

III

Direito e ciência

1. As normas jurídicas como objeto da ciência jurídica

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas¹. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto “juridicamente”, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica².

2. Teoria jurídica estática e teoria jurídica dinâmica

Conforme o acento é posto sobre um ou sobre o outro elemento desta alternativa: as normas reguladoras da conduta humana ou a conduta humana regulada pelas normas, conforme o conhecimento é dirigido às normas jurídicas produzidas, a aplicar ou a observar por atos de conduta humana ou aos atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas, podemos distinguir uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito³. A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento. Deve, no entanto, observar-se, a propósito, que este mesmo processo e, por sua vez, regulado pelo Direito. E, com efeito, uma característica muito significativa do Direito o ele regular a sua própria produção e aplicação. A produção das normas jurídicas gerais, isto é, o processo legislativo, é regulado pela Constituição, e as leis formais ou processuais, por seu turno, tomam à sua conta regular a aplicação das leis materiais pelos tribunais e autoridades administrativas. Por isso, os atos de produção e de aplicação (que, como veremos, também é ela própria produção)⁴ do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo de normas jurídicas, enquanto são determinados por normas

jurídicas. Desta forma, também a teoria dinâmica do Direito é dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e a aplicação do Direito.

3. Norma jurídica e proposição jurídica

Na medida em que a ciência jurídica apenas apreende a conduta humana enquanto esta constitui conteúdo de normas jurídicas, isto é, enquanto é determinada por normas jurídicas, representa uma interpretação normativa destes fatos de conduta. Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que não de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados. As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como *proposições* jurídicas, ser distinguidas das *normas* jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. *Proposições* jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As *normas* jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. Em todo o caso, não são - como, por vezes, identificando Direito com ciência jurídica, se afirma - instruções (ensinamentos). O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência - não “ensina” nada. Na medida, porém, em que as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras e proposições, podem elas aparecer sob a forma de enunciados do mesmo tipo daqueles através dos quais se constata fatos. A norma segundo a qual o furto deve ser punido é freqüentemente formulada pelo legislador na seguinte proposição: o furto é punido com pena de prisão; a norma que confere ao chefe de Estado competência para concluir tratados, assume a forma: o chefe de Estado conclui tratados internacionais. Do que se trata, porém, não é da forma verbal, mas do sentido do ato produtor de Direito, do ato que põe a norma. E o sentido deste ato é diferente do sentido da proposição jurídica que descreve o Direito. Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica⁵. A ciência jurídica tem por missão conhecer - de fora, por assim dizer - o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm - como autoridade jurídica - antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica. E certo que também os órgãos aplicadores do Direito têm de conhecer - de dentro, por assim dizer - primeiramente o Direito a aplicar. O legislador, que, na sua atividade própria, aplica a Constituição, deve conhecê-la; e igualmente o juiz, que aplica as leis, deve conhecê-las. O conhecimento, porém, não é o essencial: é apenas o estágio preparatório da sua função que, como adiante melhor se mostrará, é simultaneamente - não só no caso do legislador como também no do juiz - produção jurídica: o estabelecimento de uma norma jurídica geral - por parte do legislador - ou a fixação de uma norma jurídica individual - por parte do juiz⁶.

Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. Esta “produção”, porém, tem um puro caráter teórico ou gnoseológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica.

É freqüentemente ignorada a distinção entre a função da ciência jurídica e a função da autoridade jurídica, e, portanto, a distinção entre o produto de uma e de outra. Assim acontece no uso da linguagem em que o Direito e ciência jurídica aparecem como expressões sinônimas⁷. Fala-se, por exemplo, do “Direito internacional clássico”, querendo significar-se com isso uma determinada teoria do Direito internacional, ou chega mesmo a falar-se na concepção segundo a qual a ciência jurídica seria uma fonte de Direito no sentido de que se poderia esperar dela a decisão vinculante de uma questão jurídica. A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), *prescrever* seja o que for⁸. Nenhum jurista pode negar a distinção essencial que existe entre uma lei publicada no jornal oficial e um comentário jurídico a essa lei, entre o código penal e um tratado de Direito penal. A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica - e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos - não são verídicas ou inverídicas mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas. A proposição contida num tratado de Direito civil em que se afirme que (em conformidade com o Direito estadual que forma objeto do tratado) quem não cumpre uma dada promessa de casamento (esponsais) tem de indenizar pelo prejuízo que por tal fato cause, caso contrário deverá proceder-se a execução forçada no seu patrimônio, é inverídica se no Direito estadual que constitui o objeto deste tratado - tratado que se propõe descrever o Direito - se não prescreve tal dever, já que se não prevê essa execução forçada. A resposta à questão de saber se uma tal norma jurídica vigora ou não dentro de determinada ordem jurídica e - não direta mas indiretamente - verificável, pois uma tal norma tem - para vigorar - de ser produzida através de um ato empiricamente verificável. Contudo, a norma estatuída pela autoridade jurídica que prescreve a indenização do prejuízo causado e a execução forçada, na hipótese de conduta discordante, não pode ser verídica ou inverídica, pois ela não é um enunciado, não é uma descrição de um objeto, mas uma prescrição e, como tal, é o objeto a descrever - a descrever pela ciência jurídica. A norma estatuída pelo legislador que prevê a execução do patrimônio daquele que não indeniza o prejuízo causado pelo não-cumprimento da sua promessa sponsalícia, e a proposição descritiva desta norma, formulada pela ciência jurídica: quando alguém não indeniza o prejuízo causado pelo não-cumprimento de uma promessa sponsalícia deve proceder-se a execução forçada no seu patrimônio - têm caráter logicamente diverso. Por isso é aconselhável distinguir também terminologicamente estas duas formas de expressão chamando-lhes, respectivamente

norma jurídica e proposição jurídica. As proposições jurídicas formuladas pela ciência do Direito não são, pois, simples repetição das normas jurídicas postas pela autoridade jurídica. A objeção de que são supérfluas, porém, não é tão patentemente infundada como a que considerasse supérflua uma ciência natural a lado da natureza. É que a natureza não se manifesta, como o Direito, em palavras faladas e escritas. A essa objeção de que uma proposição jurídica, formulada pela ciência do Direito, é supérflua ao lado da norma jurídica - que a autoridade jurídica estabelece e aquela ciência descreve - pode apenas fazer-se face mostrando que ela conduz a afirmar que é supérflua, ao lado de uma lei penal, uma descrição jurídico-científica da mesma, que é supérflua, ao lado do Direito, uma ciência jurídica.

Dado que as normas jurídicas como prescrições, isto é, enquanto comandos, permissões, atribuições de competência, não podem ser verdadeiras nem falsas, põe-se a questão de saber como é que os princípios lógicos, particularmente o princípio da não-contradição e as regras da concludência do raciocínio, podem ser aplicados à relação entre normas (como desde sempre tem feito a Teoria Pura do Direito) quando, segundo a concepção tradicional, estes princípios apenas são aplicáveis a proposições ou enunciados que possam ser verdadeiros ou falsos. A resposta a esta questão é a seguinte: os princípios lógicos podem ser, se não direta, indiretamente, aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas. Duas normas jurídicas contradizem-se e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem; e uma norma jurídica pode ser deduzida de uma outra quando as proposições jurídicas que as descrevem podem entrar num silogismo lógico.

A isto não se opõe o fato de estas proposições serem e terem de ser proposições normativas (*Sollsätze*) por descreverem normas de dever-ser. A proposição que descreve a validade de uma norma penal que prescreva a pena de prisão para o furto seria falsa se afirmasse que, segundo tal norma, o furto é punido com prisão, pois casos há nos quais, apesar da vigência desta norma, o furto não é efetivamente punido, v. g., quando o ladrão se subtrai à punição. A proposição jurídica que descreva esta norma apenas poderá traduzir que, se alguém comete furto, deverá ser punido. Porém, o dever-ser da proposição jurídica não tem, como o dever-ser da norma jurídica, um sentido prescritivo, mas um sentido descritivo. Esta ambivalência da palavra “dever” (*Sollen*, dever-ser) é esquecida quando se identificam proposições normativas (*Sollsätze*) com imperativos⁹.

4. Ciência causal e ciência normativa

Determinando o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais. Somente por esta via se alcança um critério seguro que nos permitirá distinguir univocamente a sociedade da natureza e a ciência social da ciência natural.

A natureza é, segundo uma das muitas definições deste objeto, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade. As chamadas leis naturais, com as quais a ciência descreve este objeto - como, v. g., esta proposição: quando um metal é aquecido, dilata-se - são aplicações desse princípio. A relação que intercede entre o calor e a dilatação é a de causa e efeito.

Se há uma ciência social que é diferente da ciência natural, ela deve descrever o seu objeto segundo um princípio diferente do da causalidade. Como objeto de uma tal ciência que é diferente da ciência natural a sociedade é uma ordem normativa de conduta humana. Mas não há uma razão suficiente para não conceber a conduta humana também como elemento da natureza, isto é, como determinada pelo princípio da causalidade, ou seja, para a não explicar, como os fatos da natureza, como causa e efeito. Não pode duvidar-se de que uma tal explicação - pelo menos em certo grau - é possível e efetivamente resulta. Na medida em que uma ciência que descreve e explica por esta forma a conduta humana seja, por ter como objeto a conduta dos homens uns em face dos outros, qualificada de ciência social, tal ciência social não pode ser essencialmente distinta das ciências naturais.

Quando, contudo, se procede à análise das nossas afirmações sobre a conduta humana, verifica-se que nós conexionamos os atos de conduta humana entre si e com outros fatos, não apenas segundo o princípio da causalidade, isto é, como causa e efeito, mas também segundo um outro princípio que é completamente diferente do da causalidade, segundo um princípio para o qual ainda não há na ciência uma designação geralmente aceita. Somente se é possível a prova de que um tal princípio está presente no nosso pensamento e é aplicada por ciências que têm por objeto a conduta dos homens entre si enquanto determinada por normas, ou seja, que têm por objeto as normas que determinam essa conduta, é que teremos fundamento para considerar a sociedade como uma ordem diferente da da natureza e para distinguir das ciências naturais as ciências que aplicam na descrição do seu objeto este outro princípio ordenador, para considerar estas como essencialmente diferentes daquelas. Somente quando a sociedade é entendida como uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é que ela pode ser concebida como um objeto diferente da ordem causal da natureza, só então é que a ciência social pode ser contraposta à ciência natural. Somente na medida em que o Direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si pode ele, como fenômeno social, ser distinguido da natureza, e pode a ciência jurídica, como ciência social, ser separada da ciência da natureza.

