

**RELATÓRIO FINAL**

**SANÇÃO SOB PERSPECTIVAS**

**Aluno: Alfredo Monteiro Machado Junior**

**Orientador: Adrian Sgarbi**

**Financiamento: CNPq/PIBIC**

A justiça é a sanção das injustiças estabelecidas.  
Anatole France

## **I – Proposta de trabalho**

O tema que será tratado neste artigo é a sanção jurídica. Para tanto trabalharei com dois recortes pontuais com vistas a obter seu traçado elementar. Nesse sentido, dois autores foram eleitos. Eles são: Hans Kelsen e Robert S. Summer. E os recortes pontuais são: “O direito como técnica social específica” e “The technique element in law”, respectivamente.

Iremos trabalhar a temática em estudo a partir da perspectiva desses autores conforme uma metodologia, que cremos sê-la útil para aclarar os ensinamentos desenvolvidos ao longo do presente trabalho. A seguir segue a explicação do método adotado.

Abordaremos, preliminarmente, os elementos que auxiliam a entender o conceito de sanção. Posteriormente, iremos tratar da sua funcionalidade. Para, enfim, discutir a relação entre sanção e ilícito.

## **II - Introdução**

Antes de iniciarmos propriamente a elaborar o tema desse artigo, creio ser necessário explicar, brevemente, o porquê da escolha dele.

A sanção é um dos temas centrais da Teoria do Direito. Muitos autores, até mesmo os clássicos, como John Austin, Jeremy Bentham, Hans Kelsen, dentre outros, abordaram em suas obras a temática desse presente trabalho. Isso, por si só, já seria suficiente para explicar a escolha do tema. Contudo, outros motivos, também, foram importantes, como à conectividade do tema com outros conceitos jurídicos básicos, dentre eles o próprio conceito de Direito, além de outros.

## **III - Kelsen**

Hans Kelsen entende que o direito é uma técnica social específica. Mais especificamente: uma técnica de motivação indireta de condutas humanas. Essas afirmações são fundamentais para o desenvolvimento do presente trabalho, já que a relação das assertivas supracitadas com as sanções<sup>1</sup> jurídicas – tema do artigo – é intrinsecamente necessária.

Sendo assim, antes de analisar o tema do presente estudo, que é a sanção jurídica, cremos ser fundamental explicar a relação acima mencionada. O cerne de tal relação está manifestado pela presença do termo “indireta”, presente na frase: técnica de motivação indireta de condutas humanas. O questionamento a respeito do significado desse termo na assertiva destacada é que irá explicar a relação que estamos analisamos nesse momento. Os comportamentos queridos são obtidos através de sanções punitivas organizadas socialmente. Ou seja, o direito busca induzir, com o auxílio das sanções, os seres humanos à prática de condutas concebida, pela sociedade, como benéficas ao tecido social ou pelo menos que não lhe seja prejudicial.

Dessa forma, fica visível seu caráter indireto, afinal, os seres tendem a pautar a sua conduta em função do objetivo de evitar certo mal, mesmo que para isso seja necessário controlar os seus próprios desejos para atuar de acordo com as normas jurídicas. Obviamente, que isso é o que acontece na normalidade dos casos. Todavia, há exceções. Há seres que não controlam os seus próprios desejos, e agem de acordo com eles, mesmo sabendo que irão estar

---

<sup>1</sup> Kelsen diz que as sanções são as “normas primárias”, as “verdadeiras normas”, enquanto, que as normas que explicitam as condutas ele chama de “normas secundárias”.

sujeitos às sanções. As causas da delinquência são inúmeras<sup>2</sup>. Esse comportamento é um desvio do que normalmente ocorre; ele é realmente uma exceção. Aqui não cabe analisar as características desse desvio, afinal esse não é o tema do presente trabalho. Além disso, ele não é um estudo de criminologia.

