

Esta obra foi publicada originalmente em italiano com o título
TEORIA GENERALE DEL DIRITTO
por G. Giappichelli Editore.
Copyright © 1993, G. Giappichelli Editore, Turim, Itália.
Copyright © 2007, Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, para a presente edição.

1ª edição 2007
2ª edição 2008

Tradução
DENISE AGOSTINETTI

Revisão da tradução e preparação do original

Silvana Cobucci Leite

Acompanhamento editorial

Luzia Aparecida dos Santos

Revisões gráficas

Maria Luiza Favret

Ana Maria de O. M. Barbosa

Dinarte Zorzanelli da Silva

Produção gráfica

Geraldo Alves

Paginação/Fotolitos

Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Bobbio, Norberto, 1909-2004.

Teoria geral do direito / Norberto Bobbio ; tradução Denise Agostinetti ; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. –
2ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2008. – (Justiça e direito)

Título original: Teoria generale del diritto.

ISBN 978-85-336-2433-7

1. Direito – Filosofia 2. Direito – Teoria I. Título. II. Série.

08-03365

CDU-340.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Teoria 340.11
2. Teoria geral do direito 340.11

Todos os direitos desta edição reservados à

Livraria Martins Fontes Editora Ltda.

Rua Conselheiro Ramalho, 330 01325-000 São Paulo SP Brasil

Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3105.6993

e-mail: info@martinsfonteseditora.com.br <http://www.martinsfonteseditora.com.br>

Capítulo V

As prescrições jurídicas

SUMÁRIO: 37. Em busca de um critério. – 38. Sobre alguns critérios. – 39. Um novo critério: a resposta à violação. – 40. A sanção moral. – 41. A sanção social. – 42. A sanção jurídica. – 43. A adesão espontânea. – 44. Normas sem sanção. – 45. Ordenamentos sem sanção. – 46. As normas em cadeia e o processo ao infinito.

37. Em busca de um critério

O fato de as normas jurídicas pertencerem, enquanto proposições, à linguagem prescritiva, pode dar lugar a interessantes considerações sobre a natureza, sobre a lógica e sobre a função dessas normas. Não resolve o problema, sobre o qual muito se interrogaram filósofos do direito e juristas, em torno da diferença das normas jurídicas com outros tipos de normas. É o problema que nos colocamos neste capítulo.

A tese da qual partimos é que o problema da distinção entre normas jurídicas e outros tipos de normas, o problema, como foi chamado, das “características diferenciais” da norma jurídica – muitas vezes ridicularizado e rejeitado, mas continuamente emergente – não se resolve permanecendo nos limites de um estudo puramente formal das proposições normativas. Para que pudesse ser resolvido, as prescrições jurídicas precisariam ter, enquanto prescrições, um caráter que as distinguisse de outros tipos de prescrições; em outras palavras, as proposições normativas pertencentes ao direito precisariam ser diferentes de outras proposições normativas devido a um caráter inerente à sua natureza de prescrições. Tentativas de solução puramente formal do caráter distintivo do direito são aquelas, que já examinamos e consideramos inaceitáveis, voltadas a compreender, por exemplo, o elemento característico das normas jurídicas no fato

de elas serem constituídas de imperativos negativos (enquanto a moral seria constituída de imperativos positivos), ou no fato de serem constituídas de normas técnicas (enquanto a moral seria constituída de normas éticas), ou, ainda, no fato de serem constituídas de normas heterônomas, de imperativos impessoais, e assim por diante (enquanto a moral é constituída de normas autônomas, de comandos pessoais etc.); em suma, todas aquelas doutrinas que procuram uma resposta para a pergunta: "O que é o direito?" na *forma* do imperativo jurídico, como se o elemento diferencial das normas jurídicas consistisse em serem *formalmente* diversas das outras normas. Até a fórmula mais aceita da norma jurídica: "Se é A, deve ser B", pode ser aplicada a muitos outros tipos de normas. Abro uma gramática latina e leio: "Se na oração subordinante há um tempo principal, na subordinada *deve-se* usar o presente do subjuntivo etc." Trata-se de uma regra cuja fórmula é: "Se é A, deve ser B." Observando bem, o que caracteriza a norma jurídica, segundo Kelsen, é que A representa o ilícito e B a sanção, o que é uma interpretação da fórmula decorrente não da mera relação formal indicada pela fórmula, mas das coisas a que se referem os símbolos.

O mundo jurídico pareceu-nos até agora muito mais articulado e complexo do que revelaram as várias tentativas de redução a esta ou àquela fórmula; e, de outro lado, o mundo do normativo é tão extenso, como vimos desde as primeiras páginas, que não existe nenhum tipo de prescrição observável num ordenamento normativo jurídico que não possa ser encontrada em qualquer outro sistema normativo. Consideramos, portanto, que a tentativa de dar uma resposta ao problema da definição do direito definindo uma espécie de prescrição é realmente uma tentativa fadada ao insucesso.

38. Sobre alguns critérios

Abandonado o critério puramente formal, abre-se ao nosso olhar a enorme extensão das tentativas de definir o di-

reito recorrendo a outros critérios. O campo é tão vasto que se perde de vista: trata-se, como é fácil compreender, de uma parte considerável da história da filosofia do direito e da teoria geral do direito, empenhada numa definição do direito através da definição da norma jurídica. Não temos a pretensão de percorrer todo esse espaço, mas apenas de nos encaminhar para a solução que consideramos mais satisfatória, reunindo um certo número de teorias típicas em torno de alguns critérios fundamentais, externos ao critério formal.

1. O critério mais seguido sempre foi o de procurar individuar o caráter da norma jurídica através do seu *conteúdo*. Pertencem a essa categoria todas as teorias que afirmam que a característica da norma jurídica é sempre regular uma *relação intersubjetiva*, ou seja, uma relação não entre uma pessoa e uma coisa, nem entre uma pessoa e ela mesma, mas entre duas pessoas. Essa teoria também se exprime atribuindo à norma jurídica o caráter (eis uma das mais conhecidas "características diferenciais" da norma jurídica) da *bilateralidade*, diferentemente da norma moral, que seria *unilateral*. O caráter da bilateralidade consistiria no seguinte: que a norma jurídica institui, ao mesmo tempo, um direito em um sujeito e um dever em um outro sujeito; e a relação intersubjetiva que constitui o conteúdo típico da norma jurídica consistiria justamente na relação de interdependência de um direito e de um dever.

Essa doutrina nasce de uma constatação de que não se pode deixar de conhecer o fundamento empírico: vale dizer, que o direito é um regulamento das ações sociais dos homens, ou ações do homem que vive em sociedade com os seus semelhantes. Isso explica o grande êxito dessa doutrina. Pode-se objetar que critério semelhante talvez sirva para distinguir o direito da moral, mas não é igualmente útil para distinguir o direito das chamadas normas sociais, que visam, como aquelas jurídicas, a regular as relações sociais dos indivíduos e, portanto, também elas têm por conteúdo relações intersubjetivas.

2. A partir dessa crítica, que revela uma insuficiência no critério do conteúdo, nasce a exigência de um novo critério, aquele do fim. Com base nesse novo critério, responde-se que, assim como as normas sociais, o direito certamente regula relações intersubjetivas, mas não relações intersubjetivas genéricas. As relações intersubjetivas reguladas pelo direito são relações específicas, e sua especificidade é dada pelo fim que o ordenamento normativo jurídico se propõe em relação a qualquer outro ordenamento normativo vigente naquela determinada sociedade. E esse fim é a *conservação da sociedade*. Nem todas as ações sociais são igualmente necessárias, alguns disseram *essenciais*, para a conservação da sociedade. Essencial é a ação de restituir o débito e de ressarcir o dano causado por culpa, não-essencial é cumprir-se pela rua ou não cortar o peixe com a faca. Em toda sociedade vêm se distinguindo, no conjunto das regras de conduta, aquelas sem as quais a sociedade não poderia subsistir e aquelas que podem modificar-se ou desaparecer sem que determinada estrutura social deixe de existir. As regras a que se atribui a qualificação de jurídicas são as primeiras.

