

**O PROBLEMA DA COORDENAÇÃO
DAS NORMAS JURÍDICAS
COM ESPECIAL REFERÊNCIA AO
PROBLEMA DA CAUSA NO DIREITO**

CARLOS CÓSSIO

Professor da Universidade de Buenos Aires e de La Plata

Separata do n.º 12 do «Boletim do Ministério da Justiça»

•
LISBOA

1949

Carlos

**O PROBLEMA DA COORDENAÇÃO
DAS NORMAS JURÍDICAS
COM ESPECIAL REFERÊNCIA AO
PROBLEMA DA CAUSA NO DIREITO**

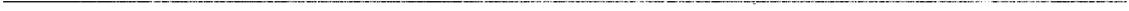
CARLOS CÓSSIO

Professor da Universidade de Buenos Aires e de La Plata

Separata do n.º 12 do «Boletim do Ministério da Justiça»

●
LISBOA
1949





Carri

ÍNDICE

1. <i>Civilistas, Criminalistas e Filósofos do Direito em tarefa comum. Perspectivas</i>	5
2. <i>Posição do problema no plano conceitual das normas</i>	8
3. <i>A crise do racionalismo no nosso problema</i>	12
4. <i>A mensagem da tese egológica...</i>	17
5. <i>Remissão</i>	19
6. <i>O problema no plano vital da existência. Um exemplo civilista</i>	19
7. <i>Significado do causalismo da Natureza na investigação fundamental de Meyerson</i>	23
8. <i>A inteligibilidade do fenómeno jurídico</i>	25
9. <i>O problema posto ao jurista pelo mundo da Natureza</i>	26
10. <i>O matiz da diferença entre civilistas e penalistas</i>	28
11. <i>Denominador comum e erro similar do causalismo civil e penal</i>	32
12. <i>O salto egológico</i>	35
13. <i>A Teleologia e o Contrato</i>	39
14. <i>O racionalismo examinado a propósito do delito desportivo...</i>	47
15. <i>O Empirismo no Contrato Imoral</i>	53
16. <i>Papel da lei na tese egológica</i>	58
17. <i>O papel e natureza da experiência na tese egológica</i>	60
18. <i>O juízo de existência fundamental do Direito</i>	63
19. <i>Desenvolvimento esquemático da egologia</i>	68
20. <i>Perinorma e norma primária</i>	75
21. <i>O trânsito real dos deveres como dado empírico de sentido, comum ao Direito, à Sociologia e à História</i>	77
22. <i>Representação gráfica do problema debatido</i>	85



Carri

O PROBLEMA DA COORDENAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS COM ES- PECIAL REFERÊNCIA AO PROBLEMA DA CAUSA NO DIREITO (*)

1. Civilistas, Criminalistas e Filósofos do Direito em tarefa comum. Perspectivas.

O problema das relações de sobreordenação e subordinação das normas jurídicas já se encontra satisfatoriamente esclarecido pela pirâmide jurídica, concepção da teoria pura do Direito, hoje muito divulgada. Mas o que se encontra ainda por fazer é o estudo das suas relações de coordenação lógica no mesmo plano daquela pirâmide.

Surpreenderá, naturalmente, que, ao analisarmos este problema, façamos, logo de início, esta afirmação: o esforço comum, em

(*) *N. DO T.* — A nossa principal preocupação consistiu em traduzir fielmente o pensamento do Autor e respeitar, quanto possível, a forma da sua exposição.

Supomos conseguido aquele fim, não isento de dificuldades, dado que algumas expressões do original não encontram correspondência na língua portuguesa («normar», «causacion», etc.). Entendemos, porém, dever traduzir literalmente algumas dessas expressões (por exemplo: consecutividade), embora sujeitando-nos ao risco da inovação...

E aqui fica o nosso agradecimento ao Doutor António José Brandão pelo auxílio que o seu profundo conhecimento da matéria nos dispensou.

direcção ao mesmo objectivo, dispendido tanto por jusfilósofos como por civilistas e criminalistas tem sido reciprocamente ignorado. Sem consciência do esforço comum, todos têm trabalhado na convicção de que o fazem sobre assuntos diferentes e movidos por uma finalidade totalmente alheia à dos outros.

Com efeito, o civilista investiga primeiro a causa dos contratos, a causa das obrigações e, por último e mais genéricamente, a causa dos actos jurídicos. Por seu lado, e por caminho completamente independente, observamos os criminalistas tentando determinar a causa das infracções. Por último, e seguindo também um caminho independente, os jusfilósofos de mais acentuado cunho racionalista, tentam averiguar a consecutividade ou transitibilidade das normas jurídicas, e isto com o fim de explicar pela coordenação horizontal na pirâmide jurídica a razão porque, na experiência, a um dever jurídico se segue outro dever jurídico. À primeira vista não se descortina, neste tríplice esforço, a identidade do problema que, no entanto, se mostrará abertamente logo que se declare o seu fundamento.

Como dissemos, este assunto, consiste para o jusfilósofo e para a sua preocupação generalizante na necessidade de esclarecer o facto de o Direito, no seu decurso real no campo da experiência, se desenvolver na representação indefinida de que a um dever jurídico se segue outro dever jurídico. Porém, radicada esta problemática, pelo racionalismo, no plano conceitual das normas, havia naturalmente de resultar inadequada a sua resposta a um problema de experiência jurídica, e isto pela singela razão de que a realidade não é pensamento.

Para a teoria egológica do Direito, pelo contrário, a existência da realidade natural é uma existência causada e tal existência conhece-se pelas suas causas. Assim, não surpreende que a investigação egológica da existência ou positividade do Direito tivesse que rever o problema da causa posto de diferentes maneiras por criminalistas e civilistas. No fundo, o problema dos juristas é afinal o mesmo que se põe para uma filosofia realista do Direito. Simples-

mente, para os civilistas é focado o ponto de vista do interesse especializado, local. É, porém, verdade que civilistas e criminalistas crêem que, ao falarem da causa das obrigações e da causa dos delitos, se referem a duas questões tão diferentes que não só é impossível confundi-las, mas também o que se disser a respeito de uma é estranho e indiferente para a outra. A teoria egológica do direito, demonstrará, porém, ao abordar este assunto, e ao esclarecer o modo errado como tem sido posto, que a divergência entre civilistas e criminalistas é apenas aparente, pois não se funda na diversidade dos problemas, mas sim na diversidade de soluções que são dadas a um mesmo problema; diversidade que não foi possível superar até se chegar ao ponto de considerar a unidade desse problema.

Civilistas e criminalistas começaram a interessar-se pelo problema da causa no Direito, devido a uma exigência empírica: haver encontrado em um Código, por exemplo, a enunciação normativa de que um contrato é nulo por falta de *causa* ou de que se pune aquele que *causar* a outro uma ofensa corporal de que resultou doença permanente. Em correspondência com estes pontos de partida contingentes e diferentes, civilistas e criminalistas trataram de encarar os temas pressupostos pelo problema respectivo ligados à ideia de que a tarefa dos primeiros em redor da causa das obrigações não tem conexão alguma com a dos criminalistas em relação com a causa das infracções e vice-versa — por isso que se trata de assuntos totalmente diversos e heterogêneos. Porém, a simples circunstância de se haver produzido em cada um destes grupos de investigação uma cisão entre causalistas e anticausalistas, desperta a suspeita que as duas ordens de problemas não são heterogêneas como se acreditava, uma vez que se repare que as cisões verificadas nos dois grupos foram declaradas com o mesmo fundamento. A razão que fundamenta a divisão entre causalistas e anticausalistas é um problema nitidamente filosófico, e isso nos leva a entrar na matéria começando por atender ao modo como o assunto é considerado pelos filósofos do direito. O esclarecimento da questão, que é comum aos campos penal e civil, contribuirá para, desde logo, fazer ver a



unidade do problema principal que denunciemos. Começaremos, pois, a nossa exposição pelo problema formulado.

A nossa exposição iniciar-se-á pela indicação do modo pelo qual o nosso problema foi posto pelos filósofos racionalistas do Direito. Em seguida, chamando a atenção para as razões pelas quais eles foram levados a uma posição que desfocava o dito problema, daremos a este solução não só fecunda e suficiente para as exigências doutrinárias, mas também comum e unívoca, quer quanto à linguagem, quer quanto à temática, para civilistas, penalistas e filósofos. Mais ainda: mostraremos como ela oferece projecções de maior amplitude que aquela que foi até hoje já entrevista por elas. Com efeito, a solução proposta não se referirá apenas ao trânsito de um dever para outro, no caso do primeiro ter ficado inobservado, mas também ao trânsito de umas para as outras, de normas em relação de coordenação situadas em um mesmo plano. E isto quer o dever haja ficado inobservado, quer não, como é o caso do trânsito dos deveres de um contrato bilateral; quer, ainda, se trate simplesmente de um acto jurídico ou de um acto antijurídico, como o testamento ou o delito.

2. Posição do problema no plano conceitual das normas.

Perante os deveres que se entrecruzam na experiência jurídica, Félix Kaumann e Fritz Schreier encontravam-se frente a um dever não só raro, mas singular. Raro porque se segue necessariamente a outro dever quando este não é cumprido: é o dever de proferir sentença que tem o juiz, impondo a pertinente sanção. Aparecendo este dever como uma relação *necessária* da ordem jurídica, oferece, por esta qualificação, um interesse sobremaneira justificado para chamar a atenção do jusfilósofo.

E surge a pergunta: porquê esta consecutividade de deveres neste caso? Como explicá-la? Qual é o fundamento da actualização desse segundo dever?

Dentro do mais refinado racionalismo jurídico, tanto Kaufmann como Schreier vêem na norma o objecto que o jurista tem a conhecer. Devido a esta concepção, entendem que o problema posto naquelas perguntas não deve sair do plano normativo e há-de solucionar-se em uma relação das normas entre si. Relação de puro carácter lógico-formal, pois, se as normas são conceitos, não cabe entre estas relações de outra natureza que não sejam as da lógica formal. A ideia de que a norma jurídica é um juízo categórico, implícita na concepção tradicional, não dá margem para ligar entre si por nexos lógicos as normas situadas em um mesmo plano normativo umas a seguir às outras, por isso que o juízo categórico carece de estrutura relacionante fora da sua intencionalidade. Consequentemente, esta concepção não estrutura a ligação de uma norma com outra quando com ela esteja em relação de coordenação, nem sequer se dá conta do fenómeno invertível de trânsito dinâmico que nos leva consecutivamente, na experiência, de uma relação jurídica para outra. O juízo categórico coloca as múltiplas normas isoladas entre si, umas ao lado das outras, sem fontes de ligação; desta forma, a actualização sucessiva da vontade do Direito «concordaria com as normas com que deve concordar, não porque siga um rumo lógico de antemão traçado que a ele a conduza, mas sim por efeito de qualquer misteriosa harmonia preestabelecida entre norma e realidade. Claro está, se se abandonasse o racionalismo, seria também possível, empiricamente, entregar a concatenação dos deveres ao jogo causal dos interesses humanos; mas, neste caso, resulta totalmente obscura a relação entre norma e realidade, porque não se descortina que papel desempenha a norma nesse fenómeno, uma vez que a realidade dos interesses humanos e o seu jogo causal acabam por excluir qualquer outra explicação. A ideia kelseniana de que a norma jurídica é um juízo hipotético, permite encarar o problema da consecutividade lógica das normas em um plano horizontal, pois a colocação de uma condição como hipótese para o valor ou condição da validade lógica de um juízo, permite utilizar essa condição como ponto de união com outro juízo sempre que



o contraditório lógico dessa condição esteja contido em outro juízo.

Admitindo que seja esta a estrutura da relação entre transgressão e prestação, encontra-se uma relação puramente lógica para ligar dois juízos diferentes. Desta forma, dois juízos de dever diferentes (o que versa sobre a prestação e o que diz respeito à sanção), encontram-se entre si ligados pelo facto da transgressão, que excede o primeiro em relação contraditória (relação de pura lógica formal) e que excede o segundo em relação condicional (também relação de pura lógica formal). O direito actualiza-se, assim, em deveres consecutivos enlaçados sucessivamente, de acordo com um rumo lógico traçado aprioristicamente. Tal é a transitividade das normas a que alude Schreier (1) e que Kaufmann, mais detidamente, analisa enquanto sucessão de deveres jurídicos: um sujeito A deve actualizar uma conduta V; se não faz isto, deve ter lugar a seu respeito uma outra conduta — V'' — por outro sujeito (2). Sem embargo, não está suficientemente esclarecido nestes autores qual dos princípios lógicos é o que estabelece a relação entre o juízo hipotético e o juízo que o precede, e como — se o da contradição, se o do terceiro excluído. A este respeito, a teoria egológica, firmada na ideia de que a norma jurídica é um juízo disjuntivo, defende que é ao princípio do terceiro excluído que cumpre esta função.

Kaufmann crê, com efeito, que o emprego da conjunção *e* explica como o dever do juiz é subsequente ao dever anteriormente não cumprido: deve ser tal a conduta do indivíduo, *e*, se ela não se verificar, deverá seguir-se a conduta do juiz. Pelo contrário, a estrutura disjuntiva da norma, segundo a teoria egológica, mostra que a sucessão de deveres se realiza com a conjunção *ou*, uma vez que é uma

(1) Fritz Schreier, *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, págs. 114, 162, 167, 241, 243 e 244 (Buenos Aires, 1942, Losada S. A.).

(2) Félix Kaufmann, *Logik und Rechtswissenschaft*, pág. 91 (Tübingem, 1922, Mohr) e *Die Kriterien des Rechts*, pág. 71 (Tübingem, 1924, Mohr). Existe uma tradução, no prelo, do Instituto Argentino de Filosofia Jurídica e Social.

relação de oposto contraditório a que existe entre prestação e transgressão: deverá ser certa conduta do indivíduo, *ou*, se a mesma se não verificar, deverá ser a conduta do juiz. Não se trata de uma subtileza verbal. Cada conjunção exprime uma diversa classe de relações; o emprego de qualquer delas, não é, portanto, indiferente, se pretendermos efectuar descrição verdadeira da experiência jurídica.

Nesta ordem de ideias, deverá ter-se em consideração que a evidente subsequência do dever do juiz somente se explica com a conjunção *ou*, pois ela traduz o princípio lógico do terceiro excluído na disjunção contraditória. A conjunção *e* representa as normas como se elas fossem suportes de sentidos independentes, sentidos sem dúvida adicionados entre si, o que é algo mais que a justaposição, de modo que a unidade de conjunto resulta contingente, podendo-se falar com todo o rigor em normas externamente ligadas. É isto o que pode ver-se claramente nas obrigações recíprocas de um contrato bilateral; por exemplo, o da compra e venda: o comprador deverá fazer tal coisa e o vendedor deverá fazer tal outra. Aqui é evidente a contingência ou independência das prestações entre si: o ser de uma não contribui para formar o ser da outra e vice-versa. Se substituíssemos nesta cláusula a conjunção *e* pela conjunção *ou*, logo teríamos como resultado a destruição total desta figura jurídica, neste caso a da compra e venda, pelo contra-senso que seria dever o comprador fazer tal coisa *ou* o vendedor outra.

A forma pela qual a conjunção *ou* representa a norma aplicável ao súbdito e a norma aplicável ao juiz deixa subsistir na dependência um do outro, e, em rigor, internamente compenetrados, os sentidos de cada uma delas: o ser de uma norma contribui aqui para a constituição do ser da outra, e vice-versa. Deve-se isto ao nexó lógico-formal que entre elas coloca o princípio do terceiro excluído. Deste modo, o dever do juiz segue-se *necessariamente* ao não cumprimento do dever do súbdito. Não é assim contingente, mas necessária, a unidade do conjunto de ambas as normas, já que ambas contribuem para a formação de uma única significação normativa ou de um único conceito. A seu respeito, só poderemos falar



de uma única norma, constituída por dois membros: a endonorma e a perinorma, na terminologia que, com estes mesmos fundamentos, a teoria egológica para eles criou.

3. *A crise do racionalismo no nosso problema.*

No que vai seguir-se, poderá notar-se a respeito deste tema, a dupla diferença que separa a concepção da consecutividade das normas oferecida pela teoria egológica da concepção de Kaufmann, inspirada em Kelsen, e por nós exposta no parágrafo anterior.

Por um lado, Kaufmann (3), a quem escapa a conjunção *ou* (sua presença, sua substância enquanto conceito jurídico fundamental e o seu papel) e com ela, a sanção no sentido próprio e irreduzível com que foi definida pela teoria egológica (4), ocupa-se directamente do dever do súbdito (prestação) e do dever do juiz, que também tem a natureza de prestação, como já dissemos. Consi-

(3) Kaufmann omite toda a conjunção quando enuncia esquemáticamente a sua fórmula da consecutividade, como pode apreciar-se na transcrição contida no texto. Porém, na nota terceira, a págs. 91, do primeiro dos seus citados livros, diz expressamente que «a proposição jurídica não apresenta nenhuma disjunção». Daqui veio o termos contrariado Sebastian Soler por ter atribuído a Kaufmann esta conquista da teoria egológica (veja-se, *La Teoría egológica del Derecho*, pág. 303 e segs., *ed. cit.*).

(4) «Por sanção deverá entender-se a vida real efectiva do homem sobre que recai o acto de força condicionado, quando o acto de força passa a ser parte daquela vida. A sanção não é o acto de força em si mesmo considerado, ou tomado isoladamente, não constituiu sanção de nenhuma espécie os açoites que Xerxes mandou dar às águas do Helesponto... Que o acto do juiz é notoriamente seu dever jurídico de funcionário e não sanção», lê-se na nossa monografia *Norma, Derecho y Filosofía*, cap. XIV (na Revista *La Ley*, tomo 43, secção doutrinária, Buenos Aires, 1946). E no mesmo sentido, na nossa obra *La teoría egológica del Derecho*, págs. 318 e 322 a 325 (Buenos Aires, 1944, Losada, S. A.) e Mário Alberto Copello, *La sanción y el premio en el Derecho* (Buenos Aires, 1945, Losada, S. A.).

dera, realmente, duas normas: uma que representa a conduta, a conduta do súbdito, e a outra a do juiz. Porém, com isto, diz-nos unicamente que o dever do juiz se segue ao do súbdito *porque* a normatividade jurídica, enquanto logicamente estruturada, é assim. Desta sorte crê-se numa hipostásis, porque, no plano conceitual de que não sairíamos se o Direito fosse a norma, o *sentido*, que se realiza na transição de uma norma para outra, não é um sentido humano axiológico, mas apenas o de uma estrutura lógica das normas; e, na verdade, não se compreende como a mera idealidade lógica possa ter esta virtude de operar sobre essa realidade humana, que é, afinal, o Direito.

Eis aqui, pois, a nossa primeira discordância com Kaufmann: entende este autor que explica a sucessão das prestações — que são factor da realidade — pela consecutividade das normas — que, como conceitos são entes do mundo ideal. A sua posição consiste em passar daquilo que é ideal para a existência do que é real, mas, para tanto, não pode deixar de servir-se de uma tão vaga quanto ilegítima relação de produção entre norma e realidade e, ainda, *de causalidade entre norma e norma* (5), já que ligados causalmente como factos da experiência física nos aparecem as prestações que seriam os seus reflexos na realidade. Aqui também o racionalismo se encontra pretematicamente cruzado, como o empirismo, por um magno problema de que até ao presente a teoria egológica é a única expositora temática existente na literatura jurídica: o problema da relação entre norma e experiência. No empirismo, porém, não se explica que papel desempenha a norma no fenómeno da consecutividade dos deveres, uma vez que estes se abandonam ao jogo causal dos interesses humanos; o racionalismo, ao contrário, procura lançar uma ponte do plano ideal das normas ao plano real da experiência sob o signo, — para ele tremendo, — da causalidade, encoberto ou não,

(5) Assim fala Schreier de uma «lei de causalidade jurídica» e de uma «lei jurídica da conservação da energia», a págs. 146 e 244 da *ob. cit.*.



pois que a realidade natural não admite outra espécie de ponte que não seja a da causalidade.

Neste ponto a teoria egológica tem de recordar, com Ramspeger, que «a necessidade das relações dentro de um sistema formal não deve ser confundida com uma necessidade de conexões entre os factos da Natureza» (6). Ramspeger refere-se a factos da realidade natural; porém, como hoje se considera assente, o mesmo vale para toda a realidade; portanto, coisa igual se há-de dizer para uma realidade cultural e humana como é a jurídica.

A tese de Kaufmann, se dela abstrairmos o elemento hipostático, consiste, afinal, no seguinte: o dever do juiz segue-se ao dever não cumprido do súbdito, *porque* a normatividade jurídica, considerada como estrutura lógica, *é assim*. Por outras palavras: se a este *porque* e a este *é* retirarmos qualquer ideia que uma norma *causa* outra norma, ou qualquer ideia de *produção* da realidade pelas normas, verificaremos como a tese de Kaufmann se empobrece tanto com respeito à sua pretensão de explicar por que motivo a um dever se segue outro que, em vez de explicar este fenómeno, limita-se simplesmente a apresentá-lo.