Com o intuito de explicar melhor os “deveres” normativo-jurídicos, que utilizam de sanções pré-estabelecidas, cabe fazer uma breve comparação com os “deveres” morais. Eles não se diferenciam em essência, porque ambos prescrevem normas de conduta, ou seja, estatuem comportamentos devidos. Apesar disso, eles irão diferenciar-se a partir do modo pelo qual prescreve ou proíbe certa conduta. O direito possui a característica, que lhe é peculiar, de ser formado por comandos sancionados, respaldados no monopólio do uso da força pertencente ao Estado. O direito, ao contrário da ordem moral ou ética, procura impedir a realização de certa conduta imputando uma sanção, ou seja, um ato coercitivo socialmente organizado, caso a conduta não querida seja realizada. A moralidade e a ética buscam impedir certo comportamento não através de uma sanção pré-estabelecida, mas, sim, através da consciência do ser humano. Dessa forma, podemos concluir que essa ordem não é uma técnica indireta de motivação. Além disso, podemos perceber o caráter coercitivo que o direito possui.

Kelsen, em nenhuma de suas obras, chega a conceituar de forma definitiva o que seria “sanção”. Ele apenas apresenta algumas frases esparsas. Apesar disso, será fundamental algumas análises na tentativa de identificar os elementos fundamentais à definição de sanção, que é o tema do nosso trabalho. São eles: o caráter coercitivo do ato (da sanção), pelo qual será gerado um mal que será imposto por alguém autorizado através de uma norma.

A sanção é certamente um ato coativo, estipulado por uma ordem jurídica, já que sua aplicabilidade não depende da concordância da vontade do sujeito a quem ela se dirige. Há a possibilidade de aplicação da força física em caso de oposição ao seu cumprimento. Cabe ressaltar que a sanção não é o único ato coativo existente, já que o direito é concebido, por Kelsen, como uma ordem que estatui atos de coerção.

Esse caráter coativo é importante às sanções, mas a sua “falta”, em certo caso concreto, não chega a implicar em sua perda. Afinal, quando o agente concorda voluntariamente com a imposição da sanção ou quando, apesar de não aceitar, não resiste a elas, em ambos os casos, a sanção é aplicada sem o uso da força. A força é um mecanismo pelo qual recorreremos caso seja imprescindível.

Outro aspecto importante à sanção é a voluntariedade. A sanção há de ser, sempre, a consequência de uma conduta humana voluntária, ou seja, uma ação ou omissão livre contrária ao direito.

É extremamente claro que quando uma sanção é imposta haverá a realização compulsória de um mal. “Compulsória” porque a sanção é imposta de forma contrária a vontade do agente que irá sofrê-la. E “mal” porque sempre ocorre a privação de um bem<sup>3</sup>, que geralmente não é bem visto para quem sofre o referido mal, ou seja, a privação do bem. Isso não é absoluto, já que pode haver casos em que o agente queira a aplicação de tal mal como forma de se redimir do seu erro. Dessa forma, a sanção não será vista como um mal. Isso, todavia, não desnatura o caráter de malefício inerente às sanções.

O último aspecto importante para entender a sanção diz respeito à autorização, ou seja, se o sujeito estava ou não autorizado a fazer uso da força. É fundamental a enunciação normativa de que um ato possui importância para o direito para que esse ato se transmude do

---

<sup>2</sup> A impunidade não é a única causa, mas creio ser uma das mais importantes. Certamente há várias. Para se aprofundar no tema, que, infelizmente, não diz respeito à temática desse artigo, indico pela grandeza e completude a obra: “A Questão Penitenciária” de autoria de Augusto Thompson.

<sup>3</sup> Exemplo: pena capital: privação da vida; pena de prisão: privação da liberdade, ....

mundo do ser para um ato jurídico. Afinal, como o Estado tem o monopólio do uso da força, e a sanção é um ato de coerção, é imprescindível que exista uma norma que autorize alguém a aplicar a sanção pertencente a certo caso. Isso porque o emprego do uso da força física tem que ser, sob certo aspecto, proibido para manter a segurança jurídica, ressalvados, obviamente, os casos em que haja autorização estatal nesse sentido. Esse é o caso dos policiais, por exemplo. A ordem jurídica, taxativamente, determinará quais são os casos que ensejarão aplicação de coação física determinando quais indivíduos competirá tal afazer.

