

Sanção jurídica e prevenção

Qual o lugar das medidas preventivas na Teoria Geral do Direito?

BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ

Resumo: O presente estudo objetiva inserir, no debate em torno da delimitação conceptual de sanção jurídica, as medidas de caráter preventivo. De maneira geral, as sanções são apresentadas sob uma perspectiva *a posteriori*, visto que presumidamente somente se aplicam ou se cumprem concretamente após a verificação de violação de bens jurídicos protegidos por lei. Nesse sentido, cabe questionar, ante a carência de discussão acadêmica a esse respeito, o estatuto epistêmico das assim chamadas medidas de prevenção. Indubitável é a existência de inúmeras espécies de medidas preventivas de caráter sancionatório, dado que intentam evitar o descumprimento de preceitos normativos. Todavia, não se pode ignorar que nem todos os ramos do direito com elas se compatibilizam, razão pela qual se mostra possível admiti-las em disciplinas específicas, como a responsabilidade civil, instituto jurídico cuja estrutura é essencialmente repressiva.

Palavras-chave: Sanção jurídica. Medidas preventivas. Responsabilidade civil.

1. Introdução: um pouco de mitologia

Proponho começar da seguinte forma: uma releitura intrinsecamente jurídica do conhecido mito de Sísifo. Conta-se que Sísifo era o mais astuto dos homens. Por algum tempo, chegou até mesmo a enganar Tãtatos, atando-o a grilhões de maneira que, quando o deus da morte foi buscá-lo, não pôde ceifar a vida de mais ninguém por determinado tempo. Tãtatos acabou sendo libertado por Ares, e Sísifo foi, então, arrastado para o inframundo.

Recebido em 13/3/17
Aprovado em 3/4/17

Contudo, ele ainda tinha um último ardil: antes de baixar ao inferno, combinou com sua mulher para que ela não fizesse o sacrifício cerimonial aos mortos. Assim, um lamurioso Sísifo acabou por convencer Hades a permitir seu regresso ao mundo superior, concessão jamais feita a qualquer mortal. Para tanto, nosso malicioso personagem disse a Hades que voltaria ao inferno se o deus do inframundo lhe desse a mencionada oportunidade de lá sair apenas para poder castigar sua relapsa esposa. E o que fez Sísifo depois de libertado? O que toda e qualquer pessoa sagaz faria em situação idêntica: fugiu!

Viveu, segundo diz a lenda, por vários anos em Corinto até que, com a ajuda de Hermes, foi novamente capturado e obrigado a retornar ao inferno. Só então a ordem pôde ser restabelecida. Pela ignominiosa transgressão, Sísifo foi finalmente condenado a arrastar uma pedra, encosta acima, a qual sempre rolava para baixo antes que o cume fosse atingido, de modo que o trabalho sempre recomeçava. A punição, além de eterna, tinha um elemento adicional de vingança, requintadamente preparado: já que se considerava o mais inteligente dos mortais, recebeu Sísifo o mais fastidioso e inútil dos castigos por haver desdenhado os deuses (CAMUS, 1953).

Embora Sísifo tenha sido devolvido aos infernos – o que, de alguma maneira, diminuiu as consequências de seus atos –, tenhamos em conta que o rigor de seu castigo já nada mais poderia fazer para reverter a ilicitude de seu comportamento. Um morto havia escapado de Hades, alterando a ordem cósmica; e a pena aplicada a Sísifo, por maior que fosse, não seria capaz de reverter esse fato.

Com efeito, por si só, a sanção aplicada não seria capaz de fazer desaparecer sob o aspecto fenomenológico os conturbados efeitos da transgressão de Sísifo. O que estava feito não apenas estava feito como não poderia ser desfeito, já que nem os deuses tinham o poder de fazer o tempo retroceder. Aliás, o tempo e o destino – eles próprios objetos de incontáveis lendas e tragédias – eram incontroláveis pelos deuses e, por isso mesmo, temido até mesmo por Zeus¹. Assim, toda pena imposta a Sísifo, por mais inclemente que fosse, seria apenas um paliativo. Se os deuses pensaram que por meio delas poderiam reverter sua façanha, estavam, na verdade, ingenuamente enganados.

¹ As Moiras eram as filhas de Zeus com Têmis, Deusa da Justiça. Também denominadas “filhas da noite”, representavam o rigor e a inafastabilidade do destino que alcançava até mesmo os deuses. A inafastabilidade do destino consistiu tema recorrente na Grécia antiga. Na mais expoente das tragédias que o tinham como pano de fundo, o Édipo Rei, após vazar as órbitas dos olhos, diz o desgraçado rei de Tebas, agora arrasado pela descoberta de que não poderia lutar contra o imponderável destino: “Nuvem negra de trevas, odiosa, / que zombaste do céu sobre mim, / indizível, irremediável, / que não posso, não posso evitar! / Infeliz! Infeliz outra vez! / Com que ponta aguçada me ferem o agulhão deste meu sofrimento / e a lembrança de minhas desgraças?” (SÓFOCLES, 2002, p. 87-88).

Aqui, inclusive, é o caso de lembrar outro mito ainda mais evidenciador da pouca eficácia das sanções que se aplicam como castigo: Prometeu, que também desafiou o poder do Olimpo ao roubar o fogo sagrado para entregá-lo aos homens. Pela afronta, que se diferencia das de Sísifo por seu caráter altruísta, Prometeu foi acorrentado em uma montanha e tinha seu fígado todo dia comido por uma águia, já que ele se regenerava para que seu sofrimento continuasse sem fim. A inutilidade do trabalho de Sísifo ou a dilaceração e a recomposição diuturnas do fígado de Prometeu constituem faces de uma mesma moeda.

São alegorias que refletem ficticiamente aquilo que tentaremos demonstrar com este trabalho: que os esquemas jurídicos no geral dão à sanção um caráter limitado, nela enxergando muitas vezes apenas a reação por direito já violado. Ao assim proceder, entretanto, incide-se num lamentável reducionismo ontológico que obnubila a compreensão desse importante elemento do Direito e, portanto, do fenômeno jurídico.

A sanção jurídica não tem como principal função infligir castigo ou pena – salvo para um grupo muito reduzido de autores, como Ross (1975), os quais nela enxergam apenas um instrumento de castigo em termos estritos.² Se isso existiu no passado, com as vinganças privadas, por exemplo, nada mais o justifica. *Modus in rebus*: não se nega que a sanção exista como forma de castigo, há sanções que realmente revelam esse elemento punitivo. O que não se pode, de forma pueril, é predicar que haja correlação sincera entre a sua aplicação e a restauração da regra jurídica violada. O

²Nesse sentido: “[...] and the only good grounds the judge can offer for sentencing a man for theft is that man in question is guilty of theft. It is no justification for sentencing the man that society or the man himself will benefit from his being punished” (ROSS, 1975, p. 28).

que foi violado muitas vezes não pode mais ser repostado, como denunciavam aqueles dois mitos relidos à luz do Direito; mas sequer é necessário fazer uso deles: basta pensar no dia a dia com seus incontáveis assassinatos e outras violações à integridade do ser humano – qualquer pena que venha a ser aplicada nesse contexto é quase tragicômica, pois, não podendo reverter os efeitos do ato praticado, apenas serve para atestar a impotência do Direito e, com ela, a nossa própria.

Isso considerado, significaria que o Direito nada pode fazer para evitar o próprio acontecimento ilícito, devendo sempre agir *a reboque* das violações? Não. Muitas são, a nosso ver, as normas jurídicas que preveem sanções para evitar o próprio acontecimento ilícito; mas, devido à lógica reparadora e sancionatória ainda reinante, elas passam despercebidas, impedindo a percepção de que o Direito pode (re)agir também antes que o ilícito ocorra. O presente estudo pretende fazer um sumário esboço dessas formas de sanção, de modo a demonstrar que, sob essa designação, ingressam distintas formas, modelos ou institutos jurídicos; muitos deles, inclusive, de natureza preventiva, ou seja, são voltados não para a repressão e punição, mas sim para o impedimento mesmo do descumprimento de um preceito jurídico.

