

DA ESTRUTURA À FUNÇÃO
NOVOS ESTUDOS DE TEORIA DO DIREITO

NORBERTO BOBBIO

Tradução de

Daniela Beccaccia Verstani

Consultoria técnica de

Orlando Seixas Bechara

Renata Nagamine

BIBLIOTECA
CIRCULANTE



Marole

1 A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

SUMÁRIO – 1. Insuficiência das tradicionais concepções protetora e repressiva do direito – 2. A teoria do direito como conjunto de normas negativas – 3. Relação entre normas positivas e negativas, de um lado, e sanções positivas e sanções negativas, de outro – 4. A teoria do direito como conjunto de normas reforçadas por sanções negativas – 5. Normas de conduta e normas de organização – 6. Função promocional do Estado assistencial – 7. Diferença entre ordenamento repressivo e ordenamento promocional em relação aos fins – 8. Diferença entre ordenamento repressivo e ordenamento promocional em relação aos meios – 9. Diferença entre prêmio e facilitação – 10. Diferença entre ordenamento repressivo e ordenamento promocional em relação à estrutura – 11. Diferença entre ordenamento repressivo e ordenamento promocional, em relação à função.

1. A propósito de uma discussão sobre o conceito de obrigação – que até agora tem sido considerado um conceito-chave da teoria geral do direito –, Genaro R. Carrió observou que grande parte da teoria geral do direito europeia é prisioneira de um conceito de direito que pressupõe “a imagem simplista do Estado como organismo que estabelece as regras do jogo e institui um âmbito”.¹ A predominância dada ao conceito de obrigação e à explicação da obrigação em termos de sanção e de coação seria o principal, e não o mais desejável, efeito daquela imagem:

quando se define ‘obrigação jurídica’ e se atribui uma função a este conceito, pressupõe-se como modelo de sistema um tipo de organização social já superada: o Estado gendarme, que, com técnicas limitadas, perseguia fins igualmente limitados.

¹ G. R. Carrió, *Sul concepto de obligación jurídica*, in “*Revista de filosofía*”, LVII, 1966, p. 141-55. As passagens citadas estão, respectivamente, nas páginas 149, 154, 151.

Dando seguimento à profunda transformação que em todos os lugares deu origem ao *Welfare State*, os órgãos públicos perseguem os novos fins propostos à ação do Estado mediante novas técnicas de controle social, distintas daquelas tradicionais. “Não é possível” – analisa Carrío – “que o aparato conceitual, elaborado pela teoria geral do direito, persista e atravessa inalterado mudanças tão radicais”.

Tomando essa observação como ponto de partida, proponho-me a examinar um dos aspectos mais relevantes – e ainda pouco estudado na própria sede da teoria geral do direito – das novas técnicas de controle social, as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a diferenciavam profundamente da ação do Estado liberal clássico: o emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas tradicionais de desencorajamento. É indubitável que essa inovação coloca em crise algumas das mais conhecidas teorias tradicionais do direito, que se originam de uma imagem extremamente simplificada do direito. Refiro-me, em particular, à teoria que considera o direito exclusivamente do ponto de vista da sua função *protetora* e àquela que o considera exclusivamente do ponto de vista da sua função *repressiva*. É desnecessário acrescentar que, com frequência, as duas teorias encontram-se sobrepostas: o direito desenvolve a função de *proteção* em relação aos atos lícitos (que podem ser tanto atos permitidos quanto obrigatórios) mediante a *repressão* dos atos ilícitos.

Um exemplo clássico da primeira teoria é a que tem por predecessor Christianus Thomasius, segundo o qual o direito se caracteriza por conquistar o próprio objetivo (que é essencialmente protetor) por meio da enação de *comandos negativos* (proibições). A segunda teoria, comum a toda a corrente do positivismo jurídico, de Austin a Hering e Kelsen, é aquela segundo a qual o direito atinge o próprio objetivo (que é essencialmente repressivo) por meio da organização de *sanções negativas* (o direito como aparato coativo, ou *Zwangsortnung*).

2. Como se sabe, Thomasius considerou o direito como um conjunto de normas negativas (que, afinal, se resumiam substancialmente no preceito *neminem laedere*), a fim de oferecer um critério simples e claro que servisse para distinguir as normas jurídicas de outras normas, como as da moral individual e as da moral social.²

Como todas as teorias reducionistas (e a teoria thomasiiana é particularmente simplista), a teoria que vê no direito um conjunto de normas de um só tipo (neste caso, as negativas) é manifestamente falsa. Contudo, é por demais manifestamente falsa para não estimular a observação do que havia por trás dela. O que ela escondia era a idéia de que se deveria atribuir ao direito, exatamente para diferenciá-lo da moral, uma função eminentemente protetora. O surgimento do direito como conjunto de normas negativas assinalava a passagem do estado de natureza para o estado civil, isto é, de um estado continuamente ameaçado pela guerra universal para um estado de paz. A finalidade do direito, dizia Thomasius, era evitar o mal maior para a humanidade – a guerra – e garantir o bem menor – a paz.