Kelsen estrutura o direito como uma ordem em que um dever, para existir, tem que encontrar apoio num dever superior. Dessa forma, ele concebe o ordenamento jurídico como um conjunto de normas hierarquizadas, de modo que as normas apresentam-se como norma inferior fundada e norma superior fundante. É através dessa lógica que uma norma afere a sua validade. Logo, uma norma se diz válida quando ela está ancorada em uma superior que lhe concede tal status. Isso é que impõe que haja uma norma no sentido de dizer quem está autorizado para aplicar o uso da força, afinal esse dever, que normalmente é proibido, à generalidade, resulta, via exceção, de uma norma permissiva.

Agora, apresento um questionamento que creio ser corriqueiro entre os estudiosos sobre o presente tema. Há normas no conjunto normativo que não seja dotada de nenhuma sanção?

Kelsen responderia que sim. O eminente autor as denomina de normas “incompletas”, “não-autônomas”, “fragmentos de normas”, porque elas dependem de uma norma sancionadora.

Julgo ser importante fazer um segundo questionamento. Ele é: quando as normas jurídicas regulam as condutas humanas? A resposta, acredito ser, a seguinte: quando elas vinculam certo comportamento a uma sanção proibindo esse comportamento, assim como quando não proíbe uma conduta ou deixa de prescrever algo como devido, dessa forma permitindo condutas humanas nesse sentido, afinal existe o princípio da legalidade em nosso ordenamento<sup>4</sup>, pelo qual podemos entender que uma conduta não proibida juridicamente é permitida, também juridicamente falando.

Após tudo o que foi dito, podemos dizer que uma das funções da sanção é condicionar as condutas humanas, excitando o permitido e desestimulando o proibido. Isso porque ela possui, em si, um forte aspecto reflexivo. Haja vista que a maioria dos seres humanos tende a conduzir a sua conduta conforme o estabelecido juridicamente a fim de evitar a aplicação das sanções; fato que ratifica o caráter do direito ser uma técnica social específica de motivação indireta de condutas.

Kelsen, em sua teoria do direito, estrutura-o tendo como conceito primário a sanção. O direito seria uma “técnica social específica da ordem coercitiva”<sup>5</sup>, ou seja, uma modalidade de controle social, baseado no uso sistemático das sanções, aplicadas por funcionários devidamente autorizados. Assim sendo, podemos concluir que essa técnica busca obter o comportamento adequado mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária. Ou seja, o direito é uma estrutura de coerção, e a sanção é o seu conceito primário, afinal o autor acredita que o direito ordena as condutas humanas através da força. Isso impulsionou inúmeras críticas dirigidas a Kelsen. Seus críticos o acusam de ter reduzido o direito à força. Essas críticas foram rebatidas por Kelsen, mas devido à extensão do tema, não o abordaremos<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Constituição Federal da República Federativa do Brasil / 1988, Art 5º, incisos II e XXXIX.

<sup>5</sup> Kelsen, 2001, p. 230.

<sup>6</sup> Rapidamente tentarei explicar os argumentos de Kelsen. Para o autor, o poder jurídico não se baseia na força física. Ele é um poder normativo que se baseia em legitimidade e autorização, dada por normas, que irão, justamente, limitar, regular e controlar o uso dessa força.

Como a sanção é o conceito primário de direito<sup>7</sup>, é possível dizer que a mesma exerce a função de critério individualizador das disposições jurídicas, e que outros conceitos, como o de ilícito e obrigação, se definem a partir dela. A condição da sanção como critério diferenciador da norma jurídica de outros critérios prescritivos resulta exatamente do fato dela ser para o direito um conceito fundamental, tão importante que Kelsen chega a identificá-la como conceito primário.