Essa teoria também não está isenta de uma objeção muito grave. As regras consideradas essenciais numa sociedade podem ser diferentes das regras consideradas essenciais numa outra sociedade. O que é norma social numa sociedade pode tornar-se norma jurídica numa outra ou vice-versa. Esse critério, em suma, serve-nos para dizer que, se uma certa norma numa determinada sociedade é jurídica, é sinal de que é considerada essencial para a conservação da sociedade. Mas não serve ao escopo a que deveria servir uma definição da norma jurídica, ou seja, para reconhecer uma norma como jurídica em meio a outras normas. Para que servisse a esse escopo teríamos de conseguir, por meio de uma fenomenologia histórica do direito, fixar de modo unívoco as características que fazem de uma norma uma regra essencial para a conservação da sociedade. Mas essa procura não pode ter sucesso justamente em razão da variedade histórica das sociedades jurídicas.

3. Da insuficiência do critério do fim somos levados quase que fatalmente ao critério do *sujeito que põe a norma*. O critério do fim é insuficiente, pois o juízo sobre o que serve ao fim (ou seja, a conservação da sociedade) varia de acordo com o tempo, de um lugar para outro. Quem decide, em cada sociedade, o que serve e o que não serve? A resposta é: aquele ou aqueles que detêm o *poder soberano*. É essencial para a conservação da sociedade o que, dependendo das circunstâncias, o poder soberano decide que é essencial. E por isso, segundo a conclusão dessa nova teoria, norma jurídica é aquela que, independentemente da forma que assume, do seu conteúdo, do fim que se propõe, é posta pelo poder soberano, ou seja, por aquele poder que numa dada sociedade não é inferior a nenhum outro poder, mas é capaz de dominar todos os outros. Uma norma é sempre uma expressão de poder. Em toda sociedade há poderes inferiores e poderes superiores. Remontando do poder inferior ao poder superior, chegaremos sempre a um poder que não tem acima dele nenhum outro: esse é o poder soberano na sua definição tradicional de *summa potestas superiorem non recognoscens*. Pois bem, normas jurídicas são aquelas postas e impostas por quem detém o poder soberano, seja o que for que elas ordenem, uma vez que apenas quem detém o poder é capaz de decidir o que é essencial e de tornar efetivas as suas decisões.

Essa resposta, claramente, é a proveniente do mais puro positivismo jurídico, segundo o qual o soberano não cria as normas essenciais para a conservação da sociedade, mas as normas estabelecidas pelo soberano tornam-se essenciais simplesmente porque são feitas valer também recorrendo à força.

4. A crueza da teoria positivista do direito remete ao seu oposto, ou seja, à teoria jusnaturalista na acepção mais ampla do termo, isto é, a todas aquelas doutrinas que buscam a essência do direito nos *valores* (ou ideais) em que o legislador se inspira. É certo que o direito positivo é aquele pos-

to ou imposto pelo soberano (entendendo-se por soberano a pessoa ou o grupo de pessoas que detêm o poder de fazer respeitar também com a força as regras de conduta que emanam). Mas será necessário distinguir as decisões segundo os ideais em que se inspiram; logo, nem todas as regras serão jurídicas, mas apenas aquelas inspiradas em certos valores. Em geral, dá-se ao supremo valor em que o direito se inspira o nome de *justiça*. Por conseguinte, para que uma regra seja jurídica, ela também precisa ser justa, isto é, deve tender à realização de certos valores mais do que de outros.

O defeito da doutrina jusnaturalista é que as opiniões sobre o que se deve entender por "justiça" são muito discordantes. Por "justiça" entende-se, em geral, "igualdade". Podemos dizer, então, que normas jurídicas são aquelas que tornam possível o estabelecimento de relações de igualdade entre os consociados? Mas "igualdade" não é um termo um pouco vago? Igualdade *em relação* a quê? Na história do pensamento jurídico se conhecem ao menos quatro respostas para esta última pergunta: igualdade segundo o mérito, segundo a necessidade, segundo o trabalho, segundo a classe. Qual desses critérios é o *justo*, ou seja, aquele que permite dizer se uma norma é jurídica para quem afirma que uma norma, para ser jurídica, também deve ser justa?

5. Um quinto grupo de teorias é aquele caracterizado pelo fato de buscar a natureza específica da norma jurídica no modo como é acolhida pelo *destinatário*, ou, em outros termos, na natureza da *obrigação*. Distinguem-se aqui, tradicionalmente, duas soluções: a primeira (que chamaremos kantiana, porque Kant a expressou com maior clareza), segundo a qual norma jurídica é aquela que é obedecida pelas vantagens que dela se podem obter, e como tal se satisfaz com uma mera adesão exterior (ou seja, de uma ação *conforme com o dever*), enquanto a norma moral deve ser obedecida por si mesma, e como tal requer uma obediência interior, que não pode ser obrigada (ou seja, uma ação *pelo dever*); a segunda (da qual se encontra uma recente formu-

lação na teoria geral do direito de Haesaert), segundo a qual só podemos dizer que estamos diante de uma norma jurídica quando aquele a quem ela se dirige está convencido da sua obrigatoriedade e age como se estivesse em estado de necessidade, enquanto normas não-jurídicas, como aquelas sociais, caracterizam-se por um menor sentido de dependência do sujeito passivo diante delas, por uma obrigação não-incondicionada, mas condicionada à livre escolha do fim.

A esses dois critérios pode-se opor a objeção várias vezes reiterada de que as normas jurídicas, em razão da sua posição intermediária entre as normas morais e as normas sociais, sempre que são caracterizadas exclusivamente tendo o cuidado de distingui-las das normas morais, devem ser colocadas no mesmo grupo das normas sociais e, por outro lado, quando são caracterizadas exclusivamente tendo o cuidado de distingui-las das normas sociais, devem ser colocadas no mesmo grupo das normas morais. Para a confirmação disso, veja-se o primeiro critério: suponhamos que a conformidade exterior da norma seja uma característica distintiva da norma jurídica em relação à norma moral. Mas essa não é uma característica comum às normas jurídicas e às normas sociais? Veja-se em seguida o segundo critério: suponhamos que o sentimento de uma obrigatoriedade incondicionada (o que os juristas chamam, com referência ao costume, de *opinio iuris ac necessitatis*) sirva para caracterizar as normas jurídicas em relação às normas sociais. Mas essa não é uma característica comum às normas jurídicas e às normas morais?

39. Um novo critério: a resposta à violação

Com a enumeração da seção anterior não cremos ter indicado todos os critérios adotados para distinguir as normas jurídicas. Indicamos alguns deles, apenas para dar uma idéia da complexidade do problema e da variedade das opiniões. O que aqui pretendemos evidenciar é: 1) os critérios acima

mencionados não são exclusivos, mas sim integrativos um em relação ao outro e, portanto, toda disputa no tocante à superioridade de um ou do outro é estéril; 2) em se tratando de dar uma definição de norma jurídica, e não de descobrir a essência do direito, cada um dos critérios não deve ser valorado como verdadeiro ou falso, mas como mais oportuno e menos oportuno, dependendo do contexto de problemas em que nos encontramos para dar essa definição e das finalidades que com essa definição são propostas.

Consideramos, de resto, que merece ser esclarecido com particular atenção um outro critério, de que os juristas tradicionalmente se servem, sem a compreensão do qual a nossa panorâmica estaria incompleta. Trata-se do critério que se refere ao momento da *resposta à violação* e que, portanto, vai desembocar na noção de *sanção*.

