

A Ciência Jurídica como Ciência da Conduta

A. L. MACHADO NETO

1. A conduta humana em diversas abordagens

É hoje conquista definitiva da filosofia da ciência ou epistemologia que, não obstante o mesmo objeto possa ser tratado a partir de diversas perspectivas metodológicas, constituindo, assim, diferentes objetos formais das várias ciências, o objeto resiste, por sua especial estrutura ôntica, a determinados tratamentos metodológicos que, dêsse modo, demonstram-se impotentes quanto a seu conhecimento. Um exemplo: o tratamento normativo do mundo físico seria um completo sem sentido.

Objetos há, portanto, cuja estrutura ôntica mais rica abre especiais vertentes ao tratamento científico por meio de diversos expedientes metodológicos. Outros, todavia, de estrutura ôntica mais rígida, não permitem senão uma especial e privilegiada metodologia. Tal parece-nos ser o que ocorre aos objetos ideais, que apenas toleram o procedimento intelectual peculiar à lógica e às matemáticas, repelindo assim, o procedimento explicativo e indutivo da experimentação.

Com a conduta humana estamos diante da mais rica estrutura ôntica, o que permite a sua múltipla consideração por diferentes abordagens metodológicas, que virão a constituir, assim, os vários objetos formais dos diferentes saberes de que se ocupam o homem e suas obras.

Assim é que ao lado das disciplinas científicas que se ocupam causalmente da conduta humana — a sociologia, a

psicologia e a história, por exemplo — tal objeto material abre uma vertente especial ao tratamento normativo, o que é uma peculiaridade sua.

Dêsse ângulo normativo, a conduta humana pode constituir objeto de duas diversas considerações: ética e técnica.

Tôda e qualquer conduta nossa podemos submetê-la quer a uma consideração ética — Moral e Direito —, quer a uma consideração técnica. Nesse último ângulo temático estaremos, sempre que consideremos qualquer ato ou projeto nosso no sentido oposto ao sentido temporal, isto é: dos **fins** para os **meios**. Assim, tôda vez que tendo em vista certos **fins** (que necessariamente ocorrerão após os **meios**) procuramos encontrar os **meios** idôneos de sua realização, estamos submetendo a uma consideração técnica o nosso procedimento.

Se, ao contrário, a consideração da conduta segue o sentido temporal — dos **meios** para os **fins** —, temos uma consideração ética, seja moral ou jurídica. Porisso a ética pode ser conceituada como a realização do querido enquanto **querido**, por oposição à técnica — a realização do querido enquanto **realização**.

Se moral e Direito constituem âmbitos da normatividade ética, convém agora que os distingamos a fim de destacarmos o Direito que é o objeto de nossa particular consideração.

Se ao considerarmos a conduta no mesmo sentido em que ela ocorre no tempo — isto é: dos **meios** para os **fins** — temos uma consideração ética, e se a consideração ética da conduta pode ser moral ou jurídica, importa que encontremos, no mundo da eticidade, um critério distintivo dos dois âmbitos que o constituem.

Para tanto, mister se faz a consideração das interferências de conduta. Se tenho em mira que a conduta pode se relacionar ou interferir com outras condutas minhas ou de outros sujeitos humanos, terei desdobrado as duas possibilidades de interferência de conduta — a primeira meramente subjetiva (correlação entre o **fazer** e o **omitir** do mesmo sujeito) e a segunda intersubjetiva (correlação entre o **fazer** de um e o **impedir** de outro ou de outros sujeitos humanos). O primeiro é o ângulo

da moral (conduta em interferência subjetiva) e o segundo, o peculiar ângulo do Direito (conduta em interferência intersubjetiva).

Um mesmo fato de conduta humana pode, assim, ser submetido, além de a uma consideração causal, enunciável em termos da lógica do ser (dado **A** será **B**), a diversas considerações normativas — técnica, moral, direito — enunciáveis tôdas em termos da lógica do dever ser (dado **A** deve ser **B**).

Tomemos o exemplo concreto da conduta de alguém que deseja matar um desafeto que certa vez o esbofetou e o realiza mediante o disparo certo de uma arma de fogo.