A relação entre a sanção e as normas de caráter proibitivo é mais conhecida do que a relação desta com as normas permissivas. As primeiras prescrevem que se tal comportamento for feito então uma sanção será aplicada. Ao revés, as permissivas apresentam o direito de se conduzir de certa maneira ou de praticar determinada atividade. Estas afirmam que tal comportamento não é proibido (lógica contrária, ou melhor, inversa, as normas proibitivas, que proíbem certo comportamento) e que ninguém pode impedir o exercício dessa atividade ou comportamento. Apesar disso, caso alguém venha a impedir o exercício de tal atividade ou comportamento, o indivíduo terá, através do direito, o poder jurídico de instaurar um procedimento que conduza à sanção.

Cabe a ressaltar que o direito, como técnica social tendente a ordenar as condutas dos homens, através de atos coativos, particularmente as sanções buscam a obtenção de certo estado de paz. Todavia, valer mencionar que essa paz obtida pelo direito é somente relativa, afinal ela se baseia no uso de atos coercitivos pré-estabelecidos, como as sanções jurídicas.

Por fim, veremos a relação entre a sanção e o ilícito. O conceito de ilícito decorre para Kelsen do conceito de sanção, afinal ela é, conforme visto anteriormente, o conceito primário da sua teoria do direito, além de ser a característica que possibilita a individualização do ordenamento jurídico.

O direito é uma ordem de coação, ou melhor, uma estrutura sistemática organizada a partir de atos de coação. A ordem jurídica estabelece previamente que sob a incidência de certos pressupostos ou condições executem-se atos de coação, também estipulados previamente. Esses pressupostos ou condições são ações, omissivas ou comissivas, que se afiguram como ilícitos ou delitos cuja reação estatal é a sanção. Cabe dizer que essa conexão, entre sanção e ilícito, não é pacífica, todavia.

Os jusnaturalistas acreditam que ao conceito de ilícito existe um desvalor moral. E que o ilícito será o desencadeador da sanção, que existiria para coibir a prática de tal conduta reputada como prejudicial ao corpo social. Assim sendo, podemos concluir que certa conduta é considerada um ilícito por apresentar alguma qualidade imanente que a torna indesejável e reprovável, de tal forma que uma sanção deve ser estabelecida para o autor que lhe der causa.

Essa concepção, porém, é refutada pelos positivistas. Para esses, os juízos de valor são relativos e contingenciais, logo não pode ser utilizado para identificar quais são as condutas reprováveis. Os positivistas invertem a lógica jusnaturalista, que concebe o ilícito como um fato que gera a sanção, ao dizer que o ilícito é um fato gerado pela sanção. Dessa forma, o ilícito perde a sua existência autônoma e passa a depender de uma sanção que o reconheça como tal, afinal não existem, para eles, fatos que sejam considerados ilícitos de per se, ou seja, sem a respectiva consequência estatuída pela ordem jurídica. Kelsen nega a idéia de que a aplicação de uma sanção é consequência da ilicitude de um ato, porque, para ele, o ilícito é um conceito dependente do de sanção, ao contrário do que defende os jusnaturalistas. Ao contrário da posição jusnaturalista, os positivistas acreditam que a ilicitude decorre

---

<sup>7</sup> A fim de elucidar ainda mais essa afirmação, apresento um trecho da obra de Kelsen cuja importância julgo necessária à consecução do objetivo referido. A seguinte está o trecho destacado: “só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra social”. Kelsen, 2003, p. 60.

exclusivamente do fato de certo comportamento ter se tornado o pressuposto de uma sanção, em determinada ordem jurídica, por ser considerado indesejável ou nocivo ao corpo social.

Kelsen, por fim, afirma explicitamente que o ilícito não “lesiona” a norma. Destaco um trecho da obra do autor em estudo para explicar a afirmação acima devido a sua clareza e precisão.

(...) o ilícito aparece como um pressuposto (condição) e não como uma negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um ato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele. Como tudo o mais, também o ilícito (não –Direito) juridicamente apenas pode ser concebido como Direito<sup>8</sup>.

#### IV - Summer

Summer inicia o seu artigo dizendo que os jusfilósofos têm dividido a lei em elementos. Mas que apesar disso, o estudo do elemento técnico na lei continua, até hoje, negligenciado<sup>9</sup>. O autor, em seu trabalho aqui mencionado, aborda o tema, que ele considera que está sendo menosprezado.

