

Do conceito kelseniano de sanção civil e suas implicações

SEBASTIÃO MACHADO FILHO

Professor da UnB. Doutor em Direito
"Criar é desatar angústias."
Gaston BACHELARD

"A advertência constante contra as conclusões prematuras e as generalizações obscuras provoca, a menos que devidamente condicionadas, um possível tabu contra todo o raciocínio. Se todo pensamento tiver de ser guardado até obter completa corroboração, nenhuma abordagem básica parece possível, e nos limitaríamos ao nível de simples sintomas."

MAX HORKHEIMER

Segundo a *Teoria Pura do Direito* de KELSEN ⁽¹⁾, a sanção civil é identificada com a coação ou execução forçada ⁽²⁾.

De acordo com KELSEN, as sanções jurídicas assumem duas formas distintas: como *pena* e como *execução forçada*. Ambas as espécies consistem na realização compulsória de um mal ou na privação compulsória de um bem.

A sanção é a consequência imputada ao ilícito consistindo este, portanto, na conduta contra a qual a sanção é dirigida como reação. Em suma, sanção como coação condicionada pelo ilícito.

Assim, se o indivíduo causa a outrem um prejuízo e este prejuízo não é indenizado, *deve ser* dirigido contra o seu patrimônio

(1) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de J. B. MACHADO. Coimbra, A. Amado, 1962, v. I, p. 214.

(2) Certo que, consoante a doutrina tradicional predominante, na exposição de MAYNEZ: "La sanción no debe ser confundida con los actos de coacción. Aquella es una consecuencia normativa de carácter secundario; éstos constituyen su aplicación o realización efectiva. Coacción es, portanto, la aplicación forzada de la sanción. Cuando un juez dicta sentencia, condenando a una persona a que pague lo que debe, aplica una sanción; pero si el demandado no cumple voluntariamente con el fallo, tiene el autor derecho a pedir que la sanción se imponga por la fuerza. El secuestro de bienes del deudor, y el remate de los mismos por el poder público, a fin de dar cumplimiento a la resolución judicial, representan, en el caso del ejemplo, una forma de coacción (Eduardo GARCIA, MAYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho*. 15ª ed., México, Porrúa, 1968, § 155, p. 298).

o ato de coação — quer dizer, dele deve retirar-se compulsoriamente um valor patrimonial e atribuí-lo ao indivíduo prejudicado, para ressarcimento do prejuízo (execução forçada).

O *dever jurídico* aparece, pois, como a conduta do indivíduo demandado e vencido no processo de conhecimento e consistente em ressarcir os prejuízos materiais e morais por ele causados ao demandante. Dever este imposto pela *norma individual*, isto é, pela sentença judicial transitada em julgado, *objeto* de possível sanção futura (3).

Releva notar que a sanção não aparece *também* como dever jurídico ou, como estranhamente chega a admitir KELSEN (4), como “dever subsidiário” (sic) e “que toma o lugar do dever principal violado” (sic), sendo este último o de “não causar prejuízo” (ou seja, o dever da norma da relação material).

Parece-me que, aqui, KELSEN não percebeu que o dever jurídico do ressarcimento imputado pela norma individual (sentença) é objeto material indireto ou mediato da sanção — sendo o *objeto formal direto ou imediato* a conduta contrária deste dever (n-P). Não há confundir “sanção” com o “dever subsidiário”. Não sem razão o próprio KELSEN segue afirmando — e corretamente, em coerência com sua doutrina — que este “dever subsidiário” não é uma sanção, caracterizada esta *apenas* como *execução forçada* (se civil) que surge quando este dever não é satisfeito (5).