Esse determinado ato humano poderia ser explicado pelas ciências que manipulam o instrumento da causalidade como uma cadeia causal que a partir de uma determinada reação psicológica do matador como causa inicial, desenlaçaria uma sucessão causal cujos elos seriam os movimentos de cada uma das engrenagens fisiológicas postas em funcionamento para verificar-se a pressão do indicador direito sôbre o gatilho, onde a cadeia causal passaria a situar-se no processo mecânico interior à arma de fogo responsável pelo disparo, e daí à trajetória da bala, à resistência do ar e à colocação do órgão vital da vítima na trajetória do projétil.

O processo causal continuaria em mãos do psicólogo social e do sociólogo que procuraria compreender o sentido cultural da reação violenta e homicida dentro do emaranhado dos padrões culturais vigentes naquela sociedade.

A compreensão normativa do mesmo ato comportaria uma indagação técnica e duas subseqüentes considerações éticas — a consideração moral e a jurídica.

A consideração técnica — abstraídos os valores morais e jurídicos, já se vê — teria em vista que, para a consecução do fim proposto — matar o desafeto — o meio escolhido foi eficaz. A técnica foi boa, pois.

Já o moralista, tomando a conduta em sua interferência subjetiva, consideraria que outras condutas poderiam ser preferíveis à realizada. O fazer e o omitir constituirão o ângulo específico da consideração moral. O moralista cristão que, inspirado no exemplo do Cristo, observasse que melhor do

que matar seria apresentar a outra face, está no ângulo da interferência subjetiva, propondo como moralmente melhor fazer algo e omitir outra conduta.

Já as indagações do jurista seriam tôdas situadas no âmbito especial da interferência intersubjetiva. Em vez do fazer-omitir, seu ângulo será o do fazer-impedir. Suas considerações seriam, por exemplo: «poderia o homicida fazer o que fêz por tratar-se de legítima defesa?» «poderia a vítima impedi-lo atirando antes?» «Podê-lo-ia um terceiro ou uma autoridade policial?» «Pode o juiz singular sentenciar o homicida ou o caso deve ser julgado pelo Tribunal do Juri?» Sempre, como se vê, questões que se situam na correlação entre o fazer de um sujeito e o impedir dos demais, com o que nos situamos inequívocamente no ângulo jurídico, ou seja, aquêle da interferência intersubjetiva.

2. Os Saberes Jurídicos

Sôbre a conduta abordada na perspectiva da interferência intersubjetiva atuam diferentes saberes.

Dêsses saberes destaca-se, em primeiro plano, a investigação filosófica a respeito do Direito. A filosofia jurídica não é outra coisa que a universalidade da meditação filosófica aplicada ao objeto direito. Nela se situam, sob a perspectiva especial do jurídico, todos os campos de indagação do filósofo. Assim é que aí cabem tanto uma especulação sôbre o ser ou essência do Direito — ontologia jurídica — sôbre a possibilidade do seu conhecimento — gnoseologia jurídica — sôbre as ciências que o elaboram — epistemologia jurídica — os valores jurídicos — axiologia ou deontologia jurídica — além da indagação sôbre o caráter cultural do Direito e sua vida histórica — filosofia da história do Direito ou culturologia jurídica.

As peculiaridades dessas indagações que têm o Direito como objeto são as mesmas que caracterizam a meditação filosófica em geral, que são a extrema radicalidade, a vocação da universalidade e, pois, o que Ortega bem definiu ao conceituar a filosofia como um saber **autônomo** e **pantônomo**.

Além de servir de objeto à indagação, filosófica, o direito é tema de diversos estudos científicos. Dentre êsses, além

da ciência jurídica **stricto sensu**, jurisprudência ou dogmática, que será objeto de nossa especial consideração adiante, vale salientar a sociologia jurídica e a história do Direito. Ambas essas disciplinas científicas enfrentam os fenômenos jurídicos como fato sócio-cultural, ingrediente imprescindível da vida coletiva.