Mas, qualquer que seja a estrutura lógica do enlace entre duas normas consecutivas, se desejarmos evitar hipostásis, teremos de considerar o referido nexa como sendo a conceituação adequada do trânsito do dever de uma pessoa para o dever de outra pessoa. Do trânsito, note-se bem, e não da razão imanente do próprio trânsito. Esta diferença significa, para a teoria egológica, afinal de contas, que, com todo o desejável rigor, a estrutura lógico-formal da consecutividade dos deveres jurídicos apenas nos esclarece a respeito do modo *como* se verifica a sucessão dos deveres. Todavia, fá-lo tão só parcialmente, na medida em que a própria norma integra a conduta, indicando-nos *quais* são os deveres e *por que* motivo

(6) Alberto G. Ramspeger, *Sistemas filosóficos de la Ciencias*, pág. 90 (Buenos Aires, 1946, Ed. Claridad).

precisamente este, e não outro dever se segue ao dever antecedente. Era este, aliás, o problema principal, a que, dentro em pouco, chegaremos (7).

(7) Como esta fórmula terá que repetir-se e explicar-se muitas vezes no decurso do presente trabalho, esclareçamos desde já o seguinte, para que se tenha sempre em consideração:

Quando dizemos que a normatividade consecutiva determina, em parte, *quais* são os deveres e *porquê* este e não aquele dever se segue a outro, queremos referir-nos àquelas coisas que se podem derivar em forma dedutiva dos conteúdos assertóricos da lei. Assim, se a lei aplicada ao caso pelo Tribunal prescreve pena de prisão de 8 a 25 anos, não pode condenar-se em desterro, mas somente em prisão; se o juiz entende que se trata de um caso de compra e venda e não de locação (caso das máquinas Singer), há-de, como consequência reconhecer-se o privilégio que tem o vendedor sobre o saldo do preço. Em ambos os exemplos se vê a norma determinando, em parte, *quais* são os deveres e, em ela se funda, também em parte, *porque* o dever consecutivo se segue ao dever não cumprido.

Por forma bem diferente, embora em paralelo dogmático com estas derivações dedutivas mas assertóricas, se constata que algo do dever consecutivo se constitui de modo empírico-dialéctico sobre as circunstâncias dadas pelo caso, procurando estabelecer o sentido imanente do próprio caso. Torna-se isto particularmente patente quando o conteúdo dogmático da lei é uma faculdade. Tal é o caso, por exemplo, da pena que o juiz fixa dentro da escala penal ou o da eleição de um, entre os vários parentes, para o exercício da tutela. Aqui vê-se, ao contrário, a experiência a determinar, em parte, *quais* são os deveres e nela se funda, também em parte, *porquê* o dever consecutivo se segue ao antecedente ou ao dever não cumprido.

Porém, se apesar de existirem estas duas ordens paralelas de verdades judiciais possíveis, nos determinamos em favor da experiência e não da norma — o que é fundamental na determinação de *quais* são os deveres e *porquê* este e não aquele dever se segue a outro — é porque a própria e prévia aceitação judicial da lei para um caso repousa em um processo também empírico-dialéctico de compreensão. Assim acontece quando se estabelece que o caso não é de homicídio simples mas sim de legítima defesa, ou quando se invoca a não exigibilidade de outra conduta, ou ainda quando não se responsabiliza o patrão por facto ilícito do seu empregado por este não haver agido no exercício das suas funções. Por último, o estabelecimento do *como* se sucedem os deveres, tem um ingrediente dedutivo, mas apodíctico posto pela pura normatividade que é lógica jurídica formal. As relações da sentença



É-nos justamente fácil, neste momento, dar um ponto de partida à nossa tese, recolocando o problema que a Kaufmann passou despercebido, uma vez que foi sobretudo atraído pelo carácter apodíctico, tão peculiar, da consecutividade do dever do juiz. Se Kaufmann tivesse levado em conta esta restrição aparentemente sem importância, ter-se-ia forçosamente defrontado com os esforços já dispendidos pela doutrina civilista da causa.

Já explicámos a razão porque a consecutividade do dever judicial é lógicamente necessária. Porém, a diferença específica desta consecutividade, não é razão para não estudar por que motivo a um dever se segue outro quando se trata de deveres simplesmente adicionados. Também os deveres que estão regulados contingentemente, como os dos contratos bilaterais, por exemplo, reclamam que se explique a sua consecutividade. Desta tarefa se têm ocupado os civilistas.

Considerado o problema com esta amplitude, torna-se claro o seguinte: a estrutura lógica da consecutividade somente esclarece *como* se sucedem os deveres. Porém, se este *como* é apriorístico em relação ao juiz e *a posteriori* nos restantes casos, então — e forçosamente — haverá que renunciar a determinar, por antecipado, mediante a estrutura lógica do seu ligame, quais serão os deveres ligados e porquê este e não aquele deve seguir-se a outro.

Kaufmann, porém, que nunca sai do plano horizontal das normas, adoptou, o partido do anticausalismo, que é a atitude racionalista.

Não se perca agora de vista que a pergunta acerca de *quais* sejam os deveres, ou acerca do *motivo* em virtude do qual a um dever se segue outro, nem por isso fica de pé, aguardando res-

com estas três classes de verdades: dedutivo-apodícticas, dedutivo-assertóricas e empírico-dialécticas (estas últimas na sua dupla direcção para a lei e para as circunstâncias do caso), pode ver-se no nosso livro *El derecho en el derecho judicial*, págs. 103 e 130 e seguintes (Ed. Kraft, 1945, Buenos Aires).

posta, na órbita dos deveres contingentes. Mas esta pergunta, uma vez que se afastava qualquer pura resposta lógica, como já destacámos, só podia receber contestação causal, como aquela que lhe foi dada pela atitude empírica.

4. *A mensagem da tese egológica.*

É muito prematuro proclamar a solução egológica — nem causalismo nem anticausalismo, mas sim egologia — antecipando que aquele *porquê* tem um sentido que não é causal em nenhuma das acepções que se dá a esta palavra desde a época de Aristóteles. Esta possibilidade fica sugerida com a advertência que este *porquê* é um *porquê-sim*, sempre que sob a paradoxal elegância desta expressão não se veja a vontade do sujeito de Direito causando um resultado distinto da própria vontade, e se veja na afirmativa (*sim*) o próprio sujeito na inteligibilidade da sua situação existencial.

Tudo isto é, porém, prematuro. Por agora, o que mais importa para centrar a unidade temática com que a teoria egológica enfrenta este problema, é destacar o grau de consciência que ela tem sobre o mesmo. Voltando à nossa ideia de que a estrutura lógica da consecutividade esclarece unicamente *como* se sucedem os deveres, e insistindo também em que este *como* é apriorístico no caso do juiz, poderíamos crer, com Kaufmann, que, pelo menos, nestes casos cabe determinação puramente lógica de quais são os deveres, e *porquê* este e não aquele dever se segue a outro; isto é, poderíamos concluir que o *como* explica quais os deveres e *porquê* um se segue a outro. Porém, não podemos esquecer que o dever do juiz, embora dotado de apodíctica consecutividade, também é experiência jurídica, e já destacámos, por outro lado, a insolúvel dificuldade que a experiência opõe ao racionalismo jurídico.

Aceitar a crença, que estamos considerando, implica abandonar a atitude egológica nestes casos, e adoptar a do racionalismo. Mas



isto é inteiramente impossível porque em caso algum o racionalismo se mostra suficiente como teoria da experiência. A teoria egológica pode defender a unidade do seu ponto de vista, não por uma vã pretensão de fidelidade sistemática, mas sim porque o seu ponto de vista dá conta da experiência jurídica também nestes casos.

Com efeito, quando a teoria egológica, generalizando o problema, assinala que não está só em jogo a prestação consecutiva do juiz mas que também o estão as prestações que são reguladas contingentemente, não esquece que a subsequência apodíctica da primeira reclama a estrutura disjuntiva da norma jurídica e se fundamenta nela. E, informada por Kant, acrescenta que essa prestação do juiz não se explica só por esta disjuntividade da norma. Dentro da forma lógica, o elemento empírico, — no nosso caso, de experiência cultural, — é fundamental como critério de verdade. Neste sentido o problema é o mesmo para a prestação de consecutividade apodíctica e para as prestações de consecutividade contingente. Tanto a explicação da primeira como a das segundas, alguma coisa tomará da intuição da conduta, pois não bastará a disjuntividade da norma para a explicar totalmente; também, por outro lado, se há-de frizar que as segundas, ainda que *a posteriori*, são tão normativas como a primeira.

Com isto desejamos provocar a compreensão de que estas prestações devido à sua mesma natureza, participam da estrutura lógica da normatividade, a qual levanta, em relação a elas, exigências da mesma índole formal no tocante à verdade; exigências, estas, parecidas com as que a disjuntividade impõe especificamente à prestação do juiz, devido à actuação imanente do princípio do terceiro excluído.

No conhecimento temos que distinguir entre o critério negativo e o critério positivo da verdade, embora aquele se constitua pela conjunção dos dois, sem que um possa separar-se do outro. Para a realização do conjunto é apenas necessário que cada um ocupe o seu lugar. A lógica jurídica formal tem que dar-nos o critério negativo da consecutividade dos deveres — e com pleno conhê-



cimento da razão. Porém, a lógica jurídica transcendental tem que falar-nos da natureza do vínculo real que une estes deveres e não da natureza do vínculo da sua representação porque isto seria confundir-la com a lógica formal.

5. *Remissão.*

Haveria ainda que assinalar a segunda diferença que separa a concepção da consecutividade das normas, oferecida pela teoria egológica, da que apresenta Félix Kaufmann. Porém, só mais adiante o poderemos fazer por razões que se compreenderão a seu tempo. Neste momento já estamos em contacto com um conjunto de problemas para os quais havemos de procurar solução — e sem esta não é possível tratar daquela diferença.

Entre estes problemas, fácil é presentir-lo, aflora o da causalidade, que motivou de modo muito especial um aspecto do presente trabalho. Entremos, pois, nele, repetindo previamente, e para esclarecer alguns dos conceitos já alcançados e avançando em outros um pouco a precisão do seu significado como tradução do nosso pensamento.

6. *O problema no plano vital da existência. Um exemplo civilista.*

Dissemos que a estrutura lógico-formal da consecutividade dos deveres jurídicos esclarece tão só, ainda que completamente, *como se dá* a sucessão dos deveres; porém, esclarece só em parte — enquanto a própria norma integra a conduta — *quais* são os deveres e *porquê* este e não aquele dever se segue ao primeiro. Isto não é um nexó lógico dos conceitos, mas sim um dado da existência sem a qual a norma não vigoraria. E se o homem de ciência recolhe simplesmente estes dados enquanto procede experimentalmente e liga a sua



representação daquela maneira, a lógica jurídica transcendental tem de aclarar a natureza do vínculo real que une estes deveres, para explicar a segurança da tarefa científica. Sòmente supondo, como erradamente faz o racionalismo, que as normas são o objecto a conhecer, poderia crer-se que o nexó lógico da consecutividade das normas é a razão total e suficiente da sucessão real dos deveres jurídicos, em vez de apenas ser a elucidação do modo *como* se sucedem os deveres.

Para a teoria egológica essa transição lógica de uma norma para outra, só fornece um critério negativo de verdade que serve para reunir horizontalmente a sucessão dos deveres no sistema total do ordenamento jurídico; mas não fornece senão em parte — enquanto a norma integra a conduta — o critério positivo da verdade que nos torne *inteligível* a sucessão de deveres enunciada nas normas. Qualquer que seja a estrutura lógica com que se apresente o enlace das normas consecutivas, a teoria egológica só vê nela a concepção adequada que acompanha o trânsito real desde o dever de uma pessoa até ao dever de outra pessoa; mas nunca aquela razão de ser imanente que faria da referida transição uma transição inteligível. Seria esta concepção adequada para reunir uma transição de deveres no sistema do ordenamento, e adequada, também, ainda que parcialmente, para a constituição dos deveres mesmo enquanto a norma integra a conduta; todavia desde o ponto de vista realista não prescinde da conduta como fenómeno de sentido, já que se trata sempre de compreender o sentido de este fenómeno e, de igual modo, este fenómeno no seu sentido.

Admitindo mesmo a hipótese extremista de que o pensamento normativo é o único elemento constitutivo do fenómeno da conduta, ainda assim, isso não significa, como pretende o racionalismo, que o dado a conhecer é a norma em sua idealidade conceitual; antes tal dado seria a conduta, de que a norma, como expressão de um dever, seria todo o seu sentido, além de ser a sua menção. Com isto se compreende que, ainda assim, esta norma realizada haverá de ter na realidade a razão suficiente da sua transição a



outro dever e não em o mero ligame lógico com outra norma que a ambas considerasse somente enquanto menções e não enquanto sentidos realizados. Não se esqueça, porém, a este propósito, o duplo papel que assume a norma no objecto egológico. Por um lado é o conceito que considera a conduta como tal; e neste sentido há um enlace lógico entre as normas que, como critério negativo de verdade, só nos diz *como* se sucedem os deveres. Porém, por outro lado, enquanto este conceito integra a própria conduta, já o critério positivo da verdade fornece a experiência e aqui não há que referir o enlace lógico das normas, mas sim a sucessão real dos deveres determinados como tais pelo sentido unitário que as liga, sentido esse que só em parte é constituído pela norma, pois é um dado empírico da vida histórica: a própria norma é aqui vista também como produto da vida histórica, sem que isto, no entanto, signifique que ela é o todo em relação ao dado que se considera. Como o racionalismo jurídico vê que as normas, e não as condutas, são objecto do conhecimento, fixa-se apenas no primeiro ponto de vista. Resulta daí que não vê mais além do enlace lógico das normas. Mas, por isso mesmo, é levado a hipostasiar esse mesmo enlace: pois, no mundo do ser ideal a que as normas pertencem, — em tudo diferente do mundo do ser real, que é o das condutas — a estrutura da ligação entre duas normas esclarece tão só o modo como os deveres se sucedem e não se nos depara como se fosse a causa da sucessão dos referidos deveres, e, como tal, capaz de nos tornar inteligível o nexó entre eles existente.

Sem embargo, não é difícil verificar que simplesmente com um sistema normativo não é possível explicar uma situação jurídica que tenha o carácter de fenómeno na experiência jurídica. Recordemos a este respeito quanta razão assiste a Schapp quando escreve: «Ora bem: o contrato racional bilateral consiste em fazer passar algo da esfera de valores pertencentes a uma pessoa para a esfera de valores pertencentes a outra pessoa e vice-versa. Sem relação com um mundo de valores, o contrato bilateral não tem sentido algum. Esta relação pode estar oculta para uma terceira pessoa, mas para

os contraentes tem forçosamente de existir. Suponhamos o seguinte contrato: eu irei a Nova Iorque se tu fores a Jerusalém. Este contrato seria completamente ininteligível para um terceiro porque à simples vista falta toda e qualquer relação entre a viagem de um e o mundo dos valores do outro. Porém, se, não obstante, existir essa relação, pode dar-se um contrato bilateral. Em todo o caso, quase não posso imaginar que aquela relação exista (naquele exemplo)» (8).

Analisando o exemplo citado, vejamos o que ele nos ensina. Em primeiro lugar, não há dúvida de que estas obrigações de viajar a Nova Iorque e a Jerusalém podem estruturar-se normativamente por um contrato; é o que se dá no nosso exemplo. Se perguntarmos: como se sucedem estas obrigações? Para responder à pergunta, recorreremos, claro está, ao texto contratual, que contém as normas reguladoras das condutas dos contraentes: só depois de tu teres ido a Jerusalém é que se torna obrigatória a minha viagem a Nova Iorque. Sendo irreversível a obrigação, é inadmissível atribuir ao contrato sentido normativo oposto a este. Do mesmo modo, no caso de falta de cumprimento, seria a norma estabelecida pelo ordenamento jurídico que nos diria como entra em sucessão um novo dever, por exemplo o do juiz que resolvesse a questão por perdas e danos.

Porém, se em vez de procurarmos averiguar como uma à outra se sucedem as obrigações de ir a Nova Iorque e a Jerusalém, tentarmos que este fenómeno de conduta se compreenda assim posto ou representado intelectualmente pelo contrato, a questão torna-se paradoxal. Efectivamente não se nos torna juridicamente inteligível, nem tão-pouco nos permite *compreender o sentido* que liga um dever a outro como expressões de uma mesma unidade significativa. Com efeito, este sentido jurídico de transição de um dever para

(8) Wilhelm Schapp, *La nueva Ciencia del Derecho*, pág. 39 (Madrid, 1931. Ed. Revista de Occidente).



outro não é dado exclusivamente pela forma contratual, a menos que se incorra em um formalismo racionalista mais caricatural que o de Pórcia e que inútilmente procuraríamos ver praticado por algum tribunal ou defendido por algum advogado. Pelo contrário, é tal a falta de sentido do contrato «eu vou a Nova Iorque se tu fores a Jerusalém», que assim, isolado, de per si, sem nenhuma referência a qualquer pressuposto que não seja o arbítrio dos contraentes, criadores da norma, se assemelha a um capricho ou a uma loucura, a um engano. Como nem o juiz nem o legislador vivem de engano — pois ambos são dados da coexistência humana — resulta mais compreensível que se anule o contrato do nosso exemplo, isto é, que não se me exija viajar a Nova Iorque perante a pretensão do outro contraente que já foi a Jerusalém — isto se a ação se funda apenas no contrato e não em qualquer outra referência extracontratual que o torne inteligível. É claro que a minha viagem a Nova Iorque não se torna juridicamente inteligível se não está contratada. Porém, dizer que assim se torna simplesmente porque consta do contrato, sem mais nem menos, é já supor, com contrabando racionalista, que a imputação contratual é algo mais que o nexó lógico do pensamento normativo, é supor que é a causa jurídica da minha viagem a Nova Iorque.

7. Significado do causalismo da Natureza na investigação fundamental de Meyerson.

Que quer dizer um homem de ciência quando entende que um fenómeno se torna inteligível? Esta pergunta refere-se a toda a ciência de realidades, já que se fala de fenómenos; por isso a epistemologia da ciência natural pode contribuir para nos iluminar o caminho.

E assim é. Precisamente na importante obra de Émile Meyerson encontramos uma resposta perfeitamente inequívoca e profunda. Meyerson distingue entre a concepção legalista e a concepção causal



da Natureza, cuja rivalidade caracterizou a epistemologia durante todo o século XIX. Segundo a primeira, a ciência pretende simplesmente enunciar leis, isto é, assinalar uma relação constante entre dois fenômenos, de tal forma que anotado o primeiro caso antecedente, há-de aparecer o segundo como conseqüente nos termos daquela relação. Se a esta lei for encontrada expressão matemática, nada mais se pode pedir e a ciência cumpre com todas as exigências pragmáticas da vida humana.

Ora o causalismo reclama qualquer outra coisa além desta suficiência pragmática. O fenômeno conseqüente, dentro do legalismo, tem um valor de mistério: o seu aparecimento é totalmente irracional. Porque aparece este e não outro fenômeno? O legalismo tem qualquer coisa de muito semelhante à história de Aladino e a sua lâmpada maravilhosa. Que relação havia entre a lâmpada e o seu escravo? Porque aparecia este com invariável seqüência, bastando para tanto que Aladino empregasse a lâmpada? São perguntas que a mera enunciação legal deixa na mais completa obscuridade. O fenômeno é, em si, inteligível. O sentido íntimo da concepção causalista é precisamente torná-lo inteligível. Se soubéssemos, não somente quando, mas também porquê este e não aquele fenômeno se segue a outro, o aparecimento de um determinado fenômeno perdia a sua irracionalidade. Teríamos, pois, que chegar a ver o racional dentro do próprio fenômeno.

Desde a época de Parmênides se considera o princípio de identidade (uma coisa é igual a si mesma) como a suprema expressão da razão. Assim, afirmando igualdades, avança o conhecimento racional da Matemática: $2 + 2 = 4$. Necessitamos, pois, ver o princípio de identidade ligando o antecedente e o conseqüente que vincula a lei natural. Tal será a noção causal: a causa e o efeito exteriorizam a mesma coisa, ainda que em diferentes condições; nenhum mistério nem nenhuma criação do nada aparece no efeito, porque este é o mesmo que a sua causa mas em diferentes condições; o efeito é este e não aqueloutro, porque era isso mesmo que estava na sua causa. Desta forma, ao vermos esta identidade, um antece-



dente já não é antecedente, mas causa; e um consequente já não é consequente, mas efeito. Assim, diz Meyerson, «o princípio de causalidade é o princípio de identidade aplicada à existência dos objectos no tempo» (9). A causa, mais as novas condições, são iguais ao efeito. A preexistência do efeito, quando o sabemos ver, é o que torna racionais os fenómenos, e para ela tende a noção de causalidade. É assim que a causalidade torna inteligíveis os fenómenos da Natureza. Repitamos: um fenómeno faz-se inteligível quando determinamos a sua causa e não simplesmente quando assinalamos o seu antecedente opaco enunciado como lei natural. É necessário ver-se o antecedente como sendo a mesma coisa que o consequente, para que o consequente se nos torne inteligível.