Uma norma prescreve o que deve ser. Mas isso não significa que o que *deve ser* corresponda àquilo que *é*. Se a ação real não corresponde à ação prescrita, diz-se que a norma foi *violada*. A violação está na natureza de toda prescrição, uma vez que a prescrição exprime não o que *é*, mas o que *deve ser*. A violação dá-se o nome de *ilícito*. O ilícito consiste numa ação quando a norma é um imperativo negativo, numa omissão quando a norma é um imperativo positivo. No primeiro caso, diz-se que a norma não foi *observada*; no segundo, que não foi *executada*. Embora os termos "observância" e "execução" de uma norma sejam usados indistintamente para indicar o comportamento conforme à norma, o que se observa é uma proibição, o que se executa é um comando, daí os dois modos diversos de violação, a *inobservância* em relação a um imperativo negativo e a *inexecução* em relação a um imperativo positivo.

Diz-se que a possibilidade da transgressão distingue uma norma de uma lei científica. O mesmo conceito pode ser expresso com outras palavras, dizendo-se que a lei científica não permite exceções. Tanto a norma quanto a lei científica estabelecem uma relação entre uma condição e uma consequência. Se no segundo caso a consequência não se veri-

fica, a lei científica deixa de ser verdadeira. Se, ao contrário, não se verifica no primeiro caso, a norma continua a ser válida. Uma lei científica não observada deixa de ser uma lei científica; uma norma ineficaz continua a ser uma norma válida do sistema. Essa diferença nos põe diante dos olhos um critério de distinção entre sistema científico e sistema normativo, que diz respeito à matéria desta seção. Em um sistema científico, caso os fatos contradigam uma lei, devemos nos orientar em direção à modificação da lei; em um sistema normativo, caso a ação que deveria ocorrer não ocorra, devemos nos orientar, ao contrário, a modificar a ação e a salvar a norma. No primeiro caso, o contraste é sanado agindo-se sobre a lei e, portanto, sobre o sistema; no segundo caso, agindo-se sobre a ação não-conforme e, portanto, procurando fazer de modo com que a ação não ocorra ou ao menos neutralizar suas consequências. A ação realizada sobre a conduta não-conforme para anulá-la ou ao menos para eliminar suas consequências danosas é exatamente aquilo que se chama de *sanção*. A sanção pode ser definida, a partir desse ponto de vista, como o expediente com que se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias; é, portanto, uma consequência do fato de que em um sistema normativo, diferentemente do que ocorre em um sistema científico, os princípios dominam os fatos, e não o contrário. Essa diferença, de resto, nos reconduz àquilo que tivemos ocasião de mencionar outras vezes, ou seja, que sistema científico e sistema normativo se diferenciam pelo critério diferente com base no qual se estabelece a pertinência das proposições ao sistema, valendo no primeiro caso o critério da verificação empírica e, no segundo, o princípio da autoridade.

Podemos resumidamente definir a sanção como a *resposta à violação*. Todo sistema normativo conhece a possibilidade da violação e um conjunto de expedientes para fazer frente a essa eventualidade. Podemos dizer que todo sistema normativo implica o expediente da sanção. Mas todas as sanções são iguais? Pode ser de algum interesse estudar

as respostas às violações que os diferentes sistemas normativos criam. Pode ocorrer que esse exame nos ofereça um critério ulterior de distinção entre a norma jurídica e outros tipos de normas. Violação da norma e sanção como resposta à violação estão implicadas em todo sistema normativo. Trata-se de ver se existem diversos tipos de resposta e se esses diversos tipos de resposta nos permitem uma classificação satisfatória dos diversos ordenamentos normativos.

40. A sanção moral

A sanção pressupõe a violação da norma. Entra em jogo apenas quando se verificou uma violação. Podemos partir da hipótese de um ordenamento normativo que nunca tenha sido violado e, por conseguinte, não tenha necessitado recorrer à sanção. Trata-se de uma hipótese abstrata; para que um ordenamento normativo nunca seja violado são necessárias duas condições: ou que as normas sejam perfeitamente adequadas às inclinações dos destinatários, ou que os destinatários sejam perfeitamente fiéis às prescrições. Existem dois tipos extremos de sociedade que poderiam realizar as duas condições: uma sociedade de seres totalmente racionais, ou seja, uma sociedade um pouco melhor do que a real, e uma sociedade de seres totalmente automatizados, sem iniciativa e sem liberdade, ou seja, uma sociedade um pouco pior do que a real. Nas sociedades históricas as normas nunca são tão racionais a ponto de ser obedecidas por todos por seu valor intrínseco, nem os homens são tão autônomos a ponto de obedecer às normas por uma espécie de passividade resignada. Todo sistema normativo em uma sociedade real encontra resistência e reações. Mas nem todos respondem à violação do mesmo modo. Vejamos como se podem distinguir os vários tipos de normas com base nas diferentes maneiras com que são sancionadas.

Existe um modo de definir as normas morais que se refere precisamente à sanção. Diz-se que são morais aquelas

normas cuja sanção é puramente interior. Por "sanção" entende-se sempre uma consequência desagradável da violação, cuja finalidade é prevenir a violação ou, caso a violação tenha se verificado, eliminar suas consequências nocivas. A única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, um estado de desconforto, de perturbação, talvez de angústia, que na linguagem da ética é chamado de "remorso" ou "arrependimento". Dado que toda norma, uma vez que prevê uma sanção, pode ser formulada com um juízo hipotético: "Se você não quer Y, deve X", a norma moral "Não mentir" pode ser formulada do seguinte modo: "Se você não quer encontrar-se naquela situação de perturbação chamada 'remorso', e que deriva da sensação de contradição consigo mesmo, não minta." Desse modo, o legislador moral também apela, para obter a obediência, a um estado que o destinatário deseja por mais que lhe seja possível evitar. Diz-se que a norma moral obriga em consciência: um dos significados dessa expressão pode ser esclarecido tendo presente o tipo de sanção puramente interior que acompanha a norma moral. O fato de a norma obrigar em consciência pode significar, efetivamente, dentre outras coisas, que eu respondo por ela apenas diante de mim mesmo: no sentido de que, se a transgriro, não há nenhum outro, além da minha consciência, capaz de me punir. Diz-se que sou responsável pela execução da norma moral apenas diante de mim mesmo. Caso eu respondesse por ela também diante de outros, haveria a intervenção de um novo elemento, ou seja, a relação com outros, a relação chamada externa, intersubjetiva, bilateral, que me faz ingressar numa esfera normativa social ou jurídica. Enquanto eu respondo por ela apenas diante de mim mesmo, a resposta à eventual violação depende apenas de mim. Por outro lado, se eu cumprisse com o meu dever apenas por temer os outros, ou para agradar os outros, ou para evitar que os outros me punam, minha ação deixaria de ser por isso mesmo uma ação moral. Comumente chamamos de "moral" aquela ação que não é realizada por nenhum outro motivo

a não ser pela satisfação íntima que a adesão a ela nos provoca, ou pela repugnância à insatisfação íntima que nos provocaria a sua transgressão. Se não aceitarmos falar de satisfação e de insatisfação íntimas, perderemos algum elemento para distinguir as normas morais, e algum critério para distinguir as normas morais das outras. Só faz sentido falar de um mundo moral de um indivíduo enquanto atribuímos àquele indivíduo uma série de ações que ele realiza para evitar que se encontre, se não as cumprir, em desacordo consigo mesmo. Se considerássemos que o homem age somente por temer a pena alheia, teríamos com isso mesmo tolhido toda possibilidade de distinguir a normatividade moral daquela jurídica, ou, nas palavras de Kant, a moralidade da legalidade. Temos plena liberdade para negar essa diferença: mas, é claro, só podemos fazê-lo com a condição de negar a existência de uma sanção interior. A partir daí se vê que o tipo de norma e o tipo de sanção estão estreitamente vinculados.