Assim sendo, preliminarmente, ou seja, antes de iniciar o estudo dos elementos técnicos na lei, Summer considera fundamental distinguir as técnicas sociais para o cumprimento de funções sociais destas mesmas funções<sup>10</sup>. E isso é extremamente importante para o nosso trabalho, já que a sanção desempenhará um papel realmente relevante e importante para as técnicas sociais, a ponto de afirmar para algumas técnicas certa relação de dependência, que, contudo, será analisada posteriormente.

Summer define as técnicas sociais como maneiras coletivas de descarregar funções sociais<sup>11</sup>. Ele, também, subdivide essas técnicas em legais e não legais. Essas últimas não nos interessam, haja vista que nosso trabalho possui como tema a sanção jurídica. Mesmo assim julgo necessário mencionar a sua existência, assim como abordá-la brevemente sob pena do presente artigo ser taxado como incompleto.

Cito, com respaldo em Summer, como exemplo de técnicas não legais: a moralidade e a religião<sup>12</sup>. Ambas são técnicas pelas quais podemos “descarregar funções sociais”, ou seja, possibilitar o cumprimento de funções sociais, seja pela imposição direta de uma conduta – positiva (ativa) ou negativa (omissiva) a alguém, seja pela imposição indireta de uma conduta. Nesse sentido, fica claro o papel de controle social que essas técnicas não legais desempenham.

Para explicar o que quis dizer com imposição direta e indireta, usarei como exemplo a religião. A maioria das religiões possui como pilar fundante o dever de fazer bem ao próximo.

---

<sup>8</sup> Kelsen, 2003, p. 127.

<sup>9</sup> Summers, Robert S. “The technique element in law” em *Califórnia law review*. Vol: 59 p. 733: “In giving accounts of the future of law, legal philosophers have in the fashion of scientists, broken law down into elements, such as legal authority, legal rules, moral aspects of law, and law’s coercive features. In the vast literature of legal philosophy, all these elements have been subjected to intensive and illuminating analysis. But the “technique element in law” remains neglected to this day.”

<sup>10</sup> Summers, Robert S. “The technique element in law” em *Califórnia law review*. Vol: 59 p. 734: “Preliminarily, it is necessary to distinguish social techniques for the discharge of social functions from those functions themselves”.

<sup>11</sup> Summers, Robert S. “The technique element in law” em *Califórnia law review*. Vol: 59 p. 734: “- social technique - collective ways of discharging social functions – may be subdivided into the nonlegal and the legal.

<sup>12</sup> Summers, Robert S. “The technique element in law” em *Califórnia law review*. Vol: 59 p. 734: “- social technique - collective ways of discharging social functions – may be subdivided into the nonlegal and the legal.

Isso fica visível quando analisamos os 10 Mandamentos ou Decálogo<sup>13 14</sup>. Quando furtamos, por exemplo, estamos injustamente retendo os bens do próximo, logo, lhe fazendo um mal. Sendo assim, as religiões que utilizam esses mandamentos, mais precisamente através do sétimo mandamento, impõem diretamente uma conduta para seus fiéis, haja vista que os proíbem de furtarem bens alheios. Diferentemente, quando o Decálogo menciona em seu décimo mandamento que não devemos cobiçar as coisas alheias, ele está vedando diretamente a inveja e ambição, porém ele não está impedindo que alguém almeje enriquecer graças a seu trabalho e a conduzir sua conduta visando à realização desse fim desde que de forma digna e honesta. Esse mandamento proíbe indiretamente que um ser trapaçaie outro. Essa imposição é indireta porque o Decálogo diz que “não devemos cobiçar as coisas alheias” e não que não devemos trapaçar; esse entendimento indireto, todavia, é obtido através de uma análise dedutiva sobre o mandamento em tela, afinal quando trapaceamos estamos realizando um mal a alguém, até mesmo privando alguém de algo que lhe pertencia, e porque não dizer cobiçando algo de outrem. Dessa forma, quando nós estabelecemos nossas condutas a par dessas disposições indiretas o que há é a imposição indireta de uma conduta.