8. *A inteligibilidade do fenómeno jurídico.*

Algo semelhante nos surge no campo do Direito: não nos basta a sucessão legal dos deveres para que o fenómeno jurídico se nos torne juridicamente inteligível. Por isso mesmo os juristas tiveram de falar da causa no Direito (causa das obrigações, causas dos delitos, etc.), a saber: para tornar inteligível um dado fenómeno jurídico, o qual é sempre um facto de conduta como conduta.

Já vimos no nosso exemplo «eu vou a Nova Iorque se tu fores a Jerusalém», como o contrabando racionalista, para tornar inteligível a minha viagem a Nova Iorque, supõe que a imputação contratual, além de ser o nexó lógico do pensamento normativo, é também a causa jurídica da minha viagem. Ora isto termina em um formalismo absoluto que se não conhece na experiência jurídica e que se resolve em uma vazia tautologia (o contrato é causa; e a causa é contrato), pois é evidente que com esta pretendida explicação causal, a sucessão dos deveres de viajar a Jerusalém e a Nova

(9) Émile Meyerson, *Identité et Réalité*, cap. I (Paris, 1926, Alcan).

Iorque, conserva-se tão obscura, tão pouco inteligível e translúcida como antes da explicação, já que, afinal, se reduz a repetir o enunciado do problema. Não tem sentido aparente, mais parece um capricho ou uma *blague*. Sem dúvida, não é este tipo de explicações a que aludem os juristas quando falam da causa no Direito. E com isto se vê já também, sem dúvida, que o *fenómeno* jurídico não se fará inteligível antes de a sua própria realidade nos fornecer o que procuramos. Mas então, se a mera imputação contratual, de per si, não faz inteligível a minha viagem a Nova Iorque, e se, portanto, não é a sua causa jurídica, onde encontrar esta inteligibilidade? Será acaso correcto falar de causa jurídica e, ao mesmo tempo, irmos à sua procura? Não envolverá isso, desde já, que se saiba inequivocamente o que é a causa no Direito? (10) Encontraremos a teoria egológica, a este propósito, aceitando a exigência formulada pela doutrina jurídica ao inquirir da causa, pois semelhante exigência resulta da necessidade de tornar inteligível os fenómenos jurídicos. Porém, repudiará, qualquer concepção causalista, por ser ontològicamente inadequada para a esfera do Direito.

9. *O problema posto ao jurista pelo mundo da Natureza.*

No domínio da Natureza, a concepção causal evidenciou-se como inteligibilidade da Natureza. Não discutiremos isto. Há-de notar-se, porém, que esta fecundidade do pensamento causalista a

(10) Norberto Gorostiaga, *De la causa de las obligaciones*, pág. 237 (Buenos Aires, 1944, Ed. Ideas), diz: A ideia da causa que os juristas aplicam nas relações jurídicas pertence à filosofia e constitui um elemento lógico com valor próprio e significado preciso. Quando os textos do direito romano a empregam, fazem-no servindo-se dela nesse sentido e com esse alcance, sem pretender atribuir-lhe outro significado que pudesse dar-lhe outro papel a desempenhar diferente daquele que lhe é atribuído pela filosofia. O mesmo deve dizer-se dos trabalhos dos glosadores e comentadores e juristas posteriores».



respeito da natureza foi alcançada devido a que os cientistas, retendo apenas uma das quatro espécies aristotélicas: a causa eficiente, fizeram da noção de causa noção unívoca. Para a mentalidade científica do homem moderno não há outra causa que não seja a que produz o seu efeito mecânicamente. E todo o intento de referir-se a uma causalidade da realidade, — ainda que esta seja a realidade jurídica, — à margem dessa firme construção da ciência natural, introduzindo outras espécies de causa, equivale não só a colocar-se abaixo da mentalidade científica, mas também a pôr em risco a inteligibilidade daquela realidade que se deseja explicar, pois a realidade jurídica existe imersa na Natureza, já que a vida do homem é esse «estar-sendo-no-mundo» tão bem iluminado pela filosofia existencial. O mundo, diz-nos a ciência que o estuda, é causal; e mal poderemos abandonar este unívoco ponto de vista ao tratar de fazer inteligíveis os actos humanos, se esse mundo é o mesmo que integra a nossa existência em esse «estar-sendo-no-mundo» que nós somos. Assim, pois, para a teoria egológica não se trata de tornar inteligível a minha viagem a Nova Iorque, do nosso exemplo, procurando outras espécies de causa; com ela, tenta-se alcançar ponto de vista alheio a qualquer causalismo. Ou seja: ponto de vista, colocado em outro plano, que nem negue nem afirme a causa, mas que torne inteligível os actos humanos. Só desta maneira não cairemos em conflito com a concepção causal da ciência natural, única legítima na sua univocidade. Em caso contrário tal conflito é inevitável. Haveria de decidir-se, sem mais, que a causa da minha viagem a Nova Iorque é a força motriz do barco que me conduz e que a causa da morte do homem executado, é a guilhotina que lhe decepa a cabeça. É, porém, claro, que os juristas, reconhecendo por certo estas coisas, não se satisfazem com elas, porque não se referem a elas. Diz-se que eles apenas procuravam as causas do facto natural, não as causas jurídicas. Mas, então, uma de duas: ou se fala de uma realidade jurídica diversa e desconexa da do mundo, para que a concepção da sua causalidade não tropece com a de este, —coisa inaceitável, porque não podemos separar o homem do



mundo; ou então abandonamos a noção causal ao procurar a inteligibilidade dos actos humanos e só conseguiremos conciliar esta atitude com a realidade do mundo se chegarmos a assumir ponto de vista não interferente com o conducente à explicação causal, por ser, em si, ponto de vista suficiente, embora obtido desde outro plano.

Perante esta situação não é de estranhar o fracasso da teoria jurídica em redor da causa no Direito, fracasso já geralmente reconhecido em todas as suas disciplinas. Apesar do grande número de teorias diferentes, nenhuma se mostrou fecunda para a ciência, nem evitou inúmeras reservas aos estudiosos; nenhuma se pode considerar suficiente para esclarecer o amplo âmbito da experiência jurídica; por outro lado, de todas elas brotou menos luz do que aquela que prometiam, suscitando, além disso, mais problemas inesperados; outras, como a de Capitant, começavam estudando superficialmente a questão para voltarem ao mesmo resultado de sempre. Finalmente, todas pretendem apresentar-se como teorias de aspectos jurídicos especiais (causa das obrigações, causa dos delitos, etc.) como se não fora um único problema comum, denotando assim o fracasso para abarcar o problema no seu conjunto.

10. *O matiz da diferença entre civilistas e penalistas.*

Precisamente neste ponto, tratando-se de um problema comum a toda a experiência jurídica, temos que fazer notar a diferença de matiz com que a teoria da causa se apresenta no Direito Civil e no Direito Penal, pois tal diferença é muito instrutiva para o nosso propósito.

O Direito Civil, por estar preocupado principalmente com os enunciados das endonormas, sentiu a gravitação do nosso problema como se se tratasse de encontrar a causa dos contratos; logo, com mais amplitude, a causa das obrigações e, por último, a causa dos actos jurídicos para poder incluir fenómenos como o testamento. Contratos, obrigações e actos jurídicos caem todos sob conceitos puros

da endonorma. O aspecto do problema que através da perinorma se podia ver, era deixado na sombra.

Esta situação, como podemos apreciar no nosso exemplo, permitia afastar com grande vigor que a causa das obrigações fora a causalidade da Natureza (v. g. que a causa jurídica da minha viagem a Nova Iorque, fora o barco que me transportara) porque a endonorma concebe sempre a liberdade da conduta com o sentido da liberdade. Assim, a doutrina civilista da causa (11), nunca manifestou a menor inclinação para a concepção causalista da natureza: ou redundou no formalismo absoluto do racionalismo, afirmando que a causa jurídica é a imputação normativa (o que tornava desnecessária a noção de causa, no próprio momento em que não tinha verificação na experiência); ou lançou mão da noção de finalidade para referir-se à transição *real* dos deveres, mergulhando na realidade com algo que não era a causalidade mecânica da Natureza. E assim procurava sair de uma dificuldade, formulando uma noção muito superficial da teleologia, pois a teleologia só é modalidade orgânica da causalidade: todo o meio para um fim só é uma causa de determinado efeito. A multivocidade aristotélica da noção de causa que a ciência moderna superou na Física, vinha a ser reconsiderada, por estes juristas, pela multivocidade mais aguda da noção de fim, que aparece em biologia como teleologia orgânica, em psicologia como teleologia consciente e no domínio das ciências culturais escondendo o problema da estimativa. E devido a esta razão, por pouco que se levasse às suas consequências o uso da teleologia como causa jurídica no Direito Civil, concebeu-se que havia uma finalidade objectiva dos actos jurídicos, a qual era invariável para

(11) A mais interessante bibliografia civilista argentina sobre o problema da causa é constituída pelas obras de Luís de Gasperi, *Tratado de las Obligaciones*, tomo I, caps. XIV e XXV (Buenos Aires, 1945, Depalma), Norberto Gorostiaga, *De la causa de las Obligaciones* (Buenos Aires, 1944, Ideas) e o pequeno livro de Enrique V. Galli, *El problema de la Causa y el Código Civil Argentino* (La Plata, 1935, Ed. de la Universidad Nacional).

todos os actos da mesma natureza. Por exemplo: dois contratos de compra e venda diferentes teriam por igual fim dar ao comprador a propriedade da coisa comprada (e então esta finalidade objectiva pareceria ser simplesmente a imputação normativa, como diziam os racionalistas). Mas concebeu-se, também, uma finalidade subjectiva dos contratantes, diferente consoante os contratos, ainda que estes fossem da mesma natureza (e então o impossível manejo dogmático da vida psicológica parecia tirar toda a utilidade científica à teoria civilista da causa... por a ter retirado da esfera normativa). A verdade é que se o jurista tem que pensar normativamente, tem sentido procurar algo de real nas formas lógico-normativas, mas não cancelar em um certo momento o valor lógico de estas formas, substituindo-as pelo produto do seu consórcio com as formas lógicas da causalidade psicológica. E não se vê outra maneira de poder encontrar alguma coisa de real dentro do âmbito da norma senão mantendo entre norma e conduta relação semelhante à relação gnoseológica entre conceito e objecto, porque nesta relação a menção que faz o conceito, pode levar a pensar qualquer coisa sem que isto seja interferir ou alterar a relação real de que se trata. Qualquer outra relação que se queira estabelecer entre norma e conduta leva, tarde ou cedo, a uma colisão entre a causalidade do ente «norma» e a do ente «conduta»; ou, para impô-la, leva a separar os mundos dos dois entes, cancelando em determinado momento o valor do primeiro — o que equivale à renúncia de pensar normativamente — e juntando, a seguir, em substituição, o valor lógico ou cognoscitivo do segundo.

Já os penalistas, pelo contrário, preocupados sobretudo com as enunciações das perinormas, sentiram que o nosso problema consistia em encontrar a causa dos delitos, e procuraram determinar quando é que a acção do homem pode assumir este carácter (12).

(12) Prescindimos, agora, de diferenciar a causa dos delitos como causalidade sociológica da delinquência, por um lado, e por outro, a causa do delito no sentido dogmático como a causa no delito, pois sairíamos do assunto, já que o

Deste modo, foram levados a pôr de lado a visão do problema através da endonorma. E porque a representação conceitual da perinorma se refere, pelo conceito de sanção, à liberdade, embora sem o sentido de liberdade, pois na manifestação dela encontra o delito como simples *facto* condicionador da sanção, a doutrina criminalista da causa veio a ser construída debaixo de forte influência da concepção causalista da Natureza (13). Por estas duas razões, encontramos na doutrina penalista da causa, lado a lado, a posição racionalista do formalismo e a posição empírica: a primeira, negando a investigação causal, e remetendo o problema à própria norma, — remissão que assume, conforme os autores, fracas diferenças de matiz (Binding, Mayer, Soler); a segunda, com a teoria da equivalência das condições, atinge o ponto mais extremo, diligenciando encontrar a causa do delito na própria cadeia causal em que o *facto* delituoso se verifica como *facto* de experiência natural. Argui o empirismo penal, com toda a razão, ser a relação causal sempre idêntica a si mesma onde quer que se apresente; para ele, pois, não há outra relação causal além daquela que a ciência natural considera e define. Por isso, protesta que se pretenda arranjar, para uso doméstico do Direito Penal, outro tipo de relação causal.

Mas o racionalismo, também com alguma razão, responde que

nosso tema se refere ao último. A pergunta dogmática dos penalistas tende a averiguar se em um determinado acto como causa já está contido o resultado, por essa identidade imanente que Meyerson assinala.

(13) Na bibliografia penal argentina sobre a causa avultam os trabalhos de S. Soler e de Luís Jimenes de Asua. Do primeiro, *Derecho Penal Argentino*, tomo I, cap. 24 (Buenos Aires, 1940, ed. El Ateneo) e *Accion y Causalidad*, na Revista *La Ley*, tomo 22 (Buenos Aires, 1944); e do segundo, *La relacion de causabilidad y la responsabilidad criminal y Nuevas reflexiones sobre la Causalidad en materia penal*, ambos na recompilação *El Criminalista*, tomo II (Buenos Aires, 1942, ed. La Ley).

Como exposição sumária é informativa, é útil o pequeno livro do chileno Abraham Drapkin, *Relacion de Causalidad y Delito* (Santiago de Chile, 1943, ed. Cruz del Sur).

não se trata de inventar nova espécie de causalidade e apenas cumprir afastar, por desnecessária, esta noção. Deste modo sublinha a necessidade de distinguir duas coisas diversas: a *causa do delito* e a *autoria* dele. Só esta última constitui problema para a dogmática penal; e, para o meditar e resolver, basta, e até sobra, a norma. No entanto, o racionalismo, coagido pela experiência, e com evidente claudicação da própria posição, sente-se tentado a identificar *autoria* com *causalidade racional* (14). Deve-se isto ao facto de que ele não sabe ver na autoria o que ela tem de egológico.

11. *Denominador comum e erro similar do causalismo civil e penal.*

Não oferece dúvida que ser autor é muito diferente do que ser causa. Ser autor implica analiticamente a noção de *personalidade*, no sentido autêntico e único verdadeiro em que este problema preocupa sempre a filosofia e que, em nossos dias, com as novas teorias da personalidade, tem tão grande actualização. Porém, o problema está em saber se se pode estabelecer a autoria ou egologia de um delito, sem transcender de alguma forma a norma. E com isto já começamos a ver que o problema da causa no Direito é o mesmo para civilistas e penalistas: para ambos a questão é *fazer inteligível um fenómeno* da experiência jurídica. Mas um facto de

(14) Ver Ricardo C. Nuñez, *Comentário bibliográfico al «Derecho Penal Argentino»*, de Sebastian Soler, na Revista J. A., ano de 1940, tomo 3, Buenos Aires.

Já Kant, nos seus momentos de maior metafisicismo racionalista, usou a expressão de «causalidade racional» ou outras similares para aludir à liberdade prática do *ego* inteligível. Porém, Kant, mais coerente com o racionalismo que Nuñez, afirmava a actuação desta causalidade racional no cumprimento da lei moral pura; jamais podia actuar na comissão de um delito onde apenas teria possibilidades uma causalidade empírica (Ver Kant, *Crítica de la Razón Práctica*, págs. 127, 144, 191, 199 e 218 (Madrid, 1913, ed. V. Suárez).

esta experiência, sendo um acto humano, não se torna juridicamente inteligível por si, e pela simples circunstância de corresponder totalmente à descrição conceitual que dele faz a norma. Isto significa um formalismo racionalista que se não encontra em experiência judicial alguma. Para se tornar inteligível, sendo um facto real, tem de ser referido à mesma realidade; mas não a outra realidade que não seja a da pessoa que o pratica, isto é, ao seu autor, o qual não é um mero pensamento normativo, mas sim uma autêntica realidade de carne e osso. A tese do racionalismo, de que basta a plena concordância do acto com a norma, para que aquele se torne juridicamente inteligível, leva ao contra-senso lógico-formal de que se poderia falar — e assim o devia fazer a teoria — de um acto sem pessoa, isto é, de um homicídio sem homicida ou de uma venda sem vendedor. E isto é absurdo, pois carece de sentido separar os actos humanos do homem, já que a liberdade que se manifesta no fenómeno da conduta só pode ser por nós intuída de uma única maneira: em forma pessoal, com ipseidade. Condenamos, pois, a posição negativa do racionalismo para o nosso problema, não apenas porque estamos perante actos da conduta como objecto a conhecer — e não perante normas, — mas também porque passamos dos actos à pessoa real que os pratica, ultrapassando assim o conteúdo dogmático da norma. Há aqui a observar que a referência de uma norma a um acto é completamente contingente; a norma pode castigar ou não um determinado acto ou imputar-lhe este ou aquele efeito; porém, a referência da norma à pessoa é necessária, porque a norma não pode deixar de referir-se a pessoas, quaisquer que sejam os actos a que diga respeito. Não só condenamos a resposta negativa dada pelo racionalismo ao problema da causalidade jurídica, como também encontramos amplamente justificada a razão de ser da atitude empirista, enquanto se move no sentido de desejar tornar juridicamente inteligível um fenómeno da experiência jurídica. Vimos anteriormente no exemplo de Schapp, que a viagem a Nova Iorque não se apresentava juridicamente inteligível pela mera imputação normativa do contrato: «Eu vou a Nova Iorque



se tu fores a Jerusalém». Da mesma forma, não resulta juridicamente inteligível à luz da lei penal, que se prenda o «*boxeur*» que feriu o seu rival durante um combate no «*ring*». Sabemos perfeitamente qual é a reacção dos penalistas perante exemplos como este; porém, a verdade é que semelhante prisão resultaria ininteligível e excede a nossa compreensão. Para explicar a sua absolvição à face dos textos legais, e dentro da ortodoxia racionalista, é de todo insuficiente recorrer ao subterfúgio — aliás já não expressamente normativo — de que se trata de desporto consentido pelo Estado, o que impõe remissão do julgador para o organismo jurídico amplamente entendido. Pois, com efeito, podia-se entender que a autorização concedida pelo Estado para que alguém se entregue à prática de boxe só é válida na medida em que a sua utilização não moleste a saúde do próximo.

Mas o empirismo, sem dúvida alguma, equivocou-se ao recorrer à noção de causa a fim de conquistar a inteligibilidade de um fenómeno jurídico. A causalidade permite que a Natureza se nos torne inteligível, mas não o Direito. Daí provém que a resposta: «a causa da minha viagem a Nova Iorque é o barco que me transporta», não deixa de ser, a par de certa e exacta, completamente irrelevante para o jurista. É daí também a puerilidade da questão quando se pergunta se sou eu a causa da morte de um homem atingido por pontapé por mim quando esse homem vem a morrer na ambulância, que o transportava ao hospital, por esta haver chocado com outro veículo.

As teorias penalistas da causa que, de uma ou outra forma, intentam mitigar a posição absoluta da equivalência das condições, somente negam em determinado momento o nexos causal que já haviam aceite como ponto de partida. Em nada diferente é o que faz a teoria civilista da causalidade teleológica, com a sua noção multívoca, porque ao procurar uma causalidade que não seja mecânica, não se refere à modalidade teleológica que se dá dentro da causalidade mecânica também mecânicamente, — todo o meio para um fim, é causa para um efeito, — mas sim tenta referir-se a uma

causalidade que não tem parentesco algum com a causalidade mecânica. Por isso, tais teorias causalistas dissimuladas hão-de, por seu turno, ser condenadas. Não se pode desconhecer, ainda mesmo usando de subterfúgios acadêmicos, a concatenação causal de que nos fala a ciência natural. Pelo contrário, é muito claro e certo que qualquer fenómeno da experiência jurídica, como os demais fenómenos, seja um delito ou uma prestação, estão imersos em uma série de sucessos ligados em que o físico — e só ele — pode assinalar causas anteriormente sucessivas no tempo, uma série infinita. De isto se infere que qualquer corte na série causal é puramente arbitrário. Porém, não nos assustemos com tal corte pois que, para não irmos até ao infinito, haverá sempre que fazê-lo em certo momento. Efectua-o o físico — por isso o conhecimento que nos dá é relativo e não absoluto — e o jurista trata de imitá-lo.

12. *O salto egológico.*

Estará o nosso problema no tal corte a dar no encadeamento dos factos?