O defeito da sanção interior é ser pouco eficaz. A finalidade da sanção é a eficácia da norma, ou, em outras palavras, a sanção é um expediente para conseguir que as normas sejam menos violadas ou as conseqüências da violação sejam menos graves. A sanção interior é sem dúvida um meio inadequado. De fato, ela age, ou seja, mostra a sua funcionalidade, apenas em um número limitado de indivíduos, aqueles capazes de experimentar satisfações e insatisfações íntimas. Mas são justamente esses os indivíduos que costumam respeitar as normas morais. Em um indivíduo que não tenha nenhuma inclinação ao respeito das normas morais, a sanção interior não produz nenhum efeito. Para se sentir em estado de culpa no caso de violação de uma norma, é preciso ser dotado de sensibilidade moral, precisamente daquela sensibilidade que é o melhor terreno em que se desenvolve a inclinação a respeitar as leis morais. A sanção interior é considerada socialmente tão pouco eficaz que as normas morais são geralmente reforçadas com sanções de ordem religiosa, que são sanções externas e não mais inter-

nas. Não há nenhum legislador que, para obter o respeito às normas que emana, confie exclusivamente na operatividade da sanção interior.

41. A sanção social

Assim como chamamos de sanção interna aquela que infligimos a nós mesmos, podemos chamar de *externa* aquela que nos provém dos outros, ou singularmente considerados ou enquanto grupo social. Quando a violação de uma norma suscita uma resposta por parte dos outros com os quais convivemos, a norma é externamente sancionada. A sanção externa é característica das normas sociais, ou seja, de todas aquelas normas do costume, das boas maneiras, da vida associada em geral, que têm por finalidade tornar mais fácil ou menos difícil a convivência. Essas normas nascem, em geral, em forma de costumes, a partir de um grupo social, e é o próprio grupo social que responde à violação dessas normas com diversos comportamentos que constituem as sanções.

Esses comportamentos sancionadores são de diversos graus de gravidade: parte-se da pura e simples *reprovação* e vai-se até o *banimento* do grupo, que pode consistir em alguma forma de *isolamento* no próprio interesse do grupo ou em uma verdadeira *expulsão*. A forma mais grave de sanção social é o *linchamento*, que é uma típica sanção de grupo, expressão daquela forma primitiva, espontânea e irrefletida de grupo social que é a multidão.

Não resta nenhuma dúvida de que sanções desse tipo são eficazes. Grande parte da coesão de um grupo social deve-se à uniformidade de comportamentos, provocada pela presença de normas com sanção externa, ou seja, de normas cuja execução é garantida pelas diversas respostas, mais ou menos enérgicas, que o grupo social dá em caso de violação. Diz-se que a reação do grupo à violação das normas que garantem sua coesão é um dos meios mais eficazes de

controle social. A presença dos outros com os seus gostos, suas opiniões, seus hábitos é, na vida de cada um de nós, pesada, talvez opressiva. Existem muitos comportamentos que assumimos apenas por temer o juízo que os outros farão de nós, e as conseqüências que esse juízo poderá ter no nosso futuro. Ao ter de viver em meio aos outros, é natural que levemos em conta a reação que nosso comportamento suscita nos outros. Essa presença dos outros é tão mais intensa quanto mais homogêneo, pouco articulado, fechado e exclusivo é o grupo. Em grupos desse tipo a sanção social é tão eficaz a ponto de produzir uma situação de verdadeiro conformismo, ou seja, de adesão generalizada, uniforme e estática, da qual nasce o fenômeno da cristalização social característico das sociedades primitivas. À medida que o grupo perde a homogeneidade, articula-se em subgrupos, abre-se a uma troca contínua de membros de outros grupos e é obrigado a coexistir com outros grupos (deixa de ser exclusivo), as sanções sociais perdem eficácia, ainda que não deixem totalmente de existir. Não há grupo sem um mínimo de conformismo.

Seja como for, o defeito das sanções sociais não é a ausência de eficácia, mas a *ausência de proporção entre violação e resposta*. Por ser a resposta confiada de maneira impessoal ao grupo ou a alguns membros do grupo não pessoalmente definidos, ela não é guiada por regras precisas. Em primeiro lugar, é mais fácil escapar dela do que de uma sanção regulada e confiada a aparatos estáveis do grupo. Comportamentos de hipocrisia estão funcionalmente destinados a escapar das sanções sociais; são o produto natural da exterioridade e do caráter inorgânico de tais sanções. Nesse caso, as sanções sociais pecam por falta. Em segundo lugar, justamente em razão da imediação e da ausência de organicidade da reação, a resposta nem sempre é igual para os mesmos tipos de violação, mas depende do humor do grupo, que é variável: à mesma ação o grupo pode reagir diferentemente por circunstâncias que não têm nada a ver com a gravidade social da ação. Por fim, a resposta pode ser des-

proporcionada em relação à gravidade da violação: confiada como é à reação imediata e não direta, ela pode exprimir sentimentos que um comportamento controlado e refletido seria capaz de reprimir. Um exemplo típico dessa desproporção é o linchamento. Concluindo, pode-se dizer que os defeitos da sanção social são representados pela *incerteza* do seu êxito, pela *inconstância* da sua aplicação e pela *falta de medida* na relação entre violação e resposta.

Esses inconvenientes resultam do fato de que esse tipo de sanção não é *institucionalizado*, ou seja, não é regulado por normas fixas, precisas, cuja execução seja confiada de maneira estável a alguns membros do grupo expressamente designados para isso. Pode-se dizer da seguinte maneira: a sanção social é uma resposta à violação de regras emanadas do grupo; mas ela mesma, enquanto resposta, não é por sua vez regulada. Portanto, é característica de grupos inorgânicos, ou seja, que carecem de organização, isto é, daqueles grupos que, segundo a definição dada na seção 5, ainda não são *instituições*. Para que se possa falar de instituição, não basta que haja regras de conduta que dirijam a conduta dos consociados: é necessária uma organização do próprio grupo, fundada em regras, através da determinação dos fins, dos meios e dos órgãos do grupo. Geralmente faz parte da organização do grupo a produção de regras secundárias para a observância e para a execução das regras primárias, ou seja, a institucionalização das sanções. Diz-se que um grupo se organiza quando passa da fase da sanção incontrolada à fase da sanção controlada. E costuma-se chamar grupo jurídico, ordenamento jurídico, com uma palavra significativa: "instituição", um grupo com sanção institucionalizada.

42. A sanção jurídica

Com o objetivo de evitar os inconvenientes da sanção interna, ou seja, a ausência de eficácia, e os da sanção externa não-institucionalizada, sobretudo a ausência de pro-

porção entre violação e resposta, o grupo social institucionaliza a sanção, ou seja, além de regular os comportamentos dos consociados, também regula a reação aos comportamentos contrários. Essa sanção distingue-se da sanção moral por ser *externa*, ou seja, por ser uma resposta de grupo, e da social por ser *institucionalizada*, isto é, por ser regulada em geral com as mesmas formas e através das mesmas fontes de produção das regras primárias. Ela nos oferece um critério para distinguir as normas habitualmente chamadas de jurídicas das normas morais e, ao mesmo tempo, das normas sociais. Trata-se de normas cuja violação tem por consequência uma resposta *externa* e *institucionalizada*. Como se pretendia demonstrar, o tipo de sanção serve para introduzir uma nova distinção entre os vários tipos de normas, e é uma distinção que discrimina um tipo de normas tanto em relação às normas morais quanto às normas sociais. A presença de uma sanção externa e institucionalizada é uma das características daqueles grupos que constituem, segundo uma acepção que está se tornando cada vez mais comum, os ordenamentos jurídicos. Portanto, podemos considerar esse tipo de sanção como um novo critério para distinguir as normas jurídicas. Então, com base nesse critério, chamaremos de "normas jurídicas" aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada. Não pretendemos alçar esse critério a critério exclusivo. Vamos nos limitar a dizer que ele serve para circunscrever uma esfera de normas que em geral são chamadas de jurídicas, talvez melhor do que qualquer outro critério. A primeira grande manifestação daquilo que habitualmente chamamos de "direito internacional" é o chamado direito de guerra, ou seja, aquele conjunto de regras, aceitas pelos Estados como regras obrigatórias, que disciplinam a guerra como sanção, isto é, como resposta às violações das normas que regulam as relações entre os Estados. Enquanto a guerra não é controlada, pode-se dizer que os Estados vivem entre si num estado de natureza; o estado de comunidade jurídica internacional começa quando a guerra se torna uma instituição disciplinada por regras. O que nos permite falar de instituição