Ora, para garantir a paz, bastam normas que impeçam os diversos membros do corpo social de fazer mal uns aos outros, isto é, bastam precisamente as normas negativas. Thomasius cometeu o erro de apresentar como uma teoria do direito, como uma determinação filosófica da essência do direito, o que era, na realidade, um ideal político – como diríamos hoje, uma ideologia. Ele descreveu não o que o direito é, mas o que deveria ser para corresponder ao ideal de um Estado que tem por objetivo não apenas tornar os próprios súditos mais felizes, mas garantir-lhes a liberdade recíproca. Prova disso é que a teoria de Thomasius, como se sabe, foi rejeitada por Leibniz, segundo o qual o direito não pode se eximir de comandar, além de proibir.³

² Como se sabe, Christianus Thomasius apresentou como fundamento do *iustum*, de modo a diferenciá-lo do *honestum* e do *decorum*, a máxima “Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris” (*Fundamenta iuris et gentium*, VI, p. 42). Cf. também §§ 62 e 63, nos quais os exemplos de preceitos jurídicos que adotou são todos de proibições.

³ *Méditation sur la notion commune de la justice*, § 2. (Cito a partir da tradução italiana in G. W. LEIBNIZ, *Scritti politici e di diritto naturale*, organizada por V. MARTINI, Ulet, Turim, 1951, p. 225 em diante).

E, no entanto, o próprio Leibniz aceitara o ideal político do despotismo mais ou menos esclarecido, segundo o qual o soberano deve se preocupar não apenas com a felicidade, mas também com o bem-estar e com os bons costumes de seus súditos. Nas entrelinhas da controvérsia aparentemente escolástica entre Thomasius e seu crítico, escondia-se, na realidade, um contraste ideológico.

Não valeria a pena resumir a teoria de Thomasius, já universalmente esquecida, não fosse o fato de que ela pode estar subentendida em todas as teorias que, uma a uma, inspiram-se no ideal do Estado liberal clássico, do Estado entendido na sua função de simples guarda da ordem pública, começando pela teoria de Kant e terminando com a de Hegel (ainda que limitada ao “direito abstrato”, isto é, ao primeiro momento do espírito objetivo, o qual compreende exclusivamente o direito privado e o direito penal). Não será superfluo recordar que, para Hegel, a necessidade do direito “limita-se, em razão mesmo de sua abstração, à proibição: não lesar a personalidade e aquilo que dela deriva”, com a consequência de que há apenas “proibições jurídicas, e a forma positiva dos preceitos jurídicos, conforme seu conteúdo último, deve ter por fundamento a proibição”.⁴

Nas concepções em que o Estado assume a função de guarda da ordem pública, o direito se resume, pouco a pouco, ao direito penal; e uma das características do direito penal é, precisamente, ser composto, sobretudo, de normas negativas. Uma vez considerado todo o fenômeno jurídico sob o ponto de vista exclusivo do direito penal, a teoria do direito como conjunto de normas negativas parece mais plausível, ou, pelo menos, menos excêntrica (mesmo que continue a ser falsa). Tão plausível que foi explicitamente professada, bem no meio do século XIX, por um obstinado defensor (e profeta) da diminuição progressiva das tarefas do Estado – Herbert Spencer. Ao contrapor ao Estado militar, já em vias de extinção, o Estado industrial em formação, Spencer atribuiu a este, entre outras características,

também a de se utilizar apenas de normas negativas para explicar as suas funções, reduzidas à manutenção da ordem: “ao escravo, ao soldado, ou a qualquer membro de uma sociedade organizada para a guerra” – escreveu ele – “a autoridade diz: ‘Você fará isto; você não fará aquilo’. Mas ao membro da sociedade industrial dá apenas uma destas ordens: ‘Você não fará isto’”.⁵ Não podemos dizer que Spencer tenha sido um bom profeta: nas sociedades industriais modernas, à medida que o processo de industrialização avança, as tarefas do Estado aumentam em vez de diminuir, sem falar das sociedades em que o processo de industrialização ocorreu por meio de Estados que têm as características das organizações que Spencer chamava de militares. Não obstante, aqui nos interessa não tanto a filosofia da história de Spencer, mas a persistente ligação de uma certa imagem do direito com uma certa concepção do Estado, ainda que as duas teorias – a de Thomasius e a de Spencer – não possam ser colocadas no mesmo escaninho, porque aquilo que em Thomasius pretendia ser uma definição da essência do direito, em Spencer tornara-se a caracterização de um tipo de ordenamento jurídico historicamente determinado. Enquanto Thomasius buscava a natureza, sempre igual, do direito para além das suas distintas conformações históricas, Spencer tentava traçar a sua evolução histórica. Resta o fato de que essa evolução histórica tendia para um ordenamento jurídico que deveria ter as mesmas características que o justicialista atribuía ao direito compreendido em sua essência. Isso, talvez, seja uma confirmação da natureza ideológica da teoria negativa do direito, ainda que aqui ela nos interesse não pelo ideal que expressa, mas pela imagem do direito que nela se reflete.