A diferença essencial da metodologia dessas duas disciplinas que abordam o jurídico sob a feição de um mesmo objeto material está no caráter generalizador da sociologia e no individualizador da história. Assim é que enquanto o sociólogo ataca a relação sociedade-direito em seus múltiplos aspectos tentando encontrar as leis gerais da causalidade sócio-jurídica, o historiador detém-se em cada um dos eventos da história jurídica dos povos para estudar-lhe a fisionomia peculiar em tôda a sua riqueza individual. Não é por acaso que a primeira se denomina **sociologia** e a segunda **historiografia**. As designações **logia** e **grafia** denunciam, a primeira uma teorização, o que vale dizer: uma generalização; a segunda, um descrever, o que vale dizer: um individualizar. Apenas o individualizar do historiador, com ser o individualizar uma série cronológica de eventos, envolve a descoberta das tendências dinâmicas do processo, ponto êste de difícil localização na história (social) ou na sociologia. Dêsse modo, e tal como ocorre em suas matrizes teóricas — história e sociologia — a história do direito e a sociologia jurídica mantêm-se em íntima colaboração e mútua complementação, a história emprestando ao sociólogo a riqueza do individual, e a sociologia, ao historiador, o indispensável instrumento das generalizações e das tipologias.

3. A Ciência do Direito «**stricto sensu**» como Ciência Normativa

O ângulo de tratamento científico do Direito que, pela sua ilustre tradição, merece a distinção de denominar-se **stricto sensu** de Ciência do Direito é o ângulo em que trabalha o jurista.

O peculiar dêsse tipo de tratamento do jurídico é que êle constitui uma abordagem normativa às instituições e fenômenos jurídicos. De pronto se propõe, nesse caso, a indagação

acêrca de se é possível uma ciência normativa. Para que possamos deslindar tal indagação, mister se faz esclarecer os sentidos em que tem sido atribuída à jurisprudência o caráter de ciência normativa. Êsses sentidos são três, pelo menos.

Tradicionalmente se tem atribuído à dogmática o caráter de uma ciência normativa no sentido mais comum dessa adjetivação, que seria aquêle de um saber que predicasse normas. Tal seria um saber valorativo e, como tal, extra-científico, já que a ciência para ser objetiva teve de abandonar o campo das valorações, impossibilitada que está de dominá-las por falta de um instrumento conceitual capaz de comprovar os acêrtos ou desacêrtos dos juízos de valor. Quando o princípio de neutralidade axiológica — que é êsse voto de castidade espiritual mediante o qual a ciência se nega a fazer juízos de valor — não estava ainda entronizado à altura de um princípio do espírito científico, era possível supor como científico um conhecimento que predicasse normas. Tal foi o que ocorreu no passado com relação à ciência do Direito, nesse primeiro e impróprio sentido em que se lhe aplica a qualificação de ciência normativa.

Recentemente, formalizando e explicitando o que já constituía a atitude espontânea do jurista teórico e prático, Hans Kelsen interpretou em outro sentido a característica de ciência normativa atribuída à ciência do Direito. Nesse peculiar sentido, hoje dominante, o Direito é uma ciência normativa, não porque predique ou estatua normas, — o que seria incongruente com a objetividade científica — mas porque tem por objeto normas. Por tratar de normas, seu objeto, é que a ciência jurídica poderia ser caracterizada como ciência normativa.

O terceiro sentido da expressão ciência normativa aplicada à do Direito é decorrência de uma concepção recente acêrca do Direito e da ciência especial que dêle cuida. É fruto da teoria egológica do Direito, nascida na Argentina, há cêrca de vinte anos, por obra do Prof. Carlos Cossio e seus discípulos e seguidores êsse nôvo e insólito sentido da ciência jurídica como ciência normativa.

Para a concepção egológica, o direito não é norma, mas conduta. Nisso, a radical separação entre o egologismo e a

teoria pura do Direito de Hans Kelsen. Todavia, o modo de conhecimento jurídico da conduta (em interferência intersubjetiva) é mediante a norma que, como juízo de **dever ser** é o único capaz de pensar a conduta sem abstração da liberdade em que ela essencialmente consiste.

Assim é que, dado um determinado fato de conduta, sòmente confrontando-o com a norma poderei eu conceituá-lo juridicamente como **faculdade, prestação, ilícito** ou **sanção**, que são os quatro modos gerais de ser da conduta, quanto à sua conceituação jurídica. Se é através da norma que eu posso conhecer juridicamente a conduta, a ciência jurídica será ciência normativa, não porque estatua normas, não porque trate as normas como seu objeto, mas porque conhece seu objeto — a conduta — mediante normas.

