen. Bobbio passa a fazer definições circulares de Direito, norma e poder, que podem ser vistos em sua obra *Studi per una teoria generale del diritto*:

A justiça se funda na legitimidade e a legitimidade funda a validade, a validade funda a legalidade [...] O poder nasce da norma e produz norma; a norma nasce do poder e produz outros poderes [...] O ordenamento jurídico é considerado no seu complexo um entrelaçamento

de normas e poderes, de poderes que pressupõe normas e de normas que dão vida a novos poderes. (BOBBIO, 1970, p. 84-86).

SANÇÃO POSITIVA E NEGATIVA E O DIREITO COMO UM CONTROLE SOCIAL FLUIDO- FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

A sanção positiva é considerada por muitos como um elemento inovador da teoria de Bobbio, porém ela já está presente em outros autores, dentre eles o próprio Kelsen. Bobbio inova ao dar peso maior à sanção positiva, encarando-a como um conceito próprio, que a tradição dos juristas não deu tanta atenção.

A sanção negativa é entendida na tradição como um mal, seja ele econômico, moral, social, físico ou jurídico. Bobbio entende que esse tipo de sanção pode ter duas espécies de medidas instituídas: medidas retributivas e medidas de reparadoras, que buscam um ressarcimento do dano (BOBBIO, 2007, p. 25). Esse tipo de sanção é geralmente atrelado ao caráter de controle social da população. A sanção negativa está muito presente nas leis penais, em que há uma sanção explícita e impressa pelo Estado ao condenado. Grande parte dessas leis penais hoje em dia são sanções restritivas de liberdade, levando a um encarceramento em massa como aponta Wacquant. Bobbio não chega a problematizar as sanções negativas nesse ponto, dando mais ênfase à questão da teoria geral do direito do que do ponto de vista da sociologia.

A sanção positiva também tem um caráter de controle social, mas esse parece ser mais fluido, uma vez que ele visa promover comportamentos desejados por meio de prêmios e não de uma repressão. A recompensa pelo comportamento esperado, é dada ao indivíduo dentro de um Estado e requer um comportamento ativo e não somente de omissão de condutas não queridas (BOBBIO, 2007, p. 17). Bobbio define a sanção positiva em oposição à sanção negativa do seguinte modo:

A noção de sanção positiva deduz-se a *contrario sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo, o bem ao bem. (BOBBIO, 2007, p. 24).

A sanção positiva dificilmente pode ser pensada na esfera do Direito penal, mas é possível encontra-la com facilidade no Direito tributário, como no caso de contribuições financeiras, facilitação de crédito ou mesmo isenção fiscal (BOBBIO, 2007, p. 18). É possível destacar em Bobbio dois grandes grupos de sanções positivas: a facilitação e os prêmios. A diferenciação entre elas não é muito clara quando o autor utiliza-se do Direito, porém ele traz um caso cotidiano para esclarecer a diferença. Quando um pai busca encorajar uma determinada ação do filho para fazer uma tarefa de casa difícil, ele pode auxiliá-lo com um livro ou prometer ao filho que ao fim da tarefa irá levá-lo ao cinema (BOBBIO, 2007, p. 17). A primeira facilita e a segunda premia.

Pode-se afirmar que as sanções positivas estão presentes em outro tipo de direito e que são destinadas àqueles que tem algum tipo de posses ou renda, mesmo que mínimo. Quanto mais uma pessoa tenha de pagar impostos é muito mais provável que ela possa se utilizar do Direito tributário e ter contato mais direto com a sanção positiva, caso contrário ela pode estar mais sujeita ao Direito Penal. Assim, pode-se ver que a medida que o Direito avança rumo ao século XX a importância da sanção negativa diminui, em especial para alguns sujeitos. Surge novos tipos de controle, que não precisam ser necessariamente os de uma sanção como um mal, mas que levam a um direcionamento das condutas dos indivíduos. Essa ideia de que não se pode governar somente com uma espada de ferro, já está presente em um filósofo que Bobbio estudou muito bem: Hobbes.

Bobbio entende que uma sociedade que está fundada somente nas sanções negativas é uma sociedade menos avançada tecnicamente do que as sociedades que aplicam as sanções positivas (BOBBIO, 2007, p. 90). Segundo Bobbio, há um progresso social quando deixa-se de aplicar a força ou se restringe seu uso. O Direito começa a ser definido como um ordenamento de normas jurídicas em que a força direta deixa de ter importância, mas que o controle das ações sociais não deixa de existir. Bobbio não nega o papel das sanções negativas, mas começa a afirmar que as sanções positivas são tão importantes: “Longe de mim a ideia de inverter a tese tradicional, sustentando que as sanções positivas são tão importantes quanto as negativas” (BOBBIO, 2007, p. 67).