Não está. Está sim em outra coisa, em que não se reparou suficientemente, e cujo fundamento não foi analisado pelas teorias causalistas do Direito. Ei-la: Enquanto o físico, nessa série de factos encadeados que considera, procura para cada *facto*, o facto ou os factos que sejam a causa, o jurista, tratando-se embora da mesma série causal de sucessos, interpreta esta série. Supondo que a série causal de sucessos corre da esquerda para a direita no primeiro plano do cenário da nossa consciência, o jurista, atraído na sua tarefa por um ou mais factos de certa série, não remonta até à esquerda da mesma procurando uma causa, mas salta até ao plano situado atrás da série causal, interpretando-o no intento de a compreender. A relação causal, quando o leva do efeito à causa, apresenta-lhe um novo facto, mas não lhe apresenta, nem isso é possível, uma interpretação dos factos. O jurista salta, como anteriormente



dissemos, dos fenómenos jurídicos para a pessoa humana, a qual como se sabe, embora existindo no plano constituído pela relação causal, tem o seu ser no plano de outra dimensão gnoseológica e ontológica. Forçoso para o jurista é partir do delito para a pessoa — salto egológico — e o mesmo se pode dizer da prestação à pessoa — o que levou já a Laureano Landaburu a falar do delito como estrutura, definindo-se esta pela referida relação (15). É o momento de recordar a lição de Dilthey: interpretar, que é modalidade da compreensão sobre o já criado pela liberdade, é passar da exterioridade física do sinal, ao sentido espiritual por ele expresso. Quando vemos uma pedra e observamos que o homem lhe deu o destino espiritual de separar duas propriedades, isto é, quando compreendemos que é um marco, acabamos de interpretar alguma coisa que está na série causal da Natureza (o que parece redundância, porque coisa alguma pode estar fora da Natureza, ainda que não seja a Natureza). Da mesma forma quando escutamos os sons de um piano e os compreendemos como música (feia

(15) Laureano Landaburu, *El Delito como estructura*, na *Revista de Derecho Penal*, tomo I, n.º 3 (Buenos Aires, 1945, Ediar) e *Sobre el Delito y la Participación criminal*, na *Revista La Ley*, tomo 42 (Buenos Aires, 1946).

Landaburu teve aí ocasião de mostrar, com perfeita consciência do tema, que o elemento básico e constitutivo, graças ao qual a pluralidade de aparências se estrutura nessa unidade a que damos o nome de delito, é a personalidade do delinquentes enquanto *ego*. Pluralidade de aparências fenoménicas, — note-se, — cujo conhecimento só é de obter como estrutura, ou seja, colocando cada uma das partes constitutivas no lugar que lhe é assinalado pelo todo.

Como esta ideia, não obstante a comum designação verbal, nada tem que ver a noção estruturalista de Manuel Lopez Rey Arrojo. Para este autor, o conceito de estrutura abrange até a distribuição arquitectónica de livros, títulos e capítulos de um Código Penal, como acertadamente lhe foi dito em crítica por Genardo Ruben Carrio em seu estudo *Algunas reflexiones sobre Teoría general del Derecho*, publicado na *Revista La Ley*, tomo 45 (Buenos Aires, 1947). Também deu contribuição para a autêntica ideia de delito como estrutura Enrique R. Aftalion, no seu trabalho *Delito, Tipicidad y analogía*, publicado também em *La Ley*, tomo 39 (Buenos Aires, 1945).

ou formosa, pouco importa), fazemos uma interpretação, saltando dos factos naturais para o sentido humano dos mesmos. É assim também que o jurista salta dos actos humanos, existentes em encaideamento causal, procurando, não a sua causa, mas sim o seu sentido, sejam actos, prestações ou delitos.

Antes de prosseguir neste desenvolvimento das nossas ideias, podemos já destacar a razão de princípio que invalida apodicticamente toda a teoria da causa no Direito, por mais que seja justificada a intenção que a tenha originado. A lógica transcendental esclarece este ponto: para a lógica formal as seguintes preposições apresentam o mesmo objecto de estudo, no sentido de que as três têm por igual essa estrutura lógica que ela chama juízo e que simboliza no esquema $S \text{ é } P$: «Dois mais dois — igual a quatro», «o calor dilata os metais», e «esta balada é formosa». Porém, para a lógica transcendental, os três exemplos dão outros tantos objectos lógicos diferentes, porque a lógica transcendental atende aos actos gnoseológicos com os quais se constitui o juízo; o primeiro apresenta um acto de inteligência, o segundo um acto de explicação e o terceiro de compreensão. É claro que a entrada em jogo de *uma* ou de outra classe de actos gnoseológicos é imposta pela natureza ôntica do objecto ao qual o juízo se refere, pois para que haja conhecimento há-de haver correspondência entre a intuição e o conhecimento. Porém isto em coisa alguma tira importância à essência lógica do acto gnoseológico a que atende a lógica transcendental, pois que toda a estrutura do conhecimento que obtemos deriva da natureza do acto gnoseológico. Ora bem, se compreender, e portanto interpretar, é um acto gnoseológico diferente do acto de explicar e irreductível a ele, a teoria causal de nada serve ao jurista, porque ao encontrar a causa de alguma coisa realizamos um acto de explicação, ao passo que o jurista, que só interpreta uma série causal já dada, exercita nele um acto de compreensão. *A priori*, pois, estão condenadas para a ciência do Direito todas as teorias causalistas existentes e por existir.

Prosseguindo agora a nossa investigação, diremos que o jurista,



procurando interpretar os actos ou factos de uma conduta, dados em encadeamento causal, salta de esta série causal imediatamente para a pessoa humana, e fá-lo devido à natureza egológica do objecto Direito.

Já notámos o contra-senso que seria querer referir-se a um homicídio sem homicida ou a uma venda sem vendedor, numa palavra: a actos de conduta sem uma pessoa. O conhecimento significa, para o jurista, compreender; por isso a sua referência à pessoa humana como *ego* é o caminho forçoso que há-de seguir se quiser conhecer o dado fenómeno que lhe apresenta a experiência. Mas compreender a pessoa humana — note-se — é compreendê-la nos seus valores reais e efectivos. De outra parte, como o Direito é a conduta humana na sua interferência intersubjectiva, esta compreensão dos actos mediante a pessoa significa que os actos se lhe tornam inteligíveis quando encontra para eles um sentido axiológico bilateral, isto é, o seu valor expresso na justiça, solidariedade, cooperação, paz, poder, segurança e ordem, — o que tudo é valor de personalidade. Só partindo da pessoa pode o jurista iluminar o sentido dos actos que lhe oferece a experiência. E, uma vez feita luz, quer dizer, desentranhando com resultado o sinal positivo deste múltiplice sentido axiológico, já se torna juridicamente inteligível a viagem a Nova Iorque e porquê se devia responder por perdas e danos se não se tivesse realizado a viagem. Se, porém, se desse o contrário (por exemplo, contrato feito por brincadeira ou por mero capricho), não há dúvida que o bom juiz haveria de anulá-lo invocando a falta de causa jurídica. E é também um esclarecimento axiológico semelhante o que faz inteligível que um juiz de um tribunal criminal, em face de um homicídio, imponha a pena de 17 anos de prisão, por exemplo, e não o máximo nem o mínimo que a lei permite; ou que o mesmo juiz não considere autor da morte sobrevinda no choque da ambulância aquele que deu o pontapé; ou o jogador de boxe que no *ring* feriu o seu contendor. Em todos estes exemplos se imputam factos procurando compreendê-los; ora o assinalar uma causa, que, como tal, é sempre um facto, não

rios dá a compreender alguma coisa. A ideia de que o assinalar uma causa acarreta mecânicamente uma compreensão sobre o efeito, é uma pura ilusão naturalista patente no que diz respeito à causalidade mecânica, porém não menos evidente no que diz respeito à causalidade finalista da vida de consciência porque esta causalidade começa propondo-se uma finalidade e a escolha do fim repousa em um valor.

Contudo, como sobre a causa final gira hoje toda a doutrina civilista da causa, em um remoinho de confusão, merece que se analise pormenorizadamente a sua base tendo presente o exemplo que serve de arquétipo.

13. *A Teleologia e o Contrato.*

Suponhamos um contrato de compra e venda entre C e V, pelo qual o segundo vende ao primeiro um automóvel pelo preço de 20.000\$00.

Os civilistas apresentam a relação teleológica de esta maneira: C quer o automóvel (finalidade), e, para isso, paga 20.000\$00 (meio); aqui o preço é o meio para conseguir o fim. A respeito de V, é inversa a situação: V quer o dinheiro (finalidade), e, para isso, entrega o automóvel (meio); agora o automóvel é o meio para conseguir o fim. Existem, pois, duas relações teleológicas inversas que se sobrepõem, porque o fim de uma coincide com o meio da outra, e vice-versa. Deve dizer-se, em homenagem à verdade, que esta forma teleológica de pôr o problema não é exclusiva dos civilistas, pois o conceito stammleriano de «vontade vinculatoria» formula-o e aceita-o expressamente.

Ora bem: apesar da meridiana claridade que esta forma de pôr o problema parece ter à primeira vista, a sua análise revela um equívoco tão grande que, em rigor, enuncia o autêntico revés das relações teleológicas existentes e omite o principal. Com efeito, o que o comprador C quer é entregar o seu dinheiro; esta é que é



a finalidade do seu comportamento contratual. Porém, se C quer como finalidade do seu acto a entrega do dinheiro, é porque, previamente, tal entrega foi por ele considerada como valiosa ou conveniente. Então, percebe-se imediatamente que a entrega em propriedade do automóvel pelo vendedor V é o que torna valiosa para C a entrega do seu dinheiro, porque tal entrega não representa um acto de filantropia, mas antes se funda na entrega do carro; por isto, o recebimento do veículo é, a respeito de C, o meio adequado para a entrega do preço por sua parte. «Dai-me o automóvel (meio) — dirá o comprador — e eu entregarei o preço (fim realmente previsto por C e cuja característica de acto *futuro* ou *final* do seu comportamento contratual faz ver que esse acto não joga como meio mas sim como fim na causalidade teleológica).

Para sermos breves, não repetiremos a análise a respeito do vendedor V, pois aqui a relação inverte-se sendo a finalidade do seu comportamento contratual a entrega do automóvel. «Dai-me o dinheiro — dirá o vendedor — e eu entregarei o carro». Tudo isto é tão simples como a tese tradicional, mas com a vantagem da claridade que lhe empresta a intuição, porque, repetimos, de facto, examinando a nossa directa experiência pessoal, verificamos que o comprador, quer entregar o meu dinheiro como fim do seu comportamento contratual, e que a recepção do objecto comprado joga como meio eficiente para que o seu desejo, e seu querer, seja aquele.

É conhecida a diferença psicológica entre a vontade e o desejo: podem desejar-se actos alheios; só os actos próprios podem ser queridos (16). Neste sentido, como a relação teleológica se articula na esfera da vontade, ou do querer, torna-se conceitualmente claro

(16) Pode consultar-se A. Pfander, *Fenomenología de la Voluntad* (Madrid, 1931, ed. Revista de Occidente). A distinção já aparece nos nossos bons manuais, como por exemplo, o de Luís Juan Guerrero, *Psicología*, págs. 306 e 313 (Buenos Aires, 1939, Losada, S. A.) ou A. Muller, *Psicología*, pág. 185 (Buenos Aires, 1944, Espasa-Calpe).



aquilo que a intuição nos mostra, a saber: que a entrega do dinheiro pelo comprador é o que este quer como fim do seu comportamento contratual. E de forma alguma se apresenta com clareza intuitiva a tese tradicional, de que a transferência do automóvel seja o fim do querer do comprador. (ainda que o deseje, pois o vendedor pode muito bem não querer a venda), não só porque a entrega do automóvel é um acto alheio, mas também, porque o que unicamente se vê na experiência imediatamente, é que da minha vontade depende a entrega do dinheiro e que isto está no término do que é o meu comportamento contratual.

Analisaremos ainda outro ponto, antes de prosseguir. Havemos dito — e isso é óbvio — que o postulado de um fim repousa num prévio juízo de valor positivo que dá cor ao fim; e que a articulação teleológica dos meios se faz depois do estabelecimento do fim. Neste sentido poderá surpreender a modalidade que toma o juízo de valor no exemplo da compra e venda que acabamos de analisar, no qual parece que o juízo de valor de C se origina nos meios (entrega do automóvel), já que dissemos que a entrega do automóvel é que torna valioso para C o seu fim (a entrega do preço). No entanto, esta superposição dos meios e do valor do fim é de todo accidental; é típica dos contratos de prestações recíprocas, devendo-se precisamente à reciprocidade semelhante superposição, posto que sempre cabe distinguir entre a recepção do automóvel por C como acto-médio e a fruição dele como valor do seu acto-fim. Porém, se antes considerássemos um contrato unilateral, ou um acto jurídico, como por exemplo, o testamento, observaríamos sem confusão aparente o jogo autónomo e prévio que sempre desempenha o juízo de valor enquanto fundado na relação teleológica. Assim, se eu quero fazer doação de um hospital (fim) hei-de previamente convencer-me do valor de tal acto — o alívio que dará ao sofrimento alheio (valor), ainda que para doá-lo tenha de hipotecar a minha casa (meio): aqui a hipoteca não é o que faz valiosa a minha doação, e não há, pois, superposição do meio ao valor do fim. Dito isto, dito fica também que a relação teleológica, sendo a

base da teoria civilista da causa, foi concebida de modo totalmente errado, pois que a representação que se faz dessa relação é justamente contrária da que deve fazer-se. No exemplo utilizado da compra e venda entre C e V, se considerarmos o C como comprador, a entrega do preço por C não é o meio, nem a entrega do automóvel é o seu fim. A verdade consiste precisamente no contrário: a aceitação do automóvel que se lhe entrega é o meio e a entrega que ele faz do seu dinheiro é o fim. Enunciámos anteriormente que a doutrina causalista dominante em matéria de Direito Civil, esquece por completo qualquer coisa de muito importante. É agora o momento de o demonstrar em conexão com o que acaba de dizer-se.

Tudo o que anteriormente se disse levará à conclusão de que eu somente posso desejar ser proprietário de um automóvel, mas que rigorosamente não posso querer semelhante coisa? De forma alguma, pois se o meu querer significa que quero usar do automóvel, passear nele, fruí-lo, isto é, ser proprietário no sentido em que esta palavra traduz um facto da experiência, é claro que a expressão é correctíssima porque todas aquelas coisas são actos próprios e eu posso, por conseguinte, querê-las e tomá-las como fim da minha vontade.

Cabe então falar, não já, como anteriormente, do fim em jogo na compra e venda (que é uma figura jurídica contratual), mas sim dos fins em jogo em outra figura jurídica diferente — a propriedade. Falando da propriedade do automóvel — e não da sua compra e venda — a minha posse sobre ele (a sua entrega pelo vendedor) é o fim inicial do meu comportamento de proprietário, sendo o valor o prazer que a sua posse me pode proporcionar. E eis agora o importante: mas qual é o meio de esse fim inicial?

Não diremos ingénuo e fragmentariamente que o meio é o meu dinheiro de comprador porque salta à vista que o meio é o contrato de compra e venda cumprido *no seu conjunto*, dentro da validade legal dos seus feitos. Meios são, pois, simultaneamente, o meu dinheiro e o veículo, já que ambos se uniram tomando uma estrutura unitária pelo contrato de compra e venda. Querer ver o meio

unicamente em um dos componentes deste composto, já inseparáveis, seria uma arbitrariedade parecida com a de quem não quisesse reconhecer que é a água que mata a sede, alegando que o que mata a sede é somente o oxigênio que se encontra na água como componente.

Já mostrámos o erro da concepção civilista da causa teleológica. Podemos agora explicar o desvio, que além disso, se contém nessa pretendida evidência inicial, com a qual procede à enunciação do problema. Com efeito, pergunta-se pela causa teleológica da obrigação do comprador na compra e venda do nosso exemplo. Isto circunscreve o alcance lógico da pergunta ao âmbito da figura contratual em questão (compra e venda). E responde-se com algo (a posse do automóvel) que está ligado à finalidade inicial do meu comportamento. Assim é, de facto. Mas, ao aceitá-lo, entramos a lidar com outra figura jurídica (a propriedade), a qual apesar de estar na continuidade do contrato, nem por isso deixa de ser um âmbito lógico estranho àquele de onde a resposta deveria provir. O erro da concepção determina que se não veja que a finalidade do comprador é a entrega do preço. E a continuidade ou consecutividade jurídica em que se encontra a propriedade do automóvel a respeito do contrato de compra e venda, faz que se tome um elemento integrante da finalidade do proprietário, como finalidade do comprador. A nossa análise, na sua segunda parte, confirmou a velha verdade de que o contrato de compra e venda é um meio para adquirir a propriedade. Mas não era esta verdade a que apresentava a doutrina teleológica das obrigações, ainda que seja com isto, que a mesma responde, sem querer, à sua tão diferente intenção. De facto: ela não perguntava pela causa teleológica ou finalidade do contrato de compra e venda realizado por C (alguma coisa, pois, por fora ou mais para além do contrato), mas sim pela finalidade ou causa teleológica da obrigação de C dentro do contrato de compra e venda que este realiza. E é claro que esta pergunta está mal posta, pois que a obrigação de C (o pagamento do preço) tem ubiquidade no papel de finalidade, na obrigação que a ele



próprio concerne. Dentro do contrato, só era possível perguntar, relativamente a C, pela finalidade ou causa teleológica do meio de C, isto é, pela finalidade jurídica da aceitação do automóvel por parte de C, que o aceita para pagar o preço. Uma vez colocado no seu devido lugar o problema teleológico, só nos resta recordar que o conjunto destas relações psicologicamente finalistas se fundam em um prévio juízo de valor. Isto esclarece-nos, de per si, que também aqui o problema do jurista consiste na compreensão do sentido destes actos assim entrelaçados e fundados.

Sem fundamento em um juízo de valor não podiam sequer constituir-se as livres relações teleológicas conscientes; mas se foi possível fazê-lo, daí resultou que não poderiam dar-nos compreensão alguma. Seriam, para isto, tão mudas e obscuras como as relações teleológicas da vida orgânica ou as que presidem aos actos de um sonâmbulo. Já vimos que a tradição do automóvel pelo vendedor torna valiosa a entrega do preço para o comprador dentro do contrato; ou que o prazer de passear de automóvel torna valiosa a posse do mesmo, não já dentro do contrato, mas sim dentro da figura «propriedade», no seu momento inicial; ou que o alívio dos sofrimentos alheios faz valiosa a doação do hospital dentro deste contrato. Torna-se, porém, necessário insistir-se que não são estes valores (nem o dinheiro, nem o prazer de passear no automóvel, nem o do alívio dos sofrimentos alheios, etc.), os que iluminam a compreensão do jurista quando este procura o sentido da compra e venda, da propriedade, ou da doação como fenómenos jurídicos, mas sim outros valores que emergem indissolúvelmente ligados àqueles e em forma originária e directa em tais circunstâncias. *São os valores dos próprios actos enquanto que valores de conduta bilateral.* Não se trata, para o jurista, do valor que qualifica o dinheiro, o automóvel ou o hospital, mas sim do valor que como ordem, paz, segurança, poder, cooperação, solidariedade e justiça, tem a conduta que os contraentes ou o proprietário tornaram actual em relação ao dinheiro e ao automóvel, ao realizar, por exemplo, a sua compra e venda. É este o sentido pretendido pelo jurista; isto é,



compreender o que vale como ordem, paz, justiça, etc., os actos dos contraentes em si mesmos e a respeito dos quais o valor do dinheiro, do automóvel ou do hospital, *junto com outras coisas mais*, são elementos médios que cooperam para a sua determinação, mas não fazem mais que cooperar, porque configuram unicamente, ou dão forma sensível à conduta; não decidem, pois, nem contêm em si aquela determinação, porque sendo aqueles, valores de *conduta* só na conduta estão contidos e não fora dela. Por isso a origem do nosso problema encontra-se na valorização jurídica, — pois, façam os contraentes o que fizerem, e sejam quais forem as estimativas teleológicas que os levam a actuar de determinada maneira, não depende nem de um nem de outro a maneira de actuar de cada um; e já esta actuação tem um valor próprio como conduta, que não é o valor do automóvel, nem do dinheiro, nem do hospital. O homem actua só pela simples razão de que é homem: o seu ser é conduta. E assim se vê que os valores que guiam o jurista na sua compreensão específica, sendo imanente à conduta, nem se originam na teleologia, nem esta os pode procurar, porque o valor que qualifica os fins, e que é igual aos próprios fins, transcende os meios relativamente ao fundamento que subministra; ao passo que os valores da conduta, envolvem *por igual e ao mesmo tempo*, os meios, os fins e o valor dos fins, envolvendo-os na relação da expressão (sentido dos valores de conduta) e a expressão (os meios, os fins, o valor dos fins e outras coisas mais, na medida em que tudo isto é um traço unitário da conduta). A relação hermenêutica da expressão ao por ela expresso é fundamental para entender o Direito como cultura.

