

TEORIA DA SANÇÃO PREMIAL[†]

Maurício Benevides Filho*

RESUMO: O presente artigo analisa o instituto da sanção premial na perspectiva da teoria do direito. O objetivo geral da pesquisa é, ao tecer críticas às diversas propostas doutrinárias para o instituto, apresentar uma contribuição original para o tema. Conclui-se que, a partir da teoria egológica, é possível inserir a sanção premial na estrutura da norma jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Direito. Sanção premial. Teoria Egológica.

PREMIUM SANCTION THEORY

ABSTRACT: The present article analyzes the institute of the premium sanction in the perspective of the theory of law. The general objective of the research is, by criticizing the various doctrinal proposals for the institute, to present an original contribution to the theme. It is concluded that, from the egological theory, it is possible to insert the premium sanction in the structure of the legal norm.

KEYWORDS: Theory of Law. Premium sanction. Egological Theory.

“Seria uma deplorável mutilação apresentar o Direito como implicando exclusivamente o modo de retribuição danosa, a pena. A essência do Direito implica a retribuição, mas esta pode ser não apenas castigo, mas também a recompensa. E a história do Direito positivo nos mostra efetivamente exemplos de retribuição que são prêmios: o ramo de oliva (Grécia), o elogio e o galardão (Espanha Medieval), o acréscimo e aumento de soldos, a condecoração, as pensões graciosas, os privilégios econômicos e as isenções. Se nos passam inadvertidas é porque não foram unificadas em um Código como as penas.”¹

39

1. INTRODUÇÃO

Cediço que a idéia de recompensar o ato benéfico e castigar o malfeitor é tão antiga quanto o próprio homem, sendo esta inerente ou decorrente de seu sentimento de justiça. Já nos filósofos gregos encontramos diversas exortações à premiação dos bravos e à punição dos destituídos de mérito, como dá mostra a seguinte passagem da obra aristotélica, *verbis*:

“Disto são válido testemunhos, já os indivíduos em particular, já os próprios legisladores, os quais castigam e punem aqueles que cometem ações perversas,

[†] Benevides Filho, Maurício. *A Sanção Premial no Direito*, Ed. Brasília Jurídica, 1999

* Professor Associado do Departamento de Direito Processual/UFC. Mestre em Direito Constitucional, Doutor em Tecnologia da Educação à Distância, Livre Docente em Direito. Diretor da Faculdade de Direito da UFC.

¹ Lambias de Azevedo, Juan. *Eidética y Aporética del Derecho Prolegomenos a la Filosofía del Derecho*, Editorial Galpe, Buenos Aires, 1940, p. 48

quando as não tenham feito à força ou por ignorância, de que sejam eles as causas: e honram, ao contrário, quem executa os belos empreendimentos como para incitar a estes e refrear aqueles.”²

40 Todavia, somente no século XV inaugura-se um movimento voltado à melhor utilizar e institucionalizar o uso político-normativo dos prêmios e das penas. Conforme destacado por Michel Foucault em seu opúsculo “A Vontade de Saber”, somente a partir da época iluminista é que as sociedades ocidentais viram desenvolver-se, no seu seio, novos instrumentos de poder - disciplinas dos corpos e controles reguladores das populações - que abrem a era do “bio-poder.”³ A um tipo de poder durante muito tempo caracterizado pelo “*direito de fazer morrer e de deixar viver*”, exercido sob a forma negativa da captura, da reclusão, da subtração ou da repressão que culmina na morte, sucedeu “*um poder destinado a produzir forças, fazê-las crescer e a ordená-las*”, um “*poder que se exerce positivamente sobre a vida, que se encarrega de a gerir, de a valorizar, de a multiplicar, de sobre ela exercer controles precisos e regulações de conjunto.*” E Foucault, após ter notado que esta transformação nos mecanismos de poder significa “*nada menos que a entrada da vida na história*”, conclui a passagem pontificando que: “*outra conseqüência deste desenvolvimento do bio-poder é a importância que toma o jogo da norma em detrimento do sistema jurídico da lei.*”⁴

Com isto Foucault não prediz que o desenvolvimento do bio-poder acarretará um processo de declínio do direito tradicional. Ao revés, aquele ensejará um profundo movimento de renovação da “sociedade normatizadora”, com a superação do conceito de poder estatal vinculado à soberania e de direito atrelado à força. Inscreve a norma entre as “artes de julgar”, salientando que esta tem relação ocasional com o poder, caracterizando-se não pelo emprego da força, de uma violência suplementar, de uma coerção reforçada, de uma intensidade acrescida, mas de uma lógica, uma economia, uma maneira de o poder refletir as suas estratégias e definir os seus objetivos. Numa palavra, aquilo que lhe dá a forma de uma “bio-política”.