5. Causalidade e imputação; lei natural e lei jurídica

Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como *imputação*. Pela via da análise do pensamento jurídico pode mostrar-se que, nas proposições jurídicas, isto é, nas proposições através das quais a ciência jurídica descreve o seu objeto, o Direito - quer seja um Direito nacional ou o Direito internacional -, é aplicado efetivamente um princípio que, embora análogo ao da causalidade, no entanto, se distingue dele por maneira característica. A analogia reside na circunstância de o princípio em questão ter, nas proposições jurídicas, uma função inteiramente análoga à do princípio da causalidade nas leis naturais, com as quais a ciência da natureza descreve o seu objeto. Proposições jurídicas são, por exemplo, as

seguintes: Se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena; se alguém não paga a sua dívida, deve proceder-se a uma execução forçada do seu patrimônio; se alguém é atacado de doença contagiosa, deve ser internado num estabelecimento adequado. Procurando uma fórmula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecido. É esta a forma fundamental da proposição jurídica, já acima posta em evidência. Tal-qualmente uma lei natural, também uma proposição jurídica liga entre si dois elementos. Porém, a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, a da causalidade. Sem dúvida alguma que o crime não é ligado à pena, o delito civil à execução forçada, a doença contagiosa ao internamento do doente como uma causa é ligada ao seu efeito. Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica - através de um ato de vontade, portanto - enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie.

Esta distinção desaparece nos quadros de uma mundividência metafísico-religiosa. Com efeito, por força dessa mundividência, a ligação de causa e efeito é produzida pela vontade do divino Criador. Portanto, também as leis naturais descrevem normas nas quais se exprime a vontade divina, normas que prescrevem à natureza um determinado comportamento E, por isso, uma teoria metafísica do Direito crê poder encontrar na natureza um Direito natural. No entanto, nos quadros de uma mundividência científica, dentro dos quais apenas pode achar lugar uma teoria positivista do Direito, a distinção entre lei natural e proposição jurídica deve ser sustentada e acentuada com firme decisão. Quando a proposição jurídica é aqui formulada com o sentido de que, sob determinados pressupostos, *deve* realizar-se uma determinada conseqüência, isto é, quando a ligação, produzida por uma norma jurídica, dos fatos estabelecidos como pressuposto e conseqüência e expressa na proposição jurídica pela cópula “deve (-ser)” (*Sollen*), esta palavra não é empregada no seu sentido usual - como já notamos acima¹⁰ e deve uma vez mais ser bem acentuado. Com “dever-ser” exprime-se usualmente a idéia do ser- prescrito, não a do ser-competente (ser-autorizado) ou a do ser-permitido. O dever-ser jurídico, isto é, a cópula que na proposição jurídica liga pressuposto e conseqüência, abrange as três significações: a de um ser-prescrito, a de um ser-competente (ser-autorizado) e a de um ser-(positivamente)-permitido das conseqüências. Quer isto dizer: com o “dever-ser” (*Sollen*) que a proposição jurídica afirma são designadas as três funções normativas. Este “dever-ser” apenas exprime o específico sentido com que entre si são ligados ambos os fatos através de uma norma jurídica, ou seja, numa norma jurídica. A ciência jurídica não pode exprimir esta conexão produzida através da norma jurídica, especialmente a conexão do ilícito com a conseqüência do ilícito, senão pela cópula “deve-ser”. Para traduzir o sentido específico com que a norma jurídica se endereça aos órgãos e sujeitos jurídicos, aquela não pode formular a proposição jurídica senão como uma proposição que afirme que, de acordo com determinada ordem jurídica positiva, sob certos pressupostos deverá intervir uma determinada conseqüência. Se se afirma que a ciência jurídica nada mais diz senão que uma norma jurídica entrou “em vigor” ou passou a estar “em vigência”, em uma determinada data, numa determinada ordem jurídica, e, portanto, que não exprime - diferentemente da norma jurídica - um “dever-

ser”, mas um ser, isso não é verdade. Uma vez que a afirmação de que está “em vigor” ou tem “vigência” uma norma que prescreve determinada conduta, a autoriza (para ela confere competência) ou a permite (positivamente) não pode significar que essa conduta efetivamente se realiza; ela apenas pode significar que tal conduta deve realizar-se¹¹. Em especial, a ciência jurídica não pode afirmar que, de conformidade com uma determinada ciência jurídica, desde que se verifique um ilícito, se verifica efetivamente uma consequência do ilícito. Com uma tal afirmação colocar-se-ia em contradição com a realidade, na qual muito freqüentemente se comete um ilícito sem que intervenha a consequência do ilícito estatuída pela ordem jurídica. Por outro lado, esta realidade não é o objeto a descrever pela ciência jurídica. Em nada altera a questão o fato de as normas de uma ordem jurídica a descrever pela ciência do Direito somente valerem, ou seja, o fato de a conduta por elas fixada somente ser devida (obrigatória), num sentido objetivo, quando tal conduta efetivamente corresponda, numa certa medida, à ordem jurídica. Esta eficácia da ordem jurídica é - como sempre tem de ser acentuado - apenas o pressuposto da vigência e não a própria vigência. Quando a ciência jurídica tem de exprimir a vigência da ordem jurídica, isto é, o sentido específico com que a ordem jurídica se dirige aos indivíduos que lhe estão submetidos, ela apenas pode afirmar que, de harmonia com uma determinada ordem jurídica, realizado o pressuposto que consiste na prática de um ilícito pela mesma ordem jurídica determinado, se deve verificar a efetivação de uma determinada consequência do ilícito, também por aquela ordem jurídica fixada. Com este “dever-ser” abrange-se tanto a hipótese de a execução da consequência do ilícito ser apenas autorizada ou permitida (positivamente), como também a hipótese de ela ser prescrita. As proposições jurídicas a serem formuladas pela ciência do Direito apenas podem ser proposições normativas (*Soll-sätze*) Mas - e é esta a dificuldade lógica que se rios depara na representação desta realidade -, com o emprego da palavra “dever-ser”, a proposição jurídica formulada pela ciência do Direito não assume a significação autoritária da norma jurídica por ela descrita: o “dever-ser” tem, na proposição jurídica, um caráter simplesmente descritivo. Porém, do fato de a proposição jurídica descrever algo, não se segue que esse algo descrito seja um fato da ordem do ser, pois não só os fatos da ordem do ser mas também as normas de dever-ser (*Soll-Normen*) podem ser descritos. Particularmente, a proposição jurídica não é um imperativo: é um juízo, a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento¹². E também não implica qualquer espécie de aprovação da norma jurídica por ela descrita, O jurista científico que descreve o Direito não se identifica com a autoridade que põe a norma jurídica. A proposição jurídica permanece descrição objetiva - não se torna prescrição. Ela apenas afirma, tal como a lei natural, a ligação de dois fatos, uma conexão funcional.

Se bem que a ciência jurídica tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores jurídicos através delas constituídos, as suas proposições são, no entanto - tal como as leis naturais da ciência da natureza - uma descrição do seu objeto alheia aos valores (*wertfreie*). Quer dizer: esta descrição realiza-se sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional. Quem, do ponto de vista da ciência jurídica, afirma, na sua descrição de uma ordem jurídica positiva, que, sob um pressuposto nessa ordem jurídica determinado, deve ser posto um ato de coação pela mesma ordem jurídica fixado, exprime isto mesmo, ainda que tenha por injustiça e desaprove a imputação do ato coercivo ao seu pressuposto. As normas constitutivas do valor jurídico devem ser distinguidas das normas segundo as quais é valorada a constituição do Direito. Na medida em que a ciência jurídica em geral tem de dar resposta à questão de saber se uma conduta concreta é conforme ou é contrária ao Direito, a sua resposta apenas pode ser uma afirmação sobre se essa conduta é prescrita

ou proibida, cabe ou não na competência de quem a realiza, é ou não permitida, independentemente do fato de o autor da afirmação considerar tal conduta como boa ou má moralmente, independentemente de ela merecer a sua aprovação ou desaprovação.

Visto a proposição jurídica, tal como a lei natural, exprimir uma conexão funcional, ela pode - segundo a analogia com a lei natural - ser também designada por lei jurídica. Como já se notou e deve acentuar-se, com a palavra “dever-ser” tal proposição apenas exprime o sentido específico com que são entre si ligados, pela ordem jurídica, o pressuposto e a consequência e, especialmente, o ilícito e a consequência do ilícito. Desta forma, essa conexão descrita na lei jurídica é, na verdade, análoga à conexão de causa e efeito expressa na lei natural - sendo, no entanto, diferente dela.

Assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, da proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é, o Direito, a norma jurídica. Esta - se bem que, quando tem caráter geral, seja designada como “lei” - não é uma lei, isto é, não é algo que, por qualquer espécie de analogia com a lei natural, possa ser designado como “lei”. Ela não é, com efeito, um enunciado pelo qual se descreva uma ligação de fatos, uma conexão funcional. Não é sequer um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica.

A este propósito deve notar-se que a proposição jurídica, que assim se apresenta como lei jurídica, tem - tal como a lei natural - um caráter geral, isto é, descreve as normas gerais da ordem jurídica e as relações através delas constituídas. As normas jurídicas individuais, que são postas através das decisões jurisdicionais e das resoluções administrativas, são descritas pela ciência jurídica de maneira análoga àquela pela qual a ciência da natureza descreve uma experiência concreta, remetendo para uma lei natural que nesta lei se manifesta. Um tratado de física conterà, por exemplo, o seguinte passo: Visto que, segundo uma lei natural, um corpo metálico se dilata quando é aquecido, a esfera de metal utilizada por certo físico e que este, antes do aquecimento, faz passar através de uma argola de madeira, poderá já não passar na argola depois de aquecida. Num tratado de Direito penal alemão poderia, por seu turno, encontrar-se esta passagem: Visto que, segundo uma lei jurídica a formular com referência ao Direito alemão, um indivíduo que pratique um furto deverá ser punido por um tribunal com a pena de prisão, o tribunal X, de Y, após ter verificado que A praticou um furto, estatuiu que A deve ser compulsoriamente internado, por um ano, na prisão Z. Com a proposição que afirma que A, que praticou um determinado furto, deve ser compulsoriamente internado na prisão Z, pelo espaço de um ano, descreve-se a norma individual fixada pelo tribunal X, de Y.