2. Direito e sanção

Estabelecido nosso objetivo, tratemos logo de demonstrar quão inexpressivo muitas vezes se torna o conceito de sanção jurídica quando se constitui como evento posterior e repressivo à transgressão normativa. O conceito de sanção tem sido, desde as lições de Austin (1998), ainda no século XIX, pedra fundamental para a própria definição do conceito de Direito. Ou seja, a partir das construções de Austin, que

viam no Direito um sistema de comandos, assim entendidos como ordens dotadas de capacidade para infligir “um mal ou dor”, a sanção passa a desempenhar uma função essencial para a compreensão do próprio fenômeno jurídico.

Na clássica passagem de “The Providence of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence” (AUSTIN, 1998), é feita a associação entre comando e Direito. Um comando, com o que se fazem as normas jurídicas, caracteriza-se pela capacidade de infligir um mal ou dor sempre que o preceito seja desobedecido: se você é capaz de, e está disposto a me prejudicar, no caso de eu não cumprir a sua vontade, a expressão de sua vontade equivale a um comando, mesmo que você seja levado, por um espírito de cortesia, a proferir na forma de um pedido, dirá o jusfilósofo anglo-saxão (AUSTIN, 1998, p. 1).

Assim, John Austin é considerado por muitos o primeiro jusfilósofo dedicado a diferenciar efetivamente o Direito da Moral, pelo que pode ser igualmente considerado o primeiro grande positivista moderno. É a sua noção de Direito como ordem (vale dizer, comando) que influenciará todas as construções juspositivistas formuladas ao longo do século XX. Com efeito, a correlação entre sanção e Direito dominará o cenário teórico de então, de maneira que a essência do jurídico passará a repousar quase que apenas na possibilidade de uma resposta normativa à desobediência da regra de conduta entabulada (preceito).

Contudo, foi com a obra de Hans Kelsen que a comunidade jurídica recebeu o estudo mais relevante do conceito e da estrutura da sanção jurídica. Ela foi, por força dos trabalhos do mestre de Viena, prestigiada como nunca fora, sendo entendida como a reação de um ordenamento (jurídico) contra o ato antijurídico; em outras palavras, a reação da

comunidade jurídica, constituída pelo efeito punitivo do violador do ordenamento quando lhe infringe as normas. Porém, mais que dar um conceito formal à ideia de sanção, Kelsen (1995, p. 23-24) procedeu à exposição de seus contornos estruturais sob uma lógica deontológica precisa e irreprochável.

Partindo das conclusões já divisadas no pensamento analítico de Austin, Kelsen (1979, p. 39) trata a sanção como dado normativo que caracteriza e define ontologicamente o Direito. Desse modo, explica que, quando o ordenamento jurídico obriga a uma conduta, na realidade está estabelecendo que, para a conduta oposta, existirá uma sanção. É por meio disso que, precisamente, se qualifica o Direito: um sistema de sanções à conduta socialmente indesejada; é na conduta proibida, portanto, que se revelam as potencialidades do Direito, pois sua essência revela-se nas formulações que se destinam a coibi-la, ou seja, sancioná-las (KELSEN, 1979, p. 39). Nesse contexto, destacava que as sanções tinham como objetivo inibir o comportamento socialmente indesejado, por intermédio da ameaça de emprego da força, ou, fundamentalmente, da possibilidade de seu emprego efetivo, sendo o caso. Neste ponto, contudo, um esclarecimento é necessário: há uma famosa passagem da “Teoria Pura” em que Kelsen (1979, p. 39) menciona que o prêmio, ou seja, a recompensa poderia ser entendida igualmente como sanção. De fato, Kelsen não nega que em termos estritos a sanção designa toda e qualquer resposta a um comportamento humano, podendo tanto se referir ao prêmio como à pena (KELSEN, 1979, p. 39)³.

Não obstante, o raciocínio serve apenas para esclarecer que toda e qualquer conse-

³ Trata-se, a rigor, de um dos termos da língua portuguesa que admite uma polissemia antipodal, isto é, o termo *sanção* abriga noções de caráter antinômico, porque pode referir *aprovação* e *reprovação*.

quência de um preceito normativo, como forma de retribuição, pode ser designada *sanção*. O termo *sanção*, em sua acepção de retribuição positiva, de nada serviria ao fenômeno jurídico, pois só serve ao Direito a sanção que visa à devida retribuição por um preceito transgredido. Com isso, Kelsen aproveita ainda para assimilar ao termo *sanção* o conceito de *coação*⁴. Na verdade, todo raciocínio kelseniano busca emprestar à sanção um caráter de coação psíquica, como é por ele expressamente enunciado:

El derecho es un orden coactivo, no en el sentido de que ejerce – o, más correctamente: su representación – coacción psíquica, sino en el sentido en que los actos coactivos, a saber: la privación coactiva de la vida, de la libertad, de bienes económicos y otros, son estatuidos por él como consecuencias de condiciones que él determina. Esas condiciones son, en primer término – aunque no, como ya lo hemos observado y como lo veremos más de cerca, exclusivamente – una determinada conducta humana que, por haber sido convertida en condición de un acto de coacción dirigido contra el hombre que así se comporta (o contra sus familiares), se convierte en prohibida, en contraria a derecho, para ser así impedida y para que deba ser producida la contraria, la conducta socialmente útil, deseada, conforme a derecho (KELSEN, 1979, p. 63-67).

Desse modo, sempre na esteira de Austin, é pela ameaça de aplicação de um mal, no caso do descumprimento de uma regra, que o Direito obteria o comportamento socialmente desejado. Aqui, dois aspectos importantes devem ser registrados para a melhor compreensão do tema.

Em primeiro lugar, devemos ter em consideração que, para Kelsen, o Direito é um meio, uma técnica de controle social específica – daí a preocupação central com o método que esse *constructo* (o Direito) utiliza para implementar seu objetivo de produzir tal ou qual comportamento (o comportamento desejado). Por conseguinte, entre vários meios para realizá-lo evidencia-se aquele que, na visão clássica positivista, é o único a produzir resultados efetivos: o temor da realização de um mal. Não se desconhecem outros meios para a produção do comportamento desejado (por exemplo, a recompensa), mas ela não inspiraria a mesma convicção de acatamento da regra estabelecida.⁵

⁴Contudo, não interessa, neste artigo, aprofundar a discussão sobre a extensão semântica conferida ao termo *sanção* com a acepção de coação.

⁵Esta distorção será frequentemente apontada pelos não poucos opositores do pensamento kelseniano. Com efeito, Kelsen parece desconsiderar qualquer possibilidade de comportamento altruísta no ser humano *ex sponte propria*, como deixa muito claro o trecho a seguir transcrito: “en las creencias actuales de la humanidad el miedo al infierno si encuentra mucho más vivo, y la imagen de un lugar de expiación es mucho más concreta que la esperanza usualmente muy vaga de un paraíso en donde nuestra virtud encontrará su recompensa” (KELSEN, 1979, p. 21).

Kelsen (1979) vê na sanção a própria essência da norma jurídica e nesta o próprio conceito de Direito, o que, por propriedade transitiva, implica dizer que a sanção constitui a essência mesma do Direito. Daí por que sua fórmula é enunciada simplesmente como: “Dada a não prestação deve ser sanção” (dada n-P deve ser S). Ou seja, o que define o Direito é a violação da conduta, que faz nascer a sanção. Além de resumir todo fenômeno jurídico ao campo normativo, o pensamento kelseniano prossegue reduzindo-a para nela encontrar apenas a representação à ilicitude.

De fato, é a sanção que constitui a parte verdadeira do juízo hipotético. A outra parte da norma que enuncia o dever jurídico propriamente dito é chamada secundária e não tem maior importância que a primeira (dado Ft deve ser P), pois é na possibilidade de aplicação de uma sanção socialmente organizada que reside o elemento ontológico definidor do Direito. O conceito unitário de sanção entabulado por Kelsen parece claramente seguir o modelo teórico das normas penais proposto por Binding (1922) que já dividia a estrutura lógica das normas penais de modo muito claro entre a enunciação da premissa (preceito) e a consequência por seu não cumprimento (sanção).

É nítida, como o ressaltam seus críticos, a associação entre o Direito Penal e a “Teoria Pura” de Kelsen, com a implicação de uma restrição semântica ainda maior ao termo *sanção*. Impera o elemento de reação ao ilícito baseado no método *psicológico-sociológico* proposto por John Austin e já sabidamente difundido pelos estudiosos da seara criminal. Evidencia-se assim que, por esse prisma, a *sanção* sempre corresponde a uma espécie de reprimenda aplicada a uma conduta humana proibida, o que significa dizer que ela não se destinaria a impedir o ilícito, mas apenas reagir a ele.