As modificações sociais e a pressão dos interesses coletivos forçaram, então, a alteração na atuação Estatal. Derruiu-se definitivamente a concepção não-intervencionista, onde o papel do Direito restringia-se unicamente à pre-

² Aristóteles. *A Ética de Nicômano*, Athens Editora, S. Paulo, p. 71

³ Foucault, Michel. *La Volonté de Savoir*, Paris, 1976, pgs. 177 e segs.

⁴ Idem, p. 189

servação e proteção das situações constituídas através do uso da força e castigos, exurgindo, em seu lugar, um Estado promocional, voltado para as transformações socioeconômica e para o bem estar de toda a coletividade.

Destarte, a ação promocional do Estado se traduz através da implementação de medidas jurídicas adequadas visando acompanhar e incentivar as modificações socioeconômicas desejadas. A sanção penal, como técnica de controle social, embora permaneça importante como meio de obtenção da conduta assegurada, tornou-se inadequada para o enfrentamento de diversos problemas da sociedade moderna. Por isso, em paralelo com a pena, advoga-se a utilização da sanção premial, por configurar-se como mecanismo mais aplicável à equação dos entraves oriundos e próprios da necessidade de desenvolvimento econômico.

Assim, diante da função mobilizadora das normas de encorajamento no Estado atual, tendo em vista que não se tratam de normas que tão-somente outorgam direitos e deveres, mas que, favorecem, estimulam e motivam positivamente determinados atos, dada sua especificidade e caracteres, afigura-se obrigatória a ampliação da forma estrutural da norma jurídica, considerando-se, acima de tudo, a prática social, pois, conforme ensina Pasini:

“pode observar-se como a transformação estrutural e a mutação radical da realidade social implica incessantemente em novos problemas, e estes exigem novos instrumentos e novos procedimentos, nova estrutura lógico-conceitual.”⁵

Urge, portanto, a elaboração de uma nova dogmática jurídica que recolha e sistematize os novos métodos jurídicos postos em prática pelo Estado contemporâneo.

2. UM NOVO CONCEITO DE SANÇÃO

“Uma sanção tanto pode ser positiva como negativa; pode ser a recompensa ou a pena, a aprovação ou desaprovação que acarreta determinado ato para a pessoa que o realiza. Em toda a coletividade, a conformidade aos modelos pode merecer diversas recompensas e a não-submissão provocar a imposição de certas penas.”⁶

⁵ Pasini, Dino, “Norma giuridica e realtà sociale”, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, ano XXXVII, Série III, Casa Ed. Dott. Antonino Giuffrè, Milano, 1960, p. 222

⁶ Rocher, Guy. *Sociologia Geral*, Editorial Presença, 3ª Edição, Lisboa, 1977, p. 94

Nietzsche, já em 1880, alertava para a necessidade de uma completa reformulação jurídico-social, devendo-se “primeiro, abolir a punição; segundo, abolir o pecado; e terceiro, abolir a moral.”⁷

Durkheim, por idêntico, vaticinando sobre o futuro da sanção, profetizou:

“O futuro da sanção parece, nesta perspectiva, muito claro: desaparecimento progressivo da sanção penal, substituída por uma técnica de reinserimento social do réu, de uma parte; noutra, a potencialização e aperfeiçoamento da sanção civil, cujo sistema permitirá, no limite, uma convivência segura.”⁸

Modernamente, Giacomo Gavazzi, certamente influenciado por estas opiniões e demais que se avolumam, constatou que nossa visão tradicional de direito chegou a um impasse, ficando patente que “a teoria da sanção está em via de uma completa revisão.”⁹

Deste feito, não se pode mais restringir o conceito de sanção a uma “resposta à violação” ou “como meio pelo qual, em um sistema normativo, trata-se de salvaguardar as leis, das condutas que lhe são contrárias”¹⁰, definições estas repetidas acriticamente desde a publicação das idéias kelsenianas.

Sanção jurídica deve ser compreendida modernamente, como uma reação ou retribuição prevista no ordenamento normativo, blindando-se esta contra-prestação de uma feição premial (sanção premial), quando o agente adota a conduta aprovada ou esperada, ou um caráter punitivo (sanção negativa), quando o ato praticado é indesejado ou dissonante.

Diante dessa nova realidade, da mutabilidade e da abertura das regras jurídicas ao progresso e à mudança social, imperioso, reformular-se o vetusto e arraigado pensamento jurídico, a fim de abrir-se espaço para a existência e aceitação doutrinária da sanção premial.