Se se designa como “imputação” a ligação de pressuposto e consequência expressa na proposição jurídica com a palavra “dever-ser”, de modo algum se introduz, com isso, uma nova palavra numa disciplina que já de há muito opera com o conceito de “imputabilidade”. Imputável é aquele que pode ser punido pela sua conduta, isto é, aquele que pode ser responsabilizado por ela, ao passo que imputável é aquele que - porventura por ser menor ou doente mental - não pode ser punido pela mesma conduta, ou seja, não pode por ela ser responsabilizado Diz-se, na verdade, que a um, e já não ao outro, lhe é imputada a sua ação ou omissão. Porém, a ação ou omissão em questão é precisamente imputada ou não é imputada pelo fato de, num dos casos, a conduta ser ligada a uma consequência do ilícito e, assim, ser qualificada como ilícito, enquanto

que, no outro caso, tal já não acontece, pelo que um inimputável não pode cometer um ilícito. Isso, porém, significa que a imputação não consiste noutra coisa senão nesta conexão entre o ilícito e a consequência do ilícito. A imputação que é expressa no conceito de imputabilidade não é, portanto - como pressupõe a teoria tradicional - a ligação de uma determinada conduta com a pessoa que assim se conduz. Para tal não seria preciso qualquer ligação através de uma norma jurídica, pois a conduta de modo algum se deixa separar do homem que a realiza. Também a conduta de um inimputável é a sua conduta, a sua ação ou omissão, se bem que não seja um ilícito imputável. A imputação que se exprime no conceito de imputabilidade é a ligação de uma determinada conduta, a saber, de um ilícito, com uma consequência do ilícito. Por isso pode dizer-se: a consequência do ilícito é imputada ao ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como sua causa. E evidente que a ciência jurídica não visa uma explicação causal dos fenômenos jurídicos: ilícito e consequências do ilícito. Nas proposições jurídicas pelas quais ela descreve estes fenômenos ela não aplica o princípio da causalidade mas um princípio que - como mostra esta análise - se pode designar por imputação.

6. O princípio da imputação no pensamento dos primitivos

Uma investigação das sociedades primitivas e da especificidade da mentalidade primitiva mostra que o mesmo princípio está na base da interpretação da natureza pelos homens primitivos¹³. É mais do que provável que o primitivo ainda não explicasse os fenômenos naturais segundo o princípio da causalidade. Este princípio, como princípio fundamental da ciência natural, é, como ela mesma, aquisição de uma civilização relativamente avançada. O homem primitivo interpreta os fatos que apreende através dos seus sentidos segundo os mesmos princípios que determinam as relações com os seus semelhantes, designadamente, segundo normas sociais.

Constitui um fato fundamental o de que, quando os homens vivem em comum num grupo, surge na sua consciência a idéia de que uma determinada conduta é justa ou boa e uma outra é injusta ou má, ou seja, de que os membros do grupo, sob determinadas condições, se devem conduzir por determinada maneira, e isto num sentido objetivo, por tal forma que o indivíduo singular que num caso concreto deseje uma conduta oposta e de fato se conduza de acordo com o seu desejo tem consciência de se não ter conduzido como se deve conduzir. Isto significa que, na consciência dos homens que vivem em sociedade, existe a representação de normas que regulam a conduta entre eles e vinculam os indivíduos. E ainda fato que homens que vivem em comum num grupo apreciam ou julgam a sua conduta recíproca segundo essas normas que, efetivamente, se formam pela via consuetudinária, se bem que sejam interpretadas como ordens ou comandos de uma autoridade supra-humana. As normas mais antigas da humanidade são provavelmente aquelas que visam frear e limitar os impulsos sexuais e agressivos. O incesto e o homicídio são deveras os crimes mais antigos, e a perda da paz (*Friedloslegung*) (isto é, a exclusão do grupo) e a vingança de sangue as mais antigas sanções socialmente organizadas. Está-lhes na base uma regra que determina toda a vida social dos primitivos, a regra da retribuição (retaliação). Esta compreende tanto a pena como o prêmio. Pode ser formulada mais ou menos nestes termos: se te portas retamente, deves ser premiado, isto é, algo de bem te deve caber; se te portas mal, deves ser punido, isto é, algo de mal te deve acontecer. Nesta regra fundamental o pressuposto e a consequência estão ligados um ao outro, não segundo o princípio fundamental da causalidade, mas segundo o princípio igualmente fundamental

da imputação. Tanto quanto exista na consciência do primitivo uma necessidade de explicação dos fenômenos, esta processa-se segundo o princípio básico da retribuição.

Quando um evento é recebido como um mal, é interpretado como castigo por uma má conduta, por um ato ilícito; quando é recebido como um bem, interpretado como um prêmio por uma boa conduta. Por outras palavras: a infelicidade, isto é, os eventos desvantajosos como as más colheitas, o insucesso na caça, a derrota na guerra, a doença, a morte, são atribuídos, como castigos, à conduta contrária à norma dos membros do grupo; ao passo que os eventos vantajosos, tais como as boas colheitas, o sucesso na caça, a vitória na guerra, a saúde, uma longa vida, são atribuídos, como prêmio, à conduta conforme às normas dos membros do grupo. Sempre que surge um acontecimento que, na consciência do primitivo, pede explicação - e isto apenas sucede quando o acontecimento imediatamente afeta os seus interesses - 'aquele não pergunta qual é a causa desse acontecimento mas quem é por ele responsável. Não se trata de uma explicação causal mas de uma explicação normativa da natureza. E, uma vez que a norma da retribuição, segundo a qual a interpretação se realiza, é um princípio especificamente social que regula a conduta recíproca dos homens, podemos designar esta forma de explicação da natureza como interpretação sócio-normativa da natureza.

O chamado animismo dos primitivos, a sua concepção de que nem só o homem tem uma alma, de que todas as coisas inanimadas - inanimadas segundo a nossa concepção - são dotadas de alma, de que nas coisas ou por detrás delas existem espíritos invisíveis mas poderosos, ou seja, de que todas as coisas são homens ou seres hominiais, pessoas - toda esta concepção se funda na crença de que as coisas se comportam em relação aos homens tal como os homens se comportam entre si, isto é, segundo o princípio basilar da retribuição, segundo o princípio da pena e do prêmio. Na crença dos primitivos é destas almas ou espíritos que vêm a infelicidade do homem, como castigo, e a sua felicidade, como prêmio. Se, nessa crença dos primitivos, existe uma conexão ou interdependência, por um lado, entre a má conduta dos homens e a sua infelicidade como castigo, e, por outro lado, entre a boa conduta e a felicidade como prêmio, isso é assim porque eles acreditam que entes poderosos supra-humanos, mas com o caráter de pessoas, dirigem a natureza neste sentido, isto é, segundo o princípio retributivo. A essência do animismo é uma interpretação personalística, e portanto sócio-normativa, da natureza, uma interpretação que opera não segundo o princípio da causalidade, mas segundo o princípio da imputação.

Conseqüentemente, não pode sequer existir, na consciência do primitivo, algo como natureza no sentido da ciência moderna, isto é, uma ordem de elementos que estão ligados uns com os outros segundo o princípio da causalidade. Aquilo que, do ponto de vista da ciência moderna, é natureza, é, para o primitivo, uma parte da sua sociedade como uma ordem normativa cujos elementos estão ligados entre si segundo o princípio fundamental da imputação. O dualismo da natureza, com uma ordem causal, e da sociedade, como uma ordem normativa, o dualismo de dois métodos diferentes para ligar entre si os elementos dados, é completamente alheio à consciência primitiva. O fato de tal dualismo existir no pensamento do homem civilizado é o resultado de uma evolução espiritual durante a qual se alcança a distinção entre seres humanos e outros seres, entre homens e coisas ou pessoas e coisas - distinção que é desconhecida do primitivo -, e a explicação causal das relações entre as coisas se liberta e separa da interpretação normativa das relações entre os homens. A moderna ciência da natureza é o resultado de uma emancipação da interpretação social da natureza, isto é, do animismo. Numa fórmula um tanto paradoxal, poder-se-ia dizer que, no começo da evolução, durante o período animístico da humanidade, apenas houve sociedade (como

ordem normativa), e que a natureza, como ordem causal, somente foi criada pela ciência, depois de esta se ter libertado do animismo. O instrumento daquela emancipação é o princípio da causalidade.

7. O surgimento do princípio causal a partir do princípio retributivo

É mais que provável que a lei da causalidade tenha surgido da norma da retribuição¹⁴. É o resultado de uma transformação do princípio da imputação, em virtude do qual, na norma da retribuição, a conduta não-reta é ligada à pena e a conduta reta é ligada ao prêmio. Este processo de transformação começou na filosofia natural dos antigos gregos. É altamente significativo que a palavra grega para causa, αιτια, originariamente significasse o mesmo que culpa: a causa é culpa pelo efeito, a causa é responsável pelo efeito e o efeito é imputado à causa da mesma forma que a pena o é ao ato ilícito. Uma das primeiras formulações da lei causal é o célebre fragmento de Heráclito: “Se o Sol não se mantiver no caminho prescrito (preestabelecido), as Erínias, acólitas da Justiça, corrigi-lo-ão”. Aqui a lei natural aparece ainda como lei jurídica: o Sol não deixa o caminho que lhe foi prefixado, pois, se o fizesse, os órgãos do Direito interviriam (procederiam) contra ele. O passo decisivo nesta transição de uma interpretação normativa para uma interpretação causal da natureza, do princípio da imputação para o princípio da causalidade, reside no fato de o homem se tornar consciente de que as relações entre as coisas - diferentemente das relações entre os homens - são determinadas independentemente de uma vontade humana ou supra-humana ou, o que vem a dar no mesmo, não são determinadas por normas, de que o comportamento das coisas não é prescrito ou permitido por qualquer autoridade. A depuração completa do princípio da causalidade de todos os elementos do pensamento animista ou personalista, a determinação da causalidade como um princípio diferente da imputação, apenas se poderia processar gradualmente. Assim, por exemplo, a idéia de que a causalidade representa uma relação absolutamente necessária de causa e efeito - uma idéia que ainda dominava nos princípios do séc. XX - é seguramente uma conseqüência da concepção segundo a qual é a vontade de uma autoridade absoluta e todo-poderosa e, portanto, transcendente existente para lá do domínio da experiência humana, que produz a ligação entre a causa e o efeito. Se se põe de parte esta concepção, nada impede que se elimine do conceito de causalidade o elemento de necessidade e se substitua este elemento pelo da simples probabilidade. Se, no entanto, se conserva o elemento de necessidade, deve este sofrer uma mudança de significado, deve a necessidade absoluta da vontade divina, que se manifesta na relação de causa e efeito, transmutar-se numa necessidade do pensamento humano, isto é, na validade, sem exceção possível, de um postulado do conhecimento humano.