De Kelsen, passemos a Carlos Cossio e sua Escola Ecológica, de base husserliana. Cossio (2007) compreende o fenômeno jurídico em função de sua difundida fórmula que nele denota a *conduta (humana) em interferência intersubjetiva* – uma correlação de forças entre o fato da conduta e sua normatividade que, dialética e simbioticamente, comutam-se para conformarem a essência do Direito.

De fato, a formulação de Cossio tem o mérito de ser a única concepção jurídica que pode efetivamente fornecer respostas apropriadas (“que sabe qué hacer”, diz o jusfilósofo argentino textualmente) tanto para as normas como para a conduta que, sob esse aspecto, funcionam quase como antípodas. Sem abrir mão tanto de uma como de outra, a Teoria Ecológica do Direito vislumbra uma unidade sistêmica da norma na conduta jurídica que é normativa em sua própria maneira de ser (COSSIO, 2007, p. 127).

Cossio (2007) apresenta o problema do descumprimento do dever jurídico em termos mais próprios, ao configurá-lo não mais sob a conformação de um juízo hipotético, mas sim disjuntivo. Ao tratar do problema do cumprimento/descumprimento da norma jurídica sob tal perspectiva, Cossio (2007) o posiciona dentro de uma abordagem lógica mais realista que contempla tanto o normal acatamento da norma como a sua eventual violação. A descrição do fenômeno jurídico, com essa moldura teórico-metodológica, contempla tanto a realização da prescrição normativa como a sua eventual negativa, com a imposição da sanção que lhe é correspondente, e perfaz-se em conformidade com o esquema abaixo transcrito:

1. dada una situación coexistencial como el hecho inicial de una totalidad sucesiva (H);
2. debe ser (cópula proposicional);
3. la prestación de alguien (P);
4. con alguien obligado (Ao);
5. ante alguien titular (At);
6. o (cópula disyuntiva que delimita endonorma y perinorma);
7. dado el entuerto como no prestación (no-P), debe ser (cópula proposicional);
8. la sanción del responsable (S);
9. impuesta por un funcionario obligado a ello (Fo);
10. gracias a la pretensión de la comunidad (pC) (COSSIO, 1964, p. 333).

A norma jurídica que se refere à prestação, na terminologia cossiana, designa-se pelo termo *endonorma* e a outra, que veicula a sanção, chama-se *perinorma*. Violada a primeira (*endonorma*), surge a sanção (contida na *endonorma*) como medida reparatória do dever não realizado. Embora posicionando a questão de modo mais adequado – ou seja, colocando em

evidência que a violação e a reprimenda não devem ser consideradas como o fundamental para conceituar o Direito –, não nos parece, relativamente aos seus elementos essenciais, que Cossio (2007) se tenha distanciado muito de Kelsen. A distinção está no modo como eles são alinhavados, pois tanto um como o outro concebem a norma jurídica sob o alicerce estrutural dessas duas partes indispensáveis: uma preceptiva e outra sancionatória.

Mais que isso, não há substancial diferença no que se refere à natureza da sanção, que continua sendo vista como elemento disciplinador *a posteriori*, isto é, disparado sempre após o comportamento ilícito. Tomando por base nossas considerações iniciais (a partir dos mitos de Sísifo e Prometeu) a questão, portanto, passa a ser a seguinte: ao predicar-se que a sanção constitui-se basicamente como uma ameaça, tem-se que as sanções existentes no ordenamento jurídico putativamente logram sucesso no impedimento da conduta indesejada. Por outras palavras, há a presunção de que a mera existência de sanções compõe uma espécie de técnica de inibição.

Contudo, da técnica de inibição não se depreende uma noção de prevenção genuína e autônoma, isto é, uma prevenção pura dissociada da punição decorrente da violação da norma. Fosse concebida como medida de orientação comportamental anterior à violação da norma e à sua consequente punição, a sanção assumiria um contorno conceitual preventivo e não meramente repressivo.

Se é indiscutível que a sanção figura como elemento substancial do Direito, ao assim predicá-la, acaba-se por vislumbrar nela algo maior que a pena em seu sentido tradicional.

Além de existirem sanções positivas, tema que não abordaremos aqui, o formato eminentemente coercitivo/repressor pelo qual se costuma afirmar a dissuasão do comportamento

indesejado, por intermédio de um controle de natureza psicossociológica, não é o único a ser levado em consideração, pois existem mais que nunca, nos dias de hoje, sanções que se caracterizam pelo caráter preventivo. Este seria basicamente o instrumental de que o Direito disporia para fazer valer suas determinações e, assim, impedir a erupção da ilicitude.

O caráter quase axiomático da assertiva de que não há Direito sem sanção tem feito com que se aceite com naturalidade o paradigma coercitivo/repressor, sem que sejam feitas maiores abordagens críticas quanto a isso. Se é verdade, por um lado, que o binômio Direito/sanção é inseparável, já não se pode dizer o mesmo, por outro, do binômio sanção/punição. Desse modo, tanto será possível a existência de sanções de conteúdo positivo, ou seja, baseadas na ideia de recompensa, como ainda de sanções que, a par de punir ou castigar, destinam-se objetivamente a impedir o cometimento do próprio ilícito, configurando, assim, uma técnica distinta da ideia de sanção como ameaça em seu sentido estrito.

3. As insuficiências do controle *a posteriori*

Não obstante o temor que provoquem as sanções e as consequências correlatas impostas ao seu transgressor, seja em decorrência da privação de sua liberdade, seja por meio da constrição forçada de seu patrimônio, a evidência que chega dos estudos sociológicos sugere, ao contrário do que asseguram muitos dos teóricos do Direito, que nem o terror e nem o castigo produzem consequências práticas eficientes. Muito se escreveu a esse respeito. Destacam-se, contudo, as pesquisas realizadas por Foucault (2005) sobre a eficácia das sanções penais. Suas conclusões, conduzidas sob um padrão científico dificilmente refutável, apresenta argumentos convincentes para provar que as condenações pouco têm servido para impedir o aumento das taxas de criminalidade ao longo de toda a História.

Do mesmo modo, as indenizações, multas e outras tantas medidas que, por seu efeito psicológico, se destinam a impedir a transgressão de uma regra jurídica, têm paradoxalmente um efeito prático muito escasso. Compreendidas como medidas destinadas a evitar a violação da regra de conduta, não apenas podem resultar em acatamento eventualmente escasso (pense-se nas normas desprovidas de eficácia social), como, ademais, geralmente são ineficazes no que se destina à recomposição fenomênica do preceito violado. Como demonstra Vasconcelos (1996, p. 158), a irreversibilidade do tempo torna factualmente inoperante a reprimenda ao ilícito, pois qualquer que seja o caso de transgres-

são ao ordenamento jurídico, nunca se poderá substancialmente retroceder com perfeição ao *statu quo ante* da violação da regra de conduta:

a sanção, em si, não pode significar garantia de plena restauração do Direito violado, mesmo porque no plano humano, essa recomposição absoluta é impossível. Transcorrido que seja qualquer lapso de tempo após o momento da prestação, não haverá meio capaz de refazer integralmente a situação anterior. Pagar amanhã não é, nunca, o mesmo que pagar hoje (VASCONCELOS, 1996, p. 158).

Algo parecido diz Bobbio (2005, p. 105), para quem a sanção existe somente após a violação do direito, que, desse modo, pode ser entendida como *resposta* à violação. Ou, mais pontualmente, pode ser compreendida como ação endereçada à conduta não conforme ao Direito, com o fito de anulá-la, ou, pelo menos, eliminar suas consequências danosas. A compreensão, já crítica, de que a sanção não serve tão somente para anular e mais para, por outros mecanismos, tentar diminuir as consequências lesivas decorrentes da desobediência a um dever jurídico representa um nítido avanço para a melhor apreensão da ideia de sanção. Tanto é assim que Bobbio defende ferrenhamente, em suas obras da maturidade, formas positivas de sanção, ou seja, o prêmio e a recompensa como meios incentivadores das condutas almejadas pelo ordenamento jurídico.