Contudo, especialmente neste breve trabalho, não se pretende antever ou predizer quais transformações ocorrerão, mesmo porque isto redundaria num ousado e incerto exercício de futurologia. Prefere-se, ao ensejo, seguindo a

⁷ Nietzsche, *Opere*, V. 1 (Aurora), Milão, 1964, 319

⁸ Durkheim, *Lezione di sociologia*, Milão, 1973, pg 65. Ver também considerações de Luhmann, in *Come è possibile l'ordine sociale*, Bari, 1985, p. 78

⁹ Gavazzi, Giacomo. *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970, p. 158

¹⁰ Pacheco, Angela Maria da Motta, *Sanções Tributárias e Sanções Penais Tributária*, Editora Max Limonad, S. Paulo, pg.60

opinião de Francesco D'Agostino, procurar elaborar alguma contribuição sobre o tema, demonstrando a relevância, função e rumos do direito premial em nossa época.¹¹

3. SANÇÃO PREMIAL E O MODELO KELSEN-COSSIO

As questões derredor do direito premial até hoje discutidas - em particular o problema da natureza jurídica da recompensa, o conceito de sanção premial e seu encaixe no juízo disjuntivo elaborado por Cossio - aparecem com frequência, apesar de brevemente exploradas, nos tratados de Teoria do Direito.

No que concerne à Itália, sinal-se a obra de Carnelutti - "Teoria Generale del Diritto" - onde este mestre aduz que "*logicamente não existem motivos para reservar unicamente ao castigo o caráter da sanção; o prêmio serve para garantir a observância da ordem ética ao semelhante do castigo*". Mas acrescenta que, historicamente, o prêmio traduz-se em escassas ocorrências, sendo que "*o seu valor prático é assim limitado a explicar e não justificar*". Destaca o hábito comum a todos de identificar a sanção com "*um mal infligido a quem usa o mal*". Ele mesmo, aliás, tratando adiante das diferentes classificações das sanções, refere-se somente às penas. A sua posição é, pois, semelhante àquela de Kelsen: admite, conceitualmente, as sanções positivas para, depois, menosprezá-la no trato jurídico, destacando tão apenas a natureza coercitiva do direito.¹²

43

Entre os diversos estudiosos que teceram considerações em torno da natureza jurídica das recompensas e dos prêmios, cumpre dar relevo ao embate teórico travado por dois grandes autores: De Mattia e Copello.

Inicia-se com a publicação, em 1937, de artigo do italiano De Mattia, na "Revista Internacional de Filosofia do Direito". No próêmio anuncia-se uma proposta nova: "*a constatação da existência de recompensas que tem caráter de sanção*"¹³, sugerindo verificar-se a possibilidade de construir uma teoria do ato meritório.

Seu objetivo não é propor novos fatos jurídicos ou indicar modificações na disciplina jurídica existente, nem, tão-pouco, discutir os fundamentos de um

¹¹ D'Agostino, Francesco. *La sanzione nell'esperienza giuridica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, p. 70

¹² Carnelutti. *Teoria generale del diritto*, Foro Italoico, Roma, 1951, 3ª Ed., p. 27-28

¹³ De Mattia. *Merito e ricompensa*, in "Rivista internazionale di Filosofia del Diritto", 1937, VI, p. 608-624

hipotético direito premial, mas formular uma sistematização teórica para a sanção premial já presente no ordenamento jurídico. Para tanto, De Mattia aplica à recompensa e ao ato meritório as mesmas categorias consolidadas na ciência jurídica para a pena e o ato ilícito.

Convém memorar, muito sinteticamente, as principais passagens: sublinha “*que a recompensa tem todas as características da sanção que surge com as análises deste conceito*”. A sanção é uma reação que pode consistir em “*um mal que segue a um mal como um bem que segue um bem*”. Define sanção como “*a conseqüência jurídica de um ato, direta a compensá-la na vontade*”, passando a aplicar os elementos contidos nesta definição à sanção positiva que chama “recompensativa”. Parte de uma definição formal, de um modelo que pode compreender, indistintamente, tanto a recompensa como a pena. Depois, separa a sanção nas suas dimensões normativa e fática, isto é, entre a previsão legal e o fato material, distinguindo, também, a norma-sanção, que consiste em uma ordem direcionada aos órgãos do Estado da norma-preceito, diretiva moral. A norma como sanção “recompensativa” implica na “*existência de um preceito que determina juridicamente a meritoriedade de uma ação*”.¹⁴

44

O primeiro pressuposto da sanção é um ato jurídico. No caso da sanção recompensativa é o ato meritório que vai tratado em perfeita analogia com o ato ilícito. De Mattia, como De La Grasserie, recorre à imagem de duas zonas de atos ilícitos e atos meritórios, como já exposto.

