

I — INTRODUÇÃO:

A CONDUTA COMO PONTO DE PARTIDA UNIVERSAL DA OBSERVAÇÃO JURÍDICA

Através dos anos e junto a um grande mestre, o Dr. Henrique Aftalion, tenho refletido uma vez ou outra sobre a obra do Dr. Carlos Cossio, a qual, indubitavelmente, tem despertado em meu ânimo inquietudes que me obrigaram a um estudo pormenorizado do Direito, deste o ponto de vista da egologia. Em conseqüência, nas diversas expressões que dele tenho realizado, sempre estão latentes os ensinamentos deste jurista a quem hoje se rende uma merecida homenagem, por ser um dos mais destacados criadores em teoria geral do Direito.

II — A CONDUTA COMO PONTO DE PARTIDA UNIVERSAL DA OBSERVAÇÃO JURÍDICA:

Desde os remotos tempos de Aristóteles se advertiu, com claridade absoluta, que o direito requer para sua existência um “álter”, o outro, que por sua vez determina a nota de alteridade que mais tarde foi desenvolvida com sentido jurídico por São Tomás de Aquino.

A alteridade se desenvolve, no mundo moderno, através da bilateralidade, que hoje ninguém nega. Porém é indubitável que quem determina esta característica essencial do direito é Cossio, ao inverter a fórmula ideada por Del Vecchio, com

Autor:

Dr. HECTOR F. ROJAS

PELLERANO

PROF. DA UNIVERSIDADE NACIONAL DE BUENOS AIRES

Tradução de:

ERICA XAVIER DE OLIVEIRA

E

HORÁCIO WANDERLEI

RODRIGUES

o fim de enfatizar a conduta na interferência intersubjetiva.

A verdade do expressado é irrepreensível e amplamente difundida, contudo serve de base para discorrer sobre o tema que nos impusemos. Pensamos que a alteridade, a bilateralidade e a interferência intersubjetiva, implicam um mesmo significado, têm sentido unicamente através das normas que as originam, enquanto que o “álter” é um termo que tem uma significação distinta aos anteriores, pressupondo a inter-relação de dois ou mais sujeitos na convivência humana, regida casualmente por aquela interferência normativa. A interferência intersubjetiva (bilateralidade ou alteridade) outorga direitos e obrigações recíprocas, marco de referência das condutas humanas, em troca, o outro termo “álter” implica esses direitos e obrigações em execução entre os distintos sujeitos de direito. Em consequência, um é o normado, o legislado ou o direito como norma, enquanto que o outro é o *Direito*. Este último não é possível sem aquele, pois aquele é sua fonte, é o que o origina porém não o esgota, sendo só um de seus três elementos.

Isto nos conduz a afirmar que o Direito constitui um escolher, um eleger, um valorar, dentro de um ordenamento jurídico, de modo que este exercício importa à elaboração de uma norma individual, isto é o Direito.

O direito se origina na lei, mas não se esgota aí, pois esta só determina a liberdade futura, desde sua sanção cria um estado de expectativa na comunidade à qual vai dirigida, que se traduz em interferências de conduta, e só quando estas expectativas se projetam em conduta jurídica dentro ou fora desse “marco de liberdade” outorgado pela norma, recém então, pode afirmar-se que esse direito existe. Até ali só existiria a fonte: a lei.

A norma geral não é mais que um esquema intelectual, que importa uma conduta abstrata e um valor, em que está apoiada ou fundada a norma individual, como toda norma inferior o está na superior. A mutação do mundo exterior que se produz por esse feito do homem, implica o direito.

Paulatinamente se há indicado que a conduta humana é o ponto de partida universal da observação jurídica, tanto na abstração normativa que indica o “dever ser” como no feito externo “conduta” que expressa um acordo ou desacordo entre a conduta e o ordenamento jurídico. Indubitalmente a conduta, não como

tal, senão frente a outro ou outros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, é conduta jurídica.

Esta realidade, à qual fazemos referência, engendra toda a produção do Direito, é o Direito mesmo. Com a qual se está afirmando que o legislado (lei; norma geral, ou sentença; norma individual), não é o direito, mas sim o integra. Portanto as normas jurídicas chamam-se Constituição, Leis ou sentenças judiciais, constituindo apenas juízos que implicam uma abstração da realidade existente.