4. O Direito e a Norma

Sòmente a primeira concepção de ciência normativa seria compatível com a noção de que a norma jurídica é um imperativo. Essa foi, pois, a primeira — e é ainda a mais popular — concepção da norma. Ela é um imperativo, um mandado, uma ordem. Daí adviria aquela concepção incongruente da ciência jurídica como ciência normativa porque estatui normas (= imperativos).

Desde Hans Kelsen que essa concepção imperativista da norma vem sendo combatida, ao menos no âmbito da ciência jurídica. É atribuição imortal do grande Hans Kelsen a conceituação da norma como um juízo hipotético de **dever ser**, inaugurando, assim, a lógica do **dever ser** como lógica jurídica.

Para Kelsen, a norma jurídica, juízo hipotético de **dever ser**, poderia ser formalizado de uma dupla maneira; uma primária, que êle enfatiza — «Dada a não-Prestação **dever ser** a Sanção» (dado n-P deve ser S) — e outra secundária — «Dado o Fato Temporal **dever ser** a Prestação» (dado Ft deve ser P) — que êle considera, como norma secundária, um outro modo de enunciar o Direito, por êle identificado com a norma.

Aproveitando-se dessa contribuição kelseniana o Prof. Carlos Cossio e sua escola encontraram um meio de fundir as

duas normas — primária e secundária — num todo orgânico que configura a norma jurídica como um juízo de dever ser não mais hipotético e, sim, disjuntivo, nos seguintes termos:

«Dado o Fato Temporal deve ser a Prestação pelo Sujeito Obrigado em face do Sujeito Pretensor

ou

Dada a não-Prestação deve ser a Sanção pelo Funcionário Obrigado em face da Comunidade Pretensora».

Ou, em termos esquemáticos:

«dado **Ft** deve ser **P** por **So** face a **Sp**. (endonorma)

ou

Dado **n-P** deve ser **S**. por **Fo** face a **Cp**.» (perinorma).

Como se trata de uma disjunção proposicional e não predicativa, cada uma das proposições (endonorma e perinorma) que enquadram a disjunção constitui, de fato, um juízo hipotético (dado A deve ser B) mas a conceituação kelseniana da norma como juízo hipotético divide ou fragmenta a relação jurídica pensada através da norma e de seu esquema formal, motivo pelo qual vamos adotar aqui o esquema egológico, preferível até mesmo para efeitos didáticos se temos em vista simplificar a apresentação dos elementos da relação jurídica.

De posse do esquema egológico da norma, e já que a norma jurídica é o juízo capaz de pensar a conduta e conceituá-la juridicamente como **faculdade**, **prestação**, **ilícito** ou **sanção**, dêle podemos retirar os elementos de uma relação jurídica. Estão todos êles enunciados na formalização egológica da norma e porisso os sublinhamos na apresentação esquemática dessa formalização.

Ft (fato Temporal) é o acontecimento que, previsto em a norma, desenlaça, ao realizar-se, as conseqüências de Direito — a faculdade ou direito subjetivo para o Sujeito ativo ou pretensor (**Sp**) e o dever para o sujeito passivo ou obrigado (**So**)

P (prestação) é a especial conduta a que o sujeito passivo (**So**) está obrigado em face do sujeito pretensor (**Sp**). Ela

tem, assim, uma dupla face, dada a bilateralidade do Direito, pois é para um facultade, o direito, e, para outro, o dever.

So (sujeito passivo, obrigado) é aquêlo para quem à realização do fato temporal normativamente previsto está normativamente imputada a obrigação ou dever de uma especial conduta, em face do...

... **Sp** (sujeito ativo ou pretensor), que é o titular do direito ou facultade de exigir a prestação do **So**.

n-P (não prestação) e a verificação da não prestação ou ilícito por parte do **So**. É uma consequência da liberdade humana que alguém, estando-lhe embora imputada uma conduta, êle não a realize, e sim, a conduta oposta. **S** — (sanção) é a consequência jurídica da não-Prestação ou ilícito. É dever do Funcionário Obrigado (**Fo**) — juiz, funcionário administrativo ou quem seja o aplicador da norma — aplicar a sanção desde que se verifique a não-Prestação. O direito ou facultade de aplicar a sanção cabe à Comunidade jurídica (**Co**), que é, assim, o sujeito ativo do exercício da Sanção, sendo o sujeito passivo da relação perinormativa o funcionário aplicador da sanção (**Fo**).