Este vem a ser, claramente, nosso ponto de partida. Como já se afirmou, constitui equívoco associar a ideia de sanção à ideia de pena, algo que fica particularmente mais evidente quando percebemos que a pena muito pouco pode auxiliar a experiência jurídica, pois – seja do ponto de vista filosófico, seja do sociológico –, demonstra-se com facilidade seu imenso déficit de eficácia. O problema aqui é a postura assumidamente deontológica adotada para defender a plenitude da sanção. Pouco importa se, fenomenologicamente, ela de fato resguarda um direito. Assim, por essa moldura epistemológica, o mais importante é explicar o valor da sanção com base no *dever ser*, independentemente de sua aplicação ou da avaliação dos efeitos de sua aplicação.

Aqui, para além das sanções positivas, pretendemos enfocar de modo particular o vezo que também ocorre na própria definição de sanção repressora, sempre vista como ato *a posteriori* ao direito violado. Expressão digna de nota, por mais estranho que possa parecer em uma análise perfunctória, dessa mencionada tredestinação da finalidade da sanção é ninguém menos que Giorgio Del Vecchio. Com efeito, para Del Vecchio (1965), que também associa sanção à coação, não faz o menor sentido falar de coação enquanto um direito não esteja concretamente violado. Essa associação da aplicação da sanção tão somente quando da transgressão de um bem jurídico protegido constitui a pedra angular

da própria concepção coercitivistica do Direito, à qual se filia o autor mencionado. Portanto, um autor com essa orientação jusfilosófica não admite que a sanção produza efeitos sancionatórios antes de uma violação jurídica efetiva.

Todo direito é passível de ser violado, e uma vez que ocorra a violação, teria lugar o uso da força para recompor o direito. Assim, a fórmula da sanção poderia ser resumida nos seguintes termos: *sem efetiva transgressão, não haveria sanção*. Se for assim, ainda que Sísifo e Prometeu paguem um preço alto, a norma instituída não os impede de violá-la: o Direito sempre chega tarde e toda sua força parece decorrer apenas do possível medo que supostamente é capaz de infundir, tal como um conto dos irmãos Grimm para uma criança. Na prática, a estrutura organizada da força tão apregoada nunca conseguiria chegar *ex ante*, ou seja, ser capaz de impedir a realização mesma do ilícito. Em suma, o poder inibitório da sanção decorrente da ciência da sua aplicação não é tido como capaz de suprimir a disposição volitiva de infringir.

É isso que supomos não ser verdade, pois há mecanismos sancionatórios capazes (ou pelo menos concretamente destinados) a impedir o próprio ilícito por meio de comandos preventivos. Isso, contudo, não é muitas vezes referido nos manuais de Teoria do Direito, em virtude de uma visão puramente normativa, que, assim, acaba por se descolar da realidade. Ou seja, coloca-se o problema da impotência das sanções jurídicas em decorrência de sua aplicação retardatária em razão de esquemas de ordem apenas deontológica.

A expectativa de que o poder inibitório da ciência das sanções punitivas ou coercitivas surta efeitos positivos frustra-se em razão de a avaliação de sua eficiência centrar-se nos casos de infração consumada. Ao se empregar essa moldura avaliativa da funcionalidade da san-

ção aos casos em que o seu alegado poder inibitório não surte efeito, gerar-se-ia, na dicção de Del Vecchio, a ideia de que “a coação chega quase sempre muito tarde”. Sob esse contexto, haveria, de fato, a impressão de uma irreparabilidade ou mesmo da “impotência do aparato jurídico para impedir o ilícito”. Exemplo disso estaria na famosa regra romana de que não se pode compulsoriamente obrigar alguém a cumprir o que contratou: “Nemo praecise ad factum cogi potest” (DEL VECCHIO, 1965, p. 253).

Contudo, logo adiante o mesmo Del Vecchio apoia-se sobre a tão celebrada distinção kantiana entre os planos do ser (*sein*) e do dever ser (*sollen*) e enunciar que, conquanto possam ser factualmente ineficazes, as sanções continuam sendo válidas sob o ponto de vista jurídico, isto é, normativo ou deontológico. Se a pena ou o emprego da força chega demasiado tarde no mundo fenomênico, não dando à vítima a adequada satisfação, isso não teria relevância para questionar a sua razão de ser. Noutros termos, a eventual ineficácia fenomênica da sanção punitiva não afasta a sua validade numênica, a operar, assim, como espécie de axioma jurídico com valor em si mesmo.

Estabelecida a distinção entre fato e norma, sendo o Direito um fenômeno normativo por excelência, a violação não interfere mais nos fatos: descumprida factualmente a norma de conduta, a previsão de uma norma de recomposição (sanção) anula imediata e automaticamente a transgressão, predicando a primazia do dever sobre a violação.⁶ Assim, para

⁶No original: “Ma noi affermiamo una possibilità di diritto e non di fatto, cioè la possibilità giuridica di impedire il torto, se torto vi sia. Parlando del diritto *in genere*, abbiamo già detto che il diritto è *sopordinato ai fatti*, e che esiste come valore ideale anche là dove è realmente violato. Come il fatto della violazione non annulla l'esistenza del diritto, così il fatto che talvolta alla violazione non segua la coazione nulla prova contro la possibilità giuridica della coazione stessa” (DEL VECCHIO, 1965, p. 254).

o mundo do Direito, a simples previsão abstrata de uma consequência desfavorável para a conduta transgressora seria suficiente para dar razão de ser e justificar a estrutura funcional de que necessita para ontologicamente constituir-se como sistema autônomo.

Ou seja, se um comando jurídico pode ser recomposto por meio de outra norma, por meio de uma sanção estabelecida *in abstracto*, a harmonia do ordenamento estaria garantida independentemente das circunstâncias existenciais que o circundam. E isso é assim porque o *sollen* ontológico do Direito quer significar que um dever jurídico segue vigente, a despeito de suas possíveis violações. O Direito como forma normativa, novamente, por mais estranho que pareça é *inviolável* porque há a previsão abstrata de as sanções serem aplicáveis como normas de recomposição.

Pode parecer incoerente, mas, em função desse raciocínio, quanto mais se possa vir a transgredir a norma, mais ela se afirma, como já demonstrou, por exemplo, Stammler (2000, p. 81). A norma, como preceito de cumprimento deontológico, independe, em última análise, de verificação de sua eficácia concreta. Se a avaliação de sua validade independe de sua eficácia, ainda que o descumprimento se amplie, ela mais se afirma.

Com efeito, o *dever ser* inerente ao ser da norma jurídica aporta a ideia de que sua transgressão é algo inerente ao fenômeno jurídico. É natural esperar, assim, que ela ocorra, na medida em que essa é uma das possibilidades intrínsecas à conduta humana, esse magnífico calidoscópio de ações para o bem ou para o mal. Diante, pois, de uma análise eminentemente teórico-normativa, pode-se afirmar que o Direito, como estrutura teórico-metodológica formal, é *inviolável*; entretanto, como já prenunciado, corre-se o risco de concebê-lo como algo distante da realidade.

Foi essa a explicação que durante muito tempo bastou aos jusfilósofos. Contudo, o distanciamento entre a visão estritamente normativa e a realidade, em nosso sentir, agudiza a incapacidade de as sanções servirem como instrumentos efetivos para o impedimento da ocorrência do ilícito e não meramente a sua repressão. Com certeza, o déficit de eficácia das sanções jurídicas tem incontáveis causas, a começar pela existência ou inexistência de medidas adequadas de impedimento às violações do ordenamento jurídico. Contudo, é possível afirmar, com algum grau de certeza, que a contínua referência teórica às sanções como estruturas jurídicas de caráter apenas reparador contribui para que não se contemple o fenômeno em seu todo – o que, por fim, em boa medida, contribui para que tal distorção prossiga.

Esse olhar, sempre mais próximo (e por isso parcial) do Direito Penal que do Direito em sua eidética realização (total), foi objeto das muito bem lançadas críticas de Hart (2004, p. 99-102), no sentido de que nele não podemos identificar apenas ameaças. O Direito seria composto, na verdade, por uma série de regras. Algumas delas, chamadas de primárias, são as que impõem uma ação ou omissão, ou seja, impõem deveres, mas que somente em parte podem ser entendidas como ordens apoiadas sob ameaças; outras, chamadas de secundárias, conferem potestades jurídicas para decidir litígios ou legislar (potestades públicas), ou para criar e modificar relações jurídicas (potestades privadas) e que, *sob pena de recair num absurdo*, não podem ser entendidas como *ordens respaldadas por ameaças*.