O ato meritório compreende dois elementos: um objetivo, que é a vantagem social, outro subjetivo, que é o mérito. Este último, segundo De Mattia, é imprescindível e serve de sustentáculo à elaboração de uma importante distinção: todas as medidas que derivam de um evento no qual inexistente mérito, como os privilégios ou as imunidades, são medidas, na sua opinião, tão-somente retributivas.

Seu conceito de mérito contém uma graduação de intensidade. O primeiro grau de mérito requer só uma diligência média ou uma maior atenção nas atividades ordinárias. O segundo grau comporta um sacrifício do próprio interesse àquele de um outro ou da coletividade e implica no “*propósito de assegurar o bem alheio mediante a desvantagem de si mesmo*”¹⁵, sendo, portanto, diametralmente oposto ao dolo.

¹⁴ Ibidem, p. 609-610

¹⁵ Ibidem, p. 616

Conclui que não paira um dever geral “de reconhecer” o mérito e “de compensá-lo” sobre o sujeito passivo de um ato meritório e, desta forma, não há um direito correspondente no polo ativo, pois a segura expectativa de uma recompensa viria a enfraquecer muito, senão a anular, a eficiência moral. Por isto inexistente para o ato meritório, salvo nos casos expressamente estabelecidos em lei, uma figura correspondente à responsabilidade decorrente de ato ilícito. Existe porém um sentimento social difuso de gratidão e reconhecimento que, se não implica numa obrigação civil, deixa, todavia, lugar para uma obrigação natural.

De modo geral De Mattia não se interessa pela função da recompensa ou da atividade a qual é destinada. Alude à ação ou à reação, positiva ou negativa, sem, contudo, fazer nenhuma referência aos possíveis conteúdos destas ações. Cinge-se a ratificar a idéia de que as recompensas são uma forma de prevenção dos crimes e a afirmar que são meios destinados a impelir à observância de certas normas. De Mattia estatui a diferença entre propósito “de compensar a boa ou má vontade” e a finalidade ressarcitória. O primeiro é consubstanciado pelo componente simbólico da sanção, a segunda pelo componente material que, no caso de um ato ilícito, é ressarcimento do dano, e, na hipótese de um ato meritório, é a recompensa econômica. As sanções recompensativas podem conjugar dois propósitos: recompensar o mérito e ressarcir o sacrifício material.

45

Em resposta a De Mattia, Mário Alberto Copello publica em 1945 na Argentina um longo artigo sobre Direito Premial. É um trabalho produzido de conformidade com o pensamento da escola egológica do direito, adotando categorias e linguagem utilizadas por seu fundador - Carlos Cossio - apresentado como continuador e aperfeiçoador da doutrina Kelseniana.

Copello intenta demonstrar que a recompensa não é uma sanção. O ensaio subdivide-se em duas partes que, adotando dois diferentes pontos de vista, tratam do mesmo problema. O primeiro é aquele da análise lógico-jurídica formal, o segundo é aquele da análise lógico-jurídica transcendental. Conforme Copello, a primeira parte preocupa-se com norma como “conceito” (pensamento), e utiliza o método eleito pela doutrina pura do direito, enquanto a segunda aborda o direito como “conhecimento”, isto é, o considera como “*conduta humana intersubjetiva*” e “*se deve substancialmente às notáveis pesquisas de Cossio*”. Interessante carrear à cotejo somente a primeira parte, motivo

por que deixa-se *a latere* a segunda, por ter um conteúdo muito heterogêneo e sem repercussão no estudo realizado.¹⁶

Copello começa recordando brevemente os argumentos expendidos pelos defensores da idéia de que a recompensa deve ser considerada sanção. Depois critica e intenta desconstruir esta tese, atacando, em particular, a exposição feita por De Mattia. Para Copello não existem sanções premiaias e não há afinidade ou paralelismo algum entre a pena e a recompensa. Para demonstrar isto, expõe uma estrutura típica da norma premial, aplicando o esquema normativo da escola egológica.