⁴ Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 38 (ver também § 113). [*Principios da filosofia do direito*, 2. ed., trad. port. Orlando Viçorino, São Paulo, Martins Fontes, 2003.]

⁵ *Principles of Sociology*, § 570. É extremamente interessante observar que a tese da função predominantemente negativa do direito foi ressuscitada por um dos maiores teóricos do liberalismo clássico dos nossos dias, F. A. Hayek, *Ordinamento jurídico e ordinamento social*, in “Il Politico”, XXXIII, 1968, p.693-723, em que se lê: “Na realidade, consideramos que as regras de direito privado e penal, ou pelo menos a maioria delas... são apenas proibições que delimitam o campo de ação livre e, apenas em casos excepcionais... chegam a prescrever ações determinadas” (p. 703). Mais interessante ainda é a nota 17, na qual observa que, embora muitos tenham percebido o caráter predominantemente negativo do direito, “ninguém jamais extraiu disso todas as consequências” (p. 703).

3. Por mais que a teoria do direito como ordenamento representivo esteja estreitamente ligada à teoria que acabamos de examinar (nos velhos manuais, Thomasius é considerado, ainda que de modo equivocado, o iniciador da teoria do direito como coação), convém não confundir, do ponto de vista analítico, a distinção entre normas positivas e normas negativas com a distinção entre sanções positivas e sanções negativas. Com termos de uso mais comum, uma coisa é a distinção entre comandos e proibições, outra coisa é a distinção entre prêmios e castigos. As duas distinções não se sobrepõem. Ainda que, de fato, as normas negativas se apresentem habitualmente reforçadas por sanções negativas, e as sanções positivas se apresentam predominantemente predispostas ao (e aplicadas para o) fortalecimento das normas positivas, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas, de um lado, e normas negativas e sanções positivas, de outro. Em um sistema jurídico, muitas das normas reforçadas por sanções negativas são normas positivas (comandos de dar ou de fazer). As técnicas de encorajamento do Estado assistencial contemporâneo aplicam-se, embora mais raramente, também às normas negativas. Em outras palavras, pode-se tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer. Portanto, podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos.

Apesar de as duas distinções – entre comandos e proibições, e entre prêmios e castigos – não se sobrepõem, os prêmios estão, com efeito, geralmente ligados a comandos, e os castigos, a proibições. Existe a tendência de premiar ou punir uma ação mais do que uma omissão – mas uma ação ou é o comportamento conforme a um comando, ou é o comportamento não-conforme a uma proibição. Em outras palavras, é mais fácil premiar uma ação do que uma omissão – mas, então, aquilo que é premiado é um comportamento previsto por uma norma positiva. É mais fácil punir uma ação do que uma omissão – mas, então, aquilo que se pune é um comportamento

contrário a uma proibição. Se quisermos uma prova do contrário, considere-se uma omissão – esta pode ser tanto um comportamento de acordo com uma proibição quanto um comportamento contrário a um comando. No primeiro aspecto, é um comportamento que se prolonga no tempo e está destinado a não suscitar uma reação positiva determinada; no segundo aspecto, induz mais a uma reparação do que a um castigo.

4. Na teoria geral do direito contemporânea, ainda é dominante a concepção repressiva do direito. Quer a força seja considerada um meio para obter o máximo de respeito às normas (primárias) do sistema, quer seja considerada como o conteúdo mesmo das normas (secundárias),⁶ a concepção dominante é certamente a que considera o direito como ordenamento coativo, estabelecendo, assim, um vínculo necessário e indissolúvel entre direito e coação. Este se traduz na importância exclusiva dada às sanções negativas: a coação é, ela própria, considerada uma sanção negativa ou, então, o meio extremo para tornar eficazes as sanções (negativas), predispostas pelo ordenamento mesmo para a conservação do próprio patrimônio normativo.

Na literatura filosófica e sociológica, o termo “sanção” é empregado em sentido amplo, para que nele caibam não apenas as consequências desagradáveis da inobservância das normas, mas também as consequências agradáveis da observância, distinguindo-se, no *genus* sanção, duas *species*: as sanções positivas e as sanções negativas. Ao contrário, é fato que, na linguagem jurídica, o termo “sanção”, se for usado sem determinações ulteriores, denota exclusivamente as sanções negativas. Kelsen, admitindo que os ordenamentos jurídicos modernos por vezes também contêm normas premiiais,

6 Ilustrei esses dois modos de considerar a força em relação ao direito no artigo *Law and force*, in “The Month”, XLIX, 1965, p.321-41. Publicado também na “Rivista di diritto civile”, XII, 1966, I, p.537-48. E, agora, no volume *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turin, 1970, p.117-38.