jurídica a propósito das associações para delinquir é a precisão com que são estabelecidas as penas para os transgressores e o empenho aplicado em fazer com que sejam executadas. Enquanto a sanção é confiada ao acaso, ao arbítrio deste ou daquele membro do grupo e, portanto, é imprevisível na sua aplicação e na sua medida, o grupo não é, mesmo na acepção mais ampla de instituição, um grupo juridicamente organizado, de modo tal que se possam chamar de jurídicas as regras que o disciplinam. Tendemos a fazer com que a juridicidade coincida com a organização, e a organização com a institucionalização da sanção. Por isso consideramos que é possível dizer que a sanção externa e institucionalizada é uma característica distintiva das normas jurídicas.

Não há dúvida de que o principal efeito da institucionalização da sanção é a maior eficácia das normas respectivas. Quando se fala de sanção institucionalizada, entendem-se três coisas, ainda que nem sempre se elas encontrem juntas ao mesmo tempo, a saber: 1) para toda violação de uma regra primária, é estabelecida a respectiva sanção; 2) é estabelecida, mesmo que dentro de certos limites, a medida da sanção; 3) são estabelecidas as pessoas encarregadas de obter sua execução. Como se vê, trata-se de limitações que tendem a disciplinar o fenômeno da sanção espontânea e imediata de grupo. Com a primeira limitação assegura-se a certeza da resposta; com a segunda, a proporcionalidade; com a terceira, a imparcialidade. Todas as três limitações, juntas, têm o objetivo comum de aumentar a eficácia das regras institucionais e, em suma, da instituição no seu todo. Atendo-nos a esses critérios, poderíamos dizer que a característica das normas jurídicas é serem normas, em relação às normas morais e sociais, com *eficácia reforçada*. Tanto é verdade que são consideradas normas jurídicas por excelência as normas estatais, que se distinguem de todas as outras normas que regulam a nossa vida porque têm o máximo de eficácia.

É claro que também na esfera do normativo com eficácia reforçada existem vários níveis, e sempre existirá aquela zona fronteira ou de transição em que todo critério e, portanto, também este, parece inadequado: a realidade é sem-

pre mais rica que qualquer esquema, e que fique bem claro, mais uma vez, que aqui se propõem esquemas de classificação, e não definições de essências puras. Sobretudo no âmbito do esquema aqui explicado, pode-se introduzir uma distinção ao menos entre dois níveis diferentes de eficácia reforçada, conforme o órgão encarregado de executar a sanção seja a própria pessoa do ofendido ou uma outra pessoa. Se chamarmos de *tutela* o complicado processo da sanção organizada, poderemos distinguir um processo de *autotutela*, que tem lugar quando o titular do direito de exercer a sanção é o mesmo titular do direito violado, e um processo de *heterotutela*, que tem lugar quando os dois titulares são pessoas diferentes. O processo de autotutela assegura em menor medida a igualdade proporcional entre violação e resposta e, portanto, é substituído nos ordenamentos mais evoluídos pelo processo de heterotutela. O reconhecimento da vingança privada como sanção em certos ordenamentos primitivos dá lugar a um instituto de autotutela; à medida que se reforça o poder central em um ordenamento, a função da tutela das normas jurídicas é cada vez mais subtraída aos indivíduos e cada vez mais transferida a órgãos diferentes das partes em conflito: o sistema da heterotutela substitui pouco a pouco o da autotutela. Só o sistema da heterotutela garante, além da maior eficácia, também maior proporção entre o mal e a reparação e, portanto, satisfaz melhor algumas exigências fundamentais da vida em sociedade, dentre as quais está certamente a *ordem*, para cuja manutenção basta a garantia de que as normas postas sejam respeitadas, mas existe também e sobretudo a *igualdade de tratamento*, que é mais bem assegurada quando a sanção é atribuída a um órgão *super partes*.

43. A adesão espontânea

Naturalmente, a idéia aqui sustentada de que, para delimitar o âmbito da noção de direito, é útil considerar o tipo

de resposta que os diversos ordenamentos dão à violação das regras de conduta, não pode ser aceita por todos aqueles que negam à sanção o caráter de elemento constitutivo da noção do direito e consideram, antes, a sanção como um elemento secundário. Sobre o problema da sanção verteram-se os clássicos rios de tinta: poderíamos quase distinguir os filósofos do direito do passado e do presente em duas grandes fileiras, uma dos "sancionistas" e a outra dos "não-sancionistas". Por parte da filosofia do direito, é o problema que talvez tenha incitado as maiores e mais inflamadas discussões e tenha sido objeto de maiores indagações e reflexões.

Vamos nos limitar aqui a expor os principais argumentos sustentados pelos não-sancionistas e a demonstrar de que modo, na nossa opinião, tais argumentos podem ser superados.

O primeiro argumento é o da *adesão espontânea*. A sanção, segundo esse argumento, não é elemento constitutivo do direito, pois um ordenamento jurídico conta, antes de tudo, com a adesão espontânea às suas regras, ou seja, com a obediência dada não pelo temor das conseqüências desagradáveis de uma eventual violação, mas por consenso, convicção, mero hábito, seja como for, por motivos que não pressupõem a possível ativação do mecanismo da sanção. Seria lamentável, observa-se, se um ordenamento jurídico não pudesse contar de algum modo com o consenso dos seus membros. Como poderia ser eficaz se a eficácia tivesse de ser obtida somente com a força? Semelhante tese apóia-se na constatação de que, na imensa maioria dos casos, a ação dos consociados é conforme às regras de conduta estabelecidas pelo ordenamento jurídico e que os casos de violação não são a regra, mas a exceção.

Esse primeiro argumento não é muito sólido. Ninguém desconhece o fato da adesão espontânea, mas esse fato não exclui o outro fato de que existem, historicamente, ordenamentos cuja adesão espontânea não parece garantia suficiente e, portanto, predispõem com outras regras os meios para corrigir a eventual ausência de adesão espon-

tânea. Pode-se dizer que nesses ordenamentos a adesão espontânea é sem dúvida necessária, mas que também não é suficiente. O problema fundamental é se, na falta da adesão espontânea, a regra é violada, ou se existe uma resposta à violação, e com que meios ela é regulada. Em outras palavras, o problema não é saber se a sanção sempre ocorre, mas se ocorre nos casos em que deve ocorrer, ou seja, nos casos de violação. Um ordenamento normativo em que nunca fosse preciso recorrer à sanção e que sempre fosse seguido espontaneamente seria tão diferente dos ordenamentos históricos que costumamos chamar de jurídicos que ninguém ousaria ver ali realizada a idéia do direito: sinal evidente de que a adesão espontânea acompanha a formação e a permanência de um ordenamento jurídico, mas não o caracteriza. A esse respeito Kelsen observa que: "Se o ordenamento social deixasse de ter no futuro o caráter de ordenamento coercitivo, se a sociedade existisse sem 'direito', então a diferença entre essa sociedade do futuro e aquela presente seria incomensuravelmente maior do que a diferença entre os Estados Unidos e a antiga Babilônia, ou entre a Suíça e a tribo dos Ashante."¹ Concluindo, quem afirma que a sanção organizada é a característica distintiva dos ordenamentos jurídicos não nega a eficácia das regras desse ordenamento por meio da simples adesão espontânea; afirma que o ordenamento conta, *em última instância*, com a eficácia obtida por meio do aparato da sanção.