Explica o conceito de “endonorma” e “perinorma”, que correspondem, respectivamente, à norma secundária e primária de Kelsen, com a diferença de que na teoria egológica a norma secundária permite uma “restauração do valor ontológico” que se perdeu na depreciação Kelseniana. Aquela parte da norma direcionada ao cidadão (secundária Kelseniana) vem portanto reformulada como endonorma e formalizada no esquema: “*dado Ft -primeiro antecedente - determinadas circunstâncias de uma conduta - deve ser P - primeira consequência - uma determinada prestação ou conduta*”. A perinorma é, ao contrário, aquela parte da norma (primária Kelseniana) direcionada aos órgãos do Estado que diz: “*dado ñ-P - segundo antecedente - conduta diferente da prestação devida - deve ser S - segunda consequência - conduta que consiste na Sanção*.”¹⁷

O argumento de Copello, exposto em abreviado e em uma linguagem simplificada, é que a recompensa não é uma sanção porque ela é uma consequência jurídica, como escreveu De Mattia, mas é consequência jurídica integrante da “endonorma”, isto é, incorporada na primeira parte da norma, diversamente da pena, que está disposta na “perinorma”, isto é, na segunda parte. “*O prêmio simplesmente é a prestação conceituada na endonorma*.”¹⁸

Vale dizer, a norma premial estaria contida na primeira afirmativa, onde P é a recompensa, e a sanção na segunda parte, onde S é o castigo aplicado em razão do descumprimento dos prescrito na endonorma. Em síntese, a sanção seria a consequência imputada à violação de um dever jurídico, enquanto a recompensa somente uma prestação prevista na norma.

¹⁶ Copello, Maria Alberto. *La sanción y el premio en el derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 109

¹⁷ Idem, p. 41

¹⁸ Ibidem, p. 46

Ao sustentar que o prêmio não é sanção, Copello, porém, de certa forma, distorceu a estrutura egológica. Descarta do fato de que, caso P seja prêmio, este estaria presente tanto na endonorma, direcionada aos cidadãos, quanto na perinorma (ñ-P), dirigida aos magistrados. Ora, como a ausência de um prêmio poderia dar ensejo a uma sanção? Ou, por outro lado, como a não-prestação poderia resultar em prêmio?

Ademais, vale indagar, seria possível, do ponto de vista lógico-formal, igualar dois conceitos distintos - “Prêmio” e “Prestação” - como Copello fez, sem derruir a estrutura lógica do juízo disjuntivo?

À frente deduz que entre sanção e prêmio não há algum parentesco, admitindo, entretanto, a existência de medidas premiaias na legislação positiva. As medidas premiaias são, em seu entendimento, simples prestações: “*soa falsa a exigência dos penalistas de um Direito Premial, perfeitamente estruturado, como oposto e complementar aquele penal.*”¹⁹

Inobstante o tom categórico do autor em afirmar “a inquestionabilidade” de suas conclusões, estas resultam aceitáveis somente quando assumido o ponto de vista egológico do Direito. Até Cossio vislumbrou as fissuras na teoria de Copello, ao ressaltar, no prólogo, que “*para discordar sistematicamente com as conclusões de Copello, bastaria atacar o esquema normativo fundamental com o qual trabalha*”.

47

Ademais, o próprio Hans Kelsen reconhece, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, que o conceito de sanção jurídica abrange as dimensões de prêmio e castigo, *verbis*:

“Conforme o modo pelo qual as ações humanas são prescritas ou proibidas, podem distinguir-se diferentes tipos - tipos ideais, não tipos médios. A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer conseqüências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (Vergeltung). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal - a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos - a aplicar

¹⁹ Ibidem, p. 74

como conseqüência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa. “²⁰

Forçoso, assim, reconhecer-se a exaustão do sistema Kelseniano e, em especial, de seu juízo disjuntivo, uma vez que este não mais consegue explicar a realidade, sendo imperiosa a sua reformulação a fim de abrir-se espaço para a inclusão da sanção premial no mundo jurídico, dêis que esta se encontra presente no mundo fático.

Propor-se-á, adiante, um novo enunciado para o conhecido juízo disjuntivo.

4. UM NOVO PENSAMENTO JURÍDICO

48 | Noberto Bobbio, discorrendo sobre as funções atuais das sanções jurídicas, preleciona que, no Estado contemporâneo, o sistema normativo não se exprime unicamente sob a forma de regra de exigência, na medida em que a técnica tradicional de intimidação vai cedendo lugar à técnica da estimulação, sendo, atualmente, bastante relevante o número de medidas positivas de reforçamento da ordem jurídica. Bobbio argumenta que a passagem, da concepção negativa à concepção positiva do Estado, do Estado Liberal ao Estado Social, acarretou um acréscimo das normas que requerem uma intervenção ativa dos cidadãos, não se contentando apenas com a abstenção.