advertir, logo em seguida, que “elas têm uma importância secundária no interior desses sistemas, que funcionam como ordenamentos coercitivos”,⁷ nos quais se vê claramente que o conceito de ordenamento coercitivo implica o de sanção negativa. Para Carnelutti, embora “não exista nenhum motivo para reservar ao castigo o caráter da sanção”, o valor prático da recompensa no direito “é tão limitado a ponto de explicar, quando não justificar, o hábito teórico de, negligenciando-a completamente, simplesmente reduzir a sanção a um mal infligido a quem praticou o mal”.⁸ Essa imagem do direito também é predominante na literatura não jurídica. Felix Oppenheim, após ter ilustrado a técnica do desencorajamento, observa que o melhor exemplo desse tipo de controle social é a legislação, porque “é a técnica social usada com maior frequência por aqueles que exercem o poder de governo para influenciar o comportamento dos governados”.⁹ O sociólogo J. P. Gibbs observa que “legal sanctions (at least in Anglo-American System) are exclusively negative, and this is perhaps of significance in evaluating the role of law in social order”.¹⁰

Desse ponto de vista, ainda hoje é extremamente instrutiva a obra de Rudolf [von] Jhering, *Der Zweck im Recht*, que é, como se sabe, um tratado sobre as alavancas que determinam o movimento social, em sentido lato: um tratado, como aquele já clássico de Bentham, sobre as penas e as recompensas. Jhering não desconhece, em absoluto, a importância das recompensas como alavancas do movimento social, mas, como historiador do direito romano que era, contrapõe a

sociedade antiga à moderna, com base no fato de que a primeira costumava atribuir grande importância às sanções positivas, ao passo que a segunda reconhece apenas as sanções negativas. Não sem um certo exagero – que, aliás, é, para os nossos fins, muito significativo –, chega a dizer que “o jurista, hoje, só deve se preocupar com a pena. Ninguém, hoje, tem direito a uma recompensa por serviços eminentes e extraordinários”. “Em Roma” – especifica ele – “ao direito penal correspondia um direito premial. Hoje esta noção nos é estranha”.¹¹ Jhering, como Spencer, está perfeitamente ciente de que a sua imagem do direito tem valor histórico; mas, diferentemente de Spencer, considera a imagem do direito, que ele deriva da consideração sobre a sociedade contemporânea, não uma idéia progressiva, mas uma idéia regressiva do direito: deseja, de fato, que o direito futuro novamente conceda um espaço maior, como outrora o direito romano, ao direito premial. Não se pode negar que o desenvolvimento subsequente dos ordenamentos jurídicos modernos satisfizes as aspirações de Jhering muito mais do que concretizou as previsões de Spencer.

No que se refere à sociedade de seu tempo, Jhering, embora reconheça a importância da recompensa, circunscreve sua eficácia à esfera das relações do comércio privado, a qual compreende tanto as relações de troca quanto as relações associativas. Desse modo, a esfera da atividade econômica diferencia-se claramente da esfera da atividade política, e o critério de distinção torna-se o emprego diverso das duas alavancas fundamentais do movimento social. A alavanca que move a sociedade econômica é a recompensa; a que move a sociedade política é a pena. Com a distinção entre uma esfera de aplicação predominante das recompensas e uma de aplicação predominante

7 H. KEISER, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Turim, 1966, p.46 [Teoria pura do direito, 6. ed., trad. port. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998].

8 F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto 2*, Foro italiano, Roma, 1946, p.24-5 [Teoria Geral do Direito, trad. port. Antônio Carlos Ferreira, São Paulo, Lellis, 2000]. Ver também T. PARASSI, *Introduzione alle Scienze giuridiche*, Cedam, Pádua, 1953, p.12, sobre tudo a nota 1, em que são mencionadas as sanções positivas.

9 F. OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, Feltrinelli, Milão, 1964, sobre tudo p.36-9. A passagem citada encontra-se na p.36.

10 J. P. GIBBS, *Sanctions*, in “Social Problems”, XIV, 1968, p.147-59. A passagem citada encontra-se na p.156. Extrato deste artigo a noção de comportamentos superconformes, sobre os quais me detenho logo em seguida. Na literatura sociológica, diferente da jurídica, o termo “sanção” sempre faz referência seja às sanções positivas, seja às negativas. Cf. T. PARSONS, *Il concetto di potere politico*, in “Il Politico”, 1963, p.614-36.

das penas, Jhering reproduzia a distinção hegeliana entre sociedade civil e Estado, a qual espelha a cisão entre a esfera dos interesses econômicos e a dos interesses políticos, e entre a condição do burguês e a do cidadão, característica da incipiente sociedade industrial. Também a concepção repressiva do direito, como outrora a concepção protetora, é um modelo teórico que permite representar, com particular precisão, um determinado tipo histórico de sociedade, aquela na qual a atividade econômica esteja subtraída, ou se deseje que esteja cada vez mais subtraída, à intervenção do poder político.