8. Ciência social causal e ciência social normativa

Uma vez conhecido o princípio da causalidade, ele torna-se também aplicável à conduta humana. A Psicologia, a Etnologia, a História, a Sociologia são ciências que têm por objeto a conduta humana na medida em que ela é determinada através de leis causais, isto é, na medida em que se processa no domínio da natureza ou da realidade natural. Quando uma ciência é designada como ciência social por se dirigir à conduta recíproca dos homens, urna tal ciência social, na medida em que procura explicar

causalmente a conduta humana, não se distingue essencialmente, como já foi salientado, das ciências naturais como a Física, a Biologia ou a Psicologia. Até que ponto é possível uma tal explicação causal da conduta humana, essa é uma outra questão. A distinção que, sob este aspecto, existe entre as mencionadas ciências sociais e as ciências naturais é, em todo o caso, uma distinção apenas de grau e não de princípio. Uma distinção essencial existe apenas entre as ciências naturais e aquelas ciências sociais que interpretam a conduta recíproca dos homens, não segundo o princípio da causalidade, mas segundo o princípio da imputação; ciências que não descrevem como se processa a conduta humana determinada por leis causais, no domínio da realidade natural, mas como ela, determinada por normas positivas, isto é, por normas postas através de atos humanos, se deve processar. Se o domínio considerado por estas ciências é contraposto, como uma esfera de valores, à esfera da realidade natural, deve ter-se em conta que se trata de valores que são constituídos por normas positivas, isto é, normas que são postas no espaço e no tempo através de atos humanos, e que, por isso, o objeto destas ciências sociais não é irreal, que também a ele lhe pertence ou corresponde uma realidade qualquer - só que, neste caso, é uma realidade diferente da natural, a saber, uma realidade social. Ciências sociais deste tipo são a Ética, isto é, a ciência da Moral, e a Jurisprudência, ciência do Direito. Se estas ciências são designadas como ciências normativas, isto não significa que elas estabeleçam normas para a conduta humana e, conseqüentemente, prescrevem uma conduta humana, confirmam competência para ela ou positivamente a permitam, mas que elas descrevem certas normas, postas por atos humanos, e as relações entre os homens através delas criadas. O teórico da sociedade, como teórico da Moral ou do Direito, não é uma autoridade social. A sua tarefa não é regulamentar a sociedade humana, mas conhecer, compreender a sociedade humana. A sociedade, como objeto de uma ciência social normativa, é uma ordem normativa da conduta dos homens uns em face dos outros. Estes pertencem a uma sociedade na medida em que a sua conduta é regulada por uma tal ordem, é prescrita, é autorizada ou é positivamente permitida por essa ordem. Quando dizemos que uma sociedade determinada é constituída através de uma ordem normativa que regula a conduta recíproca de uma pluralidade de indivíduos, devemos ter consciência de que ordem e sociedade não são coisas diferentes uma da outra, mas uma e a mesma coisa, de que a sociedade não consiste senão nesta ordem e de que, quando a sociedade é designada como comunidade, a ordem que regula a conduta recíproca dos indivíduos é, no essencial, o que há de comum entre esses indivíduos.

Isto surge com especial clareza no caso de uma ordem jurídica - ou antes, da comunidade jurídica por ela constituída - a que podem pertencer indivíduos de várias línguas, raças, religiões, concepções do mundo e, particularmente, a que podem pertencer também indivíduos e grupos com interesses diferentes e antagônicos. Todos eles formam uma comunidade jurídica na medida em que estão submetidos a uma e mesma ordem jurídica, isto é, na medida em que a sua conduta recíproca é regulada através de uma e a mesma ordem jurídica. E verdade que apenas consideramos válida uma ordem normativa quando ela é, globalmente considerada, eficaz; e que, quando uma ordem normativa, particularmente uma ordem jurídica, é eficaz, isto é, quando a conduta humana que ela regula, considerada de modo global, lhe corresponde, podemos afirmar: se os pressupostos que são estatuídos nas normas da ordem social efetivamente se verificam, também as conseqüências que nessas normas são ligadas àqueles pressupostos se verificarão com toda a probabilidade; ou, no caso de uma ordem jurídica eficaz: se foi praticado um ilícito previsto pela ordem jurídica, também será provavelmente realizada a conseqüência do ilícito por aquela mesma ordem jurídica prescrita. Se supusermos que a relação de causa e efeito não é a de uma absoluta

necessidade, mas a de uma simples probabilidade, e que a essência da causalidade consiste na possibilidade de prever acontecimentos futuros, então parece que as leis jurídicas nem sequer se distinguem das leis naturais e que, por isso, deveriam ser formuladas como proposições de ser e não como proposições de dever-ser. Assim como aquelas prevêm o modo como a natureza se comportará de futuro, preveriam estas o modo como a sociedade (ou o Estado) se comportaria no futuro. Uma lei natural diz: se um corpo metálico for aquecido, dilatar-se-á; uma lei jurídica diz: se um indivíduo furtar, será punido pelo tribunal. Partindo deste pressuposto, representantes eminentes da chamada jurisprudência “realística” americana afirmam que o Direito – *the law* - não é outra coisa senão uma profecia sobre como os tribunais decidirão, que o Direito é uma ciência de previsão¹⁵. Contra esta opinião deve, em primeiro lugar, notar-se que a afirmação de que as leis jurídicas são, como as leis naturais, asserções sobre um futuro acontecer se não pode referir às normas estabelecidas pela autoridade jurídica - quer às normas gerais estatuídas pelo legislador, quer às normas individuais fixadas pelos tribunais nas suas decisões - isto é, não se pode referir ao Direito, mas apenas às proposições jurídicas descritivas do Direito formuladas pela ciência jurídica. As normas jurídicas não são, como já se salientou, afirmações, quer sobre acontecimentos futuros, quer sobre acontecimentos passados. Em regra, elas referem-se, na verdade, a uma conduta humana futura. Porém, nada afirmam sobre essa conduta, mas prescrevem-na, autorizam-na ou permitem-na. Pelo contrário, as proposições jurídicas formuladas pela ciência do Direito são, de fato, asserções (enunciados), porém, não - como a lei natural - asserções no sentido de que algo acontecerá, mas - uma vez que as normas jurídicas por elas descritas prescrevem, autorizam ou permitem (positivamente) – no sentido de que, em conformidade com o Direito a descrever pela ciência jurídica, algo deve acontecer. A objeção de que as normas jurídicas apenas são tomadas como válidas pela ciência do Direito quando são eficazes, e de que, se as proposições jurídicas apenas descrevem normas jurídicas eficazes, são afirmações sobre um acontecer fático, não colhe. Com efeito, validade e eficácia não são - como se mostrou - idênticas. Uma norma jurídica não é somente válida quando é inteiramente eficaz, isto é, quando é aplicada e observada, mas também quando é eficaz apenas até certo grau. Deve sempre existir a possibilidade da sua ineficácia, ou seja, a possibilidade de não ser aplicada e observada em casos particulares. Precisamente neste ponto se revela a distinção entre lei jurídica e lei natural. Quando se descobre um fato que está em contradição com uma lei natural, deve a lei natural ser posta de parte pela ciência, como falsa, e ser substituída por uma outra que corresponda ao fato. A conduta antijurídica, porém, quando a sua frequência não ultrapassa uma certa medida, não constitui de forma alguma razão para a ciência jurídica considerar como não válida a norma jurídica violada por essa conduta e para substituir a sua proposição jurídica, descritiva do Direito, por uma outra. As leis naturais, formuladas pela ciência da natureza, devem orientar-se pelos fatos. Os fatos das ações e omissões humanas, porém, devem orientar-se pelas normas que à ciência jurídica compete descrever. Por isso, as proposições que descrevem o Direito têm de ser asserções normativas ou de dever-ser (*Soll-Aussagen*).

A confusão de Direito e ciência jurídica que subjaz à chamada “jurisprudência realística” é extremamente significativa e mostra claramente a necessidade de distinguir do conceito de norma jurídica o conceito de proposição jurídica como lei do Direito, análoga à lei natural mas diferente dela. De resto, pode pôr-se em dúvida que as leis naturais sejam previsões de acontecimentos futuros. Uma lei natural, causal, confirma-se quando com base nela se pode predizer um evento futuro. Porém, ela funciona em primeira linha como explicação de um evento já verificado enquanto efeito de uma causa por ela mesma revelada. Nessa medida, a lei refere-se ao passado. As leis naturais

baseiam-se na nossa experiência e a nossa experiência reside no passado, não no futuro. Como predição do futuro, uma lei natural é apenas aplicável sob o problemático pressuposto de que o passado se repita no futuro. Esta questão, no entanto, pode aqui ser deixada por resolver. A tarefa da ciência jurídica não é, em qualquer dos casos, fazer profecias sobre as decisões dos tribunais. Ela dirige-se não só ao conhecimento das normas jurídicas individuais, postas pelos tribunais, mas também ao conhecimento das normas gerais, produzidas pelos órgãos legislativos e pelo costume, a respeito das quais a custo seria possível uma previsão, pois a Constituição normalmente apenas predetermina o processo da produção legislativa, e não o conteúdo das leis¹⁶. Uma predição das decisões judiciais, porém, fundamenta-se essencialmente no fato de que os tribunais costumam, de uma maneira geral, aplicar as normas jurídicas produzidas pelo órgão legislativo e pelo costume, e, portanto, em mais não consiste senão na afirmação de que os tribunais decidirão como devem decidir, de acordo com as normas gerais vigentes. As profecias da jurisprudência realística distinguem-se das proposições jurídicas da ciência normativa do Direito apenas pelo fato de serem afirmações de ser e não de dever-ser.

Mas, como asserções de ser, não traduzem o específico sentido do Direito. Na medida em que os tribunais, nas suas decisões, criam Direito novo, a sua predição é tão pouco possível como a predição das normas gerais a produzir pelo órgão legislativo. Estas normas jurídicas, porém, formam a maior parte do Direito, que é o objeto da ciência jurídica. Mas, mesmo que a predição seja em certa medida possível, ela não constitui tarefa da ciência do Direito, a qual somente pode descrever as normas individuais, produzidas pelos tribunais, e as normas gerais, produzidas pelos órgãos legislativos e pelo costume, depois de elas serem vigentes. A predição de uma futura decisão judicial pode ser própria da função de um advogado que aconselha os seus clientes. O conhecimento jurídico, porém, não deve ser confundido com a atividade do jurisconsulto (*Rechtsberatung*). Mesmo se uma ordem jurídica que, globalmente considerada, é eficaz, pode ser descrita em proposições que afirmem, como as leis naturais, que sob certos pressupostos se verificam efetivamente certas conseqüências - que, quando algo acontece e esse algo é qualificado pelos órgãos aplicadores do Direito, de conformidade com tal ordem jurídica, como fato ilícito, intervém de fato a conseqüência do ilícito fixada pela mesma ordem jurídica -, não é, no entanto, a ciência jurídica que se propõe uma tal descrição. A ciência jurídica, com efeito, não pretende, com as proposições jurídicas por ela formuladas, mostrar a conexão causal, mas a conexão de imputação, entre os elementos do seu objeto.