Por último, diremos que não é de maneira diferente que aparecem e jogam os valores jurídicos na esfera penal e em todo o âmbito do Direito. São valores da conduta. Por isso é irrelevante que o causalismo penal não ponha o delito em relação teleológica mas sim mecânica; de qualquer forma, o que interessa é compreender que o delito, tal como o hospital na doação, é o perfil externo ou forma sensível de uma conduta, como veremos mais adiante. A uni-

dade do conhecimento jurídico em ambas as esferas, radica e faz-se sobre a valorização jurídica que vai dando o guia ou o traço condutor da compreensão do caso da experiência, o que sempre é um caso de conduta e não pode ser outra coisa. Precisamente isto é o que impede confundir a nossa descrição da teleologia do contrato, com a tese anticausalista segundo a forma de Planiol, por exemplo. Com efeito, estes autores chamam objecto do contrato, relativamente a cada contraente, à prestação que a cada um incumbe; assim, no nosso exemplo, para o comprador C seria a entrega do seu dinheiro. E entendem que basta considerar a licitude ou ilicitude do objecto, para derivar dali para a validade ou nulidade do contrato, etc.. Como já demonstrámos que a prestação é a finalidade contratual do contraente, dentro do contrato, pareceria que a tese egológica chega à mesma posição que a tese anticausalista, ainda que por via teleológica. No entanto, observar-se-á que, por detrás desta coincidência paradoxal de superfície, se constata o facto de que os anticausalistas se detêm na norma (o contrato) e nos conteúdos dogmáticos por ela enunciados (o dinheiro e o valor do dinheiro ou o automóvel e o valor do automóvel), ao passo que a tese egológica se dirige à conduta e ao valor da conduta expresso pelo texto contratual, considerando as prestações como sendo perfis ou formas sensíveis dela. É claro que, pelo contrário, com referência à conduta, a tese causalista sentir-se-á mais próxima da tese egológica do que a tese anticausalista, ao invés do que se passava quando se notou a coincidência entre teleologia e objecto do contrato. Porém, em rigor, bem analisadas as coisas, não custa ver a verdade: na tese egológica não há nem causalismo nem anticausalismo.

Que o jurista, pois, não procure uma causa para tornar juridicamente compreensível um acto humano, mas sim que a procure explicar axiológicamente em forma objectiva. Isto é, primeiro que capte ou estabeleça seu imaneente sentido efectivo enquanto ordem, segurança, paz, poder, cooperação, solidariedade e justiça; e, uma vez obtida esta compreensão, que a expresse mediante uma circuns-



tância geral não enunciada na lei, mas específica dentro das possibilidades desta, com o objectivo de que os demais, tomando esta circunstância como ponto de vista, possam colocar-se no ângulo de perspectiva adequado para recrear a sua apreciação. Desta forma, se se verificar através de múltiplos actos recreadores, a existência de uma coincidência na apreciação axiológica do acto, no que respeite aos sinais positivos dos diversos valores daquele plexo axiológico, o nosso problema está resolvido para a ciência, ou seja, no âmbito do Direito positivo. Se porém, pelo contrário, se verificasse que essa apreciação axiológica não coincide com a da estimativa social predominante, naquilo em que aos sinais positivos diz respeito — e interessam os sinais positivos porque neles está a essência dos valores, — haveria que empreender de novo a tarefa, porque aquela avaliação seria simplesmente pessoal e subjectiva. Sendo o Direito um fenómeno da existência humana, não pode ser juridicamente valiosa a compreensão individual que nos seus sinais positivos *se oponha* à estimativa social predominante, ainda que por certo possa sê-lo, se se opõe aos sinais negativos.

14. *O racionalismo examinado a propósito do delito desportivo.*

Com estas ideias, e particularmente com a expressão objectiva da avaliação mediante uma circunstância geral especificada na lei, mas não enunciada por ela, explica-se, sem rodeios artificiosos, ainda mesmo os exemplos mais críticos para as teorias dominantes. O facto de não ser delito de homicídio ou de ofensas corporais a morte ou fractura do *boxeur* causada pelo soco que lhe deu no *ring* o seu rival (17), é uma compreensão axiológica imediata do acto do soco; na Argentina, todos compreendem isto — os leigos e os técnicos.

(17) Dir-se-á, talvez, que escolhemos um mau exemplo para a nossa análise, pois que estando o boxe minuciosamente regulado em uma determinação do



O facto é que o juiz chega a afirmar que os artigos do nosso Código sobre homicídio (ou lesões) não se referem a tais casos, apesar do texto literal. Se para objectivar a concepção daquela sua avaliação o juiz invoca o facto de que se trata de um desporto autorizado pela autoridade, dizendo por isso que o Código Penal não se refere aos casos de morte ou lesões desportivas — tal afirmação não suscita reparos. Mas, precisamente aqui, podemos ver a diferença científica entre as doutrinas egológica e racionalista, dentro de uma concordância de solução que é apenas aparente, porque o racionalismo chega a ela traindo o seu próprio ponto de vista. Com efeito, para não incriminar o soco do *boxeur*, uma coisa é partir da compreensão axiológica do soco e logo, sobre esta base, exteriori-

município de Buenos Aires, já não se trataria da livre regulamentação das associações desportivas mas de rigorosas normas jurídicas específicas.

O argumento, no entanto, não tem valor porque trata somente de iludir o fundo do assunto.

Com efeito, basta pensar na quantidade de municípios argentinos que carecem de semelhante regulamentação e que apenas permitem a realização dos espectáculos. O exemplo foi escolhido, não só por se tratar do exemplo clássico dos tratadistas, mas também para facilitar a comparação com a análise que fazemos e porque, além disso, apresenta matizes muito interessantes. De resto, já no texto apreciamos a hipótese extrema dos desportos novos que não têm regulamentação nem sequer das associações desportivas. De facto existem numerosos exemplos: o «rugby», que não está regulamentado pelo município de Buenos Aires e que se apresenta em duas modalidades (inglesa e americana) oferece real e embaraçosa complicação para o racionalismo devido à dualidade de prática desportiva.

Não menos álgido é o caso que se põe a propósito da *cirurgia estética* quando o indivíduo que se sujeita à operação acaba por ficar deformado, porque a arte de curar desenvolve-se aqui à margem de toda preservação da saúde. Ora em tudo isto a compreensão conceitual dos sentidos, como fundamento do conhecimento jurídico, não encontra nem mais nem menos dificuldades que as que oferece o delito mais grave, como o leitor facilmente compreenderá.

Desejo aqui testemunhar o meu agradecimento ao eminente criminalista e dilecto amigo, Dr. Laureano Landaburu, pelas suas valiosas sugestões e pela fiscalização que o seu saber me dispensou quando leu este trabalho antes da sua redacção definitiva.

zando-a ou exprimindo-a conceitualmente, dizer que a lei penal se não refere à morte ou lesões desportivas; com isto o pensamento jurídico não tem nenhum caminho ulterior a percorrer, porque o seu ponto de partida, sendo um facto — o sentido do soco — tem o seu ponto final na mesma realidade do próprio facto sobre cuja existência toda a pergunta ulterior assenta, pois que nenhuma pergunta pode fazer caducar essa existência.

E é, na verdade, uma coisa completamente diferente partir da lei penal, cuja literalidade incriminaria o soco dado pelo *boxeur*, e logo a seguir invocar que o boxe é um desporto admitido pela ordem jurídica, pretendendo-se assim *deduzir* da consideração unitária da ordem jurídica que a lei penal não se aplica à morte ou às lesões desportivas. Tal solução não põe um ponto final necessário ao raciocínio que decorre do pensamento jurídico; pelo contrário — permitiria ir até ao infinito. Com efeito, já que para o racionalismo se trata de tudo deduzir, invocar um desporto admitido pela ordem jurídica, não basta para deduzir o pormenor que consiste em saber se a ordem jurídica admite esse desporto com as limitações das regras fixadas pelas entidades desportivas ou se o admite sem quaisquer limitações. As duas possibilidades têm a mesma legitimidade lógico-formal, que é o plano em que o racionalismo se coloca quando pretende deduzir o todo, enquanto ambas acolhem a simples referência a um desporto aceite pela ordem jurídica. Se para optar pelo primeiro critério se dissesse que a aceitação de um desporto pela ordem jurídica se entende na forma regulamentada pelas entidades desportivas, então já existe alguma coisa que não é deduzida, mas sim subentendida. Desta forma, o racionalismo trairia o seu próprio ponto de vista ao considerar um facto, não sendo de estranhar que venha a concordar com a teoria egológica, pois a solução que então apresenta é perfeitamente egológica: aquilo que se subentende não são as meras normas desportivas — e não poderiam de facto, sê-lo, já que não havia possibilidade de deduzi-las, — dado que são normas criadas — mas sim a valorização contida nas normas desportivas. E assim, torna-se claro que o subentendido é apenas a



compreensão colectiva que, de facto, existe sobre o sentido deste desporto.

Pelo contrário, para dar ao pensamento jurídico um suporte exclusivamente lógico-formal (ou lógico-abstracto, como é moda dizer-se) optaremos pelo segundo critério: o desporto admitido e nada mais, sem quaisquer esclarecimentos. Mas assim, iremos parar, como em campo aberto, ao infinito das possibilidades deste conceito, salvo se ainda outra vez traírmos o racionalismo e lançarmos novamente mão de distinções fundadas na compreensão jurídica de certos socos. Por exemplo: sua prudência ou imprudência, sua aptidão, para pôr ou não em perigo a vida ou integridade do outro pugilista, etc. (18). Nesta hipótese, se um *boxeur* descobre a guarda

(18) Ver as seguintes decisões do juiz Dr. José C. Miguens, na Revista *La Ley*, tomo 4, pág. 699, ano 1936:

«A teoria da irresponsabilidade do jogador pelos danos causados no caso de haverem ajustado as regras do jogo, só é aplicável aos jogos que requerem velocidade ou violência.

Os regulamentos desportivos, ainda mesmo quando contêm disposições de segurança, não alcançariam evitar os riscos, e as suas lacunas ou autorizações não têm a virtude de derrogar as leis ou os princípios gerais do direito.

A observância dos regulamentos do jogo não eximem o jogador das outras obrigações de prudência, de cuidado e de respeito recíproco que devem presidir aos actos em geral, se estas podem ter aplicação dentro da sua actividade.

A torpeza (não a imprudência) em matéria desportiva é uma questão muito delicada pelos diversos aspectos que pode oferecer a multiplicidade dos desportos. A torpeza no jogo, com que a vitória é alcançada devido à superioridade que têm uns sobre os outros na habilidade e nas reacções, obscurece extraordinariamente a percepção da fronteira que pode existir entre o fortuito e o que pode ser caso de imputabilidade».

Lorenzo Carnelli comentou esta sentença com exaustiva erudição de criminalista e a sua delicada sensibilidade de grande jurista, aplaudiu, exteriorizando a sua surpresa pela novidade, a intuição do juiz Miguens que, aceitando como boa a doutrina da validade da regulamentação desportiva, a restringe «àqueles jogos que requerem velocidade ou violência nas acções». Eis, de facto, um interessante caso de intuição judicial. Sem antecedentes académicos, segundo parece, nos livros, ajusta a norma à vida e só podia ter resultado da compreensão da própria vida!

por já estar exausto, não é imprudência do adversário socá-lo com o máximo de violência e causando-lhe, assim, a morte ou uma lesão? Não deverá esquecer-se que a lógica, e com ela o racionalismo, trabalha com puras possibilidades denotadas pela universal extensão dos conceitos; por isso, frente à concreção de um facto, o método lógico-formal resulta abstracto. Resumindo agora a análise do nosso exemplo precedente, diremos: o problema consiste em saber qual a razão por que se não castiga como homicida o jogador de boxe que mata ou fere o adversário durante o jogo.

Para formular a resposta, o racionalismo parte das normas do Código Penal, mas como, por este processo, o resultado seria haver de condenar-se o jogador de boxe, procura outras normas que excluam o soco das suas figuras delituosas, afirmando que a ordem jurídica permite a prática de tal jogo. Pode, assim, construir este silogismo de consequência única e forçosa. Premissa maior: as normas positivas, posto que as admitam, não castigam as ofensas desportivas. Premissa menor: este facto é uma ofensa corporal desportiva. Conclusão lógica: logo este facto não tem punição. Vimos já que a premissa maior joga com uma limitação que não está no seu mero enunciado porque se subentende que as ofensas desportivas são permitidas na única forma indicada pelos regulamentos desportivos, o que é apenas a valorização social do sentido de tais ofensas. Ora isto é simplesmente um facto.

A teoria egológica, para formular a resposta, não parte das normas do Código Penal, mas sim da própria ofensa, visto que conhecê-la é compreender o seu sentido. Nesta base e em um juízo de comparação, pode afirmar que este sentido não é o sentido expresso nas normas do Código Penal (e por isso se explica que o boxe seja admitido pelo Estado), de modo que pode concluir de forma directa que o Código Penal não é aplicável ao caso, ao contrário do que sucedia no momento inicial do raciocínio racionalista. A referência aos regulamentos desportivos não é para nós nada de subentendido, como o coelho do prestidigitador que se encontra dissimulado para poder operar o seu infantil milagre; é antes um

facto das valorizações em jogo que nos certificam que não é uma apreciação subjectiva o acto de atribuir, por compreensão, um sentido não criminoso à ofensa produzida pelo jogador de boxe.

Em tudo isto, crê o racionalismo que se trata simplesmente de uma comparação entre o facto físico previsto pela norma e o facto físico produzido pelo soco do pugilista, sem dar conta cabal de que a norma do Código Penal não entra em um dos termos da sua comparação, como pretende, mas sim a norma dos regulamentos desportivos. Efectivamente, esta não aparece integrando ou completando a norma do Código Penal, mas sim deslocando-a. A teoria egológica, ao contrário, adverte que se trata da comparação de duas condutas, que são factos com seu sentido imanente, a saber: a conduta prevista pelo Código Penal e a conduta que consiste no próprio soco. Consequentemente, para a teoria egológica é necessário comparar também o sentido espiritual dado pela norma do Código Penal na sua menção e o sentido espiritual que o soco tem por si só independentemente da norma.

Deste modo, para a teoria egológica os regulamentos desportivos aparecem adstritos ao facto em bruto do soco em função de dados significativos expressos, por cuja razão eles integram a premissa menor de tal forma que a sua comparação directa com o sentido previsto pelo Código Penal faz ver que não corresponde a subsumir o soco aos artigos do Código Penal. O racionalismo, pelo contrário, coloca os regulamentos desportivos na premissa maior depois de havê-los procurado na periferia do ordenamento como normas integrantes do mesmo; e coloca-os na crença de que assim completa as normas do Código Penal, a fim de cumprir o seu intento de deduzir totalmente da rede de normas o sentido da experiência, como se a experiência coisa alguma fornecesse a este respeito tal como nenhum sentido fornece na sua esfera a experiência natural ou física. Porém, já vimos que é pelo deslize do subentendido empírico que o racionalismo é levado às normas dos regulamentos desportivos, resultando daí que a norma do Código Penal

fica deslocada e suplantada; ou antes, como se diz em certo sector não integrada ou completada.

O leitor dirá qual destas respostas é mais sensata, e qual de elas, fiel a seus próprios pressupostos gnoseológicos, desenvolve o tema sem atraí-lo a si mesma.

Como pedra de toque final, observe-se que a solução egológica não se altera e é utilizável como critério jurídico, na hipótese de que se tratasse de práticas desportivas novas, admitidas pela ordem jurídica mas não regulamentadas em qualquer parte; hipótese que poria o racionalismo em dificuldades, pois não sabemos que normas desportivas haveria então que subentender: se o caso de lesão ou homicídio se produzisse na primeira prática, à margem de compreensão directa do seu sentido, sobre a base do próprio facto, não haveria caminho indirecto para nos pôr em contacto com a realidade.

15. *O Empirismo no Contrato Imoral.*

No fundo não é diferente a situação em que se coloca a doutrina civilista da causa das obrigações em frente dos seus casos críticos. Veja-se o seguinte e conhecido exemplo, donde destacaremos, simultaneamente, a ambiguidade da noção de «causa final» — usada como teleologia psicológica e como juízo de valor — e o fracasso do raciocínio que juridicamente se acreditava ser feliz, quando, levado ao extremo, trairá o seu próprio ponto de vista.

Suponhamos então o caso de A se obrigar a não violar uma lei em troca do preço que lhe paga B. O problema consiste em fundar a unidade jurídica desta convenção ainda para além da mera imputação normativa a que se atém o racionalismo. O causalista, para a efectuar, distingue entre objecto e fim «causa» do contrato. O objecto jurídico para A é a sua obrigação de não violar a lei (obrigação que, por certo consiste numa figura normativa — plano conceitual — estabelecida pelo contrato e inserta por seu intermédio



no ordenamento jurídico); porém, o seu fim é receber o dinheiro, isto é, a prestação de B. Ao contrário, o objecto jurídico para B é a sua obrigação de pagar (figura normativa); porém, o seu fim é a prestação A. Aqui, — argumenta-se, — o objecto do contrato é lícito, mas a sua causa é ilícita, razão pela qual procede a sua nulidade. Com efeito, a não violação de uma lei é algo lícito e também ilícito a fixação de um preço como retribuição de serviços por acto igualmente lícito. Permanecendo no plano de mera imputação contratual (racionalismo), este contrato nunca poderia anular-se porque as obrigações de A e de B, que formam o contrato, são dois objectos jurídicos lícitos. Sem embargo, para tornar juridicamente inteligíveis os factos ou prestações que correspondem a tais obrigações, isto é, se passarmos ao plano da experiência, dado que a Ciência do Direito é uma ciência de realidades, há que observar a relação real de conexão ou de pendência recíproca em que ambas as prestações, enquanto factos, estão; relação de pendência que não consiste na mera imputação recíproca das obrigações, única coisa que dá o contrato; mas sim na relação teleológica entre as ditas prestações, na qual um paga com o fim de que o outro não viole a lei, e o outro não viola a lei para atingir a finalidade de que o outro lhe pague. Entre os factos como tais existe uma teleologia consciente ou psicológica (causa final), que os torna inteligíveis, e que não é o nexu lógico de dever ser do contrato, mas sim um nexu real entre os factos. Ora bem, este exemplo é exposto pelos autores causalistas supondo que a obrigação firmada por A é não cometer um crime. E então dizem: ainda que o objecto do contrato seja lícito, a sua causa é ilícita (e portanto o contrato é nulo) porque a conexão real das prestações — esclarecida e estabelecida pela sua causalidade teleológica consciente — é em si mesma imoral (nós diríamos: é inválida, para sermos mais precisos e exactos): o imoral não é fixar um preço aos serviços nem tão-pouco não violar a lei, mas antes pagar *com o fim* de não violar a lei.

Porém não é difícil ver aqui que se sobrepôs, equivocadamente, à noção de finalidade, enquanto teleologia consciente, a noção de



finalidade como juízo de valor; e que a primeira noção, da qual a concepção finalista conserva o seu autêntico sentido, não serve para dar a razão que se pretendia, ou seja: a nulidade do contrato pela sua ininteligibilidade jurídica.

Com efeito se a obrigação de A, em vez de ser não cometer um crime, fosse não violar uma lei declaradamente imoral (pense-se por exemplo na lei que regulamenta a prostituição como fonte de receitas para o Estado ou em uma lei de organização da espionagem), veríamos o seguinte: primeiro, que os valores morais são irrelevantes para o nosso problema, porque os que estão em jogo são sempre valores jurídicos e não morais. Por isto mesmo, mais acima afirmámos que, em vez de finalidade imoral, devia antes optar-se pela expressão finalidade desvaliosa. É conhecida a filiação jusnaturalista da tendência ideológica que clama por uma moralização do Direito, como se este necessitasse da Moral para ter conteúdo espiritual. Segundo: se A, por contrato, se faz pagar com o fim de não violar uma lei de espionagem ou de diplomacia secreta, a conexão real entre as prestações deste contrato, enquanto teleologia consciente, subsiste exactamente nos mesmos termos que a do exemplo anterior utilizado pelos modernos civilistas partidários da causalidade: em um e em outro caso se dá uma relação teleológica similar. Porém esta, que somente enuncia um ser, isto é, o que é, resulta impotente de per si para esclarecer-nos se o contrato *deve ser* anulado por falta de causa ou porque a causa seja ilícita. Se a causa é a finalidade consciente, o contrato do nosso exemplo não pode ser anulado por falta de causa visto que a relação teleológica existe da mesma maneira que no outro exemplo. E se o contrato deve, na verdade, anular-se, porque a sua causa é ilícita, é evidente que não se assinala meramente o facto da sua finalidade (causa) como quem encontra um facto, mas sim que se está interpretando a série causal onde se encontram igualmente todos estes factos.