Ora, o “dever subsidiário” é o *dever jurídico*, o único imputado pela norma individual (a sentença judicial) objeto da possível sanção futura, de vez que — se não se admitir esta interpretação consentânea com a teoria pura do normativismo — não se poderá entender a existência do dever de ressarcimento que resulta ser o *único* dever jurídico prescrito ao devedor demandado pelas normas individuais (sentenças) que são as normas jurídicas, porquanto a omissão deste dever constitui a conduta ilícita como condição da sanção, entendida esta como coação ou execução forçada (dada a n-P deve ser a S), nota esta que caracteriza a norma como *jurídica* à diferença das demais normas sociais, morais ou religiosas (6).

Do que foi dito, logicamente, se infere a conclusão óbvia de que a sentença judicial *não* impõe a sanção; não sanciona a con-

(3) KELSEN, H., *ob. cit.*, pp. 240 e segs.

(4) KELSEN, *ib.*, p. 240.

(5) *Ib.*, p. 242.

(6) “Como ordem coativa, o direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e — em caso de resistência — mediante o emprego da força física, é o critério decisivo”... KELSEN, Hans, *ib.*, p. 66.

duta do devedor demandado e vencido. A sentença judicial, como norma individual — na ótica kelsiana — corresponde, em sua estrutura, à “norma secundária” (dado o *Fj* deve ser a *P*), sendo *P* (a prestação) o dever jurídico de ressarcir o prejuízo ou de indenizar, imposto ao devedor vencido na demanda. A sentença se limita, pois, a imputar a prestação (*P*) ou o dever jurídico, jamais a sanção (civil), simplesmente porque esta, sendo execução forçada, somente sobrevém no *processo de execução*, se instaurado pelo credor vencedor, caso o dever jurídico de indenizar não seja satisfeito pelo devedor vencido. Em outros termos, caso a sentença transitada em julgado não seja obedecida de forma espontânea pelo *So* “condenado”, omitindo este a conduta de indenizar que lhe foi imposta pela norma individual do juiz. Só então — aí — é que pode surgir e surge o ato ilícito civil (*n-P*) como condição da execução forçada (*S*), pois só aquele é o antecedente desta como conseqüência. E a “norma primária” corresponde à decisão do juiz que ordena a execução forçada, somente proferida no processo de execução (dada a *n-P*, deve ser a *S*).

Tal exegese pode ser confirmada por KELSEN (7) ao frisar este que “a sanção da execução, isto é, a indenização compulsória do prejuízo, através do órgão aplicador do direito, apenas surge quando este dever não é cumprido”.

Em resumo, portanto: dever jurídico é o de ressarcir espontaneamente o prejuízo e o delito ou ilícito civil (*n-P*) é o não-ressarcimento espontâneo do prejuízo.

Como reafirma KELSEN (8) com maior clareza:

“Se esta sanção da execução civil se dirige ao patrimônio do indivíduo que causou o prejuízo através de sua conduta e o não indenizou, este indivíduo responde pelo seu próprio delito, que consiste no não-ressarcimento do prejuízo por ele causado” (ou por outrem causado, no caso da responsabilidade indireta ou viária).

Isto posto, podemos melhor compreender um texto fundamental de KELSEN, aliás muito bem explícito, a nosso ver, e em perfeita sintonia com a nossa exposição, mas que intérpretes respeitáveis de KELSEN ainda não entenderam bem, como veremos, por exemplo, com os jus-egologistas. Eis o texto de KELSEN:

“Llamo norma jurídica secundaria a este deber jurídico formulado en una norma, cuya validez se funda en el supuesto de que uno *debe* conducirse de tal suerte, que no haja de ser aplicada la sanción coactiva: dicho de otro modo, de que *debe ser evitada* la realización del acto

(7) *Ib.*, p. 242.

(8) *Ib.*, p. 242.

coactivo ordenado para determinadas circunstancias por el orden estatal. Así, pues, la regla en que se expresa el deber jurídico constituye la llamada *norma jurídica secundaria*. La *norma jurídica primaria* es la norma que ordena la coacción: ella contiene como condición para que se realice el acto coactivo que establece (como obligatorio) precisamente la conducta que contradiga a la norma jurídica secundaria. Para lograr una mejor comprensión de estas ideas se puede representar la proposición o precepto jurídico completo o total (que abraza conjuntamente el primario y el secundario) como una especie de *norma doble*:

“En determinadas condiciones un hombre determinado debe conducirse de un modo determinado: ahora bien, si no se comporta así, entonces otro hombre — el órgano del Estado — debe practicar contra él de una manera determinada, un acto coactivo (pena o ejecución forzada)” (9).