Como o tema central do presente trabalho é a sanção, nada mais natural do que questionarmos-nos a respeito dela nessas técnicas não legais. Esse tipo de técnica social não apresenta uma sanção, em sentido estrito, ou seja, uma “sanção pura (real)”. Considero sanção, em sentido estrito, por exemplo, a seguinte: a pena de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos para o caso de homicídio conforme o direito brasileiro.<sup>15</sup> Afinal, a própria legislação penal previamente estipulou uma sanção, que se manifesta na figura da pena, caso alguém se comporte contrariamente ao desejado, ou seja, caso alguém faça o que a sociedade reputa como danoso ao tecido social a tal ponto de buscar a proteção direito.<sup>16</sup> A sanção pertencente a esse tipo de técnica social é diferente das sanções jurídicas, que são sanções em sentido estrito. Ela é uma imposição da sua própria consciência, e não vem acompanhada de nenhum ato coercitivo alheio a si próprio. Quando consideramos ter agido contrário a moralidade, por exemplo, nós é que aplicamos-nos a devida sanção – aqui empregada em um largo sentido – a partir da nossa consciência. Não é preciso recorrer a uma legislação ou a outra coisa escrita ou averbada anteriormente ou mesmo a alguém, como um juiz. Nós aplicamos a sanção que estabelecermos, exemplo: a obrigação de fazer doação a uma instituição de caridade por ter magoado alguém, com o escopo de reparar a atitude indevida que fizemos. Outro exemplo: um conjunto de obrigações pode surgir a partir da realização de um comportamento considerado indesejável e reprovável, sem respaldo em nenhuma sanção jurídica, tendo como fundamento a sanção típica da igreja que é a sanção de ir para o inferno; Essa sanção se utiliza de certo medo coletivo que está presente em nosso imaginário. Assim sendo, nossa

---

<sup>13</sup> Bíblia: Êxodos, 20:2-17.

<sup>14</sup> [http://pt.wikipedia.org/wiki/Dez\\_mandamentos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Dez_mandamentos)

<sup>15</sup> Código penal brasileiro, artigo 121, caput: “Art 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”.

<sup>16</sup> Creio ser justamente a intrínseca relação existente entre o direito e a força, que motiva que comportamentos sejam prescritos e que sanções sejam estabelecidas. Haja vista que a existência de certa sanção correlata a certa conduta não querida produz um estado de segurança, a tão mencionada segurança jurídica. Esse estado de segurança, senão verdadeiramente um estado, pelo menos uma sensação, é fundamental, já que ele sustenta a convivência pacífica entre os seres, afinal não haveria convivência pacífica permitindo que todos os seres agissem de acordo com seus instintos sem nenhuma punição para aquilo que foi considerado pelo grupo social como danoso a sociedade. Sendo assim, considero que essa prescrição legal de determinados comportamentos perniciosos atrelados a certas sanções é necessária para a construção da paz resultante do direito, que é a paz relativa na medida em que depende das sanções.

consciência passa a buscar meios de reparação ao malefício que causamos para evitar determinadas punições.

Enfim, retornamos a subdivisão que realmente nos interessa que são as técnicas legais. Afinal, são elas que se utilizam das sanções jurídicas - tema do presente trabalho - em sua estrutura.

Summer diz que a lei é uma fonte de técnicas, que pode ser utilizada para descarregar funções sociais<sup>17</sup>. Nesse contexto, é extremamente natural a pergunta de como a lei pode ajudar a descarregar essas funções sociais. O autor em análise responde que são as técnicas básicas da lei que são a chave para a resposta desse questionamento<sup>18</sup>. Então, iniciaremos agora a discussão a respeito dessas técnicas em tela.

Summer considera para que haja uma teoria adequada, é preciso que exista cinco técnicas básicas independentes: a técnica que soluciona conflitos, a técnica penal, a técnica administrativo-regulatória, a técnica de provimento do benefício público e a técnica de acordo privado. Esse posicionamento defiere bastante do dos leigos, que acreditam existir somente duas: a lei criminal e a civil<sup>19</sup>.