Ao interpretar a série de factos em procura do seu sentido jurídico — o que implica, segundo vimos, referi-los a determinados

valores — a moral em nada nos ajuda: aqui é imoral o que a lei estabelece, v. g., participar na espionagem ou pagar contribuições para explorar a prostituição. Disto se infere, pelo contrário, que é imoral a causalidade teleológica de um contrato oposto, realizado com o propósito de violar estas leis. De todos os modos, apesar desta finalidade moral continua de pé e incólume a questão de saber se este contrato deve ser anulado em razão da sua causa ilícita; como continua de pé, no caso de o contrato ser feito com o fim de não violar estas leis imorais, a questão de saber, também, se deve ser anulado em razão da sua ilícita causa, que é o exemplo que nos interessa, e onde é bem claro que o *ilícito* da causa não alude nem à ilegalidade (como no exemplo precedente), nem à imoralidade (como entende a doutrina que estamos considerando), mas sim o sentido que, enquanto estimativa jurídica (ordem, segurança, poder, paz, cooperação, solidariedade e justiça), desenvolveria o encargo mútuo das prestações para não violar, pelo pagamento do preço, uma lei de prostituição, de espionagem ou de diplomacia secreta. Segundo a nossa opinião haveria de ver-se, tornando inteligíveis os factos, se este contrato constitui ordem ou desordem, segurança ou instabilidade, justiça ou injustiça, etc., para anulá-lo em razão daquilo a que se chama, mas mal, causa jurídica, nos casos de desvalorização. Assim, a revelação de um segredo diplomático poderá julgar-se como moral ou imoral à luz, respectivamente, do humanitarismo liberal ou do patriotismo nacionalista; mas é claro que, juridicamente, não daria força de convicção fazer depender disto a sua incriminação formal segundo as leis dum Estado como a República Argentina. Por isso, teremos que dirigir-nos sempre à estimativa jurídica: se com aquele acto sofre unicamente o prestígio do Estado (estimativas de ordem ou de poder), não parece que a desvalorização realizada justifique nem uma pena, nem um pedido por perdas e danos, nem uma multa. Porém, se a desvalorização realizada compromete a segurança do Estado, então já o assunto muda de aspecto.

Fazendo a comparação destes exemplos críticos com a análise



que fizemos acima quando falámos da teleologia e do contrato vê-se o seguinte:

1.º — Que o problema de sentido que o jurista pretende resolver gira em torno de valores jurídicos (ordem, segurança, paz, justiça, etc.), e não em torno de valores morais (caridade, nobreza, veracidade, pureza, etc.);

2.º — Que estes valores jurídicos não são os que qualificam os actos na sua finalidade, enquanto algo se faz digno de ser eleito em fim por alguém; mas sim que tais valores emergem directamente da conduta desenvolvida, qualificando-a a ela e não ao fim querido;

3.º — Que a estrutura teleológica da conduta: «meio — fim — valor do fim», é coisa diferente da representação dos valores jurídicos da conduta em si mesma, porque estes valores estão ao mesmo tempo em todas as partes daquela estrutura. Por isto não pode suprir-se com o valor dos fins o papel que desempenham os valores jurídicos no conhecimento dogmático. O contrário constitui o primeiro erro do causalismo civil;

4.º — Que a estrutura teleológica da conduta subsiste inalterável ainda mesmo que o valor do fim se altere pela desvalorização. E com isto se vê, se se pretende utilizar a teleologia para fundar alguma diferente consequência jurídica em razão dessa alteração, que se sobrepõe à noção de teleologia, como relação de finalidade, outra noção de teleologia, como apreciação axiológica. Esta sobreposição é o segundo erro do causalismo civil;

5.º — Que a estrutura teleológica como estrutura de conduta, tem o seu fim no último acto que realiza o sujeito de cuja vontade se trata, não desempenhando papel de fins na relação teleológica nem os actos precedentes, nem os meros desejos, nem o valor próprio dos fins. Com isto se compreende que uma confusão em qualquer destas três direcções nos leva a uma concepção incorrecta da relação teleológica. Esta incorrectão é o terceiro erro do causalismo civil.

16. *Papel da lei na tese egológica.*

No exemplo de delito desportivo tivemos ocasião de observar o fracasso do racionalismo anticausalista, porque aquela atitude teve que descer à experiência para tornar juridicamente inteligível o fenómeno que a preocupava. E no exemplo do contrato imoral presenciámos o fracasso do empirismo causalista, pois que esta atitude não pode fundar-se nem sequer na experiência psicológica mediante o enquadramento finalista, e recaiu na experiência jurídica com a sua específica maneira de avaliar, para fazer, por sua vez, juridicamente inteligível o fenómeno que a preocupava.

A análise destes exemplos críticos (lesões desportivas, cirurgia estética, contratos para cumprir leis imorais, etc.), permitiu-nos ver concretamente, não só a insuficiência dos fundamentos das doutrinas dominantes, causalistas ou anticausalistas; não só, ainda, a verdadeira natureza do problema por elas encoberto, mas também nos permitirá, recapitulando, insistir no papel que desempenha aqui a norma — lei ou contrato, — já que com grande incompreensão, ou com não menos grande má vontade, os opositores da teoria egológica mantêm o argumento fantasista de que tal teoria reduz a nada o papel da lei e se resolve pelo direito livre.

Assentámos na questão da necessidade que surge para o jurista de tornar compreensível o fenómeno jurídico. A mesma necessidade que teve o físico de tornar compreensível o fenómeno natural, põe-se para o jurista frente ao fenómeno jurídico. Este conceito da *necessidade de tornar juridicamente inteligíveis fenómenos que se dão no Direito*, unifica a temática do esforço realizado por civilistas, penalistas e filósofos do Direito, porque indica o que existe de comum quando se fala da causa das obrigações e actos jurídicos, da causa dos delitos e porque a um dever jurídico se segue outro dever, o que foi o nosso ponto de partida. Enquanto que o problema dos físicos encontrou a sua solução na concepção causalista da natureza, — o problema dos juristas não encontrou, nem pode encontrar a sua solução em nenhuma concepção causalista, porque a legali-



dade jurídica é normativa e não enunciativa, e porque o objecto *Direito é egológico*.

Neste sentido, é exacto e claro que, se não existe contrato, não é juridicamente inteligível a minha viagem a Nova Iorque; que um facto criminal não será crime se não está tipicamente descrito na lei penal. Aquela viagem tem de estar pactuada para poder ser juridicamente inteligível; e, do mesmo modo, este facto tem de estar previsto na lei penal para poder ser inteligível como delito. A importância que assinalámos à norma (lei ou contrato) é a de uma condição indispensável. Porém, *é a condicionalidade que impõe a lógica formal* e nada mais, porque o que faz a norma, sendo pensamento, é imputar a uma representação como antecedente outra representação como consequente; isto é, formular um pensamento intelectualmente válido, referido aos factos de conduta como conduta. E não se pode dizer que se diminuiu o valor da norma ao declarar que a indispensável condição que ela põe é a de lógica jurídica formal, porque isto significa que, em Ciência do Direito, a norma desempenha um papel similar ao princípio da identidade ou ao princípio de contradição na ciência física: assim como uma enunciação contraditória rejeita, pela sua contradição, a possibilidade de que se nos esteja enunciando uma lei natural, sem necessidade de dar outra classe de argumentos, assim também, sem a correspondente norma, é impossível que um determinado acto de conduta possa resultar-nos juridicamente inteligível. A lógica formal (do ser ou do dever ser), é condição prévia para a compreensão de todo o fenómeno que haja de ser captado e expresso pelo próprio pensamento. Por isto mesmo dissemos que a consecutividade das normas esclarece unicamente *como* se sucedem os deveres jurídicos, isto é, elucida que «os deveres se sucedem em uma normatividade *que é assim...*».

Porém, a teoria egológica acrescenta o seguinte na análise do nosso problema: se a norma formula o pensamento intelectualmente válido para se referir aos factos de conduta como conduta, resta ainda intacta a averiguação respeitante aos próprios factos: pode

haver norma sem que exista o facto que ela considera. E esta existência ou inexistência torna-se-nos mais patente e precisa quanto mais inteligível se nos apresente o facto que queremos referir à norma. Isto significa que se a minha viagem a Nova Iorque não é juridicamente inteligível se não está contratada, também o simples facto de o estar não a torna juridicamente inteligível; isto significa também que se um acto criminoso não é juridicamente inteligível se não está descrito na lei penal, não é no entanto suficiente para ser juridicamente inteligível que esteja descrito; e, por último, isto significa que é juridicamente ininteligível a sucessão dos deveres se não nos socorrermos da consecutividade inerente às normas jurídicas, mas não é suficiente tal consecutividade para que a sucessão dos deveres seja juridicamente inteligível (ponto inicial da nossa análise a cuja explicação teremos de chegar).

17. *O papel e natureza da experiência na tese egológica.*

O que falta, cumprida a exigência lógico-formal que impõe a norma, diz respeito ao facto ou dado empírico, que é de natureza egológica e, portanto, cultural. Aqui o realismo da teoria egológica destaca que a intelegibilidade do dado só pode provir dele mesmo, como algo que o dado subministra ao jurista, não sendo este algo nada que se acrescente de fora, segundo a ideia racionalista de que toda a inteligibilidade jurídica de um acto humano é dada pela norma, pela norma que é pensamento, à diferença do acto, que é uma realidade. Este ponto, todavia, reclama uma análise mais circunstanciada, pois é extremamente difícil e decisivo.

Quando dizemos que, satisfeita a exigência lógico-formal do pensamento normativo, ainda falta investigar os próprios factos, começando pela própria existência destes factos, encontramos a doutrina dominante, infiltrada de ciência naturalista, caindo no erro de querer que o ôntico da conduta seja o ôntico da natureza; isto é, que se trata de apreender a conduta de fora para dentro,



considerando-a na sua mera presença. Assim como o geólogo ou o zoólogo apreendem uma pedra ou um pássaro examinando-o de fora, assim também o jurista, nesse caso, só apreende também factos naturais. Daí a doutrina falar do facto *externo* da conduta, ou da conduta como acontecimento natural, crendo que, com isto, se estabelece já a existência da conduta como facto da realidade, — como se esta exterioridade dos factos da conduta obrigasse a integrá-los como factos psicológicos (por exemplo, a voluntariedade dos actos), que não são factos do mundo externo, ou esta averiguação não atingisse se efectivamente se trata desta ou daquela conduta pela sua intenção e sentido. Sendo claro que a conduta existe assim: com intenção e sentido, não se compreende como se pode afirmar a existência da conduta por esta via intelectual, que paralisa antes de se poder estabelecer se se trata desta ou daquela conduta, pois estas incógnitas são elementos dados por aquela existência e constitutivas dela. É coisa sabida e eminente que com os mesmos factos externos de conduta, devemos encontrar-nos com condutas diferentes, por exemplo pela sua boa ou má fé. Logo é claro que não se estabelece a existência da conduta se nos limitarmos à apreensão da sua exteriorização fenoménica (os chamados factos externos de conduta), se isto significa considerar esta exteriorização como o físico considera os fenómenos do seu mundo natural.

Mas acontece que não só não se estabelece por esta via da exterioridade física a existência da conduta, mas também que não se pode estabelecê-la. Tão-pouco renunciamos a tomar contacto com a conduta alheia pelo seu lado «externo», como se diz, isto é, em apreendê-la desde fora, considerando-a primeiramente na sua mera presença, como coisa, no mesmo sentido em que apreendemos as coisas do exterior. Esta visão ôntica da conduta não só é ineludível, mas também o único caminho para estabelecer e investigar a sua existência. Mas sucede que ao considerar a conduta do «exterior», isto é, ônticamente, nunca a conduta resulta uma coisa da natureza, nunca o ôntico da conduta é o ôntico da natureza, pela decisiva razão de que não se pode falar de homicídio sem homicida ou de



venda sem vendedor, sem incorrer num contra-senso lógico. Para o jurista é impossível pensar como jurista quedando-se num livre plano do homicídio ou da venda (isto é, dos factos que são o homicídio ou a venda), à semelhança do que faz o físico. Perante uma pedra em movimento, a física pergunta o que é que a move (causa), ou o que é que a moverá (efeito), mas não quem a faz mover; esta última pergunta não se pode conter no fenómeno que interessa à Física. Do mesmo modo, perante um ninho, a zoologia pergunta qual é a ave que o faz ou para que serve, no sentido causal-teleológico que esclarece o ser da ave como ser vivo, isto é, considerando o organismo em funcionalidade com o seu ambiente: existe aqui não egologia mas sim ecologia, pois a ave como construtora do ninho não é qualquer coisa imanente ao ninho, mas sim, e sempre, um ser diferente do ninho. Não há nenhum contra-senso em falar do ninho prescindindo da ave, ainda que esta seja sua fabricante, em virtude da transcendência que tem a ave como ente a respeito do ninho como ente. Porém resulta uma evidente impossibilidade e um contra-senso patente querer o jurista falar de homicídio sem homicida ou de uma venda sem vendedor, porque o homicida ou o vendedor são imanentes ao dado fenoménico do homicídio e da venda. Esta diferença ôntica entre a conduta e a natureza não pode ser dissimulada nem desatendida por nenhum subterfúgio, sem falsificar a experiência jurídica. Por esta incontroversa razão é que a existência de um fenómeno jurídico não se pode provar *externamente* segundo o método da física. Por muito que a norma com os seus conteúdos dogmáticos enuncie somente o que está no plano do homicídio, e não no do homicida, ou no da venda, e não no do vendedor, isto é, por muito que a norma, com os seus conteúdos dogmáticos, enuncie o que está integrando uma série causal da natureza, nem por isso o jurista, para referir-se à existência do seu fenómeno e extrair dela algum conhecimento, está menos obrigado a saltar para o plano da personalidade que se encontra por detrás do curso da Natureza. Por isso dissemos que o jurista interpreta os factos causalmente concatenados que lhe oferece a experiência.



O jurista não procura uma causa sem um autor; e isto significa interpretar uma cadeia causal de factos em função da personalidade.

Para o nosso objecto não é necessário referir aqui o acto específico de apreensão da personalidade alheia, existindo a tal respeito diferentes opiniões (teorias da intro-afecção, etc.), pois Max Scheler forneceu-nos um proveitoso exemplo da maneira como utilizar estas investigações (19). Basta recordar a formosa base que nos forneceu Husserl na quinta das suas meditações cartesianas para compreender que pisamos terreno firme, pois ainda que a intuição completa da personalidade alheia seja impossível, e ainda que esta intuição se configure sobre a intuição da personalidade própria, à sua imagem e semelhança, não é menos certo que a evidência da personalidade alheia conta no seu apoio com uma inquestionável estrutura da consciência do próprio eu: assim como a noção de sujeito se origina conjuntamente com a noção de objecto, porque ambas se constituem por sua mútua oposição, assim também a noção de *eu* se origina conjuntamente com a noção de *tu*, porque ambas se constituem pela sua mútua oposição sobre a intuição fundamental da ipseidade da personalidade (20). Para o nosso fim basta-nos destacar a evidência que o jurista interpreta a cadeia causal dos factos saltando até ao plano da personalidade; e que neste salto até à personalidade não abandonemos a mera consideração óptica da conduta, pela qual, com tal salto, tentamos averiguar o concernente à existência do fenómeno jurídico na sua mera presença e nada mais.

18. *O juízo de existência fundamental do Direito.*

Torna-se pertinente fazer aqui uma consideração de muito valor para provar que, com o salto até à personalidade, feito forçosamente pelo jurista, permanecemos ainda naquele plano de consi-

(19) Max Scheler, *Esencia y forma de la simpatía* (Buenos Aires, 1942, Losada, S. A.).

(20) Husserl, *Méditations cartésiennes*, cap. V (Paris, 1931, Colin).

derar onticamente a conduta e na averiguação da existência bruta do fenómeno jurídico. Esta consideração é a seguinte: o traço de ligação do facto com a personalidade permite-nos a enunciação, com a *lógica do ser*, do seguinte juízo de qualidade em qualquer das suas três variantes possíveis:

Este indivíduo, por

<p><i>Este acto, participa na modificação do curso natural dos sucessos (Aqui o juízo é afirmativo e o jurista usa-o para conceber as comissões sejam de ordem penal ou civil).</i></p> <p><i>Este acto, participa na modificação do curso natural dos eventos (Aqui o juízo é indefinido e o jurista usa-o para conceber as omissões, sejam da ordem penal ou da civil).</i></p> <p><i>Este acto, participa na modificação do curso natural dos eventos (Aqui o juízo é negativo e o jurista usa-o para conceber que o facto humano, previsto pela norma jurídica, quer penal, quer civil, não se verificou).</i></p>	<p>/em não</p> <p>/não</p>
--	----------------------------

Por aqui se vê: à esquerda da chaveta, o plano da personalidade, para o qual o jurista tem de saltar, e à direita, o plano fenoménico dos eventos a que chamamos Natureza. Ora bem: este juízo de qualidade, em qualquer das três únicas variantes possíveis — é o juízo básico de que parte o jurista quando se refere à existência do Direito. Este juízo exprime o nosso contacto com a experiência jurídica; e é evidente que sem qualquer das suas formas, a obra do legislador, do juiz e do jurista seria pura divagação no trans-mundo sideral. Acerca deste fundamental juízo de existência que o jurista realiza, observe-se, no entanto, o seguinte:

a) Que, com sentido para o Direito, não era possível efectuá-lo em nenhuma das suas formas, sem referência a personalidade que fica à esquerda da chave;

b) Que, apesar disso, o juízo compreende só os fenómenos da experiência;

c) Que o juízo não desfaz, nem altera, nem toca o nexa causal que exista entre os fenómenos enquanto considerados Natureza;

d) Que o juízo só toma em consideração a existência una (plano ôntico) dos actos de conduta, sem esclarecê-los interiormente, no plano ontológico, à luz temática do seu sentido axiológico ou de valor.

Ora bem, por ser este juízo o juízo básico de existência, que o jurista formula, é necessário esclarecer que, ainda em referência aos factos (isto é, o que fica à direita da chave), não se trata dum juízo da ciência física. E isto é fundamental para o nosso assunto, pois não se tratando da Física é impropriedade falar de causalidade a seu propósito e procurar causas que nos tornem claro o material que ele apresenta.

O juízo afirmativo, quando diz que um acto humano participa na modificação do curso natural dos eventos do mundo, pela sua qualidade afirmativa, presta-se a ser erroneamente tomado como se fora um juízo similar àqueles que a ciência Física formula, pois dir-se-á, e com razão, que o homem está no mundo, atribuindo-lhe então — e desta vez sem razão — o carácter duma causa mais entre as que operam no mundo, determinando o curso efectivo dos acontecimentos. Porém, reflectindo-se sobre os juízos negativo e indefinido correlativos aclara-se o sentido deste juízo afirmativo a eles lógicamente ligado e dissipa-se o erro de crer que se tratava dum juízo similar aos da ciência Física. Com efeito, fisicamente não faz sentido dizer que um acto humano não participa na modificação do curso natural dos sucessos do mundo, porque a Física ensina-nos que todos os sucessos do cosmos constituem uma só cadeia causal, como o reconhece a teoria penal da equivalência das condições; de modo que se o sentido do enunciado fosse um sentido físico, o jurista nunca podia socorrer-se dela pela mesma razão que não pode socorrer-se o físico; a verdade, porém, é que o jurista recorre a ela e que o enunciado, não tendo sentido para a Física, tem-o para

o Direito. Não tem igualmente sentido para a Física o dizer que um acto humano participa na modificação do curso natural dos acontecimentos do mundo — como dizem os juristas cada vez que falam de um delito por omissão ou de uma obrigação de não fazer —, e isto não só porque o curso dos sucessos do mundo é qualquer coisa que se comporta como modificações sucessivas dos estados precedentes, mas também porque quando com este juízo indefinido se reconhece que o homem *participa* na modificação, vem a reconhecer-se que o homem está em algum lugar que não é o mundo, desde que tudo o que está no mundo participa causalmente nas suas modificações. E, claro é, que colocar o homem em alguma parte fora do mundo, é estar intelectualmente em plena desordem científica; e é igualmente claro que, para a Física, a noção de participar na não modificação do curso do mundo, é um contra-senso, pois a Física não conhece outro mundo que não seja o constituído pelas modificações fenoménicas (21).

(21) A análise da categoria de qualidade é uma das grandes lacunas da Lógica. Depois da genial descoberta, por Kant, dos juízos indefinidos, o problema sofreu um retrocesso e ficou pouco menos que desqualificado, sob a ideia, predominante na maioria dos lógicos, de que apesar de um matiz inapreensível, não havia diferença entre o juízo indefinido e o negativo. Daí resultou que se tornou um lugar comum dizer que o juízo indefinido somente serviu a Kant para guardar a simetria entre as suas tábuas de categorias.

Porém, isto denuncia uma apreciação unilateral do assunto, referida a uma experiência de necessidade. Para o direito ressalta claramente e é ineludível, como pode concluir-se do texto. Sem embargo, tão-pouco a categoria de qualidade foi analisada pelos filósofos do direito que se limitaram a dar como subentendido a opinião já tradicional. Daqui as dificuldades que oferece o conceito dos delitos por omissão e o das obrigações de não fazer, que reclamam o juízo indefinido e sobre os quais não poderá jamais lograr-se claridade sem recorrer a ele. Desprovidos de antecedentes directos, realizámos a análise da categoria de qualidade na *Teoría egológica del Derecho*, págs. 230 a 236 e 336 a 342 (Buenos Aires, 1944, Losada S. A.). A categoria de modalidade conta como uma análise de algum modo similar, como pode ver-se em Hartmann, *Ethics*, cap. XXIII, parágrafo b (London, 1932, Allen and Unwin).