O que Bobbio ressalta é o papel do Estado na influência da economia e o papel dessa na vida dos indivíduos. Bobbio também destaca que o Estado está mudando e a economia também, por isso não se pode falar somente em sanções negativas como apontava a tradição. Assim, o direito passa a ter um controle social mais fluido:

O Estado, à medida que dispõe de recursos econômicos cada vez mais vastos, vem a se encontrar em condição de determinar o comportamento dos indivíduos, não apenas como exercício da coação, mas também com o de vantagens de ordem econômica, isto é, desenvolvendo uma função não apenas dissuasiva, mas também como foi dito, promocional. Em poucas palavras, essa função é exercida como uma promessa de uma vantagem (de natureza econômica) a uma ação desejada, e não como uma ameaça de um mal a uma ação indesejada. (BOBBIO, 2007, p. 68).

A inspiração para a construção de sua construção de sanções negativas e positivas pode estar na distinção das normas de conduta e normas de organização, presentes em Hayek, que também foi lido e comentado por Bobbio. As primeiras estão associadas as normas penais, ao direito privado, sanções na liberdade do indivíduo e à um Estado assistencial e as segundas as normas públicas e de um Estado Liberal (BOBBIO, 2007, p. 12). Porém, Bobbio faz uma crítica a essa distinção de Hayek, uma vez que entende que um Estado possui esses dois tipos de normas. O que Bobbio contesta, na sua interpretação de Hayek é a substituição de um tipo de norma e de sanção por outro.

DIREITO DEFINIDO PELA SANÇÃO OU PELA POLÍTICA

A incursão de Bobbio pelas discussões do papel da sanção parece chegar a ao fim, quando Bobbio alarga um pouco o seu conceito de Direito nas suas obras de política. Ao sair de uma filosofia do direito ou de uma teoria geral do direito e passar para preocupações no âmbito da política, Bobbio deixa um pouco de lado as sanções como parte da definição do que é direito e passa a pensar em um direito ligado à política. No livro *A era dos direitos*, Bobbio afirma:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (BOBBIO, 1992, p. 24).

Percebe-se que o Direito aqui não é mais o direito nacional, mas sim um direito supra-nacional, que por seu caráter de sanção fraca, porque não poderia ser garantido via força física, não chegando a ser considerado direito no sentido estrito para Kelsen. Bobbio não chega discutir nessa fase dedicada aos estudos mais políticos, que os direitos humanos não são direitos. Bobbio entende que se trata de dois tipos diferentes de Direito, um que se restringe ao direito positivado pelo Estado e outro que não:

Uma coisa é um direito; outra a promessa de um direito futuro. Uma coisa é o direito atual; outra um direito em potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser; precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado do poder de coerção. (BOBBIO, 1992, p. 82).

Porém, esse tipo de definição de Direito não cabe no âmbito de uma teoria geral do Direito, que está presa a um conceito de Direito que é interno e estatal. Bobbio começa a migrar para conceitos mais alargados de Direito e também do papel do Estado. A superação do conceito de Direito ligado somente as normas jurídicas estatais com sanção negativa está presente nos estudos de Bobbio sobre a política, em que outros conceitos que eram importantes para o autor, passam a ter um caráter fundamental como a questão do poder. Bobbio se diz um positivista, mas não no sentido tradicional, uma vez que para ele o âmbito do direito ainda é um âmbito do dever-ser, da obrigatoriedade das normas estatais e de um Estado que pode exercer força física para o cumprimento das normas, por meio de sanções. Porém, surge um outro tipo de preocupação, a de um Direito que está interessado nas questões políticas, como a questão da democracia. Bobbio sobre isso irá afirmar:

a passagem do direito à política é absolutamente necessária para entender o direito. e a passagem do direito e da política para as exigências de certos princípios morais é necessária hoje, não só para entender, como também – e com isso concluo – para sobreviver. (2007, p. 35).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Bobbio foi alterando os conceitos de sanção e de Direito ao longo de seus textos, podendo-se estabelecer diversas fases de seu pensamento. Pertencem a última fase seus textos de política, em que a sanção do Direito deixa de ser o elemento definidor daquilo que é direito, pelo menos do Direito estatal. Bobbio ainda se mantém preso a uma política que não é propriamente a uma análise, mas um dever ser. Ao tratar sobre os Direitos humanos, Bobbio amplia o conceito de Direito, porém não fala propriamente do tema no mundo do ser. Bobbio faz mais propriamente uma filosofia política, em que o Direito é uma das partes fundamentais e outra o Estado.

O Direito não é unívoco no pensamento de Bobbio e as suas nuances ajudam a entender como o pensamento de um autor se transforma ao longo do tempo e as reformulações que estabelece auxiliam na compreensão da complexidade do pensamento. Assim, estudar a sanção em Bobbio, não é apenas dizer que Bobbio repete Kelsen, nem que ele o nega completamente; pois é possível compreender que é possível encontrar nos vários textos de Bobbio um pouco dessas afirmações, sem que nenhuma seja definitiva

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1995.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2002.
- _____. *O tempo da memória*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- _____. *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappicheli, 1970.
- _____. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela B. Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. La funzione promozionale del diritto revisitata. *Rivista Sociologia del Diritto*, v. XI, n. 3, p.7- 27, 1984.

GREPPI, A. *Teoria e ideologia en el pensamiento politico de Norberto Bobbio*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LOSANO, M. *Sistema e struttura nel diritto*. Torino: Giappichelli, 1968.

SALGADO, G. *Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio*. Curitiba: Juruá, 2010.