5. Entende-se que, onde ocorreu o processo inverso, isto é, onde a intervenção do poder político na esfera dos interesses econômicos foi aumentando em vez de diminuir, as duas concepções tradicionais do direito parecem inadequadas, como vestígios que se tornaram demasiado apertados para um corpo que, de repente, cresceu. Na teoria do direito, verificou-se aquela "perda do equilíbrio conceitual" de que fala Carrió no artigo anteriormente citado, retomando uma expressão de P. F. Strawson. Não creio, porém, que o melhor caminho para restabelecer o equilíbrio perdido consista em construir, de modo apressado, outros modelos inspirados, como os anteriores, no critério de *reduzir* os elementos que diferenciam o direito a um único elemento essencial, isto é, outros modelos afetados pelo reducionismo. Qualquer "redução", como vimos pelos exemplos anteriores, é um bom indicio para deixar entrever o caráter ideológico de uma teoria; mas, em geral, do ponto de vista analítico, é uma aberração.

A única tentativa que eu conheço de propor um modelo, extremamente simplificado, do ordenamento jurídico do Estado assistencial para substituir os modelos de Spencer e de Jhering foi feita por F. A. Hayek. Ele interpretou o contraste entre Estado liberal e Estado assistencial sem percorrer o caminho mais fácil — que teria sido contrapara a um sistema de normas apenas negativas, ou de sanções apenas negativas, um sistema de normas também positivas, ou então

de sanções também positivas —, mas apelando para a distinção entre normas de conduta e normas de organização. Partindo da observação de que "uma das principais maneiras pela qual se consumou a destruição da ordem liberal" consiste "na progressiva substituição das regras de conduta por regras de organização",¹² ele pretende sugerir a idéia de que, enquanto o Estado liberal clássico projetava-se em um ordenamento jurídico composto predominantemente por normas de conduta (a saber, normas primárias), o Estado assistencial contemporâneo projeta-se em um ordenamento jurídico composto predominantemente por normas de organização (a saber, normas secundárias).

A teoria de F. A. Hayek apreende, sem dúvida, um aspecto relevante da mudança. Contudo, se essa teoria pretende ser recebida como um novo modelo exaustivo, ela também é, então, como todas as teorias reducionistas, inadequada. É verdade que o ordenamento jurídico do Estado assistencial se caracteriza por um forte aumento de normas de organização; mas não é menos verdade que as normas positivas e as sanções positivas também crescem continuamente. O aspecto apreendido pela teoria de Hayek é aquele que pode ser definido pela noção de "ação direta do Estado": o Estado assistencial, de fato, não pretende apenas levar a fazer (por meio de normas positivas ou sanções positivas), mas ele mesmo faz. As normas de organização são precisamente aquelas pelas quais o Estado regula a ação dos próprios órgãos.

Duas objeções podem ser facilmente levantadas contra esse modelo. Em primeiro lugar, assim como não há ordenamento jurídico sem normas positivas, não há ordenamento jurídico sem normas de organização — em anos recentes, obteve ampla difusão uma teoria segundo a qual um ordenamento jurídico se diferencia de outros

12 F. A. HAYEK, *The principles of a liberal social order*, in "Il Politico", XXXI, 1966, p. 601-18. A passagem citada encontra-se na p. 609. Foi publicada uma tradução deste artigo, sob o título *Il liberalismo di Friedrich A. Hayek*, in "Biblioteca della libertà", IV, 1967, n. 11, p. 28-55.

ordenamentos normativos precisamente pela presença das normas de organização (ou normas secundárias).¹³ No entanto, mesmo um ordenamento meramente coativo, ou seja, um ordenamento que atribui funções limitadas aos poderes públicos, não pode dispensar as normas de organização; tanto é verdade que o deslocamento do interesse do jurista das normas de conduta, dirigidas aos cidadãos, para as normas de organização, dirigidas aos funcionários, ocorreu, como todos sabem, com Jhering. Em segundo lugar, a teoria de Hayek também trai claramente os juízos de valor subjacentes, e, portanto, o seu intento ideológico. Em relação aos valores de um escritor tão tenazmente atraído pelos princípios do liberalismo clássico, como Hayek, as normas de organização representam redes igualmente inúteis, estendidas com o objetivo de limitar a liberdade individual devendo ser, portanto, julgadas como portadoras de um valor negativo. O nosso autor chega a afirmar, com evidente exagero, que

*a progressiva substituição das normas de conduta de direito privado e direito penal por conceitos derivados do direito público é o processo pelo qual as sociedades liberais existentes foram se transformando progressivamente em sociedades totalitárias.*¹⁴

O progresso que Spencer via na passagem do direito formado predominantemente por comandos para o direito formado predominantemente por proibições, o nosso autor vê, ao contrário, na passagem de um direito em que os destinatários das normas deixam de ser os funcionários para se tornarem novamente os cidadãos. Sem dúvida, o fenômeno do crescimento das normas de organização se presta – muito mais do que o fenômeno não menos evidente do crescimento de normas positivas e de sanções positivas – a despertar um juízo de valor negativo sobre as transformações do Estado contemporâneo em quem assuma o ponto de vista da doutrina liberal tradicional.

¹³ Normas sobre as quais me detive com maior vagar no artigo *Ancora sulle norme primarie e secondarie*, in "Rivista di filosofia", LIX, 1968, p.35-53. Agora no volume *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., p. 175-97.