Não se ingressa, aqui, nas complexas análises que Hart (2004) realiza; entretanto, servem para pontuar que regras jurídicas com perfis diferentes mostram-se capazes de produzir não apenas as divisões por ele propostas entre

regras primárias e secundárias, mas também (embora Hart não o diga) em subdivisões dentro das próprias regras primárias. Assim, depreende-se da reflexão sobre a sua categorização que não existe igualmente um modelo de sanção *simples*, mas diferentes estruturas formais de sanção. Como dito, Hart (2004, p. 51-52) não chega a fazer tal afirmação, mas ela parece uma inferência natural com base no seu *conceito de Direito*. De todo modo, serve aqui de advertência a sua belíssima frase, segundo a qual há controles bem mais vivazes que as imemoriais formulações coercitivas advindas do Direito Penal ou Civil que ainda hoje se impõem sobre nós.

Em resumo: o fato de normativamente uma sanção ser uma consequência lógica da efetiva transgressão de um preceito – vale dizer, de uma regra de conduta – não autoriza concluir que toda forma de sanção necessite ser implementada tão somente após a prática de um ilícito, assim considerado como fato jurídico que fenomenologicamente representa a violação de uma norma. Haveria, assim, uma forma de sanção que pudesse impedir o próprio ilícito em lugar de reparar-lhe os efeitos ou reconstituir a validade e a respeitabilidade do preceito violado? É o que veremos adiante.

4. Sanções coincidentes e não coincidentes

Sabemos que em qualquer ramo do Direito existe alguma forma de sanção como resposta à desobediência de uma regra de conduta. Contudo, do estrito ponto de vista técnico, sanção não é sinônimo de pena, assim entendida como uma retribuição negativa maior que a lesão causada, ou ainda o castigo físico imposto contra a violação de uma norma jurídica. Deveras, há sanções puramente reparadoras, como ocorre na esfera penal, ou mesmo na Responsabilidade Civil. Kelsen (1995), ao predicar que a expressão *sanção* designaria toda reação do ordenamento jurídico a qualquer conduta havida como inadequada – isto é, por ele proibida –, deu-lhe uma importância até então desconhecida. Porém, o método *psicológico-sociológico* concebido como fundamental para conceituá-la inviabiliza sua compreensão mais adequada.

É que, segundo Vasconcelos (1996), com base nas descobertas kelsenianas, tornou-se inevitável compreender a sanção *apenas* como “uma consequência, boa ou má, agradável ou desagradável, de uma atitude perante o Direito”, visão bem mais compatível com a realidade e alheia ao “unilateral e errôneo conceito de sanção como constrangimento (que) produziu a extravagante teoria do Direito-ameaça.” Nesse quadro de ideias, convém trazer à baila um interessantíssimo estudo, que, la-

mentavelmente, é por nós pouco conhecido, feito por Eduardo García Máynez sobre a natureza e a estrutura da sanção.

García Máynez (2002) parece definir a sanção em termos de consequência normativa de carácter secundário. Em assim o interpretando, comparte as posições aqui já enunciadas, dado que a situam dentro de um paradigma normativo. Em particular, sua definição lembra a de Cossio (1964), que nela vê a *perinorma*, ou seja, norma igualmente secundária. García Máynez (2002) explicita também aqui uma importante distinção entre *sanção e coação*:

La sanción no debe ser confundida con los actos de coacción. Aquella es una consecuencia normativa de carácter secundario; estos constituyen su aplicación o realización efectiva. Coacción es, por tanto, 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 actor derecho a pedir que la sanción se imponga por la fuerza (GARCÍA MÁYNEZ, 2002, p. 298).

Tomando por base essa premissa, García Máynez (2002) chega à conclusão de que as sanções jurídicas devem ser compreendidas (classificadas) em conformidade com a finalidade que perseguem e com a relação de conduta ordenada pela norma infringida, que constituiria o próprio conteúdo da *sanção*. Desse modo, “si la sanción es consecuencia jurídica de carácter secundario, tendrá que manifestarse dentro de las formas peculiares de toda consecuencia de derecho” (GARCÍA MÁYNEZ, 2002, p. 301). Embora García Máynez seja daqueles que, em linhas de princípio, considere a sanção uma ameaça, sua obra destaca algo de particular importância para o presente estudo: a existência de distintas formas de sanção dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

Segundo o jusfilósofo mexicano, há três formas claras de afirmação do Direito: a) uma primária, presente na própria regra jurídica que se supõe ordinariamente acatada; b) uma secundária, que vem a ser a sanção, entendida para esses fins como sendo “una substitución de la primitiva obligación incumplida por una nueva obligación, de contenido idéntico y diversa fuente, impuesto al sancionado por el órgano jurisdiccional bajo amenaza de coacción” (GARCÍA MÁYNEZ, 2002, p. 301); c) finalmente, um momento terciário consistente na coação, como ato de força, quando a pessoa a quem a sanção foi dirigida nega-se a submeter-se ao comando que lhe foi dirigido.

Na visão de García Máynez (2002), portanto, as sanções são ameaças concretas dirigidas àquele que deixou de corretamente observar uma norma jurídica. Nisso, como já dissemos, divergimos. Contudo, a observação de que as sanções devem ser compreendidas em razão da finalidade específica de uma norma (ou ramo) de Direito é fundamental para a demonstração da hipótese que se pretende estabelecer na última parte deste trabalho: a de que existem medidas sancionatórias que podem ser estabelecidas antes mesmo que ocorra a violação do Direito.

Antes, contudo, sigamos com o raciocínio divisado por García Máynez (2002, p. 301) que afirma haver duas formas de sanção: a) *coincidentes*; b) *não coincidentes*. As primeiras, como é possível antever, são aquelas cujo conteúdo *coincide* integralmente com o da obrigação transgredida. Vale dizer: sempre que for possível a recomposição “integral” da regra, a sanção é denominada *coincidente*. Nos demais casos, quando não há essa possibilidade, dizem-se *não coincidentes*. Ou seja, as sanções *não coincidentes* são preceituadas em razão da manifesta impossibilidade fenomênica de se conseguir produzir uma resposta jurídica (sanção)

idêntica ao preceito violado, razão pela qual se vem a estipular uma *prestação equivalente*.

No caso das sanções *coincidentes*, por sinal, García Máynez (2002) esclarece que o que muda é a fonte da obrigação, que passa da norma para o órgão jurisdicional ou administrativo do Estado. Seu conteúdo, entretanto, é o mesmo, confirmando que, a despeito do ilícito, seria possível realizar em sua integralidade a norma violada. A classificação proposta por García Máynez (2002), embora contenha, como descrito, o vezo de ser ela própria também repressiva, pelo menos coloca em evidência que é possível, por meio de sanções adequadas, obter resultados *coincidentes* com o preceito preconizado na regra jurídica.

É certo, contudo, que os exemplos mais evidenciadores dessas formas de sanção são referidos igualmente com base numa óptica mais deontica que realista, como é o caso das chamadas *leges perfectae*. Como se sabe, diziam os juristas romanos que *perfectas* eram as leis cuja violação acarretava própria nulidade do ato praticado, que, assim, passava a ser considerado inválido. Por outras palavras, normativamente se realizava com plena eficácia a reversão ao *statu quo ante* ao se pronunciar a retirada de qualquer validade de efeito ao ato praticado em desobediência ao comando legal (ZIMMERMANN, 1992, p. 700).⁷

Por certo, ao chamarmos a atenção para a classificação descrita por García Máynez (2002), não nos referimos a essa forma de sanção. Com base em sua classificação, desejamos demonstrar que existem formas de *sanção coincidentes* que se revelam por meio anteci-

patório, significando que existem *comandos consequenciais* ou secundários, que já podem ser autorizados diante da possibilidade de um ilícito ser praticado e, com isso, impedir a própria realização do ato contrário ao Direito. Estes são os mecanismos preventivos que, a cada dia mais, fazem parte dos ordenamentos jurídicos mas, salvo melhor compreensão, ainda não foram apropriadamente analisados dentro da Teoria Geral do Direito.