9. Diferenças entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação

A forma verbal em que são apresentados tanto o princípio da causalidade como o da imputação é um juízo hipotético em que um determinado pressuposto é ligado com uma determinada conseqüência. O sentido da ligação, porém, é - como já vimos - diferente nos dois casos. O princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando A é, B deve ser. Como exemplo de uma aplicação do princípio da causalidade numa lei natural concreta remeto para a lei já referida que descreve a ação do calor sobre os metais. Exemplos de aplicações do princípio da imputação no domínio das ciências sociais normativas são: quando alguém te fez algum bem, deves mostrar-te agradecido; quando alguém sacrifica

a sua vida pela pátria, a sua memória deve ser honrada; quando alguém pecou, deve fazer penitência. São proposições de Moral, ou leis morais, em que são representadas normas positivas, isto é, normas estabelecidas pelos comandos de um chefe religioso ou pelo costume. Proposições ou leis jurídicas em que são representadas as normas positivas estabelecidas por um legislador ou através do costume são, por exemplo, as seguintes: quando alguém comete um crime, deve ser punido; quando alguém não paga o que deve, deve ser executado o seu patrimônio. A distinção entre causalidade e a imputação reside em que – como já notamos - a relação entre o pressuposto, como causa, e a conseqüência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e conseqüência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie. Visto que o sentido específico do ato através do qual é produzida a relação entre pressuposto e conseqüência numa lei moral ou jurídica é uma norma, pode falar-se de uma relação normativa - para a distinguir de uma relação causal. “Imputação” designa uma relação normativa. É esta relação - e não qualquer outra - que é expressa na palavra “dever-ser”, sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica.

Uma outra distinção entre causalidade e imputação consiste em que toda a causa concreta pressupõe, como efeito, uma outra causa, e todo o efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito, por tal forma que a cadeia de causa e efeito - de harmonia com a essência da causalidade - é interminável nos dois sentidos. Daí vem que todo o evento concreto seja o ponto de intercepção de um número em princípio limitado de séries causais. A situação é completamente diferente no caso da imputação. O pressuposto a que é imputada a conseqüência numa lei moral ou jurídica, como, por exemplo, a morte pela pátria, o ato generoso, o pecado, o crime, a que são imputados, respectivamente, a veneração da memória do morto, o reconhecimento, a penitência e a pena, todos esses pressupostos não são necessariamente conseqüências que tenham de ser atribuídas a outros pressupostos. E as conseqüências, como, por exemplo, a veneração da memória, o reconhecimento, a penitência, a pena, que são imputadas, respectivamente, à morte pela pátria, ao ato generoso, ao pecado e ao crime, não têm necessariamente de ser também pressupostos a que sejam de atribuir novas conseqüências. O número dos elos de uma série imputativa não é, como o número dos elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado. Existe um ponto terminal da imputação. Na série causal, porém, tal ponto não existe. A pressuposição de uma primeira causa, de uma *prima causa*, o análogo do ponto terminal da imputação, é inconciliável com a idéia da causalidade - pelo menos com a idéia da causalidade tal como ela se apresenta nas leis da física clássica. A representação de uma primeira causa que, como vontade criadora de Deus ou como vontade livre do homem, desempenha na metafísica religiosa um papel decisivo, é igualmente um resíduo do pensamento primitivo em que o princípio da causalidade ainda não se havia emancipado do da imputação.

10. O problema da liberdade

Precisamente sobre esta distinção fundamental entre imputação e causalidade, sobre o fato de que há um ponto terminal da imputação mas não um ponto terminal da causalidade, se baseia a oposição entre a necessidade, que domina na natureza, e a liberdade que dentro da sociedade existe e é essencial para as relações normativas dos

homens. Dizer que o homem, como parte da natureza, não é livre, significa que a sua conduta, considerada como fato natural, é, por força de uma lei da natureza, causada por outros fatos, isto é, tem de ser vista como efeito destes fatos e, portanto, como determinada por eles. Mas, por outro lado, dizer que o homem, como personalidade moral ou jurídica, é “livre” e, portanto, responsável, tem uma significação completamente diferente. Quando um homem é moral ou juridicamente responsabilizado pela sua conduta moral ou imoral, jurídica ou antijurídica, num sentido de aprovação ou desaprovação, isto é, quando a conduta humana é interpretada, segundo uma lei moral ou jurídica, como ato meritório, como pecado ou como ato ilícito, e ao ato meritório, ao ato pecaminoso e ao ato antijurídico são respectivamente imputados um prêmio, um castigo ou uma conseqüência do ilícito (ou seja, uma pena em sentido amplo), esta imputação encontra o seu ponto terminal na conduta do homem interpretada como ato meritório, como pecado ou ilícito. E verdade que sói dizer-se que imputamos o mérito, o pecado, ou o ilícito à pessoa que é responsável pela conduta assim caracterizada. Mas o sentido próprio desta afirmação é, como já se referiu, que a pessoa deve ser recompensada pelo seu mérito ou, mais exatamente ainda, que o mérito desta pessoa deve ter a sua recompensa, que a pessoa deve fazer penitência pelos seus pecados - mais rigorosamente, que os pecados desta pessoa devem ter o seu castigo; que o criminoso deve ser punido - mais exatamente, que o seu crime deve encontrar a adequada punição. Não é a conduta qualificada como ato meritório, pecado, ou crime que é imputada à pessoa que assim se conduz. Uma tal imputação seria supérflua, pois, como já foi enfatizado, uma determinada conduta humana não pode de forma alguma ser separada do homem que assim se conduz. Quando, na hipótese de um homem praticar um ato meritório, um pecado ou um crime, se põe a questão da imputação, esta não é a questão de saber quem praticou o ato meritório, o pecado ou o crime. Essa é uma questão de fato. A questão moral ou jurídica da imputação põe-se assim: quem é responsável pela conduta em apreço? E esta questão significa: quem deve por ela ser premiado, fazer penitência ou ser punido? São a recompensa, a penitência e a pena que são imputadas, como conseqüências específicas, a um específico pressuposto. E o pressuposto é a conduta que representa o mérito, o pecado ou o crime. A imputação da recompensa ao mérito, da penitência ao pecado, da pena ao crime inclui em si a imputação à pessoa - única imputação que é posta em evidência no uso corrente da linguagem.

O problema da responsabilidade moral ou jurídica está essencialmente ligado com a retribuição (*Vergeltung*), e retribuição é imputação da recompensa ao mérito, da penitência ao pecado, da pena ao ilícito. Se o princípio retributivo liga uma conduta conforme à norma com a recompensa e uma conduta contrária à norma com a penitência ou com a pena e, assim, pressupõe uma norma que prescreva ou proíba essa conduta - ou uma norma que proíbe a conduta precisamente porque lhe liga uma pena -; e se a conduta que constitui o imediato pressuposto da recompensa, da penitência ou da pena é ela mesma prescrita ou proibida sob um determinado pressuposto, então também a conduta a que são imputados, como a um pressuposto imediato, o prêmio, a penitência ou a pena, pode - se se entende por imputação toda a ligação de uma conduta humana com o pressuposto sob o qual ela é prescrita ou proibida numa norma¹⁷ - ser imputada ao pressuposto sob o qual ela é prescrita ou proibida. Por exemplo, a moral prescreve: quando alguém necessita de auxílio, deve ser ajudado; quando alguém observa este comando, a sua conduta deve ser aprovada, quando alguém o não observa a sua conduta deve ser reprovada. As sanções da aprovação e desaprovação são imputadas ao seu pressuposto imediato: o auxílio prescrito e a omissão de prestar auxílio proibida; a prestação de auxílio prescrita é imputada ao fato, que constitui seu pressuposto

imediatos, de que alguém precisa de auxílio. Este fato é o pressuposto mediato da aprovação da prestação de auxílio e da desaprovação da não-prestação do auxílio, que funcionam como sanções. O Direito prescreve: quando alguém recebe um empréstimo e não o reembolsa, deve, como sanção, fazer-se execução do seu patrimônio. A sanção da execução forçada é imputada - como ao seu pressuposto imediato - ao não-reembolso do empréstimo, qualificado como ilícito; o prescrito reembolso do empréstimo é imputado ao seu pressuposto imediato: a recepção do empréstimo. Este fato é o pressuposto mediato da sanção da execução forçada. Para além deste pressuposto mediato da sanção não há lugar para qualquer imputação. Mas a recompensa, a penitência, a pena (em sentido amplo) são imputadas, não ao seu pressuposto mediato, mas apenas ao seu pressuposto imediato: ao mérito, ao pecado, ao ilícito. Não se recompensa, penitencia ou pune o pressuposto sob o qual uma determinada conduta é prescrita, como meritória, ou proibida, como pecado ou ilícito, mas o indivíduo que se conduz em acordo ou em desacordo com o preceito, ou, mais corretamente: a sua conduta em concordância com o preceito é recompensada, a sua conduta em discordância com o preceito é sujeita a penitência ou punida. Nesta sua conduta a imputação, que representa a sua responsabilidade moral ou jurídica, encontra o seu ponto terminal. Quando, porém, um determinado evento é efeito de uma causa, e esta causa, como sempre acontece, tem por seu turno também uma causa, também esta é - como *causa remota* - uma causa do evento em questão. Este é referido não só à sua causa imediata, mas também a todas as suas causas mediatas: é interpretado como efeito de todas estas causas, que formam uma série interminável. Decisivo é que a conduta que constitui o ponto terminal da imputação - que, de acordo com uma ordem moral ou jurídica, apenas representa a responsabilidade segundo essa ordem existente -, de acordo com a causalidade da ordem da natureza não é, nem como causa nem como efeito, um ponto terminal, mas apenas um elo numa série sem fim.