Os defensores da adesão espontânea poderiam replicar com o argumento "filosófico", segundo o qual o homem, sendo livre por sua natureza, não pode ser obrigado e, portanto, também a obediência obtida por meio da sanção não deixa de ser uma obediência livre, fundada no consenso, e como tal indistinta da chamada adesão espontânea. Aqueles que pretendem se valer desse argumento poderão encontrá-lo exposto com a máxima clareza numa página de Croce, que, justamente a propósito da coação como elemento

1. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 19.

constitutivo do direito, diz: "Nenhuma ação jamais pode ser obrigada; toda ação é livre, pois o Espírito é liberdade: é possível, num determinado caso, não se encontrar a ação que se imaginou, mas uma ação obrigada é algo inconcebível, pois os dois termos são incompatíveis."² Suponhamos, observa Croce, que a inobservância seja acompanhada pela pena: mas também a pena sempre encontra diante de si a liberdade do indivíduo: "Para evitar a pena ou a renovação da pena este poderá, livremente, observar a lei; mas isso não impede que também possa livremente se rebelar contra ela."

Pode-se sustentar que mesmo a obediência obtida com uma ameaça de sanção se baseia em última instância no consenso, desde que adotemos de um ponto de vista tão elevado (é aquilo que geralmente se chama de ponto de vista "especulativo") que não nos permite mais enxergar as diferenças de grau, que aliás são as únicas diferenças que aqui nos interessam. Suponhamos que o consenso e a força não possam ser diferenciados com um corte nítido, e que um mínimo de consenso seja sempre necessário, mesmo nos casos em que a ação pareça sobretudo obrigada. A distinção empírica entre adesão livre e adesão forçada permanece. A adesão forçada requer um aparato de órgãos e de funções que se sobrepõe a um certo sistema normativo e o completa. Esse aparato tem um certo objetivo, que é o de reforçar a eficácia das normas, e produz um certo efeito, que é o de obter a obediência mesmo quando o consociado recalcitra. Pois bem, é a presença desse aparato que distingue um ordenamento de outro, sejam quais forem as conseqüências desse aparato sobre o modo como se manifesta a obediência. Se a adesão dada por consenso e aquela dada por força podem parecer indistintas para quem olha o problema preocupado com a liberdade do Espírito, parecem distintas, e claramente distintas, para quem se propõe o objetivo de estudar os meios com que o consenso é obtido e dele extrair

2. *Filosofia della pratica*, 3ª ed., p. 310.

elementos indicativos para caracterizar diversos tipos de ordenamentos normativos.

44. Normas sem sanção

O argumento mais comum e também mais fácil contra a teoria que vê na sanção um dos elementos constitutivos de um ordenamento jurídico é aquele que se funda na presença, em todo ordenamento jurídico, de normas não garantidas por sanção. Não resta dúvida de que em todo ordenamento jurídico existem normas cuja consequência desagradável imputada em caso de violação ninguém saberia indicar. Não há jurista que não possa citar um certo número delas, tanto no direito privado quanto, e sobretudo, no direito público. No campo do direito privado, tome-se, por exemplo, uma norma como o art. 315 do Código Civil italiano: "O filho, seja qual for a idade, deve honrar e respeitar os pais." No direito público os exemplos são mais numerosos, tanto que num texto constitucional, ao menos na parte referente à organização dos poderes do Estado, as normas não-sancionáveis prevalecem sobre as sancionáveis. Allorio citou, numa discussão sobre a sanção que veremos mais tarde, o art. 154 do antigo Código de Processo Penal italiano, que parece ter sido feito justamente para levar água ao moinho dos que negam a sanção: "Os magistrados, os escrivães, os oficiais judiciários, os oficiais e agentes de polícia são obrigados a observar as normas estabelecidas neste código, ainda que a *inobservância não importe nulidade ou outra sanção particular*." Nesse artigo o próprio legislador parte do pressuposto de que podem existir normas não-sancionadas; em outras palavras, a presença de normas não-sancionadas não é apenas um fato observado pela doutrina, mas uma hipótese aceita pelo próprio legislador, uma hipótese a que o próprio legislador une certas consequências (ou melhor, a ausência de certas consequências).

A presença de normas não-sancionadas em um ordenamento jurídico é um fato incontestável. A solução para

essa dificuldade por parte de quem considera a sanção como elemento constitutivo do direito não é certamente a de negar o fato. O fato é aquilo que é. Trata-se, quando muito, de ver como esse fato pode ser acolhido e justificado em uma teoria do direito como conjunto de regras com sanção organizada. Uma saída seria negar às normas não-sancionadas o caráter de normas jurídicas. Mas é uma solução radical desnecessária. A dificuldade pode ser resolvida de outro modo, ou seja, observando que, quando falamos de uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, referimo-nos não às normas singulares, mas ao *ordenamento normativo considerado no seu todo*, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que *todas* as normas desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que *a maior parte* o seja. Quando me coloco diante de uma norma singular e me pergunto se é ou não uma norma jurídica, o critério da juridicidade certamente não é a sanção, mas a pertinência ao sistema, ou seja, a *validade*, no sentido já esclarecido de referibilidade daquela norma a uma das fontes de produção normativa reconhecidas como legítimas. A sanção diz respeito não à validade, mas à eficácia, e já vimos que uma norma individual pode ser válida sem ser eficaz (ver pp. 39 ss.).

É claro que o legislador tende a produzir normas não só válidas, mas eficazes: mas pode-se observar que, quando nos deparamos com normas desprovidas de sanção, geralmente nos encontramos diante dos seguintes casos típicos: 1) ou se trata de normas cuja eficácia, dada a sua reconhecida oportunidade ou correspondência com a consciência popular ou, numa palavra significativa, dada a sua justiça, é confiada à adesão espontânea, motivo pelo qual a sanção é considerada inútil; 2) ou se trata de normas postas por autoridades muito elevadas na hierarquia das normas, a ponto de tornar impossível ou pelo menos pouco eficiente a aplicação de uma sanção. Em ambos os casos a ausência de sanção não depende de uma falha do sistema no seu todo, mas

de circunstâncias específicas das normas singulares, circunstâncias essas que tornam, naquele determinado caso, e somente nele, ou *inútil* ou *impossível* a aplicação de uma sanção, sem que por isso seja afetado o princípio que inspira a ativação do mecanismo da sanção, ou seja, o princípio da eficácia reforçada, que vale quando essa eficácia reforçada é possível e quando, sendo possível, também é necessária ou ao menos particularmente útil.

Esse segundo caso, qual seja, o das normas superiores na hierarquia normativa, como são as normas constitucionais, merece particular consideração, pois é um pouco o cavalo de batalha dos não-sancionistas, para os quais parece estranho, para não dizer absurdo, que careçam de sanção justamente as normas mais importantes do sistema. Na verdade, para nós essa ausência de sanção nos vértices do sistema não parece absurda, mas, antes, totalmente natural. A aplicação da sanção pressupõe um aparato coercitivo, e o aparato coercitivo pressupõe o poder, ou seja, pressupõe uma separação de força imperativa, ou de autoridade, se se preferir, entre aquele que põe a norma e aquele que deve obedecer a ela. Portanto, é totalmente natural que, à medida que passamos das normas inferiores às superiores, nos aproximamos das fontes do poder e, portanto, diminui a separação de autoridade entre quem põe a norma e quem deve executá-la, o aparato coercitivo perde vigor e eficiência, até que, ao chegar às fontes do próprio poder, ou seja, do poder supremo (como é aquele que se diz "constituente"), não é mais possível uma força coercitiva, pois a contradição não o permite, ou seja, porque se essa força existisse, esse poder deixaria de ser supremo.