5. Sanção e medidas de prevenção: uma análise sistêmica

Retornemos a Sísifo e a Prometeu apenas para fazer a seguinte indagação: não seria mais fácil aos deuses, se pudessem antever seus atos, impedir que ambos tivessem realizado suas façanhas? É óbvio que sim, e o que talvez seja mais interessante é que, a despeito disso, elas existem. O problema é apenas o olhar limitado que não raro adotamos. Neste ponto, razão parece assistir a Hart (2004) quando comprova que enxergamos no Direito um modelo simples quando, na verdade, ele contempla uma pluralidade de formas relativa às funções de suas distintas regras.

O que se quer dizer, em definitivo, é o seguinte: a descrição da sanção feita tradicionalmente encerra apenas a ideia de violação da norma e, portanto, sua aplicação com vistas à *reparação* em sentido amplo do preceito violado. Entretanto, uma conceito bem mais fluido e realista sugere que ela seja considerada *apenas como uma consequência perante o Direito*, de modo que tanto o agir mal como seu antípoda, o agir bem, passam a ser igualmente relevantes, no último caso, inclusive por meio das sanções ditas premiais.

Importa dizer que se chega a um raciocínio mais refinado dentro da lógica de causa e

⁷Não se desconhece, igualmente, a bem construída crítica de Hart sobre a classificação das nulidades como sanções. Sem ingressar em maiores detalhes da discussão, coloca-se de pronto o peso do argumento histórico, por um lado, e, por outro, o fato de a visão de Hart sobre a sanção jurídica ser igualmente restritiva, nela apenas vendo o elemento coercitivo.

efeito: a sanção é, nesse sentido, vista como efeito jurídico diante do não cumprimento ou mesmo, em certos casos, do cumprimento em condições ainda melhores (caso, por exemplo, dos pagamentos que se realizam antes do prazo e, por isso, ensejam desconto). Porém, além disso, existem certas situações que se situam no limite lógico entre o adimplemento e o inadimplemento, e o problema surge nestes termos: há normas que permitem a imposição de uma ordem contra sua violação na iminência de que sejam violadas, já autorizando uma *consequência* – ou atuação secundária, no dizer de García Máynez – antes de o ilícito ser cometido.

A descrição acima lembra uma obra de ficção de Philip Dick (DICK, 2002, p. 72) que considera a possibilidade de condenação por um crime ainda antes de seu cometimento e, assim, a possibilidade de ser abolido o sistema criminal organizado sob a forma de sanções *a posteriori*. Por meio de mutantes com capacidade extrassensorial para predizer o futuro, engendra-se um modelo distinto de combate ao crime, que passa a ser baseado numa prevenção direta com a efetiva prisão do autor do crime antes mesmo de seu cometimento, o que é defendido com orgulho.⁸

Não é isso, por óbvio, que se está advogando; porém, não se desconsidere que existam normas jurídicas que, em alguma medida, tenham correlação com a ficção científica. E o exemplo que pode resumir e comprovar o argumento, por ironia, constitui um dos preceitos dos mais tradicionais que conhecemos: o *interdito proibitório*. O instituto, como bem se sabe, permite a lavratura de um comando do Poder Judiciário quando ainda não ocorreu a perda da posse, existindo apenas uma ameaça iminente de esbulho ou turbacão. Estando prevista no art. 932 do CPC (BRASIL, 2015), seu caráter sancionador fica evidenciado mediante a previsão do legislador de que se emita mandado proibitório em que se comine determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito – o que não impede a autorização, por óbvio, de outros meios coercitivos que impeçam efetivamente a turbacão.

No âmbito processual, o instituto do *interdito proibitório* – como de regra as chamadas *tutelas inibitórias* de forma geral – coloca em evidência que, em vários momentos, a ameaça ou iminência de realização de um ato ilícito já se torna juridicamente relevante para ser alvo de uma sanção. A depender do contexto, é essa possibilidade de efeito sancionatório de caráter preventivo que, em última análise, ora se demonstra. Com essa moldura interpretativa, o próprio conceito de ilícito pode so-

⁸No original: “With the aid of your precog mutants, you’ve boldly and successfully abolished the post-crime punitive system of jails and fines. As we all realize, punishment was never much of a deterrent, and could scarcely afforded comfort to a victim already dead”(DICK, 2002, p. 72).

frer alguma alteração para admitir que a *simples* ameaça ou iminência de dano já se constituem como transgressões a autorizar medidas sancionatórias. As ideias de Benucci (1957 apud MARINONI, 2003, p. 44-45) redescobertas nos dias correntes pela doutrina processualista, por exemplo, demonstram uma distinção clara entre *perigo* e *dano*. O que caracteriza o ilícito é o perigo de dano. A potencialidade danosa, por sua própria natureza, constitui-se como ilícito e, por consequência, autoriza *per se* seu combate por via de tutela inibitória baseada apenas na probabilidade da lesão.

Outras tantas formas articuladas de sanções preventivas ocorrem também fora do âmbito processual, como no Direito Administrativo, por meio da autoexecutoriedade do poder de polícia administrativa.⁹ Anota Lopez (2010, p. 141) que, sobretudo por intermédio da aplicação dos hoje denominados princípios precautórios e preventivos, e a sua consequente efetividade prática, impede-se e não somente se suspende a oferta de produtos ou remédios no mercado por suspeita de risco à saúde. Com esse procedimento, toma-se uma medida sancionatória de caráter antecipatório, de tal modo que se coíbe previamente a publicidade capaz de ameaçar os consumidores. E, *last but not least*, não se autorizam, previamente, práticas potencialmente nocivas ao equilíbrio ecológico e às gerações futuras.

Tais medidas de prevenção diretas voltam-se contra a antijuridicidade da conduta em si mesma, com o objetivo fundamental de preservar o ordenamento jurídico como um todo. Sua gestão do ilícito substitui o tradicional modelo baseado na intimidação *psicossocial*; com ele, fundamenta-se a tradicional função preventiva das sanções, em favor de uma ação preventiva expedita voltada para o impedimento do ilícito em si. Na verdade, o conceito de sanção não é propriamente alterado; ele apenas é redimensionado para, com García Máynez (2002), captar a necessidade de adequá-lo ao conteúdo normativo que lhe precede, ou, por outras palavras, ao ramo do Direito em que está inserido.

Na verdade, a consciência de que a transgressão em si mesma pode ser considerada passível de sanção, ou seja, antes que resulte em dano fenomênico propriamente dito, já é conhecida de longa data pelo Direito Penal. Com efeito, a famosa distinção entre delito de dano e delito de perigo encerra, muito antes que outros ramos do Direito, a evidência de que não chega a ser propriamente uma novidade a existência de sanções sem dano, no sentido fenomênico da expressão.

⁹ A lição já é clássica no Direito brasileiro, mas merece ser uma vez mais reproduzida: “O que o princípio da autoexecutoriedade autoriza é a prática do ato de polícia administrativa pela própria Administração, independentemente de mandado judicial” (MEIRELLES, 2004, p. 135).

Todos nós conhecemos a classificação: denominam-se como dano (resultado ou lesão) os crimes que ensejam, para que se consumem, a efetiva lesão ao bem jurídico protegido par; por outro lado, nos crimes de perigo, basta a possibilidade de dano – vale dizer, a exposição do bem jurídico tutelado a uma situação de dano. Busca-se, assim, evitar a lesão pela tipificação penal do perigo, ou seja, de sua eventualidade. Dois dos mais destacados penalistas italianos da atualidade, Marinucci e Dolcini (2012, p. 207), explicam a lógica que subjaz a eles: a lesão exprime de fato a destruição, a alteração pejorativa, a diminuição de valor ou da identidade na qual se concretiza o bem jurídico; o perigo exprime, ao contrário, a probabilidade da lesão, em outros termos uma lesão somente potencial (MARINUCCI; DOLCINI, 2012, p. 207)¹⁰.

A doutrina, nesse sentido, não economiza palavras para dizer que no crime de perigo *antecipa-se* a sanção, tomando por base a ideia de lesão ou dano: “cria-se uma infração penal para que seja levada a efeito uma punição antes que seu comportamento perigoso venha, efetivamente, causar dano ou lesão ao bem juridicamente protegido” (GRECO, 2016, p. 222). É, como igualmente se sabe, o caso do crime de mera conduta, em que o simples agir (ou não agir) já é considerado penalmente relevante, independentemente de qualquer resultado fenomênico ou puramente jurídico a um interesse protegido (nesse ponto a distinção, por exemplo, entre estes e os crimes formais).