Assim, pois, os três modos do juízo existencial que formula o jurista não são juízos da Física embora sejam juízos de existência. E em tal caso, é de superior interesse tirar a conclusão que oferece este fundamental juízo de existência dentro daquele em que totalmente se move o jurista: compreender que a noção de causa foi indevidamente levada para a Ciência Dogmática. Com efeito, o homem como autor do acto (sujeito lógico da proposição), liga-se sem nenhuma dificuldade e com pleno sentido ao predicado do juízo nas suas três variantes. Porém o homem, como *causa* no caso em que o sujeito lógico da proposição significaria «esta causa participa» etc., dá como resultado visíveis despropósitos físicos nas enunciações negativa e indefinida, e um não menor, ainda que dissimulado pelo equívoco, na enunciação afirmativa, cujo verdadeiro sentido se torna visível quando se põe em evidência, a respeito das três variantes, o comum despropósito.

Que cada leitor faça a experiência de reler as três proposições compreendidas na chaveta, substituindo, como acabámos de indicar, o sujeito lógico por esta locução «esta causa participa...», «esta causa não participa...» e «esta causa participa em não...» e apreciará o que queremos significar.

E daqui — de esta colocação da causalidade na órbita do Direito — emergem, na ordem penal, as conhecidas dificuldades, insuperáveis, para ver o autor de um delito de omissão, *causando* a omissão. E na ordem civil, desta mesma colocação da causalidade emergem aquelas outras dificuldades, não menos insuperáveis que os contratos de efeitos unilaterais, ou actos como o testamento, oferecem à teleologia, levando sem qualquer remédio aos motivos subjetivos da psicologia pessoal de cada qual, porque tais motivos são realmente partes das causas teleológicas do caso — e é bem sabido como o jurista se detém confundido e humilhado ante estas causas, pela impossibilidade do seu manejo dogmático.

Resumindo: o esclarecimento da autoria como egologia, suprime da teoria penal as dúvidas da causalidade e dá juridicamente valorizada uma solução directa ao que se procurava com a causalidade.



E esse mesmo esclarecimento da autoria como egologia, subministra à teoria civil os valores bilaterais ou jurídicos como fio condutor para resolver o que em vão se procurou na estrutura *meio-fim-valor do fim*. Assim, a inteligibilidade do fenómeno jurídico, que era o sentido comum dos esforços causalistas nas teorias penal e civil, resolve-se em ambos os campos sobre a mesma base: abandonando a causalidade e recorrendo à egologia.

19. *Desenvolvimento esquemático da egologia.*

Prossigamos. Admitindo que não se trata de cadeia causal de factos, considerados estes na sua objectiva realidade física, — pois assim todo o cosmos é uma só cadeia causal; admitindo, por outro lado, que se trata de compreender a conduta do homem, que inter-vém como agente ou autor, enquanto essa conduta é de interferência intersubjectiva, — podemos esquematizar da seguinte maneira os diferentes passos do processo que motiva a nossa investigação:

1.º — O jurista *interpreta* uma série de sucessos causalmente concatenados, para o qual realiza o salto egológico ou salto para o plano da personalidade. Procura nos factos a sua relação com a pessoa, na sua relação com outros factos. A relação causal condu-lo a encontrar unicamente um outro facto (causa), mas não uma pessoa. Só a pessoa é o fundamento da estrutura de sentido dos factos que o jurista considera. Assim, é impossível encontrar um homicídio sem homicida ou uma venda sem vendedor; por isso, homicídio e venda são estruturas no sentido acentuado com felicidade por Landaburu. Aquela impossibilidade não se radica em que todo o efeito tem uma causa, pois o homicida ou o vendedor, sendo imanescentes ao homicídio ou à venda, não são causa de um ou de outra, mas sim os seus respectivos fundamentos de objecto, isto é, são o todo que, como estrutura, contém as partes e onde as partes (no nosso exemplo: o homicídio ou a venda) adquirem a qualificação ou o sentido

de ser o que são precisamente pelo lugar que ocupam dentro de todo a que pertencem, ou, se se preferir, pelo papel que elas desempenham dentro do todo e no qual é o todo que esclarece qual é o papel delas (partes). A relação do todo para a parte não é uma relação causal, porque a categoria da causalidade supõe sempre uma realidade ou substância servindo para explicar as suas modificações ao passar de umas para outras; por isso ela se refere a um dado que trata simplesmente de explicar a sua existência pela existência de outro dado. Porém, a relação de causalidade não serve para passar dum nada à realidade, e, pela mesma razão, tão-pouco para passar duma realidade definida como factos a algumas coisa que, como a pessoa humana, não é facto. A relação do todo para a parte, como relação de fundamentação que é, dirige-se a uma totalidade única, em que as relações são tão importantes como os dados que aqui têm o carácter de elementos. Interessa aqui não só o elemento isolado, mas também a relação que este guarda com os outros elementos do todo. Precisamente chama-se fundamento àquele elemento último e comum a que todos os elementos se remetem e que estrutura a relação de interdependência e hierarquia com que os diversos elementos se apresentam organizados enquanto objectos.

2.º — A interpretação dos factos em função da personalidade põe o jurista frente à realidade jurídica, que é a realidade fenomenalizada (conduta).

Longe de crer que o salto para a personalidade, ou salto egológico, nos afasta do plano da mera existência duma acção humana juridicamente considerada, é devido a ele que a mera existência jurídica do acto se nos apresenta.

3.º — A pessoa, em plano ôntico, descobre-nos os seus modos essenciais de conduta, entre os quais está o da interferência intersubjectiva de conduta que, como ponto de vista, definirá o horizonte jurídico, isto é, o ângulo desde o qual a conduta aparece como sendo a experiência jurídica.

4.º — A pessoa, no plano ontológico, descobre-nos os seus valores de conduta que dão um sentido à conduta da pessoa. Para que

este sentido seja um sentido jurídico, tais valores têm que corresponder aquela estrutura ôntica intersubjectiva da interferência de acções possíveis. Por isso, os valores jurídicos são os valores bilaterais: justiça, solidariedade, cooperação, paz, poder, segurança e ordem.

5.º — Com esta articulação ôntico-ontológica que nos dá a pessoa, podemos compreender o sentido imanente dos actos humanos que se dão no mundo causalmente concatenados como parte dele, de sorte que os actos se tornam juridicamente inteligíveis em um ou em outro dos três modos que, pela sua qualidade lógica, admite o juízo da existência do Direito.

6.º — A consideração da série causal dos factos não é ilimitada no seu ilimitado encadeamento, pois é cortada pelo jurista devido à mesma necessidade que se apresenta ao físico. Simplesmente o físico actua quando encontra a causa (um facto) que lhe dá a solução do problema, sem prejuízo de que outro físico estabeleça novo problema em relação a esta causa e procure a causa da causa. Pelo contrário, o jurista toma a série causal de factos até a um certo ponto, cortando-a sem prosseguir, quando o seu sentido se lhe tornou compreensível. O jurista corta a série causal quando logrou a sua compreensão; e fixa-se na consideração dela enquanto não obtenha uma compreensão que o satisfaça. A compreensão de que se trata para ele é a de ver o acto que considera (delito, contrato, etc.) perfeita e claramente definido como ordem ou desordem, como segurança ou insegurança, como justiça ou injustiça e assim por diante, relativamente a todos os valores jurídicos. Tomará, pois, mais ou menos factos da série causalmente concatenada, na qual se encontra o que ele considera, na medida em que a compreensão do sentido do acto o requeira.

7.º — É claro que o corte da cadeia causal efectuado pelo jurista permite assinalar o facto ou circunstância do caso onde o corte tem lugar.

E isto é decisivo para uma ciência como a nossa que põe em movimento verdades estimativas, isto é, enunciações cuja força de



convicção depende, na sua parte lógicamente positiva, do juízo do valor que integra a enunciação. Com efeito, a circunstância de facto em que o jurista interrompe a cadeia causal de sucessos, permite às outras pessoas colocarem-se no mesmo ponto de observação tomado por o jurista ao pronunciar-se. E se colocados neste ângulo, existe para os outros concordância sobre a compreensão do caso, esta apresenta-se por isso mesmo como objectiva e não como um capricho ou uma arbitrariedade de quem a enunciou. Quer isto dizer que se considera articulada no nosso assunto a exigência científica da objectividade da estimativa jurídica e subministrado o critério de tal objectividade.

8.º — Estas circunstâncias do caso jurídico que revestem o ângulo a partir do qual o caso é compreendido pelo jurista, podem ser enunciados pelo intérprete; e assim a compreensão do caso torna-se comunicável e transmissível segundo o modo inerente ao saber conceitual. E assim se explica como se integra por dentro da lei o conceito da experiência jurídica que as leis dão de forma geral, quando nos referimos a esta experiência em casos individuais. Com efeito já vimos que um caso não é juridicamente inteligível sem a correspondente norma (parte lógicamente negativa da verdade jurídica), de modo que a circunstância de facto do ponto onde se deu a interrupção da cadeia causal não pode nunca ser uma circunstância exterior da figura normativa desenhada na lei; pelo contrário, apresentar-se-á sempre como uma circunstância não enunciada pela lei mas dentro da universalidade lógica do género por esta enunciado sem distinções. Não importa que a circunstância seja tomada em sua univocidade para exprimir a compreensão livremente emocional da equidade, ou que a circunstância seja tomada considerando o seu aparecimento geral em casos sucessivos para fundar a compreensão conceitual de um critério jurisprudencial. O que interessa é destacar que estas circunstâncias do caso traduzem a valoração jurídica e que tanto servem para fundar as determinações individuais que a lei não estabelece (tal é o caso, por exemplo, das leis que deixam uma margem facultativa), como para fundar uma distinção que é uma



valorização da lei e em virtude da qual se afirma que a lei não se refere aos casos qualificados com tais circunstâncias.

9.º — De tudo o que fica exposto, resulta que o chamado problema da causa no Direito é, para a teoria egológica, um problema de interpretação. Embora civilistas e penalistas assim não o tenham entendido, o que é verdade é que a teoria egológica pode, sem dificuldade, apresentá-lo como um caso particular do problema da interpretação. O que se interpreta, segundo aquela teoria, é, não a lei, mas sim a conduta mediante a lei. Se se trata de conhecer um acto humano como tal, isto é, se procuramos conhecer uma conduta e se esta é sempre conduta de um homem, compreende-se sem dificuldade que a circunstância de facto em que se fixa o corte da cadeia causal de sucessos onde se coloca a «causa» de um acto jurídico, não é de per si um objecto independente a conhecer no seu ligame causal com outros factos, mas sim, sempre e somente o perfil fenoménico ou limite externo, isto é, a forma sensível da configuração de algo; e este algo é a conduta do sujeito actuante em questão.

Como formas sensíveis ou perfil fenoménico da conduta—e não como causas ou efeitos de outros factos — assim toma o jurista o conjunto de circunstâncias de facto com que um caso se lhe apresenta na experiência, sendo problema de natureza estimativa a resolver pela compreensão o de escolher esta ou aquela circunstância dentro do conjunto de circunstâncias, para dar a todos uma apresentação sistemática com referência à escolhida como meridiano da realidade, sendo óbvio que a pluralidade de circunstâncias do caso não poderia ver-se como pertencendo a um mesmo conjunto, sem o salto egológico que nos conduz ao plano da personalidade. A personalidade fundamenta a unidade do caso que se apresenta através de uma grande quantidade de fenómenos ou circunstâncias de facto; porém, a circunstância ou as circunstâncias do caso, que como meridiano da realidade, se elegem para dar a chave da compreensão do caso no seu conjunto de circunstâncias, é o que nos leva a cortar a cadeia causal da Natureza ou afirmar ou negar algo sobre a causa de um acto jurídico, quando, mediante elas, logramos uma

determinada compreensão da conduta em exame. Recorremos, pois, a uma circunstância do caso para cortar a cadeia causal ou para afirmar ou negar uma causa jurídica, quando por meio dela compreendemos o acto.

Não é necessário discutir a realidade empírica da conduta humana, por ser alguma coisa de total e directa evidência. Neste sentido, haverá de reconhecer-se que existe uma intuição da conduta. Mas a conduta, enquanto vida humana plenária, consente em ser considerada do ponto de vista ôntico e ontológico. A intuição dela, no plano ontológico, é a intuição axiológica de natureza emocional que Max Scheler contribuiu para destacar, com êxito, em nossos dias; a intuição da conduta no plano ôntico é uma intuição sensível ou sensorial. Não se julgue porém, com isto que é a mesma intuição sensível com que captamos o mundo físico. Não há dúvida que *vemos* a conduta alheia, que vemos o que faz o próximo — e isto se afirma sem metáfora.

Sem embargo, a conduta não tem cores nem formas geométricas, que é o que vemos nas coisas; não há conduta esférica nem cúbica, nem vermelha ou azul. Porém, isto não tira evidência ao que podemos ver da conduta porque, precisamente, a vemos não como coisa, mas como conduta. Sem considerar agora o facto de que a intuição da conduta apresenta sempre compenetradas a sua intuição ôntica e sua intuição ontológica (22), — e nem outra coisa podia ser, uma vez que se trata do mesmo objecto, a respeito do qual é possível obter os dois modos de focar, porque, como Heidegger o descobriu, ser ontológico pertence-lhe como característica ôntica, — a referência que fizemos à intuição ôntica ou sensível vem a propósito, pois nos ajuda superlativamente a entender que as circunstâncias de facto

(22) Haveria que acrescentar agora o seguinte, como consequência que por si só se impõe, ainda que este não constitua o nosso tema: que ao captar a originária intuição do Direito não se adverte bem a *unidade interna* das intuições ôntica e ontológica a que no texto nos referimos; isto é, não são duas coisas autónomas ou independentes, mas sim a mesma coisa vista através de dois prismas diferentes.

com que um caso se exterioriza na experiência, são as formas sensíveis em perfis externos da conduta em questão, perfis que são a configuração de algo, isto é, de uma conduta.

E agora, como em geral para a intuição sensorial, intuimos o configurado captando as suas formas sensíveis ainda que estas formas não sejam geométricas, cromáticas, térmicas ou cinemáticas (23).

Em conexão com isto, diremos que as enunciações dogmáticas que dá uma lei e que constituem o seu conteúdo contingente, são também, como é claro, menção conceitual de circunstâncias de casos. As circunstâncias de um caso são a totalidade de circunstâncias de facto com que um caso se apresenta na realidade; e, ainda que somente algumas destas, pelo seu valor genérico e típico, estejam enunciadas na lei e por ela reciprocamente imputadas em certa estrutura, e outras circunstâncias não apareçam mencionadas no conceito legal, isto não tira às primeiras a sua natureza de também serem circunstâncias do caso no conjunto total de circunstâncias com que o caso aparece na experiência. Isto explica que a avaliação jurídica, procurando dar a compreensão do caso, tenha que valorizar a imputação legal no mesmo acto que se escolhe como meridiano da realidade, uma determinada circunstância para hierarquizar à sua volta as restantes circunstâncias. Quando a circunstância eleita como directora da compreensão do caso, é uma das que se encontram mencionadas na lei, falaremos da aplicação pura e simples da lei e da resolução do caso segundo o modo como a lei o prediz e porque ela o prediz. Porém, quando a circunstância eleita como directora da compreensão do caso, é uma das que não estão

(23) Relativamente a tudo o que diz respeito à intuição da conduta como realidade, a bibliografia fundamental é a de Heidegger e Bergson. No que respeita ao tipo de especialidade que corresponde à conduta, pode ver-se Eduardo Nicol, *Psicología de las situaciones vitales*, págs. 47, 55 e segs., 127. (México, 1941, ed. de El Colegio de México) e que é muito importante para o problema da sua intuição sensível.



mencionadas na lei, chega-se à distinção axiológica que estabelece duas espécies dentro do gênero legal, para dar fundamento à afirmação de que a lei não se refere à espécie que constitui esta circunstância, ou, ao contrário, de que unicamente se refere à dita espécie segunda a qual se faz a direção da construção dogmática. E com isto a lei não cria outro problema para o intérprete que não seja o negativo como critério de verdade, ou seja: não constituir a compreensão do caso como resultado da vivência de uma contradição (24), — facto em que se manifesta toda a força da lei e seu insubstituível papel na segurança do Direito.

Desde que a lei, enquanto menção conceitual do caso, integra o caso mesmo de esta maneira (maneira típica e exclusiva dos objectos egológicos), compreende-se bem como e porquê o conhecimento por compreensão que tematiza a Ciência Dogmática, não é uma compreensão livremente emocional, mas sim uma compreensão conceitualmente emocional; isto é: compreensão na qual a intuição axiológica do Direito corre por um caudal conceitual de uma não contradição essencial que vai dando estruturalmente por antecipadas certas referências de conteúdo à compreensão de tal compreensão, e com ele a própria compreensão jurídica.

20. *Perinorma e norma primária.*

Chegou o momento de aclarar a segunda diferença existente entre a concepção racionalista da consecutividade dos deveres, oferecida por Kaufmann, e a que sobre bases bem diferentes, propõe a teoria egológica.

Até aqui temos feito ver principalmente que a estrutura lógica

(24) O complicado fenómeno do intérprete judicial que denomino vivência da contradição, está estudado no meu livro *El Derecho en el Derecho Judicial*, págs. 130 a 152 (Buenos Aires, 1945, Raft. L.^a).

com que se apresenta o enlace das normas consecutivas, só elucida *como* se sucedem os deveres, mas não, como crê Kaufmann, a razão de ser imanente do trânsito mesmo; isto é, quais são esses deveres e *porquê* este e não aquele dever se segue a outro. Repudiamos a tese racionalista, pois não se compreende como a mera idealidade possa ter virtude operante sobre uma realidade humana que é o Direito.

Kaufmann faz a sua construção com a ferramenta kelseniana da norma secundária e norma primária: A norma secundária contém a representação do dever do súbdito e a norma primária contém a representação do dever do juiz, ou seja a sanção. «Verificada a lesão, segue-se a sanção», diz a norma primária; e é este o dever que substitui e se segue ao dever do súbdito em caso de não cumprimento, na exposição do problema que nos oferece Kaufmann. Sem necessidade de recordar a função nominalista com que Kelsen debilita a norma secundária, Kaufmann entende estar frente a duas normas diversas da mesma ordem, referindo-se já a duas condutas diferentes: a do súbdito, que se encontra frustrada, e a do juiz. Neste ponto, que é aquele em que intervém a objecção egológica, já Kaufmann passou (ou saltou) para outra norma e, com ela, à conduta de uma nova pessoa no problema da consecutividade dos deveres.

Sem embargo, o reajuste disjuntivo da estrutura da norma, efectuada pela teoria egológica, não nos permite ainda passar nesta altura da análise nem a outra norma nem a outra conduta. Passamos simplesmente da endonorma à perinorma. Haverá de frizar-se aqui que não é verbal a diferença entre norma primária, no sentido que lhe é dado por Kelsen, e perinorma mas sim diferença de muito valor e de natureza bem definida. Com efeito, a expressão «verificada a lesão, segue-se a sanção», pode ter por conteúdo referencial a conduta do transgressor ou a conduta do juiz. Com ela podemos referir-nos à vida do transgressor integrada como acto de força (por exemplo, à vida do delinvente na cadeia ou ao estado patrimonial em que ficou vivendo uma pessoa que foi réu em acção executiva), ou, por outro lado, podemos referir-nos ao dever do juiz cumprido na sua sentença condenatória. Com a mesma extensão lógica «veri-

ficada a lesão, segue-se a sanção», podemos formular dois conceitos normativos, segundo seja a conduta do transgressor ou do juiz o objecto da nossa representação. Igual extensão lógica, sim, porém diferente compreensão.

Ora bem, a perinorma consiste no conceito que tem por objecto de representação a conduta do transgressor; ao passo que a norma primária kelseniana utilizada por Kaufmann e Schreier consiste no conceito que tem por objecto de representação a conduta do juiz. Este último, para a teoria egológica é já a endonorma de uma segunda norma, cuja extensão lógica coincide com a da precedente perinorma mas que não pode ser confundida com ela pelo que acabamos de dizer. A perinorma não é pois, a norma primária da teoria pura do direito. E quem vir nisto uma mera diferença verbal, não poderá compreender em verdade a análise egológica deste assunto. Disto resulta que o trânsito lógico dirigido pelo princípio do terceiro excluído, introduzido pela teoria egológica, conduziu-nos da endonorma à perinorma e nada mais; levou-nos desde a prestação, com a endonorma, até à sanção, com a perinorma; porém, não é representação de nenhum novo dever nem uma nova norma, pois somente temos presente a conduta do súbdito. Endonorma e perinorma são a representação conceitual da conduta *de uma mesma pessoa*, enquanto ambas são membros de um único conceito imputativo (norma).

Significa isto que nos falta ainda explicar a transição para o dever de sentenciar do juiz, que é agora o novo dever a que se referia Kaufmann em imediata consecutividade com o dever não cumprido do súbdito.

21. *O trânsito real dos deveres como dado empírico de sentido, comum ao Direito, à Sociologia e à História.*

A estrutura lógica deste trânsito normativo de deveres, que nos leva desde o dever do sujeito obrigado ao dever do juiz, já é



de nós perfeitamente conhecida. Ela consiste, no que diz respeito à passagem da endonorma à perinorma, na relação disjuntiva inerente à norma jurídica dirigida pelo princípio lógico do terceiro excluído; e no que diz respeito à transição da perinorma para a nova endonorma da norma subsequente, na idêntica extensão lógica desta nova endonorma e daquela perinorma, requisito necessário para que a relação do oposto contraditório que existe entre prestação e transgressão, possa estender-se até à nova endonorma.