5. As instâncias de normatividade como fontes do Direito.

Conhecida a relação que há entre a norma e a conduta, e a natureza lógica do juízo em que a norma consiste, importa agora perguntar o que é norma.

Se a avaliação ou conceituação jurídica da conduta fôsse livre, o aplicador ou julgador estabeleceria a norma mediante a qual julgaria a conduta. Tal sistema representaria a absoluta insegurança vital, pois é fato notório a diversidade dos juízos sôbre a justiça ou injustiça de cada fato de conduta. Assim, o mesmo fato de conduta seria diversamente julgado e, pois, juridicamente conceituado conforme o tipo psicológico, as opiniões e ideologias dos julgadores. Urge, portanto, que a valoração judicial esteja limitada por instâncias objetivas de valoração. Tais instâncias são as fontes do Direito.

Se com relação à justiça ou injustiça dos atos humanos ou outro qualquer valor jurídico atribuído ou negado a tais atos as opiniões são universalmente discordantes, a vida social não poderia prescindir de uma decisão unitária quanto ao jurídico. Se a justiça ou injustiça de determinada conduta pode ser discutida eternamente, sem que jamais se alcance uma solução unívoca e universalmente válida, a legalidade, ou melhor, a juridicidade dêse ato, pela própria necessidade vital de sobrevivência do grupo, não poderia ficar ao sabor dos discordantes critérios subjetivos de valoração pessoal. Desde que a memória histórica nos tem revelado sociedades juridicamente organizadas, constata-se a existência de certas instâncias sociais mais ou menos formais ou institucionalizadas que se encarregam da imprescindível função de dizer o Direito (jurisdição).

Originariamente, essa instância privilegiada tomou a forma espontânea e difusa do costume. Talvez não houvesse, então, quem estivesse formalmente qualificado a dizer o Direito, ou era aos mais velhos que estava tradicionalmente deferida essa função de vigiar a observância estrita dos costumes ou de aconselhar os mais jovens e, pois, mais inexperientes, no conhecimento das praxes e tradições, acêrca do caminho seguro dos **mores maiorum**. Todavia, como a vida primitiva envolvia uma quase total integração grupal, o indivíduo, por vêzes, inexistindo, ou melhor, não tendo ocorrido ainda a descoberta do eu individual por parte dos componentes do grupo, ou essa descoberta estando ainda em momento inicial do seu processo evolutivo, o desrespeito ao costume imemorial e ritualista era, se não impossível, certamente muito raro ou, pelo menos, muito pouco freqüente. Os estudiosos atuais dos povos pre-letrados assinalam como característica resultante da extrema integração grupal que ali se verifica, que a vida social sòlidamente enquadrada nas tradições tribais raramente é alterada pela prática do ilícito, ou melhor, pelo desrespeito aos tabus, o que justifica e faz compreensível a ausência da função jurisdicional entre êles. A única exceção é a dos povos que têm a sua integração perturbada pelo início do contato cultural, desde que o isolamento tribal foi quebrado.

Ou uma lenta evolução endógena ou algum fator perturbador exógeno — o contato cultural — são os responsáveis pela mudança do sistema jurídico primitivo, que de uma descentralização legislativa (costume) e jurisdicional (ausência de juizes) passa à centralização jurisdicional (aparecimento do juiz) conservando, embora, a prática consuetudinária, ou seja a descentralização legislativa. Então, já existe quem dirá o que de Direito, embora não haja ainda quem esteja socialmente incumbido de ditar o que de Direito, tarefa de que o grupo por inteiro se encarrega, através de lenta e espontânea elaboração consuetudinária. Daí centralização jurisdicional e descentralização legislativa.