Assim, parece que muito mais não precisa ser dito. O Direito Penal, não de hoje, repita-se, contempla a possibilidade da iminência

¹⁰No original: “La lesione esprime infatti la distruzione, l’alterazione in peggio, la diminuzione di valore etc. dell’entità in cui si concretizza il bene giuridico; il pericolo esprime invece la probabilità della lesione, in altri termini una lesione soltanto potenziale” (MARINUCCI; DOLCINI, 2012, p. 207).

da prática de um dado ato ser ela própria tida como um ilícito. Com isso, o que se deseja colocar em evidência é que ele e os demais ramos do Direito autorizam concluir, como parece iterativo, que o Direito não aplica sanções apenas *a posteriori*, razão pela qual é necessário ajustar nossa visão sobre seu sentido e alcance, a fim de nela inserir também as medidas antecipatórias aqui postas em destaque.

6. A antecipação como sanção jurídica

Até aqui se mencionou demonstrar que o esquema tradicional de que *dada a não prestação deve ser a sanção* não levou em consideração normas que procuram evitar o próprio não ser da *prestação*. As concepções antes apresentadas claramente decorrem da influência da doutrina econômica liberal sobre o Direito, da qual Emmanuel Kant é um luminar. A nosso ver, a junção como contraditórios lógicos da liberdade e coerção, tal como entendida pelo kantismo como fundamento do Direito, vem a ser a raiz da visão restrita do problema. De fato, toda a concepção kantiana do Direito fundamenta-se na liberdade, sendo a coerção utilizada apenas como forma de mantê-la quando efetivamente negada.¹¹

A própria noção de juízo hipotético (em contraposição ao juízo categórico) na filosofia kantiana vem a indicar a vocação natural do

¹¹Convém recorrer ao texto original: “A resistência que frustra o impedimento de um efeito promove este efeito e é conforme ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com as leis universais. Mas a coerção é um obstáculo ou resistência à liberdade. Consequentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um impedimento de um obstáculo à liberdade) é conforme à liberdade de acordo com as leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio da contradição há uma competência de exercer a coerção sobre alguém que o viola” (KANT, 2003, p. 77-78).

Direito para a obtenção de um comportamento mediante um estímulo exterior – no caso, uma proposição deletéria à liberdade do indivíduo. A perspectiva é colocada, como fica fácil perceber, dentro da concepção iluminista no âmbito filosófico e liberal sob o aspecto econômico. Sob a influência desses dois marcos, os modelos propostos pela Teoria do Direito passaram, ainda que inconscientemente, a tratar do inadimplemento como fenômeno baseado apenas na negação efetiva da liberdade.

Não se considera, como destacado, que chegasse a existir um direcionamento premeditado em relação a isso; ou seja, não há propriamente exclusão das medidas preventivas. A bem da verdade, não se divisava sequer a sua adoção como um problema. Com efeito, a importância dada à liberdade era tão grande – não que não o devesse ser – que se obnubilava da problemática relativa às sanções qualquer cogitação das situações limítrofes nas quais se pudesse constranger alguém antes que a transgressão ocorresse. Desse modo, perdeu-se de vista que as regras de cunho preventivo também teriam função sancionadora. A demonstração da resiliência dessa concepção de sanção e de suas raízes jusfilosóficas e históricas fundamenta a redação deste artigo.

O problema, aliás, é repetido diante da fórmula cossiana, embora esta tenha tido o mérito de chamar a atenção para o cumprimento espontâneo mais que para o descumprimento e a sua correlata punição. Ainda assim, a dita Teoria Ecológica do Direito rechaça qualquer forma de sanção em caráter preventivo. Isso ficou bastante claro em função do célebre estudo sobre a sanção premial levado a efeito pelo também argentino Mario Alberto Copello, por sinal discípulo direto de Carlos Cossio. Copello ([1945?], p. 70) recusa a ideia de uma sanção premial por entender que toda forma de sanção decorrerá do inadimplemento de

um dever jurídico imposto pela *endonorma* a qual nos referimos antes.

Com efeito, a sanção premial somente poderia ser considerada – ela própria – como *endonorma*, visto que se constituiria como faculdade e não como efetivo caso de retribuição. Existiria a possibilidade tanto de cumprimento como de não cumprimento sem que, nesse caso, houvesse qualquer efeito deletério de natureza punitiva. Por isso, Copello ([1945?], p. 98), ao perceber as vantagens da *sanção premial*, destaca sua especial vocação para a realização do Direito, sem, contudo, ver qualquer possibilidade de fixá-la na *perinorma*.

Não se ingressa nessa discussão de forma aprofundada, já que o objeto do trabalho se limita a apreender a natureza jurídica daqueles mecanismos jurídicos que, sempre com feição repressiva, procuram impedir a destruição ou lesão do bem tutelado. No entanto, vale a pena reproduzir a crítica empreendida por García Máynez (1946) de que, na medida em que Copello admite ser o prêmio uma forma de realizar o preceito contido na norma jurídica (*endonorma*), não há razão para deixá-lo de conceituar como sanção.

Se Copello aceita que o prêmio é um dos recursos típicos que o legislador pode valer-se para induzir o cumprimento das normas que formulou, então não faz sentido por que recusou reconhecer que a recompensa é uma *medida jurídica* no mesmo sentido que pode ser a sanção já que ambas perseguem finalidade idêntica, resume García Máynez (1946, p. 341). Uma vez mais, sua percepção revela-se precisa, ao concluir que deve ser apreendido como sanção todo e qualquer instrumento jurídico que assegure a manutenção do preceito, seja por meios diretos, seja por meios indiretos.

No mesmo sentido, Carnelutti (1942, p. 100), ainda na primeira metade do século XX, predicava exatamente a mesma coisa:

tem natureza de sanção toda e qualquer medida que vise a impedir a transgressão de uma regra de Direito – caso das medidas de caráter preventivo. É muito provável, por sinal, que haja uma natural correlação entre suas conclusões e o fato do conhecido autor peninsular ser igualmente um reconhecido processualista, pois, como antes se viu, boa parte desses meios de prevenção foi concebida no âmbito do Direito Processual.

Diz Carnelutti (1942, p. 100) que, por meio de recursos físicos ou bastante concretos, de maneira preventiva pode ocorrer a prevalência do preceito estabelecido na norma; mas também pode ocorrer que, de maneira contrária, para induzir ao cumprimento do preceito, se cogite a aplicação de um mal maior, a fim de que, de modo livre, embora induzido, o indivíduo venha a respeitá-lo. Desse modo, reconhece-se que em ambas existe uma conformação sancionadora e não apenas um preceito.¹² O agir antecipadamente já seria, portanto, um mecanismo de preservar o bem jurídico constante da norma, ainda que por meio do constrangimento físico que impeça sua violação fenomênica.

O mais interessante, todavia, é o depoimento dado pelo destacado professor no que se refere ao problema da natureza jurídica sancionadora das regras de contenção antecipada do descumprimento de um preceito normativo. Pela importância da lição, vale a pena reproduzi-la integralmente:

Esses meios de diferente natureza em que se resolve a imposição do preceito recebem o nome de sanções; sancionar significa precisamente tornar qualquer coisa que é o preceito, inviolável ou sagrada. Noutra ocasião pareceu-me que tal nome não conviesse aos meios físicos preventivos, razão porque, pedindo emprestado outro vocábulo à terminologia do direito penal, aludi ao conceito mais amplo da medida, da qual a sanção seria uma subespécie. Hoje, porém, refletindo melhor, acho inútil essa complicação, pois o conceito de sanção pode ser construído de maneira a compreender, sem dificuldades, os próprios meios físicos preventivos de imposição os quais tem a sua exemplificação mais importante nas chamadas medidas de segurança (CARNELUTTI, 1942, p. 100).