O problema da relação entre direito e força é muito complexo, e agora não é o momento de aprofundá-lo. Por ora basta dizer que na passagem das normas inferiores de um ordenamento para as normas superiores, passamos da fase em que a força se destina a *aplicar* o direito para a fase em que serve para *produzi-lo* e, portanto, passamos do conceito de força como sanção de um direito já estabelecido (ou seja,

meio para tornar o direito eficaz) para o conceito de força como produção de um direito que deve valer no futuro. Nessa passagem dos planos mais baixos para os planos mais altos de um ordenamento, pouco a pouco ocorre uma inversão das relações entre direito e força, sem que seja possível precisar em que ponto essa inversão ocorre: nos planos mais baixos *a força está a serviço do direito*; nos planos mais altos *o direito está a serviço da força*. Com outra expressão poderíamos dizer que, olhando um ordenamento jurídico de baixo para cima (e é esse o ponto de vista mais genuinamente jurídico, isto é, próprio do jurista), vemos um poder coercitivo tendente a fazer com que um conjunto de regras seja obedecido; olhando-o de cima para baixo (e é esse o ponto de vista mais propriamente político), vemos um conjunto de regras destinadas a fazer com que um poder possa exercitar-se.

Se as coisas estão desse modo, o fato de as normas superiores não serem sancionadas é natural também por uma outra razão ainda mais decisiva, não por uma razão de fato (a impossibilidade de obrigar com a força quem detém a própria fonte da força), mas por uma razão de direito: quando aqueles que estão no ápice do poder agem de modo não-conforme com uma norma do sistema, tal comportamento não é a *violação* de uma norma anterior, mas a *produção* de uma norma nova, ou seja, uma modificação do sistema e, portanto, decai por impossibilidade de proposição o problema da sanção, que pressupõe um ilícito. Não significa, em suma, que um comportamento desconforme seja sempre um ilícito: pode ser a posição de uma nova liceidade, caso em que a sanção é juridicamente impossível. Vamos citar um exemplo extremo: o art. 139 da Constituição italiana, como se sabe, marca um limite normativo ao próprio poder constituinte estabelecendo que "a forma republicana não pode ser objeto de revisão constitucional". O que aconteceria se uma Assembleia Constituinte violasse esse artigo? Haveria pura e simplesmente a instauração de uma nova Constituição.

O que foi dito até aqui sobre as normas superiores do ordenamento não deve levar a crer que o direito público em

geral seja um direito não-sancionado. Antes, deve-se dizer que, se uma tendência se revelou na evolução do direito público europeu, foi aquela em direção a uma diferenciação cada vez menor entre direito privado e direito público relativamente ao problema da sanção. O "Estado de direito" avançou e continua a avançar na medida em que se substituem aos poderes arbitrários aqueles juridicamente controlados, aos órgãos irresponsáveis os órgãos juridicamente responsáveis, enfim, na medida em que o ordenamento jurídico organiza a resposta às violações provenientes não só dos cidadãos privados, mas também dos funcionários públicos. Poderíamos assinalar uma das muitas diferenças entre Estado de polícia e Estado de direito enfatizando a extensão do mecanismo da sanção partindo da base e subindo cada vez mais em direção aos vértices. O que ainda é uma confirmação da importância da sanção para estabelecer as características diferenciais do ordenamento jurídico; a evolução do ordenamento jurídico se exprime não na restrição, mas na ampliação do aparato sancionador. Estamos inclinados a considerar um ordenamento tão mais "jurídico" (o Estado de direito é um Estado em que o controle jurídico foi-se ampliando e, portanto, é mais "jurídico" do que um Estado de polícia) quanto mais aperfeiçoada é a técnica da sanção.

45. Ordenamentos sem sanção

Existe, porém, uma objeção mais grave. Até aqui nos defendemos diante da objeção fundada na constatação de normas sem sanção em um ordenamento jurídico. E nos defendemos, note-se, sustentando que o que conta para os fins da teoria da sanção não é que todas as normas pertencentes a um sistema sejam sancionadas, mas que a maior parte o seja, ou, em outras palavras, que o ordenamento recorra à técnica da sanção institucionalizada, ainda que depois essa técnica esteja ausente em alguns casos. Respondemos, em suma, passando da norma singular ao ordenamento como

conjunto de normas. Mas os não-sancionistas reforçam essa resposta afirmando que existem ordenamentos inteiros em que a institucionalização da sanção está completamente ausente, embora eles costumem ser chamados de jurídicos. Diante dessa objeção, a resposta dada na seção anterior não tem mais serventia. O exemplo característico que se costuma dar de ordenamento jurídico sem sanção institucionalizada é o *ordenamento internacional*. Se o ordenamento internacional, conforme se diz, é um ordenamento jurídico, como ainda se pode falar de direito e sanção como dois termos indissolúveis? Em geral, essa objeção é uma das conseqüências da teoria institucional do direito e da reconhecida pluralidade dos ordenamentos jurídicos. Admitiu-se que a correlação entre direito e sanção podia ser aceita enquanto não se reconhecesse outro ordenamento jurídico além daquele estatal. Ampliada, através da teoria da instituição, a noção de ordenamento jurídico, seriam introduzidos na rede muitos outros ordenamentos em que essa correlação entre direito e sanção não mais se manifesta, ou pelo menos não com a mesma evidência com que se manifestava quando o único ordenamento jurídico considerado era o estatal.

Não consideramos que essa objeção também seja insuperável. Sem dúvida a característica aqui esclarecida da sanção organizada tem uma função limitativa: serve para circunscrever na categoria das instituições ou dos ordenamentos normativos aqueles a que se considera mais apropriado reservar o nome de "jurídicos"; e evita, portanto, a identificação de sistema normativo em geral e sistema jurídico, motivo pelo qual não se vê que vantagens poderiam ser extraídas para uma melhor compreensão do fenômeno jurídico. Mas deve-se acrescentar que essa delimitação não chega a reduzir, mais uma vez, o ordenamento jurídico apenas ao ordenamento estatal. Na definição de ordenamentos com eficácia reforçada mediante a organização da sanção, inserem-se perfeitamente instituições como a máfia, as sociedades secretas, a cavalaria com seu código cavaleiresco, que é essencialmente um conjunto de regras de procedimento,

e, em geral, todas as associações organizadas com base no poder de expulsão (e de outras sanções menores) em relação aos sócios transgressores.

No que diz respeito ao ordenamento internacional, haveria, como no caso das normas não-sancionadas, a escapatória de não considerá-lo um ordenamento jurídico. Estamos diante de uma questão de palavras, e, portanto, de uma questão de mera oportunidade. Mas efetivamente a expressão "direito internacional" se consolidou e, portanto, é aconselhável servir-se de uma acepção ampliada do termo "direito" de modo a incluir também o ordenamento internacional. Mas é mesmo verdade que a característica da sanção organizada, uma vez aceita, acabaria por excluir das coisas conotadas pelo termo "direito" o ordenamento internacional?

Sem adentrar-nos na questão da juridicidade do direito internacional, seja-nos permitido repetir aqui o que já tivemos ocasião de dizer, ou seja, que o direito internacional nasceu junto com a regulamentação da guerra, isto é, com a consciência, por parte dos membros da comunidade estatal, da natureza sancionadora da guerra e, por conseguinte, da necessidade de demarcar seus limites com regras aceitas em comum acordo, ou seja, nasceu junto com a institucionalização da guerra enquanto sanção. De resto, até alguns internacionalistas aceitam a tese de que o direito internacional também tem suas sanções e prevê o modo e a medida do seu exercício. A violação de uma norma internacional por parte de um Estado constitui um ilícito. Acaso no ordenamento internacional um ilícito não implica alguma consequência? O que são a represália e, nos casos extremos, a guerra se não uma *resposta à violação*, ou seja, aquela resposta à violação que é possível e legítima naquela sociedade específica que é a sociedade dos Estados? Ora, quanto a essa resposta à violação só existem duas possibilidades: ou a resposta é livre ou, ao contrário, é regulada e controlada por outras normas pertencentes ao sistema. A primeira possibilidade é aquela que se realiza no hipotético estado de natureza; a segunda é aquela que encontra aplicação na comuni-

dade internacional por meio da regulamentação do direito de represália e de guerra. Portanto, o ordenamento internacional é também um ordenamento jurídico no sentido preciso em que se fala de ordenamento jurídico como ordenamento com sanção regulada.