Todas as cinco técnicas básicas da lei têm significado, sentido e essência independentes. Segue uma breve distinção entre elas. Quanto ao seu comando primário, a técnica que soluciona conflitos é reparativa, a penal é proibitiva, a técnica administrativo-regulatória é regulativa, a modalidade provimento do benefício público é distribucional, e a técnica de acordo privado facilita e efetiva a escolha das partes. Quanto às características dominantes, a primeira técnica - a que soluciona conflitos - define conflitos, especifica soluções e administra processos para resolver os conflitos, enquanto que a penal é a que proíbe determinada conduta anti-social. Ela, também, administra processos e opera um sistema corretivo. A técnica administrativo-regulatória é dotada de natureza e operacionalidade preventiva; ela atua antes que um conflito se levante. A teoria a respeito diz que os administradores tomarão providências de precaução. Esta técnica melhor regula a atividades que proíbe formas de comportamento. Por essa técnica, o administrativo-regulador, não necessita esperar até que o dano esteja feito antes de fazer exame da ação de um infrator. Já a técnica do provimento do benefício público é aquela que promove aos indivíduos benefícios governamentais. Esta é uma técnica social, porque pode ser usado para ajudar descarregar uma escala larga de funções sociais, mas é certas vezes dita que não é uma técnica legal - é somente governamental. Essa objeção tem aceitação superficial e requer consideração. Por fim, A técnica de acordos privados é a que atua nos casos que têm que ser deixados à determinação interprivados. Ou seja, é uma espécie de autodeterminação.

Acabamos de ver que as técnicas se diferenciam a partir de uma pressão preliminar<sup>20</sup>. Obviamente, os retornos imediatos de cada técnica diferem de uma à outra: compensação, prevenção do crime, conformidade regulatória, provimento do benefício público substantivo,

---

<sup>17</sup> Summers, Robert S. "The technique element in law" em *Califórnia law review*. Vol: 59 p. 735: " in one of its aspects, then, the law is a source of the techniques that may be marshaled to help discharge social function

<sup>18</sup> Summers, Robert S. "The technique element in law" em *Califórnia law review*. Vol: 59 p. 735: "An account of law's basic techniques, then, is a response to the question of what social functions law can help perform.

<sup>19</sup> Summers, Robert S. "The technique element in law" em *Califórnia law review*. Vol: 59 p. 736: "To most laymen, there are only two basic possibilities: the criminal law and the civil law. Professor Kelsen adds a third, which he calls "administrative" It is my on thesis that an adequate theory must make an independent place for five basic techniques: The grievance-remedial technique; the penal technique; the administrative-regulatory technique; the public benefit conferral technique; the private arranging technique."

<sup>20</sup> A primeira apresentada é reparativa, a segunda proibitiva, a terceira regulativa, a quarta distributiva e finalmente a quinta facilitativa do acordo privado.



e realização própria individual, respectivamente seguindo a ordem das técnicas aqui apresentadas.

Apesar de tais diferenças, não se deve pensar que cada técnica tem seu próprio campo separado da operação e que nunca os cinco se encontrarão. No contrário, todos os cinco podem ser designados para ajudar descarregar uma função social. Todas as cinco técnicas básicas podem ser trazidas para carregar certa função social.

Também é argumentado que a análise quántupla antecedente do elemento da técnica na lei não esgota todas as técnicas possíveis que uma sociedade particular pode usar. Pelo menos, as variantes e as combinações são possíveis, também. Assim, para descarregar uma função social dada, uma sociedade pode considerar qualquer uma das cinco técnicas básicas ou alguma variante de alguma técnica básica ou algumas combinações das técnicas ou combinações dos variantes.

Mesmo que uma técnica escolhida seja apropriada e necessária, ela poderá ainda ser mal empregada em um problema particular. Os critérios críticos para julgar empregos errados de cada técnica têm de ser estudados ainda e articulado sistematicamente. Alguns destes critérios variarão com a natureza da técnica. Sabe-se já que sob algumas circunstâncias uma técnica trabalhará bem melhor do que sob outras circunstâncias.