Registre-se, apenas por zelo, que as *medidas de segurança* não devem ser confundidas com um remédio processual específico. Por elas, compreende-se, na verdade, toda e qualquer ação preventiva – naturalmente aqui mais voltada para o âmbito penal – que busca impedir a transgres-

¹² A diferença entre as formas de sanção como preventivas ou repressivas, tomando-se em consideração o meio pelo qual elas são realizadas, também pode ser feita chamando-as de *diretas* e *indiretas*, nomenclatura apreendida das lições de outro mestre peninsular: De Cupis (1970, p. 9-16).

são. O raciocínio de Carnelutti (1942), mercê de sua representatividade, é importante para ressaltar que a estrutura deôntica do Direito possa até favorecer a existência de sanções *a posteriori*, repressivas ou indiretas, mas não se pode cogitar que *todo* o Direito funcione assim.

Há sanções que buscam impedir o próprio ilícito antes que ele ocorra por meio de medidas efetivas de contenção, como visto acima. Seu aporte para análise dentro de um marco teórico amplo sugere, portanto, que estão certos os autores que veem na sanção um fenômeno bem mais amplo e complexo.

7. Conclusões

No presente artigo, procuramos inserir no estudo da sanção as regras jurídicas que tratam daquilo que se passou a denominar de *medidas de antecipação*, ou seja, das inúmeras estruturas normativas que visam não propriamente a impor um mal de outra natureza para, com isso, impedir que se venha a descumprir determinado preceito normativo. As *medidas de antecipação* trabalham de forma distinta. Elas consideram: a) a iminência de uma transgressão ao bem tutelado já como um ilícito que pode ser reprimido por uma sanção, a qual, por seu turno, precede, de modo fenomênico, o ataque a esse mesmo bem, como ocorre nos casos dos crimes de perigo ou, igualmente, nas infrações administrativas por mera conduta; b) pela adoção de medidas de prevenção existentes nos vários ramos do Direito, sobretudo no âmbito processual, seja civil seja penal e, do mesmo modo, em vários procedimentos administrativos, como forma de assegurar que o bem jurídico tutelado não desapareça, ou que a sua fruição possa ocorrer de modo efetivo.

Em ambos os casos já se está a ensejar posturas jurídicas aptas a coibir uma transgressão. De modo particular, entretanto, no último caso, fica nítida a dialética entre os entendimentos relativos à sanção com base em medidas *a priori* e *a posteriori*. Com base nisso, defende-se a tese de que tais medidas, que visam a assegurar o preceito primário constante da norma jurídica – ainda que não haja uma violação, mas apenas sua iminência –, já podem ser entendidas como formas específicas de sanção.

Em certos casos, sob o paradigma dos princípios jurídicos, a situação poderá gerar debates mais complexos, pois será possível divisar elementos de *endonorma* e *perinorma* sob uma mesma estrutura, tal como sucede, por exemplo, com relação aos princípios da prevenção e da precaução. Essa maior complexidade de categorização de medidas

sancionatórias de caráter preventivo é tida como apropriada dentro da configuração própria dos princípios, os quais possuem uma densidade gravitacional capaz de unir dentro de uma mesma massa o preceito e a sanção. Ainda assim, a ideia fundamental aqui divisada não se dissipa: sempre que se tratar de pôr em prática medidas de violação a um valor contido no ordenamento, estar-se-á falando de sanção.

Um derradeiro esclarecimento, contudo, deve ser trazido à baila: o fato de existirem sanções preventivas não significa dizer que todos os ramos, ou sub-ramos, do Direito devam necessariamente utilizá-las. De fato, algumas áreas do conhecimento jurídico já se encontram epistemologicamente conformadas de tal maneira que se torna impossível, em relação a elas, falar de sanções *ex ante*. É o caso, por exemplo, da Responsabilidade Civil, ramo em que não é possível serem concebidas formas de sanção preventiva nos termos aqui destacados sob pena de ser desconfigurada nada menos que a sua própria essência.¹³

Para além disso, retornemos ao ponto de partida: é preciso deixar de pensar o Direito como sistema de repressão e mais, como sistema de repressão estritamente repressivo. Isto é: se já não cabe no esquema teórico do fenômeno jurídico contemplar o não cumprimento mais que o cumprimento espontâneo do preceito (no ponto, a velha querela entre Kelsen e Cossio), muito menos cabe conceber a sanção apenas como um evento posterior à transgressão. Assim, mesmo antes do homicídio ou do esbulho possessório, as normas previstas na legislação processual penal ou civil que permitem que sejam impedidos antes de sua consumação outra coisa não são que formas de sanção jurídica; assim também as liminares, os embargos, as medidas cominatórias, as *astreintes* – todas se revestem como modalidades sancionatórias, ainda que o preceito não tenha sido existencialmente violado.

Sobre o autor

Bruno Leonardo Carrá é doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; estágio pós-doutoral pela Scuola di Giurisprudenza della Università degli Studi di Bologna, Itália; professor e orientador da Faculdade Sete de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil; juiz federal, Fortaleza, CE, Brasil.
E-mail: brunolccarra@gmail.com

¹³ Para uma análise mais ampla do tema, ver Carrá (2015). Não nos esqueçamos, todavia, de que, para além da Responsabilidade Civil, outros ramos do Direito Civil apresentam sanções preventivas. A mais famosa, possivelmente, o desforço possessório, que faculta uma atuação direta do titular de um direito real visando à sua proteção, como o caso previsto no § 1º do art. 1.210 e nº 1.305 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁴

SANCTION AND PREVENTION: WHAT IS THE IN THE GENERAL THEORY OF LAW?

ABSTRACT: This paper aims to insert in the debate related to conceptual delimitation of legal sanction the measures of preventive nature. In a general manner, sanctions are presented from a posteriori perspective, since presumably they are only applied or complied after the violation verification of legal goods protected by law. As such, it remains to be answered, at the lack of academic discussion related to, on the epistemic status of the so called preventive measures. It is certain the existence of several forms of preventive measures with sanctionatory nature. All of them are considered preventive once they intend to avoid the disrespect of normative precepts. In spite of that, it cannot be ignored that many of Law's branches are not compatible with them, that's the reason why it is reasonable to admit them in specific disciplines, such as the civil accountability, legal institute whose structure is essentially repressive.

KEYWORDS: LEGAL SANCTION. PREVENTIVE MEASURES. CIVIL ACCOUNTABILITY.

Como citar este artigo

(ABNT)

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Sanção jurídica e prevenção: qual o lugar das medidas preventivas na teoria geral do direito?. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 49-71, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p49>.

(APA)

Carrá, B. L. C. (2017). Sanção jurídica e prevenção: qual o lugar das medidas preventivas na teoria geral do direito?. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 49-71. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p49

Referências

AUSTIN, John. *The providence of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. Indianapolis: Hackett, 1998.

BINDING, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*. 4. ed. Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1922.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Tradução Jorge Guerrero R. 2. ed. Bogotá: Temis, 2005.

BRASI. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015.

¹⁴ Sem revisão do editor.

- CAMUS, Albert. *El mito de Sísifo*. Tradução Luís Echávarri. Buenos Aires: Losada, 1953.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: limites epistêmicos à responsabilidade civil preventiva ou simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015.
- COPELLO, Mario Alberto. *La sanción y el premio en el derecho*. Buenos Aires: Losada, [1945?].
- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.
- _____. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: El Foro, 2007.
- DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 2.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lezione di filosofia del diritto*. Torino: Giuffrè, 1965.
- DICK, Philip K. *The minority report and other classic stories*. New York: Citadel Press Books, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Tradução Aurélio Garzón del Camino. 34. ed. Ciudad de México: Siglo XXI, 2005.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Cidade do México: Porrúa, 2002.
- _____. Reseña bibliográfica de la sanción y premio en el Derecho. Prólogo Carlos Cossio. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Mexico, DF, t. 8, n. 30, p. 339-341, abr./jun. 1946.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Tradução Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Tradução Luíz Legaz y Lacambra. 2. ed. Ciudad de México: UNAM, 1995.
- _____. *Teoría pura del derecho*. Tradução Roberto José Vernengo. Ciudad de México: UNAM, 1979.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ROSS, Alf. *On guilt, responsibility and punishment*. Berkley: University of California Press, 1975.
- SÓFOCLES. *La trilogia tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona*. Tradução, introdução e notas Mário da Gama Kury. 10. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- STAMMLER, Rudolf. *A theory of justice*. Tradução Isaac Husik. Clark: The Lawbook Exchange, 2000.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligation: roman foundations of the civilian traditions*. Cape Town: Juta & Co., 1992.