¹⁴ HAYEK, op. cit., p.609.

6. A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais freqüente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começamos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função *promocional*.¹⁵

Consideremos qualquer uma das constituições dos Estados pós-liberais, como a atual constituição italiana. Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de *tutelar* (ou *garantir*). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior freqüência, a função de *promover*. Segundo a constituição italiana, a República "*promove* as condições que tornam efetivo" o direito ao trabalho (art. 4º, parágrafo 1º); "*promove* as autonomias locais" (art. 5º); "*promove* o desenvolvimento da cultura" (art. 9º, parágrafo 1º); "*promove e favorece* os acordos e as organizações internacionais voltados a afirmar e regular os direitos do trabalho" (art. 35, parágrafo 3º); "*promove e favorece* a ampliação" da cooperação (art. 45, parágrafo 1º). Além disso, "*facilita*, com medidas econômicas e outras providências, a formação da família" (art. 31, parágrafo 1º); "*dispõe* de medidas *em favor* das zonas de montanha" (art. 44, parágrafo 2º); "*encoraja* e tutela a poupança" (art. 47, parágrafo 1º); "*favorece* o acesso da poupança popular à propriedade, etc." (art. 47, parágrafo 2º). A contraposição entre o velho e o novo

¹⁵ G. LONDA apreende precisamente esse fenômeno em seu texto intitulado *Controllo sociale e sanzione giuridica*, in *Studi in onore di Giachino Scaduto*, Cedam, Pádua, 1967, p.12-3 (ênfaseculou). Depois de ter falado de uma função promocional e de uma função dissuasiva da sanção, o autor observa que "um exame do atual estado da legislação dos países mais avançados legítima... a previsão de que a técnica sancionatória "promocional" esteja destinada a ganhar cada vez mais espaço em relação à "dissuasiva" (p.12).

modelo constitucional emerge do confronto entre o art. 2º, no qual está dito que a “República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem”, e o art. 3º, no qual está dito que “é tarefa da República *remover os obstáculos*, etc.”, isto é, entre a afirmação de uma tarefa meramente protetora, que se realiza quase sempre mediante a técnica das medidas negativas, e a afirmação de uma tarefa promocional, que se realiza quase sempre por medidas positivas. Os nossos estudiosos do direito constitucional há muito ressaltaram a contraposição entre medidas autoritárias e coercitivas e medidas de estímulo ou de incentivo. Essa contraposição aprende bem a passagem para o uso cada vez mais freqüente das técnicas de encorajamento, para as quais pretendemos chamar a atenção nessas páginas.¹⁶

7. Em uma primeira aproximação, a diferença entre ordenamento com função protetivo-repressiva e ordenamento com função promocional pode ser descrita do modo a seguir.

Em relação a um sistema normativo, os atos humanos podem distinguir-se em atos conformes e atos desviantes. Pois bem, em relação aos atos conformes, a técnica do desencorajamento visa proteger o seu exercício, tutelando a possibilidade de fazer ou não fazer, caso se trate de atos permitidos, a possibilidade de fazer, caso se trate de atos obrigatórios, e a possibilidade de não fazer, caso se trate de atos proibidos. Em relação aos atos desviantes, a técnica do desencorajamento tem por alvo, atribuindo-lhes determinadas conseqüências, apenas os atos desviantes por defeito, os atos propriamente não-conformes, e limita-se a tolerar – não lhes atribuindo qualquer efeito jurídico – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes (as chamadas ações super-rogatórias).

Ao contrário, a técnica do encorajamento visa não apenas a tutelar, mas também a provocar o exercício dos atos conformes, dese-

quilibrando, no caso de atos permitidos, a possibilidade de fazer e a possibilidade de não fazer, tornando os atos obrigatórios particularmente atraentes e os atos proibidos particularmente repugnantes. Quanto aos atos desviantes, essa técnica considera – atribuindo-lhes determinadas conseqüências – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes, enquanto se torna cada vez mais tolerante em relação a certos atos desviantes por defeito. A introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira transformação na função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social. Além disso, assinala a passagem de um controle passivo – mais preocupado em desfavorecer as ações nocivas do que em favorecer as vantajosas – para um controle ativo – preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas.

Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalitrantes.

8. Para atingir o próprio fim, um ordenamento repressivo efetua operações de três tipos e graus, uma vez que existem três modos típicos de impedir uma ação não desejada: torná-la *impossível*, torná-la *difícil* e torná-la *desvantajosa*. De modo simétrico, pode-se afirmar que um ordenamento promocional busca atingir o próprio fim pelas três operações contrárias, isto é, buscando tornar a ação desejada *necessária*, *fácil* e *vantajosa*.

O primeiro tipo de operação, que consiste em fazer, sim, com que o destinatário da norma seja colocado em condição de não poder (materialmente) violá-la ou subtrair-se à sua execução, insere-se no rol das medidas *diretas*, isto é, as que o ordenamento adota para obter conformidade às normas, impedindo preventivamente a sua violação

¹⁶ Por todos, cito o livro de A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Edizioni di Comunità, Milão, 1963, sobretudo p.204-13.

ou compelindo à sua execução. São medidas diretas as várias formas de vigilância (que pode ser passiva ou ativa) e o recurso ao uso da força (que pode ser impeditiva ou construtiva).