Estas cinco técnicas, com suas variantes e combinações, compreendem a metodologia da lei, que explica não o que as funções sociais da lei determinam, mas como a lei pode ajudar descarregar funções sociais<sup>21</sup>. As sanções jurídicas serão extremamente importantes neste momento, já que elas tendem a induzir a prática de comportamentos humanos tidos como queridos e impedir os proibidos, e neste momento ajudam a descarregar as funções sociais. Essa é a metodologia da lei, afinal o direito é uma ordem cujo caráter coercitivo lhe é uma característica.

Finalmente, iniciaremos as considerações a respeito da sanção jurídica imanente a essas técnicas. Como essas cinco técnicas são independentes entre si, é importante ressaltar que não existirá apenas uma estrutura de sanção jurídica, mas, sim, cinco estruturas.

A sanção jurídica pertencente à técnica que soluciona conflitos, por ser uma técnica reparativa, será uma estrutura de compensação, ou seja, um mecanismo que essa técnica legal irá utilizar para reparar o dano advindo. Enquanto que na técnica penal, por ser proibitiva, ela será uma estrutura de coerção tendente a induzir o comportamento humano, já que ela será um mecanismo de prevenção de crimes. Na técnica administrativo-regulatória, ela será uma estrutura de precaução a fim de evitar o que não está em conformidade com o que foi estabelecido, afinal essa técnica é uma técnica cuja pressão preliminar é a regulativa. Já na técnica do provimento do benefício público, por ser distribucional, ela (a sanção) terá a condão de impedir que certa pessoa não receba o tal benefício. Por fim, na técnica de acordo privado, a sanção terá o poder de impedir que esse acordo seja realizado ou, até mesmo, anulá-lo caso ele seja feito.

Por fim, cabe fazer um ressalva a respeito da relação entre sanção e ilícito. O ato ilícito será um pressuposto para a aplicação da sanção e não a sua fonte de geração. Afinal, por exemplo, na técnica administrativo regulatória a sanção já existe antes mesmo da ocorrência de um ilícito. Na técnica que soluciona conflitos, o ato ilícito será o estopim para aplicação da sanção. Muitos podem pensar, então, que o ilícito será a causa da sanção. Esse pensamento de desfaz se analisarmos a seguinte passagem de Summer<sup>22</sup>:

---

<sup>21</sup> Creio que a razão principal para o uso dessas técnicas legais a fim de ajudar a descarregar funções sociais, seja o fato da lei funcionar como uma fonte de orientação. A tal ponto de induzir, e porque não dizer, controlando as condutas humanas, já que o direito é uma técnica social específica de motivação indireta.

<sup>22</sup> Summers, Robert S. "The technique element in law" in *Califórnia law review*. Vol: 59 p. 736.

“The grievance-remedial technique defines remediable grievances, specifies remedies, administers processes for resolving disputed claims to such remedies, and provides for enforcement of remedial awards. Although the particular combinations of legal resources that may be deployed in the workings of this technique are highly varied, its essentials are familiar and generally understood among social theorists. Accordingly, for present purposes, further elaboration is unnecessary.”

Na técnica penal, a sanção está estabelecida previamente à prática do ato ilícito, haja vista que essa prévia estipulação legal é o que irá caracterizar certo ato como ilícito. Por fim, nas últimas duas técnicas a ocorrência do ato ilícito, também, será posterior ao estabelecimento da sanção; fato que nos permite repelir a idéia de que a sanção é consequência do ato ilícito.

#### **V – Bibliografia**

- 1 - KELSEN, Hans. “**O direito como técnica social específica**”, in “O que é Justiça?”, Martins Fontes, 3ª, São Paulo, 2001.
- 2 - SGARBI, Adrian. “**Hans Kelsen. Ensaios Introdutórios**”, 1ª ed., Lumem Júris, Rio de Janeiro, 2007.
- 3 - SUMMERS, Robert S. “**The technique element in law**”, in Californi Law Review, Vol: 59