É este o verdadeiro significado da idéia de que o homem, como sujeito de uma ordem moral ou jurídica, isto é, como membro de uma sociedade, como personalidade moral ou jurídica, é “livre”. E dizer que um homem sujeito a uma ordem moral ou jurídica é “livre” significa que ele é ponto terminal de uma imputação apenas possível com base nessa ordem normativa. No entanto, segundo a concepção corrente, a liberdade é entendida como o oposto da determinação causal. Diz-se livre o que não está sujeito à lei da causalidade. Costuma afirmar-se: o homem é responsável, isto é, capaz de imputação moral ou jurídica, porque é livre ou tem uma vontade livre, o que, segundo a concepção corrente, significa que ele não está submetido à lei causal que determina a sua conduta, na medida em que a sua vontade é, de veras, causa de efeitos, mas não é ela mesma o efeito de causas. Somente porque o homem é livre é que o podemos fazer responsável pela sua conduta, é que ele pode ser recompensado pelo seu mérito, é que se pode esperar dele que faça penitência pelos seus pecados, é que o podemos punir pelo seu crime. A verdade, porém, é que o pressuposto de que apenas a liberdade do homem, ou seja, o fato de ele não estar submetido à lei da causalidade, é que torna possível a responsabilidade ou a imputação está em aberta contradição com os fatos da vida social. A instituição de uma ordem normativa reguladora da conduta dos indivíduos - com base na qual somente pode ter lugar a imputação - pressupõe exatamente que a vontade dos indivíduos cuja conduta se regula seja causalmente determinável e, portanto, não seja livre. Com efeito, a inegável função de uma tal ordem é induzir os homens à conduta por ela prescrita, tornar possíveis as normas que prescrevem uma determinada conduta, criar, para as vontades dos indivíduos, motivos determinantes de uma conduta conforme às normas. Isto, porém, significa que a representação de uma norma que prescreva uma determinada conduta se torna em causa

de uma conduta conforme a essa norma. Só através do fato de a ordem normativa se inserir, como conteúdo das representações dos indivíduos cuja conduta ela regula, no processo causal, no fluxo de causas e efeitos, é que esta ordem preenche a sua função social. E também só com base numa tal ordem normativa, que pressupõe a sua causalidade relativamente à vontade do indivíduo que lhe está submetido, é que a imputação pode ter lugar.

Já acima¹⁸ se notou que não teria sentido uma norma que preceituasse que algo deve acontecer, sabendo-se de antemão que esse algo tem necessariamente de acontecer, sempre e em toda a parte, por força de uma lei natural. Com isto parece admitir-se que a normatividade e a causalidade se excluem mutuamente. Tal não é, porém, o caso. A norma preceituando que devemos dizer a verdade não é sem sentido, pois não temos qualquer fundamento para supor uma lei natural por força da qual os homens têm de dizer a verdade sempre e em toda a parte, e sabemos que os homens dizem muitas vezes a verdade e mentem muitas vezes. Quando, porém, um homem fala verdade, ou quando mente, a sua conduta é, em ambos os casos, causalmente determinada, isto é, determinada por uma lei natural. No entanto, não é determinada por uma lei natural por força da qual se tem de dizer, sempre e em toda a parte, a verdade, ou se tem de mentir sempre e em toda a parte, mas através de uma outra lei natural, porventura uma lei segundo a qual o homem adota aquela conduta da qual espera o maior prazer. A representação da norma segundo a qual se deve falar verdade pode - em consonância com esta lei natural - ser um motivo eficaz de uma conduta conforme à norma. Uma norma que prescrevesse que o homem não deve morrer não teria sentido, pois sabemos de antemão que todos os homens têm de morrer por força de uma lei natural. A representação de uma tal norma não pode de forma alguma ser um motivo eficaz de uma conduta conforme à norma mas contrária à lei natural. Precisamente por falta desta possibilidade de eficácia causal é que ela é destituída de sentido como norma.

Por vezes não se nega que a vontade do homem seja efetivamente determinada por via causal, como todo o acontecer, mas afirma-se que, para tornar possível a imputação ético-jurídica, se deve considerar o homem como se a sua vontade fosse livre. Quer dizer: crê-se que se tem de manter a liberdade da vontade, a sua não-determinação causal, como unia ficção necessária¹⁹. Só que, quando a imputação é reconhecida como uma ligação de fatos diversa da causalidade, mas sem estar de forma alguma em contradição com ela, esta ficção é desnecessária - revela-se inteiramente supérflua.

Visto não poder negar-se a determinação objetiva da vontade pela lei da causalidade, muitos autores crêem que podem fundamentar a possibilidade da imputação no fato subjetivo de que o homem, não sendo na verdade livre, no entanto se considera como livre, ainda que erroneamente²⁰. Do fato de o homem se considerar livre, conclui-se que ele sente arrependimento e remorsos quando pratica uma ação moral ou juridicamente má²¹. Isso, porém, não está certo. Não são de forma alguma todos os homens que sentem arrependimento e rebates de consciência como consequência de um ato mau que praticaram. Sobretudo, muitos não consideram mau ou ilícito o que qualquer ordem moral ou jurídica, sob a qual porventura vivam, considera como mau ou ilícito - e que varia muito, conforme as diversas ordens morais e jurídicas. Os homens sentem arrependimento e remorsos mesmo quando têm consciência de ter praticado um ato por eles próprios considerado como mau sob a pressão de um motivo que foi mais forte do que aquele que os impelia à omissão do ato. Até mesmo um determinista convicto pode sentir arrependimento e rebates de consciência se fizer alguma coisa que considera má, assim como também um determinista convicto não tira

da sua doutrina a conclusão de que uma conduta proibida pela Moral ou pelo Direito não possa ser desaprovada ou punida, de que não possa haver lugar a qualquer imputação. A imputação não pressupõe nem o fato nem a ficção da liberdade como uma indeterminação causal, nem o erro subjetivo dos homens que se crêem livres. Muitos autores crêem poder resolver o problema do conflito entre a liberdade, como um pressuposto indispensável da imputação, e o princípio de uma causalidade determinante de todo o acontecer pela seguinte maneira: um indivíduo é moral ou juridicamente responsável por um evento quando este é provocado pelo seu ato de vontade ou pelo fato de ele ter omitido um ato de vontade que evitaria esse evento. Não é responsável por um evento quando este, patentemente, não é provocado pelo seu ato de vontade ou pela omissão de um ato de vontade que evitaria o evento. Afirmar que o homem é livre não traduz senão a sua consciência de poder agir como quer (ou deseja)²². Este fato seria inteiramente compatível com o determinismo, pois o ato de vontade em questão, ou a sua omissão, são tomados como causalmente determinados. Falha a tentativa de salvar a liberdade interpretando-a como a possibilidade de se agir como se quer. Com efeito, a consciência de se poder agir como se quer é a consciência de que a nossa ação é causada pela nossa vontade. A questão, porém, não é a de saber se a nossa ação é causada pela nossa vontade - isso não o nega o indeterminismo -, mas a de saber se a vontade é ou não causalmente determinada. Se a tentativa em questão não significa simplesmente a negação da liberdade mas pretende ser uma solução do problema mantendo o pressuposto de que a responsabilidade somente é possível sob condição de haver liberdade, então nada mais temos senão um adiamento do problema²³. O que, com a questionada imputação do problema se demonstra é apenas que a imputação ético-jurídica é possível e de fato se verifica sendo a vontade causalmente determinada.

Muito freqüente é o asserto de que é necessário admitir que o homem tem uma vontade livre, isto é, não determinada causalmente, para explicar por que é que apenas consideramos ético-juridicamente responsável o homem e não as coisas inanimadas, os fenômenos da natureza ou os animais - para explicar por que é que apenas consideramos imputável o homem. Mas o certo é que apenas consideramos imputáveis os homens porque e na medida em que as ordens morais e jurídicas apenas prescrevem condutas humanas. Por outro lado, elas apenas prescrevem condutas humanas porque se admite que a representação das suas normas somente no homem provoca atos de vontade que, por sua vez, causam a conduta prescrita. A explicação não está, portanto, na liberdade mas, inversamente, na determinação causal da vontade humana.

Um outro argumento a favor do dogma da liberdade é a indicação do fato de que os modernos ordenamentos jurídicos excetuam certos casos da responsabilidade, ou seja, da imputação, porque, como sói dizer-se, em tais casos não pode admitir-se uma decisão de vontade livre. Por isso, as crianças e os doentes mentais, assim como os adultos de mente sã quando submetidos a uma “coação irresistível”, não seriam de responsabilizar pela sua conduta e pelos respectivos efeitos. Pelo que toca aos dois primeiros casos, a explicação reside em que se admite que as crianças e os doentes mentais, em razão da constituição da sua consciência, não podem ou não podem com eficácia bastante ser conduzidos à conduta prescrita através da representação de normas jurídicas, em que outros motivos são em regra mais fortes do que estas representações, especialmente porque a maioria das vezes estes indivíduos não tomam consciência das normas jurídicas. Quanto aos adultos e aos mentalmente sãos, porém, pode presumir-se que em regra a representação das normas jurídicas e das conseqüências que a sua violação usualmente acarreta constitui um motivo mais forte do que os motivos que conduzem a uma conduta contrária ao Direito. Estes últimos motivos também podem,

evidentemente, ser os mais fortes num adulto mentalmente são. Esta, porém, é a hipótese excepcional. As ordens jurídicas modernas pressupõem um tipo médio de homem e um tipo médio de circunstâncias externas sob as quais os homens atuam, causalmente determinados. Quando um homem constitucionalmente normal e em circunstâncias normais adota, causalmente determinado, uma conduta que a ordem jurídica proíbe, ele é – por força desta ordem jurídica - responsável por essa conduta e pelos seus efeitos. Quando ele, determinado causalmente por quaisquer outras circunstâncias, diferentes das circunstâncias normais pressupostas pela ordem jurídica, adota uma conduta proibida por esta, diz-se que atua sob coação irresistível, se bem que a coação sob a qual o homem, em todas as circunstâncias, atua, seja sempre irresistível. Com efeito, a causalidade é, pela sua própria essência, coação irresistível. O que em terminologia jurídica se chama coação irresistível é apenas um caso especial de coação irresistível, ou seja, aquele dada cuja existência a ordem jurídica não prevê qualquer responsabilidade por uma conduta pela qual, quando produzida por outras causas, o homem que atue por elas causalmente determinado é responsável. Quando se procede à imputação está-se sempre em presença de uma coação irresistível. Mas nem em todos os casos de coação irresistível há lugar à imputação.

Por fim, deve mencionar-se ainda a doutrina segundo a qual o determinismo apenas é conciliável com a responsabilidade ético-jurídica através do recurso ao fato de que o nosso conhecimento da determinação causal da conduta humana é imperfeito, de que não conhecemos ou não conhecemos suficientemente as causas que determinam a conduta humana. Se nós conhecêssemos exatamente estas causas, então já não estaríamos em posição de responsabilizar um homem pela sua conduta e pelo respectivo efeito. Daí a máxima: tudo compreender é tudo perdoar. Compreender a conduta de um homem significa: conhecer as suas causas; perdoar-lhe significa: renunciar a pedir-lhe contas por essa conduta, a censurá-lo ou a puni-lo por ela, a ligar a essa conduta uma consequência da ilicitude, isto é, a fazer a imputação. Mas, em muitíssimos casos, embora se conheçam muito bem as causas da sua conduta e, portanto, essa conduta seja compreendida, não se renuncia de forma alguma à imputação, tal conduta não é de modo algum desculpada. O ditado acima baseia-se na errônea idéia de que a causalidade exclui a imputação.