Em troca a conduta humana, quando é jurídica, é um modo de reviver estas normas, tanto e enquanto os sujeitos criam, transformam, modificam ou extinguem direitos ou obrigações que importam o direito e constituem o que se chama o direito vigente, o direito vivo, o direito realizado, o direito eficaz.

III — O DIREITO E A CONDUTA JURÍDICA.

O feito-conduta humana ou ação —, implica uma vontade, que é uma exteriorização desse fenômeno psíquico, elemento objetivo dirigido necessariamente a um fim, ou uma meta, por isso o que atua deve sempre “querer algo” e o que omite “não querer algo”.

De tal maneira, toda conduta leva consigo, em sua natureza ontológica, um caráter “final”, objetivamente apreciado como resultado exterior do movimento corpóreo produzido mediante um ato de vontade. Se fizéssemos uma dissecação de uma conduta — quando é jurídica — observaríamos que contém em sua estrutura, elementos materiais ou fáticos — feitos —, elementos normativos (norma geral aplicada) e elementos valorativos — enquanto tem havido uma eleição por parte do sujeito.

O feito é observável empiricamente, mas enquanto nos adentramos no mesmo, se adverte que existe uma aplicação normativa, o que implica uma interpretação das normas gerais e em consequência, uma norma individual conduta.

IV — A NORMA INDIVIDUAL CONDUTA E A NORMA INDIVIDUAL SENTENÇA.

A norma individual conduta — segundo nossa denominação — está dada por um poder de ação e outro normativo, como tal é a

relação dinâmica do direito ou o direito mesmo. Em conseqüência, o processo de criação do direito, vai da esfera do geral e abstrato ao individual e concreto.

Eis aqui na conduta humana, norma individual, o instante em que se materializa o processo de integração dos três elementos (ação, norma e valor). À lógica jurídica do “dever ser” se acrescenta a realidade do ser e se projeta como uma nova valoração, que será uma conseqüência de um desdobre dinâmico de preceitos concebidos em uma unidade, produto de uma exigência sistemática do direito, cujo último degrau é a norma individual conduta, que está dado por um processo de aplicação e criação valorativamente estimado.

As normas gerais são, pelo contrário, incapazes de criar, modificar ou extinguir direitos ou obrigações, posto que por serem só uma abstração da experiência vivida, requerem a vivência das mesmas através de uma relação jurídica que se traduza em ações ou condutas, como atos jurídicos, e como tais só constituem a fonte originária de direito ou obrigações, isto é a criação de interferências intersubjetivas.

A norma individual conduta é, portanto, o âmbito donde se desenrola o direito em seus elementos ação, norma e valor, indissoluvelmente unidos entre si em relação essencial de implicação — são três aspectos que formam uma unidade — dizemos — entrelaçados ou amalgamados de modo indissolúvel ou recíproco.

Frente à norma individual conduta se desenrola a norma individual sentença, que importa um ato valorativo do juiz, uma adequação externa da norma individual conduta à norma geral, à estrutura vertical do ordenamento na totalidade. Primeiramente deve captar o feito como expressão da conduta do homem, conduta que produz uma mutação do mundo exterior ao produzir criações, modificações e extinção de direitos e obrigações. Esta alteração constitui o direito plasmado, objeto de estudo de onde partirá a investigação do juiz, apreensível mediante um ato de sentido, no juízo de reprovação, valorativo ou comparativo.

A sentença judicial é, indubitavelmente, uma nova norma individual criada, porque mediante um ato de vontade, por certo sumamente importante, ela poderá ser fonte de outras decisões e em caso de generalizar-se, chegar a constituir jurisprudência; é dizer,

uma norma geral. Porém a norma individual sentença da mesma forma que a norma geral, será uma criação normativa, e não o direito mesmo.

V — O DIREITO E A NORMA INDIVIDUAL SENTENÇA

A posição sustentada traz disposta a distinção entre o Direito e as resoluções ou decisões judiciais, levados a cabo pelos órgãos jurisdicionais do Estado. Ditas decisões ou sentenças judiciais ou administrativas, constituem o que poderia chamar-se juízo de reprovação, juízo valorativo, juízo comparativo, ou juízo de responsabilidade.