O modo socialmente hábil de identificar o quem (juiz) irá dizer o Direito (jurisdição) é resolvido pelo grupo primitivo ou arcaico de modo peculiar ao entendimento societário vigente. Todavia, o processo mais generalizado tem sido o de a comunidade pre-letrada atribuir espontaneamente aos mais velhos tal encargo, já que se trata de aplicar a norma consuetudinária derivada do costume imemorial do grupo, pois somente quem muito viveu está em condições de conhecê-la convenientemente para proceder a uma correta aplicação. Somente o mais velho, por ser um contemporâneo do passado grupal, está em tais condições num grupo pre-letrado, e que, como tal, desconhece livros, arquivos, bibliotecas e todos os demais processos mais recentes de conservação (escrita) da memória coletiva.

Dessa etapa de descentralização legislativa e centralização jurisdicional o passo subsequente será a dupla centralização: tanto a jurisdicional como a legislativa. Agora já não somente existe o quem dirá o Direito (juiz) contido no costume imemorial como também o quem ditará o Direito novo, que ora retificará o velho costume, ora o abrogará, se tiver força para tanto (legislador).

Então, a lei passará, provavelmente, à condição de fonte primacial do Direito. Somente a essa altura é possível esperar que a doutrina faça a sua aparição como comentário dos jurisperitos ao texto das leis. Pela sua própria natureza teórica, a doutrina vem a ser, geneticamente, a última fonte jurídica, aquela que não pode fazer sua aparição senão quando a socie-

dade não somente já alcançou um alto nível de individualização como também a sua vida intelectual já atingiu tais culminâncias que permitam o aparecimento deste tipo de intelectual especializado que é o legista, jurisprudente ou jurista.

Com o aparecimento da doutrina, que já no sistema romano representa um saliente papel, completa-se o quadro das fontes fundamentais do Direito — lei, costume, jurisprudência, doutrina. Os tratadistas costumam incluir outras instâncias no cômputo das fontes jurídicas, tais os princípios gerais do Direito, a equidade, os tratados internacionais, os atos e negócios jurídicos, mas não há negar que é através dessas quatro grandes vias, que essas demais fontes encontram sua confirmação, ou então trata-se de norma individualizada que irá encontrar sua fundamentação em alguma norma mais geral seja legislativa, costumeira, jurisprudencial ou doutrinária.

6. A interpretação jurídica da conduta e a estrutura da experiência jurídica.

Segundo o Prof. Cossio a experiência jurídica compõe-se de três elementos essenciais:

- a) a estrutura lógica;
- b) o conteúdo dogmático (histórico-condicionado)
- c) a valoração jurídica.

Quanto ao primeiro desses elementos, dêle já sabemos o essencial: que é a norma, um juízo de dever ser, de caráter disjuntivo e que configura os elementos da relação jurídica.

O conteúdo dogmático é dado pelas fontes do Direito. Pela estrutura da norma sabemos, por exemplo, que o sujeito passivo deve a prestação ao sujeito ativo desde a verificação do fato jurídico. Mas, somente o conteúdo dogmático das fontes — por exemplo a lei — poderá preencher êsse vazio lógico, determinado qual o fato temporal que, verificado fará surgir para o titular a faculdade e para o sujeito passivo a obrigação de determinada conduta.

A valoração jurídica é o elemento mais imponderável da estrutura da experiência jurídica. Sua indagação levar-nos-ia

muito além dos limites em que desejamos enquadrar esta sumária exposição. Basta, pois, como referência conclusiva sobre esta matéria, a indicação de que tal valoração, pelo menos enquanto praticada pelo aplicador da norma, não pode ser uma valoração livre, o que resultaria na mais completa insegurança vital, tão diversas são as conclusões valorativas de diferentes indivíduos. E para que essa valoração não seja livre — livremente emocional — é que existem as fontes do Direito, que como instâncias normativas socialmente reconhecidas, comportam-se como instâncias de intersubjetividade — a objetividade que, no caso, é possível — em termos a corrigir a valoração pessoal do julgador (*).

(*) O texto presente é a transposição escrita da Aula Maior sobre O DIREITO, proferida pelo A., no curso de Introdução às Ciências Sociais do Tronco Direito-Economia-Administração da Universidade de Brasília, durante o primeiro semestre letivo de 1963.