Do que acima dissemos resulta que não é a liberdade, isto é, a indeterminação causal da vontade, mas, inversamente, que é a determinabilidade causal da vontade que torna possível a imputação. Não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas, ao contrário, o homem é livre porque se lhe imputa algo. Imputação e liberdade estão, de fato, essencialmente ligadas entre si. Mas esta liberdade não pode excluir a causalidade. E, de fato, não a exclui de forma alguma. Se a afirmação de que o homem, como personalidade moral ou jurídica, é livre, deve ter qualquer sentido, tem esta liberdade moral ou jurídica de ser compossível com a determinação, segundo a lei da causalidade, da conduta humana. O homem é livre porque e enquanto são imputadas a uma determinada conduta humana, como ao seu pressuposto a recompensa, a penitência ou a pena - não porque esta conduta não seja causalmente determinada, mas não obstante ela ser causalmente determinada, ou até: por ela ser causalmente determinada. O homem é livre porque esta sua conduta é um ponto terminal da imputação, embora seja causalmente determinada. Por isso, não existe qualquer contradição entre a causalidade da ordem natural e a liberdade sob a ordem moral ou jurídica; tal como também não existe, nem pode existir, qualquer contradição entre a ordem da natureza, por um lado, e a ordem moral e jurídica, pelo outro, pois a primeira é uma ordem de ser e as outras são ordens de dever-ser, e apenas pode existir uma contradição lógica entre um ser e um ser,

ou entre um dever-ser e um dever-ser, mas não entre um ser e um dever-ser - enquanto objeto de asserções ou enunciados²⁴.

11. Outros fatos, que não a conduta humana, como conteúdo de normas sociais

O princípio da imputação - no seu significado original - conexiona um com o outro dois atos de conduta humana: a conduta de um indivíduo com a conduta de outro indivíduo, como, por exemplo, na lei moral, a recompensa com o mérito, ou, na proposição jurídica, a pena com o crime; ou a conduta de um indivíduo com uma outra conduta do mesmo indivíduo, como, por exemplo, na lei religioso-moral que liga a penitência com o pecado. Em todos estes casos a conduta humana prescrita por uma norma é condicionada por uma outra conduta humana. O pressuposto, como a conseqüência, é um ato de conduta humana. Mas as normas de uma ordem social não têm de se referir apenas à conduta humana: podem referir-se também a outros fatos. Uma norma pode - como já fizemos ressaltar num outro ponto - proibir uma determinada conduta humana que tenha um efeito bem determinado (por exemplo, a proibição do homicídio), e também pode prescrever uma determinada conduta humana que seja condicionada não apenas pela conduta de um outro homem, mas ainda por outros fatos, diversos da conduta humana - por exemplo, a norma moral do amor do próximo: se alguém sofre, deves procurar libertá-lo do seu sofrimento; ou a norma jurídica: se alguém, por virtude de doença mental, é perigoso para a comunidade, deve ser compulsoriamente internado. A imputação, que se realiza com fundamento no princípio retributivo (*Vergeltungsprinzip*) e representa a responsabilidade moral e jurídica, é tão-somente um caso particular - se bem que o mais importante - de imputação no sentido mais lato da palavra, isto é, a ligação da conduta humana com o pressuposto sob o qual essa conduta é prescrita numa norma. Toda retribuição (*Vergeltung*) é imputação; mas nem toda imputação é retribuição. Além disso, importa ter em atenção que as normas podem-se referir a indivíduos sem, por isso, se referirem à sua conduta. É este, por exemplo, o caso da responsabilidade pelo ilícito de outrem e, particularmente, o caso da responsabilidade coletiva²⁵.

Por vezes, no juízo segundo o qual, em determinadas condições, deve ter lugar uma determinada conduta humana, o pressuposto não representa, ou não representa exclusivamente, uma conduta humana. Ora, quando, também neste caso, a ligação entre o fato condicionante e a conduta humana condicionada é designada como imputação, este conceito é empregado num sentido mais lato do que o seu sentido originário. Na verdade, a conseqüência não é imputada apenas a uma conduta humana, ou - expresso na terminologia usual - a conseqüência não é somente imputada a uma pessoa, mas também a fatos ou circunstâncias exteriores. Mas é sempre e apenas a conduta humana que é imputada.

12. Normas categóricas

Parece mesmo haver normas sociais que prescrevem uma determinada conduta humana sem fixar quaisquer pressupostos ou, o que é o mesmo, que a prescrevem em todas e quaisquer circunstâncias. Neste sentido, tais normas são normas categóricas -

por contraposição às normas hipotéticas. Estão neste caso certas normas que prescrevem uma omissão, como, por exemplo, as normas: não deves matar, não deves furtar, não deves mentir. Se estas normas tivessem de fato o caráter de normas categóricas, então não seria possível traduzir normativamente a situação social criada através delas num enunciado que ligasse dois elementos um com o outro como pressuposto e consequência. Então, o princípio da imputação não seria utilizável.

Mas a verdade é que também as normas que prescrevem uma simples omissão não podem ser normas categóricas. Que uma ação positiva não pode ser prescrita incondicionalmente (sem a fixação de pressupostos), pois uma tal ação apenas é possível sob determinadas condições ou pressupostos, isso é de per si evidente. Mas também as omissões não podem ser normadas incondicionalmente, de outro modo poderiam as respectivas normas ser observadas ou violadas incondicionalmente. Também as omissões somente são possíveis sob pressupostos bem determinados. Um homem não pode matar, furtar, mentir em todas as circunstâncias, mas apenas sob pressupostos bem determinados, e, por isso, também só pode deixar de matar, furtar, mentir sob estes pressupostos. Se as normas morais que prescrevem omissões estabelecessem deveres a cumprir incondicionalmente - isto é, deveres categóricos, a cumprir sempre e em toda a parte -, daríamos satisfação a estes deveres mesmo durante o sono e o sono seria, moralmente, uma situação ideal.

O pressuposto sob o qual uma determinada ação é normada é o conjunto das circunstâncias nas quais essa ação é possível. A isto acresce ainda que, numa sociedade empírica, não pode haver prescrições, mesmo prescrições de omissão, que não consintam quaisquer exceções. Até as proibições mais fundamentais, como: não devemos matar, não devemos subtrair a ninguém um bem que lhe pertença sem o seu consentimento ou o seu conhecimento, não devemos mentir, valem apenas com estas limitações. As ordens sociais positivas têm sempre de estatuir condições sob as quais não é proibido matar, subtrair a propriedade alheia, mentir. Também isto mostra que todas as normas gerais de uma ordem social empírica, incluindo as normas gerais de omissão, apenas podem prescrever uma determinada conduta sob condições ou pressupostos bem determinados, e que, por isso, toda norma geral produz uma conexão entre dois fatos, conexão essa que pode ser descrita pelo enunciado segundo o qual, sob um determinado pressuposto, deve realizar-se uma determinada consequência. E esta, como se mostrou, a expressão verbal do princípio da imputação, diversa da que convém ao princípio da causalidade²⁶.

Apenas as normas individuais podem ser categóricas, no sentido de que prescrevem, autorizam ou positivamente permitem uma dada conduta de determinado indivíduo sem a vincular a determinado pressuposto. E o que se passa quando, por exemplo, um tribunal decide que um certo órgão tem de proceder a certa execução num determinado patrimônio, ou que um certo órgão deve colocar numa prisão, por um determinado período de tempo, um certo réu. Contudo, as normas individuais também podem ser hipotéticas, quer dizer, fixar apenas como condicional mente devida a especificada conduta de um determinado indivíduo. Assim acontece por exemplo, quando o tribunal ordena a execução no patrimônio do devedor em mora, apenas sob a condição de o devedor não pagar a soma devida dentro de um determinado prazo ou quando o tribunal ordena a execução da pena aplicada a um determinado indivíduo, apenas na hipótese de este indivíduo cometer de novo um delito punível, dentro de um determinado prazo.

13. A negação do dever-ser; o Direito como “ideologia”

A possibilidade de uma ciência normativa, isto é, de uma ciência que descreve o Direito como sistema de normas, é, por vezes, posta em questão com o argumento de que o conceito de dever-ser, cuja expressão é a norma, é sem sentido ou constitui tão-somente uma ilusão ideológica²⁷. Daí tira-se a conclusão de que é de todo impossível uma ciência jurídica normativa, isto é, uma ciência dirigida ao conhecimento de normas, a conclusão de que a ciência jurídica apenas é possível como sociologia jurídica.

A sociologia do Direito não põe os fatos da ordem do ser cujo conhecimento lhe compete em relação com normas válidas, mas põe-nos em relação com outros fatos da ordem do ser, como causas e efeitos. Ela pergunta, por exemplo, por que causas foi determinado um legislador a editar precisamente estas normas e não outras, e que efeitos tiveram os seus comandos. Pergunta por que forma os fatos econômicos e as representações religiosas influenciam, de fato, a atividade do legislador e dos tribunais, por que motivos os indivíduos adaptam ou não a sua conduta à ordem jurídica. Assim, não é, a bem dizer, o próprio Direito que forma o objeto deste conhecimento: são-no antes certos fenômenos paralelos da natureza. De igual modo a fisiologia, que investiga os processos químicos ou físicos que condicionam ou acompanham certos sentimentos, não apreende os próprios sentimentos que, como fenômenos Psicológicos, se não deixam apreender quer química quer fisiologicamente. A Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou - a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido - querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido.