E, em virtude da correspondência entre norma positiva e sanção positiva, o aumento das normas positivas destina-se a favorecer o aumento das sanções positivas; em outras palavras, a organização do Estado assistencial teve como efeito a adoção cada vez mais freqüente da técnica de motivação encorajadora positiva. Somente há pouco é que se despertou para as leis de incentivação.

A par deste aspecto, há de se acentuar que os doutrinadores já consideram a recompensa como elemento definitivo do próprio Direito, isto é, já inscrevem o prêmio no conceito de Direito²¹:

“Pensar o Direito como um conjunto de normas é simplificar demasiadamente a coisa. Concebê-lo, em contrapartida, como o conjunto de pautas de comportamento social é ampliar muito o campo denotativo. Talvez, provisoriamente, se possa considerar como um conjunto de regras de convivência cuja

²⁰ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1996, pg.26

²¹ Melo Filho, Álvaro. *Direito: Fundamentos teóricos e práticos*, Ed. Forense, 1981, p. 114

força obrigatória se encontra reforçada por muitos meios punitivos ou gratificantes. “²²

Assim, infere-se que a conseqüência outorgada pela ordem jurídica a determinado comportamento pode ser tanto uma sanção negativa (pena) como uma sanção positiva (prêmio). Sinteticamente pode-se definir a sanção como uma conseqüência prevista no ordenamento jurídico para um determinado comportamento subjetivo, adjetivando-se de “premiar” quando esta encerra uma recompensa. Ou, como bem assinala Juan Llambias de Azevedo:

“As retribuições ou sanções se chamam penas ou castigos quando consistem em males, e prêmios ou recompensas quando consistem em bens.”²³

Um acurado exame da legislação brasileira recente avulta suficiente para vislumbrar-se, de plano, a imensa utilização da sanção premial, sobretudo quando se intenta incentivar o adiantamento de receitas por via de recolhimento antecipado de tributos. Demais disso, para favorecer ou incrementar a economia, ao invés de obrigar por intermédio de ameaças de punição, o Estado moderno prefere recorrer aos denominados incentivos, que vão das isenções fiscais à proteção alfandegária, da concessão de empréstimos à dilatação de prazos para pagamento de exações, caracterizáveis como a versão hodierna das antigas recompensas.

49

5. UM BREVE COTEJO CONSTITUCIONAL

Uma análise perfunctória de nossa *Lex Fundamentalis* avulta suficiente para vislumbrar-se, de plano, sua consonância com o pensamento jurídico atual e com as posições sustentadas nesta dissertação. Assim, à guisa de ilustração, passar-se-á a trazer à colação diversos dispositivos constitucionais de conteúdo eminentemente premiais.

Logo no seu próêmio, mais precisamente no artigo 3º, nossa Carta Política giza os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, determinando a implementação de medidas que ensejem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo-se o desenvolvimento nacional, erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais, promovendo-se o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

²² Russo, Eduardo. *Temas para uma Filosofia Jurídica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1974, p. 64

²³ Ob. Cit., p. 48

Ora, é de se perguntar: como o Estado brasileiro conseguirá atingir tão nobre desiderato? Uma legislação unicamente repressora e punitiva ajudará na construção desse novo Estado augurado pela Lei Maior? O Estado pode manter-se na figura de simples “guarda-noturno” ou deverá implementar ações concretas na seara jurídica, econômica e social?

As respostas para todos estes questionamentos encontram-se inseridas no próprio texto constitucional. Nos artigos 21 e 23, indicam-se alguns meios e instrumentos a serem utilizados para a consecução dos Princípios Fundamentais, atribuindo-se à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a tarefa de elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, fomentar a produção e organizar programas de melhoria das condições de vida da população.

Todavia, é mais adiante, no Título VIII, Da Ordem Social, onde se explicita o caráter promocional e premial da legislação que deverá vir a ser produzida a fim de incentivar-se todas as atividades benéficas à sociedade, sejam elas culturais, científicas, esportivas, tecnológicas, fiscais, etc., permitindo-se a participação positiva de todos na construção de um Estado justo e solidário.

Vem a propósito, pois, trasladar alguns destes dispositivos, *verbis*:

“Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens da natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(omissis)

§ 3º. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.”

“Art. 217 - É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

(omissis)

§ 3º. O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.”

“Art. 218 - O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

(omissis)

§ 3º. O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º. A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.”

6. NOSSA CONTRIBUIÇÃO: UMA NOVA PROPOSTA DE JUÍZO DISJUNTIVO

Considerados todos os argumentos carreados à exposição, forçoso concluir-se pela necessidade de reformular-se o tradicional juízo disjuntivo com escopo de acomodar a previsão da ocorrência da sanção premial.