Distinguem-se das medidas diretas as operações do segundo e do terceiro tipos, porque visam atingir o objetivo (tanto aquele próprio da função repressiva quanto aquele próprio da função promocional) não agindo diretamente sobre o comportamento não desejado ou desejado, mas buscando influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento. Podem ser denominadas medidas *indiretas*. São indiretas porque o comportamento não desejado é, contudo, sempre possível, mas deve tornar-se mais difícil ou mais fácil, ou então, uma vez realizado, produz certas conseqüências, desagradáveis ou agradáveis, segundo o caso.

Em um ordenamento repressivo, o desencorajamento é a técnica típica por meio da qual se realizam as medidas indiretas. Em um ordenamento promocional, a técnica típica das medidas indiretas é o encorajamento. A esta altura, podemos definir "desencorajamento" como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento não desejado (não importa se comissivo ou omissivo) de B, ou obstaculizando-o ou atribuindo-lhe conseqüências desagradáveis. Simetricamente, podemos definir "encorajamento" como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento desejado (não importa se comissivo ou omissivo) de B, ou facilitando-o ou atribuindo-lhe conseqüências agradáveis.

9. Gostaria de destacar que esta definição de desencorajamento e de encorajamento, uma vez que encerra ambas as formas típicas de medidas indiretas – tanto a obstaculização e a facilitação quanto a punição e a premiação –, é mais ampla do que aquela usualmente oferecida, a qual encerra apenas a terceira forma, ou seja, a sanção propriamente dita, nas duas *species* da sanção negativa (pena) e da sanção positiva (prêmio). Penso que a consideração exclusiva da terceira forma dependa do fato de os juristas, por considerarem somente

a técnica do desencorajamento, serem levados a ver nesta expressão, que foi, por longo tempo, a mais difundida e eficaz nos ordenamentos jurídicos tradicionais, precisamente a sanção negativa. Quando assumimos também o ponto de vista da técnica do encorajamento, é impossível deixar de notar que ela age mediante dois expedientes distintos, isto é, seja pela resposta favorável ao comportamento já realizado, no que consiste precisamente a sanção positiva, seja pelo favorecimento do comportamento quando ainda está para ser realizado. O destaque dado ao expediente da facilitação serve para salientar, por contraste, o expediente da obstaculização, que habitualmente passa despercebido: pode-se desencorajar um comportamento não desejado tanto ameaçando com uma *pena* (expediente da sanção), sempre que o comportamento vier a se realizar, quanto tornando o próprio comportamento mais *penoso*.

Com particular atenção às técnicas de encorajamento, note-se a diferença entre as duas operações: a sanção propriamente dita, sob forma de recompensa, vem depois, com o comportamento já realizado; a facilitação precede ou acompanha o comportamento que se pretende encorajar. Em outras palavras, pode-se encorajar intervenindo sobre as conseqüências do comportamento ou sobre as modalidades, sobre as formas, sobre as condições do próprio comportamento. Para oferecer um exemplo retirado da vida comum, temos: se desejo que meu filho faça uma tradução difícil do latim, posso prometer-lhe, se ele a fizer, irmos ao cinema, ou então posso permitir que utilize uma tradução bilingüe.

Já há algum tempo, os juristas têm ressaltado que uma das características mais evidentes do sistema jurídico de um Estado assintencional é o aumento das chamadas leis de incentivo ou leis-incentivo.¹⁷ O elemento novo das leis de incentivo, aquele que permite o agrupamento dessas leis em uma única categoria, é exatamente o

17 Por todos, cito G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indulto*, in "Atomo petrolio elettricità", 1961, n. 1, p. 1-20.

fato de que elas, diferentemente da maioria das normas de um ordenamento jurídico, denominadas sancionatórias (com referência ao fato de que prevêem ou cominam uma sanção negativa), empregam a técnica do encorajamento, a qual consiste em promover os comportamentos desejados, em vez da técnica do desencorajamento, que consiste em reprimir os comportamentos não desejados. No âmbito dessa categoria geral, é possível discernir os dois expedientes — o da facilitação (por exemplo, no caso de uma subvenção, de uma ajuda ou de uma contribuição financeira, ou mesmo de uma facilitação de crédito) e o da sanção positiva, como no caso da consignação de um prêmio para um comportamento superconforme ou de uma isenção fiscal. Com o primeiro expediente, deseja-se tornar menos oneroso o custo da operação desejada, ora acrescentando os meios necessários à realização da operação, ora diminuindo o seu ônus; com o segundo, tende-se a tornar a operação atraente, ou assegurando a quem a realiza a obtenção de uma vantagem ou, então, o desaparecimento de uma desvantagem, uma vez observado o comportamento.