Se o conceito do dever-ser é negado como algo sem sentido, então os atos de produção jurídica apenas podem ser conhecidos como meios de provocar uma determinada conduta dos indivíduos a que esses atos se dirigem - como causas de determinados efeitos, portanto. E, então, crê-se somente ser possível apreender a ordem jurídica na regularidade de um certo curso de conduta humana. Ignora-se deliberadamente o sentido normativo com que estes atos nos surgem, pois crê-se que não é possível admitir o sentido de um dever-ser diferente do ser. Nessa hipótese, porém, o sentido de um ato em que a autoridade jurídica prescreva, autorize ou positivamente permita uma determinada conduta humana, cientificamente apenas pode ser descrito como uma tentativa de produzir nos indivíduos determinadas representações através de cuja força motivante eles são induzidos a uma determinada conduta. O juízo jurídico de que se “deve” punir o ladrão, ou de que não se “deve” furtar, é reduzido à verificação do fato de que uns procuram conduzir os outros a não furtar ou a punir o ladrão, e de que os indivíduos em regra não furtam (omitem furtar) e, quando excepcionalmente é cometido um furto, punem o ladrão. Vê-se no Direito - como relação entre os que fazem e os que executam as leis - um empreendimento da mesma espécie que, v. g., o de um caçador que põe um engodo à caça para assim a atrair para uma armadilha. Tal confronto é válido não só enquanto o complexo motivatório é o mesmo, mas ainda na medida em que, segundo a visualização do Direito em apreço, à apresentação do Direito como norma (pelo legislador ou pela jurisprudência) subjaz um embuste ou ilusão. Deste ponto de vista não “há” qualquer espécie de “normas”, e a afirmação de que isto ou aquilo “deve ser” não tem qualquer sentido, nem mesmo

qualquer específico sentido jurídico-positivo diferente do sentido moral. Esta visualização apenas considera o acontecer natural, inserto num nexos causal, toma os atos jurídicos apenas na sua facticidade, mas já não toma em conta o específico teor de sentido com que eles nos aparecem. Este, o dever-ser, não pode - segundo uma consideração meramente sociológica -, como ilusão ideológica, ter expressão numa descrição científica do Direito. Uma tal ilusão existe, de fato, quando, com o dever-ser jurídico, se afirma um valor moral absoluto. Não se pode, porém, falar de uma ilusão ideológica quando se atribui ao dever-ser, na proposição jurídica que descreve o Direito, o mero significado de uma específica conexão funcional. Já acima se mostrou que existe uma tal conexão funcional específica, diferente do nexos causal, na imputação da recompensa ao mérito, da pena ao crime, da penitência ao pecado, que essa conexão não tem caráter causal e desempenha, no pensamento do homem, particularmente no pensamento jurídico, um papel importante. A conexão causal que uma teoria sociológica descreve existe - se é que existe - entre quaisquer fatos econômicos ou políticos e os atos produtores do Direito, por um lado, e entre estes atos e a conduta humana por eles visada, por outro lado. Nesta última hipótese, tal conexão causal apenas existe quando esta conduta seja, de fato, motivada pela representação da intenção do ato, o que nem sempre sucede, pois a conduta conforme ao Direito é muito frequentemente causada por outros motivos.

Mas importa, sobretudo, notar que os fatos que a imputação jurídica conecta entre si são diferentes daqueles. Com efeito, a imputação não liga o ato de produção jurídica com a conduta conforme ao Direito, mas o fato, determinado pela ordem jurídica como pressuposto, com a consequência pela mesma ordem jurídica fixada. A imputação é, da mesma forma que a causalidade, um princípio ordenador do pensamento humano e, por isso, é, tanto ou tampouco como aquela, uma ilusão ou ideologia, pois - para falar como Rume ou Kant - também aquela não é mais que um hábito ou categoria de pensamento.

Não pode seriamente negar-se que o sentido subjetivo dos atos de produção jurídica seja um dever-ser quando esses atos sejam considerados, de conformidade com o seu sentido, como atos de comando, como imperativos²⁸ Questionar-se pode apenas se é ou não possível interpretar também este seu sentido como objetivo, se o dever-ser, que é o sentido subjetivo dos atos de produção jurídica, pode ou não ser considerado como norma objetivamente válida que obriga os indivíduos e lhes confere direitos. E esta a questão de como distinguir os atos de produção jurídica de outros atos de comando - por exemplo, do comando de um salteador de estradas. Já acima se indicou a condição sob a qual é possível a interpretação em questão: a pressuposição da norma fundamental.

Se se recusa à norma que consideramos como objetivamente válida e através da qual é produzida a conexão imputativa, ao “dever-ser” que exprime esta conexão, todo o significado, então não teria qualquer sentido afirmar que isto é juridicamente permitido e aquilo é juridicamente proibido, que isto me pertence a mim e aquilo te pertence a ti, que X tem direito àquilo e Y é obrigado àquilo, etc. Em resumo, todas aquelas inúmeras afirmações nas quais a vida do Direito diariamente se exprime deixariam de ter sentido. A isso se opõe, porém, o fato inegável de que toda a gente sem mais compreende que é algo diferente o dizer-se que A está juridicamente obrigado a entregar 1.000 a B e o dizer-se que existe uma certa probabilidade (*chance*) de que A entregue 1.000 a B. E também toda a gente compreende que é completamente diferente dizer-se: Esta conduta é - no sentido da lei (isto é, de acordo com uma norma jurídica geral) - um delito e deve - de acordo com a lei - ser punida, e dizer-se: Quem fez isto será, segundo toda a probabilidade, punido. O sentido imanente com que o legislador se dirige ao órgão

aplicador do Direito, com que este órgão - na sentença judicial e no ato administrativo - se dirige ao sujeito jurídico, com que o sujeito jurídico - no negócio jurídico - se dirige ao outro sujeito jurídico, não é apreendido pela afirmação sobre o curso provável de uma futura conduta. Tal afirmação tem lugar de um ponto de partida transcendente ao Direito. Ela não responde à questão especificamente jurídica de saber o que, por virtude do Direito, deve acontecer, mas à questão metajurídica de saber o que efetivamente acontece e presumivelmente acontecerá.

Os juízos jurídicos, que traduzem a idéia de que nos devemos conduzir de certa maneira, não podem ser reduzidos a afirmações sobre fatos presentes ou futuros da ordem do ser, pois não se referem de forma alguma a tais fatos, nem tampouco ao fato (da ordem do ser) de que determinadas pessoas querem que nos conduzamos de certa maneira. Eles referem-se antes ao sentido específico que tem o fato (da ordem do ser) de um tal ato de vontade, e o dever-ser, a norma, é precisamente esse sentido, o qual é algo de diferente do ser deste ato de vontade. Somente quando se entenda “ideologia” como oposição à realidade dos fatos da ordem do ser, isto é, quando por ideologia se entenda tudo que não seja realidade determinada por lei causal ou uma descrição desta realidade, é que o Direito, como norma - isto é, como sentido de atos da ordem do ser causalmente determinados mas diferente destes atos -, é uma ideologia. Nesse caso, uma teoria do Direito, que não descreve estes atos na sua conexão causal com outros fatos da ordem do ser mas apenas descreve as normas que constituem o sentido destes atos - e o faz, na verdade, através de proposições jurídicas, isto é, em leis que não afirmam, como as leis naturais, uma conexão causal mas uma conexão de imputação - vai dirigida à legalidade própria de uma ideologia. Nesse caso, a Teoria Pura do Direito desimpediu o caminho para aquele ponto de vista a partir do qual o Direito pode ser entendido como ideologia neste sentido - isto é, como um complexo sistemático diferente da natureza.

A Possibilidade e a necessidade de uma tal disciplina, endereçada ao Direito como teor de sentido normativo, são demonstradas pelo fato secular da ciência do Direito que, como jurisprudência dogmática, e enquanto houver Direito, servirá as necessidades intelectuais dos que deste se ocupam. Não há qualquer razão para deixar insatisfeitas estas necessidades inteiramente legítimas e para renunciar a tal ciência do Direito. Substituí-la pela sociologia do Direito é impossível, pois esta ocupa-se de um problema inteiramente diferente daquele. Assim como, enquanto houver uma religião, terá de haver uma teologia dogmática que não pode ser substituída por qualquer psicologia ou sociologia da religião, também haverá sempre - enquanto houver um Direito - uma teoria jurídica normativa. A sua posição no sistema global das ciências é uma outra questão, uma questão subalterna. O que importa não é fazer desaparecer esta ciência juntamente com a categoria do dever-ser ou da norma, mas limitá-la ao seu objeto e clarificar criticamente o método.

Se por “ideologia” se entende, porém, não tudo o que não é realidade natural ou a sua descrição, mas uma representação não-objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos, que encobre, obscurece ou desfoca o objeto do conhecimento, e se se designa por “realidade”, não apenas a realidade natural como objeto da ciência da natureza, mas todo o objeto do conhecimento e, portanto, também o objeto da ciência jurídica, o Direito positivo como realidade jurídica, então também uma representação do Direito Positivo se tem de manter isenta de ideologia (neste segundo sentido da palavra). Se se considera o Direito positivo, como ordem normativa, em contraposição com a realidade do acontecer fático que, segundo a pretensão do Direito positivo, deve corresponder a este (se bem que nem sempre lhe corresponda), então podemos qualificá-lo como “ideologia” (no primeiro sentido da palavra). Se o consideramos em

relação a uma ordem “superior” que tem a pretensão de ser o Direito “ideal”, o Direito “justo”, e exige que o Direito positivo lhe corresponda - em relação, por exemplo, com o Direito natural ou com uma Justiça por qualquer forma concebida -, então o Direito positivo, isto é, o Direito estabelecido por atos humanos, o Direito vigente, o Direito que, de um modo geral, é aplicado e seguido, apresenta-se como o Direito “real”, e uma teoria do Direito positivo que o confunda com um Direito natural ou com qualquer outra idéia de Justiça, com o intuito de justificar ou desqualificar aquele, tem de ser rejeitada como ideológica (no segundo sentido da palavra). Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura. Recusa-se, particularmente, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as “ideologias” por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada. Assim, impede que, em nome da ciência jurídica, se confira ao Direito positivo um valor mais elevado do que o que ele de fato possui, identificando-o com um Direito ideal, com um Direito justo; ou que lhe seja recusado qualquer valor e, conseqüentemente, qualquer vigência, por se entender que está em contradição com um Direito ideal, um Direito justo. Por tal fato, a Teoria Pura do Direito surge em aguda contradição com a ciência jurídica tradicional que - consciente ou inconscientemente, ora em maior ora em menor grau - tem um caráter “ideológico”, no sentido que acaba de ser explicitado. Precisamente através desta sua tendência antiideológica se revela a Teoria Pura do Direito como verdadeira ciência do Direito. Com efeito, a ciência tem, como conhecimento, a intenção imanente de desvendar o seu objeto. A “ideologia” porém, encobre a realidade enquanto, com a intenção de a conservar, de a defender, a obscurece ou, com a intenção de a atacar, de a destruir e de a substituir por uma outra, a desfigura. Tal ideologia tem a sua raiz na vontade, não no conhecimento, nasce de certos interesses, melhor, nasce de outros interesses que não o interesse pela verdade - com o que, naturalmente, nada se afirma sobre o valor ou sobre a dignidade desses outros interesses. A autoridade que cria o Direito e que, por isso, o procura manter, pode perguntar-se se é útil um conhecimento do seu produto isento de ideologia. E também as forças que destroem a ordem existente e a querem substituir por uma outra, havida como melhor, podem não saber como empreender algo importante com um tal conhecimento jurídico. A ciência do Direito não pode, no entanto, preocupar-se, quer com uma, quer com as outras. Uma tal ciência jurídica é o que a Teoria Pura do Direito pretende ser.