Se existe uma diferença entre ordenamento internacional e outros ordenamentos, como, por exemplo, o ordenamento estatal, ela não reside na ausência de uma sanção regulada, mas, quando muito, apenas no modo com que é regulada.

Então não se trata de uma diferença principal, mas secundária. Para compreender essa diferença quanto ao modo de exercício da sanção, temos de retomar a distinção feita na seção 42 entre *autotutela* e *heterotutela*, ou seja, entre a sanção exercida pela própria pessoa do ofendido e a sanção exercida por outra pessoa, *super partes*. Se consideramos, por exemplo, a represália como o exercício de uma sanção, não resta dúvida de que se trata de resposta à violação dada pelo mesmo Estado que sofreu as conseqüências de um ato ilícito por parte de um outro Estado, ou seja, de um ato de autotutela. Portanto, podemos dizer que em geral todo o ordenamento internacional, diferentemente daquele estatal, fundamenta-se no princípio da autotutela e que, portanto, o que diferencia o ordenamento internacional daquele estatal não é a ausência ou a presença de sanções organizadas, mas a organização da sanção por meio da autotutela ou da heterotutela. O fato de o instituto da autotutela ser manifestação de uma sociedade menos organizada do que aquela em que vige o princípio da heterotutela implica uma diferença não de substância, mas de grau entre ordenamento internacional e ordenamento estatal, diferença que, aliás, ninguém jamais negou.

46. As normas em cadeia e o processo ao infinito

Vamos examinar uma quarta objeção: é a objeção chamada de processo ao infinito e que se encontra formulada,

por exemplo, em Thon, com as seguintes palavras: "Qualquer atribuição de direitos, até mesmo a fornecida pela mais enérgica coação com uma pena e com um ressarcimento no caso da sua violação, reside, no fundo, apenas num conjunto de imperativos, sendo que o posterior tem sempre por condição a desobediência do anterior, mas o último, quando transgredido, permanece em todo caso desprovido de conseqüências. Portanto, todo o sistema jurídico consta de normas. Ora, se não se quiser dar muita importância à norma como tal, tudo bem: mas, então, será atribuído pouco valor ao direito como um todo, uma vez que é impossível que uma norma, impotente por si, adquira energia apenas porque no caso da sua transgressão se conecte a ela uma outra norma potente."³ Essa objeção encontra-se repetida sucessivamente inúmeras vezes. Vamos formulá-la de modo mais sintético com nossas palavras: se é verdade que uma norma é jurídica apenas se é sancionada, do mesmo modo a norma que estabelece a sanção só será jurídica se for sancionada, e, por conseguinte, para ser jurídica, a norma que sanciona a primeira norma sancionadora deverá remeter-se, por sua vez, a uma nova norma sancionadora. Chegaremos forçosamente a um ponto em que haverá uma norma sancionadora que, por sua vez, não será sancionada. Podemos exprimir com outras palavras o mesmo conceito do seguinte modo: a norma primária pressupõe a norma secundária; mas essa norma secundária é, por sua vez, norma primária em relação à própria norma sancionadora, que é secundária em relação a esta e terciária em relação à primeira; mas a norma terciária também pressupõe uma norma ulterior etc. etc. Chegaremos a um ponto em que uma norma será apenas secundária, mas não primária, ou seja, a um ponto em que, como não podemos proceder ao infinito, haverá uma norma sem uma sanção que a garanta e, portanto, permanecerá no sistema como norma não-sancionada. Essa objeção tende a demonstrar

3. *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 15.

que, por mais que o sistema da sanção organizada se estenda, não pode abranger todas as normas e, portanto, a ausência de sanção não é apenas a resultante de uma constatação de fato, mas também de uma razão implícita no próprio sistema.

Essa objeção, porquanto sugestiva, não traz argumentos novos em favor da tese dos não-sancionistas. Pode-se efetivamente responder a essa objeção recorrendo aos contra-argumentos expostos na seção 43.

De fato, de um lado ela nos diz que em todo ordenamento, por mais que se admita a organização da sanção, mesmo na forma mais ampla, sempre haverá normas que não são sancionadas. Mas nesse caso podemos responder, com base no que dissemos na seção 44, que a presença de normas singulares não-sancionadas não implica recusa da tese sancionista, que se funda na presença do mecanismo da sanção no ordenamento considerado no seu todo. Por outro lado, ela nos faz notar que as normas não-sancionadas emergem à medida que se procede das normas inferiores para as normas superiores. Mas também já respondemos a esse argumento na mesma seção, alegando o fato de que, se a sanção implica a presença de um aparato coercitivo, a presença de tal aparato implica, em última instância, a presença de um poder de coação, que por sua vez não pode ser obrigado e que, portanto, a existência de normas não-sancionadas no vértice do sistema é o efeito da inversão da relação força-direito que se verifica na passagem das normas inferiores para as normas superiores.

No mais, pode-se ainda objetar se não haveria uma contradição em considerar, de um lado, que a sanção seja elemento constitutivo do direito e, de outro, que careçam de sanção justamente as normas superiores do ordenamento, aquelas que deveriam garantir a eficácia de todo o sistema. Se a objeção que estamos examinando nesta seção apresenta algum interesse em relação às anteriores, está justamente em nos indicar mais claramente essa contradição. Consideramos que se possa resolver essa contradição reportan-

do-nos ao que foi dito sobretudo na seção 43. Por mais que um ordenamento tenda a reforçar a eficácia das próprias normas organizando a coação, não se desconsidera que ele conte também com a adesão espontânea. Nesse caso, acrescentamos que a eficácia direta, ou seja, aquela que deriva da adesão espontânea, não apenas não está excluída, mas é de fato indispensável. As normas, cuja aplicação é sem dúvida confiada à adesão espontânea, são exatamente as normas superiores do sistema. Ora, um sistema em que todas as normas superiores tivessem de ser garantidas pela sanção não só é impossível juridicamente (e efetivamente é sempre válida a pergunta: "Quis custodiet custodes?"), mas é também impossível de fato, pois significaria que aquele ordenamento é fundado apenas na força.

O problema das relações entre *força* e *consenso* é tão complexo quanto o das relações entre força e direito, que já mencionamos. E não é o caso de analisá-lo minuciosamente. Vamos nos limitar a dizer o seguinte: força e consenso são os dois fundamentos do poder. Podemos perfeitamente supor um poder fundado apenas na força e um poder fundado somente no consenso. De fato, os jusnaturalistas, quando elaboravam a teoria contratualista do Estado, imaginavam um Estado fundado exclusivamente no livre acordo dos consociados e o contrapunham aos Estados despóticos, em que se admitia que o direito era a expressão da vontade do mais forte. Basta lermos as primeiras páginas do *Contrato social* de Rousseau para nos convenceremos da persistência dessa contraposição. Mas se prescindirmos dessa contraposição puramente teórica e olharmos com isenção para a realidade histórica, perceberemos que força e consenso se confundem e que não há Estado tão despótico que não conte também com o consenso (o déspota espera poder contar ao menos com a fidelidade dos seus acólitos), nem Estado tão fundado no contrato que não precise da força para conter os dissidentes. Os Estados históricos se distinguem entre si pela maior ou menor medida de força e de consenso. Quando falamos, como fizemos até aqui, do aparato da coação para

tornar eficaz um ordenamento normativo, sempre tivemos em mira os Estados históricos, nos quais está sempre presente, ao lado da força, um mínimo de consenso. Pois bem, a presença de normas superiores não-sancionadas apenas reflete essa situação histórica: as normas não-sancionadas representam aquele mínimo de consenso sem o qual nenhum Estado poderia sobreviver.