Já explicámos a razão por que esta estrutura normativa é apodíctica e o que teríamos de considerar, em contra partida, para a referirmos à estrutura lógica dos deveres de consecutividade contingente. Teremos de recordar, porém, que aquela estrutura apodíctica, como em geral qualquer estrutura lógica, só nos esclarece *como* se sucedem os deveres, mas não *quais* são estes nem *porquê* este e não aquele dever se segue a um outro dever. A estrutura lógica dá-nos apenas um fragmento da resposta na medida em que a própria norma integra a conduta por ela representada.

Como procuramos uma relação *real* de transição entre os deveres e não uma simples relação estrutural entre normas, claro é, que teremos que dirigir-nos à experiência, que é conduta em interferência intersubjectiva, para encontrar a resposta fundada em um critério empírico de verdade, correspondente a uma ciência de realidades. E, relativamente ao ponto preciso do dever consecutivo do juiz, que agora nos preocupa, isto significa que é na própria conduta do súbdito prevista pela perinorma, isto é, na lesão e na sanção, onde teremos de procurar o fundamento real do dever do juiz, já que lesão e sanção, na sua comum extensão lógica para o transgressor e o juiz, exteriorizam também o dever do juiz.

Por outras palavras: buscamos uma realidade significativa que seja, ao mesmo tempo, pelo seu sentido unitário na interferência duma conduta com a outra, transgressão para o súbdito e dever para o juiz. Se não há sanção, não houve lesão; porém, se não há sentença, tão-pouco há cumprimento do dever judicial; e daqui se vê que a sanção e a sentença não são uma e a mesma coisa, pois

que a sentença pode ser absolutória. A situação inversa é por si mesmo evidente: se existe sanção, existe uma sentença.

Em consequência, o trânsito real desde um dever não cumprido (o do súbdito) para o dever do juiz (a sentença condenatória) tem de ser entendido como o trânsito entre dois sentidos de conduta que se conjugam e integram reciprocamente na unidade da sua interferência, formando uma significação única. Não pode falar-se de relação causal — radicalmente incapaz para apreender a realidade do Direito como realidade de sentidos significativos — como se um daqueles sentidos (a transgressão) fosse a causa e o outro (a sanção) se seguisse como efeito, porque esta representação causalista destrói-se a si mesma logo que se advirta que podemos enunciá-la desta forma: «não há sanção sem transgressão», fazendo da transgressão o factor determinante; e que é igualmente legítimo enunciá-la ao contrário: «não há transgressão sem sanção», fazendo agora da sanção o factor determinante (coisa que a experiência também verifica). É que a relação entre injúria e sanção não é explicativa nem em uma nem em outra direcção, como crê o intelectualismo, mas, sim, dialéctica, na unidade de um todo de sentido, onde cada parte dá tanto como recebe da outra. Isto não ocorre em uma relação causal, pois em *uma* relação causal solitária, só uma das partes dá e a outra recebe. Se se puser a questão segundo a directriz de Meyerson, cada parte já contém tudo e o mesmo que a outra exterioriza. Porém não é esta a relação entre injúria e sanção, onde ambos os membros contribuem para criar um todo de sentido que, em quanto todo, não está separado em partes isoladas.

Resumindo, poderemos encaminhar assim a nossa resposta: não afirmaremos, como Kaufmann, que um dever se segue a outro dever *porque* a normatividade é *assim*, mas que um dever se segue a outro dever *em* uma normatividade que é *assim*, *porque* o sentido do primeiro como realidade humana, ao infringir-se, se integra no sentido do segundo, que é também realidade humana.

E observando a realidade humana, encontraremos sem dificuldade, profusamente e com evidência imediata, estas unidades de



sentido que não são nexos de causa para efeito, mas sim maneiras de viver. Vejamo-lo, partindo do exemplo mais simples, embora o mesmo se pudesse fazer partindo de qualquer das outras variantes, às quais depois se aludirá:

Suponhamos que uma pessoa exerce um acto intersubjectivo de força (por exemplo, privação de liberdade) que se compreende em conexão significativa unitária com outro acto duma pessoa A (por exemplo, o ter A matado B). Começamos, pois, procurando aqui primeiramente um acto intersubjectivo de força, independente da normatividade que possa estabelecê-lo como devendo ser. O dado oferece-nos agora uma acção de J (seu acto de força participando com acção de A enquanto este a sofre e uma acção de A (a sua vida integrada com aquele acto de força) participando da acção de J. Não importa à iniquidade ou à extravagância desta conexão de sentidos, das quais os usos sociais dão abundante exemplo. Mas já importa que à luz destas valorizações o acto de J se tenha como natural ao acto que A exerceu sobre B. Esta co-naturalidade não indica nenhum nexo de causa para efeito, mas somente uma determinada maneira de viver, como anteriormente referimos; devendo notar-se o carácter *transitivo* deste nexo unitário de sentido porque co-naturalmente se passa do acto de A sobre B no acto de J sobre A.

Se existe uma norma jurídica que confirme este nexo de sentido, isto é, que estabeleça que o acto de força de J deve ser em tais circunstâncias, podemos dizer que essa consecutividade de situações *lògicamente* deve ser; todavia, independentemente disto, embora conjuntamente com isto, também *axiològicamente* deve ser, pois neste dever ser axiológico consiste o modo de vida que tomamos como ponto de partida para a análise. E é neste dever ser axiológico da vida social onde está a razão da transição real dos deveres jurídicos que procuramos.

Não há dúvida alguma de que a norma jurídica pode vir a negar que a consecutividade de situações do nosso exemplo deva ser, estabelecendo, portanto, que outra coisa deve ser (pense-se, por

exemplo na criação do novo imposto ou no momento em que se discorre que não é delito a morte de um homem por outro devido a acidente). Porém, teremos agora que destacar, enfaticamente, duas coisas esquecidas pelo racionalismo:

1.^a — A norma jurídica só contribui para substituir o sentido axiológico co-natural existente por um novo sentido axiológico não menos co-natural que o anterior, pois não existem normas positivas no espaço, desligadas de toda a realidade, encerradas em si mesmas e existindo para si mesmas. Com efeito, ao pensar algo com uma norma, teremos que dar-lhe pelo menos um sentido axiológico, o qual, para quem pensa normativamente e por muito que acredite que só há uma norma no espaço, tem que ter possibilidade histórico-social para não ser uma simples palavra inoperante de uma utopia do legislador. Esta possibilidade histórico-social, que não se refere ao sentido axiológico da nova norma, mas sim aos substractos deste sentido, é o que distingue as leis que nascem mortas, das leis que operam como instrumentos da modificação do direito.

2.^a — Não só a nova relação de sentido resulta tão co-natural como a revogada, enquanto agora, não menos que anteriormente, a consequência é já a natural consequência axiológica da situação que funciona como antecedente, mas também a norma jurídica necessita forçosamente que haja sempre alguma realidade axiológica de sentido como primário ponto de referência. Se a norma coincide com a realidade axiológica de sentido, aquela necessidade é por si só patente. E se a norma não coincide, negando-a para contribuir a substituí-la, a mesma necessidade é igualmente patente, porque a negação e a criação normativas pressupõem, precisamente, a existência de alguma coisa anterior, que se nega e se substitui.

Sem a realidade da conduta intersubjectiva de sentido transitivo unitário, que de alguma forma pode e tem sempre que considerar-se como fundamento à parte, não existe norma nem normatividade que signifique algo fenoménico. Sem essa realidade de sentido — confirmada ou negada e substituída, não importa — teríamos que falar vagamente de uma norma situada no espaço que



nada significaria; e se isso é acaso útil para uma análise lógica de puro pensamento normativo, não constitui o plano de realidades em que se coloca a Ciência Dogmática do Direito.

Porém, não se acredite que com isto afirmamos que a normatividade jurídica se segue cronologicamente à realidade axiológica de sentidos. Ambas são conjuntas e aparecem ao mesmo tempo pela singela mas forçosa razão de que tudo o que existe, existe configurado; sendo a normatividade jurídica, precisamente, uma destas formas co-naturais à vida humana. É tão impossível uma norma positiva sem referências à realidade axiológica da conduta com seus nexos de sentido, como, ao contrário, uma realidade deste tipo jurídico sem nenhuma normatividade: a norma será esta ou aquela, mas alguma norma há-de existir.

O que nós afirmamos é somente que o nexos real de sentidos axiológicos tem que considerar-se como fundamento à parte e substancial a par do nexos lógico configurador, que é também fundamento não menos originário. Somente que aquele, por empírico que isto nos pareça, diz quais são os deveres e porquê este e não aquele dever se segue a um outro dever; ao passo que o segundo diz como se sucedem os deveres e só em parte contribui para o primeiro, na medida em que a conduta se integra com o pensamento normativo de si mesma. Em consequência, se se pergunta porquê um dever jurídico se segue a outro dever jurídico ou porquê este e não aquele, para obter a resposta teremos que ir à realidade humana, desentranhar as conexões de sentido que nos apresenta a experiência e ajustar a resposta àquele dos sentidos que realmente, por nexos significativo co-natural, nos conduza ao ponto de chegada, caminhando pela conduta formal que a lógica subministra como valor conceitual. Tal é a resposta egológica à questão do nosso estudo.

Isto faz-nos ver que o Direito não é a *regulamentação* da conduta, como afirma o racionalismo. Efectivamente, pondo de parte o Direito, isto é a regulamentação normativa, que seria, que poderia ser, essa conduta informe sem o Direito? Separada do Direito por

não ser Direito, alguma coisa, no entanto, havia de ser... A verdade é que a conduta, sem as suas formas ôntico-ontológicas, não só não pode existir, como também é qualquer coisa que em absoluto escapa ao pensamento. Isto, é sabido desde há muito tempo pelos filósofos, no entanto, parece que os juristas racionalistas o ignoram, empenhados em nos apresentar o Direito como uma ciência análoga à geometria.

Perante a ideia de que o Direito é uma regulamentação da conduta, a teoria egológica afirma que o Direito é *conduta regulada*; uma coisa é a conexão consecutiva das normas enquanto fundamento lógico do *como* se sucedem os deveres jurídicos e outra coisa bem diferente é a relação transitiva de sentidos reais entre os próprios actos enquanto fundamento, não menos essencial e originário *de quais* sejam os deveres e *porquê* este e não aquele dever se segue a outro dever. Estas duas coisas estão por sinal radicadas no Direito. Mas como é principalmente em torno da segunda que se tem desenvolvido o problema discutido, temos de destacá-la como horizonte da nossa ciência, antes de fazer, com fim didáctico, a apresentação final do nosso assunto.

A Ciência Dogmática do Direito, por uma das suas raízes originárias, tem que partir de uma compreensão cultural do dado humano enquanto que conexão de sentidos dada fenomênicamente como simples facto de experiência cultural. Por muito que a Ciência histórica e a Sociologia jurídica defiram da Ciência Dogmática na elaboração deste dado, ele é, em sua nudez, comum às três disciplinas enquanto ponto de partida tomado directamente na fonte profunda da vida plenária.

Se assim não fora, isto é, se tal dado não fosse comum às três disciplinas na sua característica de simples facto de experiência cultural, seria absolutamente incompreensível não só que o Direito fosse um fenómeno histórico e um fenómeno social, mas também que o Direito positivo fosse, precisamente, *positivo*. O homem de ciência conhece hoje, aliás, o significado pleonástico da expressão

«Direito positivo», pois todo o Direito é positivo e não existe Direito verdadeiro, autêntico, que não seja Direito positivo.

É corrente, porém, na literatura jurídica, quando se trata de extremar os campos da Sociologia Jurídica e da Jurisprudência dogmática, encontrar afirmações que colocam a Sociologia em situação de dependência em relação à Dogmática. Diz-se, por exemplo, que a Ciência Dogmática dá a noção de «delito contra a propriedade» e que é partindo desta base jurídica dada pela Dogmática que se torna possível a investigação sociológica ou criminológica correspondente. A Dogmática fixaria, pois, o tema e o âmbito da investigação sociológica, dando a esta o ponto de partida.

Ainda que os sociólogos se mostrem, de maneira geral, submetidos a esta pretensão dos juristas que os coloca em dependência intelectual, evidente é que tais afirmações não são exactas, segundo se depreende do que afirmámos anteriormente, pois, que a Sociologia, como ciência autónoma que é, toma o seu dado da experiência de forma tão originária e directa como a própria Ciência Dogmática, e precisamente com aquela compreensão inicial comum a que nos referimos. Com efeito, quando se analise alguma daquelas afirmações como a da sociologia nos delitos contra a propriedade, que citámos como exemplo, logo se vê o puro alcance extremamente verbal que tem a afirmação. Coisa alguma impede que a Sociologia tome por si mesma os factos que, como conexão real de sentidos, significam que um homem se apodera de objectos submetidos ao arbítrio de outro homem, privando-o do exercício desse arbítrio e proceda com o fim de estabelecer, por exemplo, a causa destes fenómenos.

Não se vê que necessidade tenha a Sociologia de dispor previamente de um conceito de «delito contra a propriedade» para tomar contacto com aqueles fenómenos de sentido, cujo sentido imanente já se encontra constituído em objecto de interesse científico. Pelo contrário, essa compreensão do sentido, parece ser um ponto de partida comum para o labor divergente da Sociologia e da Ciência Dogmática: aquela procurando a sua explicação fenoménica e esta



construindo o conceito normativo de «delito contra a propriedade» e suas peculiares consequências significativas. Sem dúvida que o conceito jurídico pode coincidir com o dado sociológico, e, nesse caso, haverá lugar para uma aclaração sociológica do correspondente fenómeno jurídico.

Não se duvida, por outro lado, que esta coincidência é proveitosa como fundamento de uma Sociologia assim dirigida. Porém, nem uma coisa nem outra significa que o Direito fornece à Sociologia o dado que ela requer como fundamento, porque o que serve de fundamento existe fenomenicamente de per si e é nele que, em rigor, se apoia a Sociologia.

Esta independência perante o Direito aparece claramente quando o conjunto de fenómenos sociologicamente agrupados pelo denominador comum do seu comum sentido sociológico, somente em uma das partes coincide com o conceito jurídico mais apto para a superposição. Por exemplo, apropriar-se de uma coisa alheia não é crime quando o facto se dá entre pais e filhos ou em estado de necessidade; ora não se vê como a Sociologia haveria de prescindir destes factos — verosimelmente submetidos à mesma causalidade que os restantes do grupo —, quando estuda a explicação do facto de sentido múltiplo de certos homens se haverem apoderado de determinados objectos submetidos ao arbítrio de outros homens. A Sociologia não faz esta distinção, nem teria que fazê-la na hipótese considerada; quem a faz é o Direito; mas por aqui se vê que não é o Direito que fornece o dado que ela procura como fundamento. Direito e Sociologia, tomam cada um, originariamente, seu dado de uma mesma fonte comum.

22. *Representação gráfica do problema debatido.*

Se volvermos mais uma vez ao objecto do conhecimento jurídico, isto é, à conduta em interferência intersubjectiva, ser-nos-á extremamente fácil visualizar a consecutividade apodíctica do dever do juiz relativamente ao instrumento conceitual da norma disjuntiva

que nos proporciona a teoria egológica. Limitar-nos-emos, por agora, a apreciar *como* este dever se segue a outro dever, pondo de parte o fundamento real da transitividade do mesmo, pois em relação a este ponto já falámos demasiadamente.

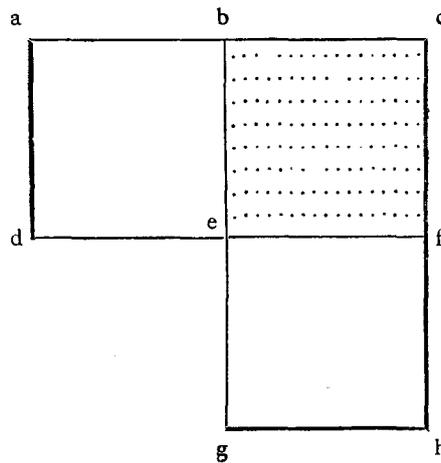
Vejam: se tratarmos apenas de representar a conduta de uma pessoa A com a norma completa que a ela se refere, encontramos na endonorma uma interferência intersubjectiva, que constitui o objecto jurídico pertinente a essa conduta. Com efeito, encontramos ali o sujeito B como sujeito titular de um direito; segundo a endonorma de A, deve A respeitar a vida de B, por exemplo. Porém, com a perinorma de A, isto é, dado o suposto contrário de que A tenha tirado a vida a B, encontramos A em uma nova interferência intersubjectiva como condição para que esta sua conduta seja Direito, a qual nova interferência está em uma real conexão transitiva de sentido com a precedente. Será agora a interferência de conduta entre A e o juiz, razão pela qual a perinorma de A diz que A deve ser preso. Relativamente à prisão de A, a decisão do juiz aparece como condição quando se representa a conduta de A na prisão — que constitui a sanção. Porém, nada impede que, sobre o mesmo *factum* de conduta intersubjectiva, se represente a conduta do juiz. Mas isso terá, naturalmente, lugar com outra norma, sendo claro que a actuação do Juiz estará representada com uma endonorma, isto é, como um dever jurídico do qual agora é condição a conduta de A, ou seja: o homicídio por ele cometido.

Não se esqueça, como bem o notou Kelsen, que transgressão e sanção são termos indissolúvelmente correlativos: conhece-se o delito determinando a sanção e, simultâneamente, conhece-se a sanção determinando o delito.

Lauriáno Landaburu, nos trabalhos anteriormente citados, tornou definitivamente claro que sòmente para uma concepção naturalista da experiência jurídica, o delito aparece no passado e a sanção no futuro. Rigorosamente, como experiência jurídica que tem lugar no tempo existencial, o delito e a sanção, na unidade da sua significação jurídica, estão igualmente presentes na interferência da con-

duta judicial, que é a sentença quando se reflita sobre a proposição: *praticado o homicídio deverá seguir-se a prisão do homicida*, logo se compreende que tal proposição pode integrar duas representações de conduta: uma, a representação da conduta do homicida; outra, a representação da conduta do juiz que o condena.

O seguinte esquema permite-nos visualizar como a perinorma de A coincide, na sua extensão lógica, com a endonorma do juiz, não obstante serem diferentes a compreensão lógica de uma e outra porque o objecto que representa uma é a conduta do transgressor, ao passo que o objecto que representa a outra é a conduta do juiz.



O rectângulo $a c d f$, é a norma completa que prevê a conduta do súbdito A do nosso exemplo; o quadrado $a b d e$, é a sua endonorma; e o quadrado $b c e f$, é a sua perinorma. A parte pontilhada é a conduta que, como objecto do conhecimento jurídico, ocorreu realmente. A foi preso por haver dado a morte a B. Esta sanção encontra o seu significado, isto é, é pensada, assim como toda a norma $a c d f$, como juízo disjuntivo. Porém o quadrado $b c e f$ é, ao mesmo tempo, a endonorma da norma completa $b e g h$ com que representamos a conduta do juiz que lhe corresponde. Também aqui o sentido da conduta do juiz é pensada na totalidade disjuntiva



da sua respectiva norma, ainda que a perinorma *e f g b* não tenha cumprimento intuitivo porque o juiz não transgrediu o seu dever. O dado intuitivo de conduta intersubjectiva que cai sob a extensão lógica de *b c e f*, pensado horizontalmente, é uma perinorma, e nela a conduta do juiz só é uma condição integrante do seu sentido jurídico, apodicticamente no que diz respeito *ao como* e assertòricamente no que diz respeito *ao porquê*; porém, o mesmo dado, pensado verticalmente, é uma endonorma e nela a conduta do transgressor só é uma condição integrante do sentido jurídico que corresponde à outra conduta (a do juiz, neste caso) com a mesma dupla referência apodíctica e assertórica.

Assim, devido a esta superposição de perinorma e endonorma, fundada na sua comum extensão lógica, se encadeam as diversas normas de um mesmo plano normativo na consecutividade necessária de deveres. A consecutividade ou transitividade das normas jurídicas é, sem dúvida, uma estrutura lógica do pensamento jurídico, que tinha de ser esclarecida a fim de o pensamento científico apreender a dinâmica do Direito no seu movimento de coordenação. Porém, livres de qualquer hipóstasis, vemos o fundamento desta dinâmica, não na consecutividade exclusivamente, mas sim repartido entre a consecutividade e a deslocação significativa real e efectiva que, como fenómeno de sentido, conduz de um dever jurídico a outro dever. Esta deslocação explica *quais* são os deveres e porquê este e não aquele dever se segue a outro; e aquela consecutividade explica *como* se sucedem os deveres, e, também, em parte, quais são eles, e porque é o segundo e não outro, enquanto a norma está integrando aquele sentido que se vive como deslocação na transição.

Publicado com autorização expressa do autor e traduzido pelo Dr. Vera Jardim.

Carri