Se o direito, tal como preconizamos, se conjuga na norma individual conduta, o juízo de reprovação ou norma individual sentença é unicamente um juízo que tem por finalidade julgar a ação, a norma e o valor que se encontram concretados na norma individual conduta. Daí, que o ato de julgamento é definitivo um ato que implica reviver um direito formalizado, um modo de transportar uma estrutura real, existencial, a uma norma individual sentença ou ato administrativo.

Em definitivo, tanto a norma individual conduta como a norma individual sentença tem um termo comum que é a norma geral, ainda que exista uma radical diferença, porquanto a primeira é um objeto real que está no tempo e no espaço, enquanto que a segunda é uma abstração dessa realidade, que em definitivo é um juízo, um objeto ideal.

Em conseqüência, temos afirmado que o direito é anterior ao juízo valorativo ou de reprovação e posterior à elaboração normativa (Lei) e, como tal, não é um conjunto de normas ou o que fazem os juízes (profecias).

Esta retomada do tema, em oposição às teorias formalistas e tridimensionalistas, se explica com maior clareza através de exemplos: assim quando um caso é levado aos estrados judiciais e o juiz o sentencia, e isto é uma experiência vivida quase diariamente, o feito denunciado se encontra configurado e, portanto, não cabe ante um pedido dos familiares do réu, modificar o já existente, podendo unicamente tratar de ser mais benigno na aplicação da pena. Outro exemplo permite aclarar nosso modo de pensar: dizíamos a mutação do mundo exterior com transcendência juri-

dica, constitui o direito e ela existe, quando existe uma conduta ou ação. Dita alteração, em certas oportunidades, pode ser ou não valorado pelo juiz (um homicídio ignorado ou não denunciado, um contrato com questões resolvidas por árbitros extrajudicialmente), porém o mesmo é direito, não obstante não haver sido objeto de processo ou juízo.

Pareceria um paradoxo afirmar que um feito lícito — roubo, homicídio, etc. — é direito, pois se desembocaria na questionável situação de admitir direitos lícitos, portanto isto não é assim já que, todo feito jurídico — seja delito ou contrato — traz disposta uma modificação do mundo exterior. Poderia ocorrer que alguém passe da condição de casado a viúvo, que adquira bens, por sucessão, ou que sofra danos e prejuízos, etc. Essa mutação com transcendência jurídica é a que constitui o direito.

Pensamos que as pesquisas introduzidas neste trabalho não se afastam em muito da teoria egológica, porquanto, para Cossio, o direito não é norma, senão que a norma é um instrumento conceitual por meio do qual se conhece a realidade do direito, não seu objeto. A norma é um conceito. Os conceitos não são objetos, salvo para a lógica. Por isso a norma jurídica só pode ser objeto da lógica jurídica, como teoria dos conceitos jurídicos, porém, não da ciência jurídica, cujo objeto é o direito. E, o direito é conduta em interferência subjetiva.

Desde o ponto de vista da norma individual sentença ou juízo de reprovação ou valoração, evidentemente, é aplicável o que disse Cossio, pois o juiz deve conhecer esse objeto cultural e, em consequência, deve aplicar o método empírico-dialético que procura compreender essa conduta. Então, dialeticamente o juiz irá do substrato material para o sentido, apoiando-se nesse trabalho de dar sentido às normas jurídicas que, para esse efeito, são conceitos (conceitos desde o ponto de vista gnoseológico).

VI — AÇÃO, NORMA E VALOR. SUA INTEGRAÇÃO.

Como o expressáramos em outros trabalhos, o direito não é somente valor ou só norma, nem unicamente ações, senão a conjugação dessas três dimensões que implicam à compenetração da interdependência daqueles três elementos que integram o direito, a qual se concretiza na norma individual conduta, que é, a nosso

modo de ver, o direito. E isto é assim, porquanto todo o indivíduo, desde os primeiros anos de sua vida, se encontra normatizado, regido por normas gerais, o que implica que na realização de um ato jurídico lícito, sempre está latente, em maior ou menor grau, essa norma geral que lhe determina sua liberdade futura na qual pode exercitar sua atividade. Para a qual o sujeito se determinará elegendo uma ou outra conduta, isto é valorando.

Em conseqüência, os elementos fáticos, valorativos e normativos se integram num tempo e num espaço. Neste instante se amalgamam os três elementos — do existir um juízo de reprovação ou valoração —, que de um modo ou de outro devem ser transportados à norma individual sentença.