10. Para aprofundar a distinção entre medidas de desencorajamento e medidas de encorajamento, pode ser útil, enfim, considerá-las quer do ponto de vista da sua respectiva estrutura, quer do ponto de vista da sua respectiva função.

O momento inicial de uma medida de desencorajamento é uma ameaça: já o de uma medida de encorajamento, uma promessa. Enquanto a ameaça da autoridade legítima faz surgir, para o destinatário, a obrigação de comportar-se de um certo modo, a promessa implica, por parte do promitente, a obrigação de mantê-la. Todavia, enquanto a prática de um comportamento desencorajado por uma ameaça faz surgir, para aquele que ameaça, o direito de executá-la, a realização de um comportamento encorajado por uma promessa faz surgir, para aquele que o realiza, o direito de que a promessa seja mantida.

Sanção negativa e sanção positiva dão origem a duas relações distintas, nas quais as figuras do sujeito ativo (o titular do direito) e do sujeito passivo (o titular da obrigação) estão invertidas: no primeiro caso, a relação direito-obrigação parte daquele que sanciona em direção àquele que é sancionado; no segundo caso, a mesma relação desloca-se daquele que é sancionado para aquele que sanciona. Desejando expressar a situação do destinatário em ambos os casos, mediante a fórmula da norma condicionada (que não deve ser confundida com a norma técnica, a qual veremos adiante), no primeiro caso, a fórmula é: "Se fazes A, deves B", ou seja, tens a obrigação de submeter-se ao mal da pena; no segundo, é: "Se fazes A, podes B", isto é, tens o direito de obter o bem do prêmio.

Se considerarmos a realização ou não-realização de uma ação como condicionada à credibilidade da verificação de uma medida de desencorajamento ou de encorajamento, toda norma pode ser expressa pela fórmula de uma norma técnica, isto é, de uma norma que prescreve um meio adequado (a conduta prevista na norma primária) para atingir um determinado fim, o qual tanto pode ser evitar a desvantagem ameaçada quanto conquistar a vantagem prometida na norma secundária. Pois bem, a técnica do desencorajamento funciona com normas técnicas deste tipo: "Se não queres A, deves B"; a técnica do encorajamento, com normas deste outro tipo: "Se queres A, deves B".

11. É notória a importância que têm, para uma análise funcional da sociedade, as categorias da conservação e da mudança. Considerando agora as medidas de desencorajamento e as de encorajamento de um ponto de vista funcional, o essencial a se destacar é que as primeiras são utilizadas predominantemente com o objetivo da conservação social e as segundas, com o objetivo da mudança. Podemos imaginar duas situações-limite: aquela em que se atribua valor à inércia, isto é, ao fato de as coisas permanecerem como estão, e aquela em que se atribua um valor positivo à transformação, isto

é, ao fato de a situação subsequente ser diferente da anterior. No âmbito, pois, das duas situações (de inércia e de transformação), podemos imaginar dois pontos de partida distintos: aquele em que o comportamento seja permitido e aquele em que o comportamento seja obrigatório.

No caso de um comportamento permitido, o agente está livre para fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, está livre para valer-se da própria liberdade para conservar ou para inovar. Se o ordenamento jurídico julga positivamente o fato de o agente valer-se o mínimo possível da sua liberdade, procurará desencorajá-lo a fazer o que lhe é ilícito. Como se vê, a técnica do desencorajamento tem uma função conservadora. Se, ao contrário, o mesmo ordenamento jurídico julga positivamente o fato de o agente servir-se o máximo possível da sua liberdade, procurará encorajá-lo a se valer dela para mudar a situação existente: a técnica do encorajamento tem uma função transformadora ou inovadora. O exemplo mais interessante que se pode oferecer hoje, fazendo referência aos ordenamentos jurídicos de Estados dirigistas ou planificadores, é o das chamadas leis de incentivo, as quais, na vertente das medidas negativas, têm a sua correspondência nas leis de desincentivo. Partindo de uma situação jurídica em que a atividade empresarial é qualificada como atividade ilícita, o incentivo tende a induzir certos empreendedores a modificar a situação existente, enquanto o desincentivo tende a induzir outros empreendedores à inércia.

Tomemos agora a situação na qual se dê um comportamento obrigatório. Nessa situação, o comportamento que serve à função de conservação é aquele conforme à obrigação (quer se trate de obrigação positiva ou negativa); o comportamento que serve à função de mudança e de inovação é aquele superconforme. Ora, não há dúvida de que, no primeiro caso, entra em ação a técnica do desencorajamento pelo emprego das sanções negativas; no segundo caso, entra em funcionamento a técnica do encorajamento pelo emprego das sanções positivas. Também aqui o melhor exemplo que se pode

oferecer é aquele retirado de ordenamentos jurídicos de Estados inspirados no princípio do intervencionismo econômico: o prêmio atribuído ao produtor ou ao trabalhador que supera a norma é um típico ato de encorajamento de um comportamento superconforme, porém este que tem a função de promover uma inovação, enquanto qualquer medida destinada simplesmente a desencorajar a transgressão de uma dada norma serve para manter o *status quo*.