Convém destacar o período que se segue:

“La norma secundaria que es la que se encuentra em primer lugar, resulta superflua si se la considera de un modo riguroso: expresa sólo para una mejor y más fácil comprensión aquel vínculo y obligación derivado de la norma primaria, al cual se denomina aquí *deber jurídico*.”

Agora bem, de acordo com Kelsen, a norma jurídica primária (civil) se refere à conduta de dois indivíduos, a saber: o infrator e o juiz. Melhor: entre o devedor executado e o juiz. É a norma jurídica individual (a decisão que, com fundamento no título sentencial ou executório, ordena a sanção), e que relaciona ambos no processo de execução forçada.

Portanto, é a norma jurídica primária — dada $n-P$, deve ser a S — que expressa a relação jurídica processual de execução forçada, pois nesta execução consiste a sanção civil (como coação), cujo antecedente imediato (a $n-P$) é a conduta do devedor, demandado e vencido, no processo de conhecimento, que não satisfaz espontaneamente o dever jurídico estatuído na sentença (no *decisium*) de indenizar o credor demandante e vencedor naquele processo de cognição, caso este requeira a referida medida executória.

E a norma secundária, expressão do vínculo ou obrigação derivada da norma primária, traduz a relação processual de conhecimento — dado o FJ , deve ser a P — na qual para melhor coerência, Fj (o fato jurídico) é a existência, judicialmente comprovada (e, pois, de forma válida) de um conflito de interesses sobre uma

(9) Kelsen, Hans. *Compendio de Teoría General del Estado*. Trad. de L. R. SICHES y J. A. FLÓREZ. Barcelona, Blume, 1979, p. 134.

relação obrigacional onerosa não satisfeita pelo sujeito demandado (*So*); e *P* (a prestação ou o dever jurídico) expressa a obrigação substituta do *So* de indenizar o demandante prejudicado, então, sujeito pretensor (*SP*). Esclareça-se: pretensor do processo de execução forçada, caso o *So* omita o seu dever e configure, assim, a conduta ilícita (*n-P*) que é a condição da sanção como execução forçada.

Em síntese: a norma *secundária* kelseniana é a proposição estrutural da norma individual — a sentença judicial (*res judicata*), proferida no processo de conhecimento, e que liga o devedor demandado e o juiz e, não, a norma particular contratual referida à relação material de natureza obrigacional, criada pelas partes, na auto-regulamentação de seus interesses particulares, fundada na autonomia da vontade (10).

E a norma *primária*, como já foi dito, expressa a relação jurídica processual de execução forçada e que liga o *devedor executado* e o *juiz, de* iniciativa do credor exequente que, ao requerer a execução, desenvolve outra relação jurídica formal entre ele e o Estado (o juiz) referida por outra norma secundária (dado o *FJ* da propositura da ação de execução forçada perante o Estado) deve ser a entrega da prestação jurisdicional pelo juiz (ordenar a execução forçada); sendo, neste caso, primária a norma que diz: dada a *n-P* (não-entrega da prestação jurisdicional pelo juiz), deve ser a *S* (aqui, sanção *penal* e não civil ao juiz por omissão do seu dever: correição pelo Tribunal ou aplicação de penalidades previstas para o caso pelas normas jurídicas que regulam o exercício da magistratura).

Mutatis mutandis, o mesmo ocorre quando o credor propõe a ação de conhecimento (como o anterior, trata-se de outra relação jurídica formal referida por outras normas secundária e primária).