Partir-se-á da reformulação sugerida por Cossio, a qual corrigiu o equívoco kelseniano de alçar o ilícito à situação de principal via de acesso ao Direito. Deste feito, a Teoria Ecológica do Direito traçou a distinção entre Direito e norma jurídica, definindo aquele como conduta em interferência intersubjetiva e esta, como o modo de cognição apto a pensar este comportamento. Direito, e aqui vê-se possivelmente a influência de Reale, seria mais que simplesmente norma, uma vez que se constitui de fato, valor e norma, sendo um fenômeno tridimensional.

Segundo Cossio a estrutura da norma seria:

Dado F, deve ser P, ou
dado ñP, deve ser S,
onde,
F = Fato
P = Prestação
ñP = não-prestação
S = sanção.

Então indaga-se: onde inserir a sanção premial?

Tentando conciliar a sanção recompensatória com a doutrina cossiana, o Professor Raimundo Bezerra Falcão propõe o seguinte esquema:

Dado F, deve ser P, ou
Dado ñP ou Pm, deve ser S
onde,
Pm = prestação meritória, isto é, prestação matematicamente a maior, ou prestação matematicamente igual ou até a menor, desde que axiologicamente seja tida, na norma, como recompensável, nos termos enunciados por ela;²⁴

Colocar o comportamento mais que desejado pela Sociedade e, portanto, premiável na perinorma, onde se ocupa das condutas desviantes e passíveis de punição (sanção penal), acarreta uma ruptura no encadeamento do raciocínio lógico, desarticulando por completo o esquema e tornando ininteligível o juízo esboçado.

Já o Professor Álvaro Melo Filho oferece a seguinte solução:

²⁴ Falcão, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 223

P deve ser S Pm
Cd ---- ou
ñP deve ser S Pn e/ou Cv
onde,
Cd = conduta no campo legal,
S Pm = Sanção Premial
S Pn = Sanção Penal
S Cv = Sanção Civil

Necessário, agora, tecer algumas observações:

- a) usar o conceito “conduta” restringe muito o esquema, preferível trabalhar-se com a idéia de “fato”, sem necessariamente aludir-se ao tempo (fato temporal), como alguns autores fazem, uma vez que todo fato se dá no tempo. Destarte, alarga-se o âmbito da formulação, abrangendo todas as normas jurídicas e não somente as que encerrem um feição recompensatória;
- b) imperioso diferenciar a “prestação” da “prestação meritória”, das que são conceitos distintos, propiciadores de conseqüências diferentes.

A simples “prestação” decorrente da observância de uma determinação legal não desencadeia a obrigatória concessão de qualquer prêmio ou retribuição, porque a norma que rege a conduta do sujeito do direito e seus efeitos não prevê nenhuma contraprestação premial.

Diferentemente do primeiro conceito, a “prestação meritória” é considerada como um bem necessário à coletividade, sendo desejada, aguardada e incentivada sua implementação pela sociedade por intermédio de leis premiaias, onde se encontram consignadas as conseqüências positivas do seu atendimento.

São, portanto, dois conceitos absolutamente díspares, concernentes a duas atitudes igualmente divergentes.

A título de ilustração pode-se citar, *verbi gratia*, o conhecido caso do IPTU. Sabido e ressabido serem colocadas à disposição do contribuinte várias datas para o pagamento da referida exação. Quem quitar na data limite cumpre sua obrigação legal comum, não recebendo qualquer prêmio. Entretanto, aquele que efetuar a liquidação do imposto de forma antecipada, receberá um desconto substancial no *quantum debeat*.

Vê-se, pois, claramente visto, duas situações: a primeira, onde existe o adimplemento comum do dever legal, ou seja, o pagamento do tributo na data do vencimento (prestação); a segunda, na qual avulta uma prática incentivada pelo Estado, isto é, a antecipação de receita mediante a quitação adiantada do valor devido (prestação meritória), a qual corresponde uma sanção premial, ou mais especificamente, a concessão de um abatimento ao contribuinte.

Diante de todo o expendido, propõe-se o seguinte:

deve ser P, ou, dado Pm deve ser Sp

F -----

dado ñP, deve ser Sn

onde,

F = fato

P = prestação

Pm = prestação meritória ou premial

Sp = Sanção positiva ou premial

ñP = não prestação

Sn = Sanção negativa

Deste feito, insere-se a sanção premial na estrutura da norma, permitindo, sem maiores dissídios com a disjunção egológica, encontrar uma saída para o problema que tanto tem aguilhoado os teóricos do direito.