Como disse Kelsen, a norma jurídica *primária* ordena a coação (execução forçada e, pois, a sanção); e a norma jurídica *secundária*, o dever jurídico que, se realizado, evitaria a execução forçada — e que, portanto, só pode ser traduzido na conduta do devedor demandado e vencido no processo de cognição que não satisfaz espontaneamente a condenação, omitindo o referido dever (11).

(10) Consoante a teoria de BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Trad. de F. DE MIRANDA. Ed. Coimbra, vol. I, 1969, 3 vols., pp. 85 e segs.

(11) Na hipótese de execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 585 do CPC), parece que a norma secundária seria a contratual. É discutível este ponto. Em primeiro lugar, a hipótese é contingente, específica de um ou de outro ordenamento jurídico vigente *hic et nunc*, não sendo necessária a todas as ordens jurídicas. Em segundo lugar — *last but not least* —, seria precipitado admitir-se como secundária a norma contratual, pois, ainda nesta hipótese, é o juiz a autoridade competente para verificar validamente, no

(contínua)

Do que foi dito, resulta, em conclusão, que não se pode identificar a norma *primária* de KELSEN com a *perinorma* de CÓSSIO, muito menos a norma *secundária*, do primeiro, com a *endonorma*, do segundo — como, de certa forma, parece ter confundido o próprio CARLOS CÓSSIO, eis que, para o autor da *Teoria Ecológica do Direito*, a *P* (prestação endonormativa) correspondente ao dever estatuído na *relação material* (v.g., no contrato) e a *n-P* (ou ilícito) é a conduta do *So* contrária ao seu dever endonormativo, ou seja, o seu inadimplemento contratual, como, por exemplo, o não-pagamento da dívida. E, não coincidindo as referidas normas, também não coincidem os conceitos jurídicos fundamentais de fato jurídico (*Fj*), dever jurídico (*P*), ilícito (*n-P*) e sanção (*S*), resultantes da estrutura normativa, ou melhor, das proposições ou juízos normativos de dever ser.

Assim, para CÓSSIO, *Fj* é — v.g. — o contrato de mútuo; *P* é o dever-se pagar o empréstimo; *n-P*, o não pagamento ou não-devolução do empréstimo; e a *S* é a indenização determinada pelo juiz na sentença; enquanto que, para KELSEN, como vimos, nesse mesmo exemplo, *Fj* é a existência comprovada, através de processo de conhecimento, do conflito de interesses entre o credor e o devedor, com a verificação do inadimplemento deste último de sua obrigação de pagar ou devolver o que tomou emprestado, como decidido pelo juiz na sentença; *P* é o dever jurídico de indenizar, então imputado ao *So* pela sentença do juiz (norma individual secundária); *n-P* é o não-cumprimento espontâneo deste dever de indenizar; e a *S*, como coação, é a execução forçada do dever objeto indireto ou mediato da sanção, como consequência normativa imposta pela decisão ordenatória do juiz, caso requerida pelo *Sp* exequente contra o *So* executado.

Uma conclusão final que se pode tirar da concepção “purificada” do direito, talvez ousada, é a de que o direito — o *jurídico* — é, efetivamente, aquilo que fazem os juizes, ou seja, são as *decisões judiciais* as verdadeiras normas jurídicas; e a ciência do direito versa o conhecimento crítico destas mesmas decisões. O resto, rigorosamente, não é jurídico, quando muito *pressuposto* do genuíno direito, com o caráter de meras normas sociais ou morais, não obstante obrigatórias.

(continuação da nota 11)

processo de execução e como condição prévia deste, a existência ou não do título executivo extrajudicial, ou seja, a configuração jurídica deste como tal e, ainda, se juridicamente houve ou não o inadimplemento da obrigação nela fundada. Ao ordenar a citação executória, através de decisão judicial, expressa o juiz a norma secundária implícita na norma primária explícita, ordenatória da penhora (execução forçada) em caso de não cumprimento espontâneo do mandado de citação.