Modifica-se, como se infere, unicamente a endonorma, onde, agora, se prevê uma entre duas situações distintas: a primeira, o adimplemento comum do dever legal correspondente à prestação (P), ou seja, v.g., o pagamento de um tributo na data do vencimento; ou a segunda, na qual desponta uma prática incentivada e querida pelo Estado, como, por exemplo, a antecipação de receita mediante quitação adiantada de valor devido (Pm = prestação meritória), que enseja a ocorrência de uma sanção premial, ou, mais especificamente, a concessão de um abatimento ao contribuinte.

Espera-se, desta forma, com a inserção da sanção premial na estrutura da norma, permitindo, sem maiores dissídios com a disjunção egológica, solucionar o problema, ou, pelo menos, encontrar uma sistematização mais adequada à nossa realidade.

Doutro ângulo, admitindo-se que todas as sanções são postas no ordenamento jurídico para obter um dado comportamento humano que o legislador considera desejável, pouco importando, em tal hipótese, que a sanção seja positiva ou negativa, conforme preleciona Bobbio, consegue-se libertar a teoria jurídica da sanção da insuficiência da proposta kelseniana.

Neste passo, Bobbio, em seus últimos escritos, empresta uma inflexão nova à concepção formalista tradicional do Direito, redimensionando a função promocional do ordenamento jurídico, no qual o aumento vertiginoso das chamadas normas de organização (onde o Estado regula sua própria atividade assistencial, fiscalizadora e produtiva), confere às sanções positivas outro relevo.

Ressalte-se, à derradeira, que a aceitação conceitual e o uso da sanção premial já se encontra explicitamente cristalizada no ordenamento jurídico pátrio, a começar pelas referências expressas contidas em nossa atual *Lex Fundamentalis*, principalmente em seus artigos 3º, 21, 23 e em todo o título sobre a Ordem Social, isso para não citar e elencar as plúrimas Leis de Incentivo, nas esferas federal, estadual e municipal e o novo Código de Processo Civil.

A sanção premial revela-se, portanto, como um dos instrumentos albergados e pronunciados pela Constituição como meio de consecução de seus Princípios Fundamentais, isto é, ferramenta promocional primordial e indispensável a fim de incentivar a implementação de medidas sociais ou individuais que ensejem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo-se o desenvolvimento nacional, erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo-se as desigualdades regionais, promovendo-se o bem comum, sem qualquer forma de discriminação.

REFERÊNCIAS

Aristóteles. **A Ética de Nicômano**, Athens Editora, S. Paulo.

Benevides Filho, Maurício. **A Sanção Premial no Direito**, Brasília, Ed. Brasília Jurídica, 1999.

Camelutti. **Teoria generale del diritto**, Foro Italicò, Roma, 1951, 3ª Ed.

Copello, Maria Alberto. **La sanción y el premio en el derecho**, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.

D'Agostino, Francesco. **La sanzione nell'esperienza giuridica**, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993.

De Mattia. **Merito e ricompensa**, in "Rivista internazionale di Filosofia del Diritto", 1937, VI.

Durkheim, **Lezione di sociologia**, Milão, 1973, pg 65. Ver também considerações de Luhmann, in **Come è possibile l'ordine sociale**, Bari, 1985.

Falcão, Raimundo Bezerra. **Tributação e Mudança Social**, Forense, Rio de Janeiro, 1981.

Foucault, Michel. **La Volonté de Savoir**, Paris, 1976.

Gavazzi, Giacomo. **L'onere. Tra la libertà e l'obbligo**, Torino, 1970.

Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1996.

Lambias de Azevedo, Juan. **Eidética y Aporética del Derecho Prolegomenos a la Filosofia del Derecho**, Editorial Galpe, Buenos Aires, 1940.

Melo Filho, Álvaro. **Direito: Fundamentos teóricos e práticos**, Ed. Forense, 1981.

Nietzsche, **Opere**, V. 1 (Aurora), Milão, 1964.

Pacheco, Angela Maria da Motta, **Sanções Tributárias e Sanções Penais Tributária**, Editora Max Limonad, S. Paulo.

Pasini, Dino, “Norma giuridica e realtà sociale”, in **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, ano XXXVII, Série III, Casa Ed. Dott. Antonino Giuffrè, Milano, 1960.

Rocher, Guy. **Sociologia Geral**, Editorial Presença, 3. ed. Lisboa, 1977.

Russo, Eduardo. **Temas para uma Filosofia Jurídica**, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1974.