

A teoria estimativa do Direito

(Notas à margem do ultimo livro de Carlos Cossio)

Miguel Reale

1. Prosseguindo no seu esplêndido programa de renovação das letras filosófico-jurídicas argentinas, o “Instituto Argentino de Filosofia Jurídica y Social” acaba de editar mais um volume, este da autoria de CARLOS COSSIO, o eminente professor da Universidade Nacional de La Plata. (1)

Elaborada como capítulo de uma polémica travada com o ilustre professor mexicano EDUARDO GARCIA MAYNEZ, sobre o conceito jurídico de liberdade, a obra em apreço, que dispensa elogios, representa, na realidade, uma exposição sistemática do pensamento do mestre argentino.

Entendeu CARLOS COSSIO que as divergências e dúvidas surgidas sobre a sua maneira de conceituar juridicamente a liberdade, decorriam do fato de não se achar ainda exposto, de forma sistemática e integral, o seu pensamento, o “normativismo estimativo” ou a “teoria egológica do Direito”, de já comprovada fecundidade renovadora na jurisprudência do grande país vizinho.

O livro de COSSIO nos dá, assim, a oportunidade de apreciar a sua doutrina também com referência a uma questão que representa, de certo modo, a pedra de toque das concepções jurídico-filosóficas, pondo em cotejo duas

(1) CARLOS COSSIO — “La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad” — Editorial Losada S. A. — Buenos Aires — 1944.

orientações marcantes do pensamento jurídico da América.

Esse diálogo, travado entre dois mestres híbero-americanos, um do México e outro da Argentina, sobre confirmar os laços culturais que unem os países deste hemisfério, demonstra que a preocupação pelos problemas filosófico-jurídicos cresce de ponto, enchendo horizontes mais amplos do que aqueles em que se movia o positivismo, o qual, embora teoricamente superado, ainda parece ser o “lugar geométrico”, a tendência natural de muitos juristas.

O abandono do positivismo não exclue, porém, uma justa preocupação por uma Filosofia do Direito gravitando em torno da Ciência Positiva, de uma doutrina capaz de apreciar a experiência jurídica na multiplicidade de seus aspectos, com uma profunda sondagem de seus pressupostos lógicos e axiológicos, compreendendo as exigências técnicas, os elementos dogmáticos sem os quais a Ciência do Direito perderia a sua existência autônoma. Na realidade, certos sistemas filosófico-jurídicos têm sido elaborados com tal desconhecimento das exigências dogmáticas, e tal afastamento dos problemas concretos da Ciência Positiva, que em parte se justifica, senão a desconfiança, ao menos o mitigado interesse revelado pelos juristas que não apenas pensam, mas aplicam e vivem o Direito como advogados ou juizes.

A nosso vêr, a compreensão da necessidade da filosofia jurídica constitue o termo de aferição do verdadeiro jurisconsulto. Ainda recentemente, o ilustre processualista uruguaio EDUARDO COUTURE, prefaciando as claras páginas de uma obra póstuma do inesquecível GOLDSCHMIDT, escreveu estas palavras que merecem citadas:

“A maior das desditas que pode acontecer a um estudioso do direito, é a de não ter sentido nunca a sua disciplina em um estado de anciedade filosófica. Ou melhor ainda: em um estado de

anciedade, por não ter começado por uma plena formação filosófica, para chegar, depois dela, ao trabalho minucioso de sua ciência”. (2)

Se assim é, com efeito, necessário se torna um contacto íntimo e permanente entre a Filosofia do Direito e a Dogmática, em um trabalho coordenado e complementar.

Um dos muitos méritos da teoria do mestre de La Plata está, exatamente, em não admitir Filosofia do Direito separada da Dogmática, compreendendo que é essa separação que induz os juristas técnicos a desconfiar das construções filosófico-jurídicas, contentando-se com meras generalidades de fundo empírico.

“Assim como a ciência físico-matemática, escreve COSSIO, foi o grande tema da *Crítica* kantiana, também creio que a Ciência Dogmática tem de ser o tema em torno do qual deve girar a Filosofia do Direito. E se a obra de Kant apresenta algo de inamovível, é porque se exerceu sobre uma ciência constituída que lhe servia de firme ponto de partida. Por isso, resultam tão vazias e infecundas as filosofias do Direito que não são filosofia da Ciência do Direito; e, por isso, fracassa constantemente a tentativa de uma Filosofia Jurídica escolástica, empenhada em remoçar idéias jurisfilosóficas que se originaram muito antes de ter aparecido a Dogmática” (3).

Pensamos que, sem se tornar necessária a redução da Filosofia de Direito a uma Filosofia do Direito Positivo estatal, é absolutamente necessário o contato permanente, diríamos mesmo que se impõe uma constante mutuação de resultados entre as pesquisas da Jurisprudência e da Filosofia Jurídica. Dentro desse *desideratum*, para que se torne possível a almejada permeabilidade das idéias, resulta indispensável o emprego pelos filósofos do Direito de uma

(2) Cfr. Prefácio a “*Problemas Generales del Derecho*”, de James Goldschmidt — Editorial Palma, Buenos Aires, 1944, pg. IX.

(3) CARLOS COSSIO, *op. cit.* pg. 16. As demais referências a essa obra serão feitas no próprio texto com a simples indicação das páginas entre-parêntesis.

linguagem o mais que possível liberta de termos desnecessariamente rebuscados, visando-se antes um equilíbrio harmonioso entre o hermetismo tecnico-escolastico que oculta o pensamento e a simplificação excessiva que o empobrece. Infelizmente a obra de COSSIO se ressent de certo exagero terminológico, que não facilitará, talvez, a aproximação por ele visada, nem favorecerá a fecundação de suas ideias no plano da experiência jurídica concreta.

2. O livro de COSSIO, que estamos apreciando de maneira perfunctória, pois o exame de suas concepções mais profundas e originais só poderia ser feito em um estudo longo e minucioso, compreende três partes, ou seja, uma Introdução, sobre a Fenomenologia da Sentença, uma parte fundamental sobre os principios da teoria egológica e as especificações da liberdade no Direito, com uma análise subtil das objeções de MÁYNEZ, e, finalmente, um apêndice que nos apresenta HANS KELSEN como o jurista da época contemporânea.

Na Introdução, depois de situar o Direito entre os objetos culturais ou bens creados de alguma maneira pelo homem norteados por valores; de discriminar os caracteres dos objetos do conhecimento, em *ideais*, *naturais*, *culturais* e *metafisicos*; e de firmar as exigências metodológicas peculiares às diferentes ontologias regionais, — o que tudo demonstra a atualidade de seu pensamento, — CARLOS COSSIO esclarece:

“Os bens culturais, como tais, se conhecem de forma dialética, passando da materialidade do substrato à vivência de seu sentido espiritual e vice-versa” (40).

Segundo, aliás, este invocado lema de DILTHEY: “explicamos a Natureza e compreendemos a Cultura”.

O Direito é bem cultural e, mais propriamente, bem cultural egológico, por ser a própria ação humana enquanto

objeto de conhecimento e expressão de um eu atuante que “está en ella, constituyéndola en forma transcendental” (pg. 117).

A teoria egológica estabelece, a seguir, estes dois pontos essenciais: o Direito é a conduta humana em sua interferência intersubjetiva (lembre-se a definição do Direito de Del Vecchio), constituindo uma experiência de liberdade na qual a criação de algo original emerge a cada instante; e a Ciência do Direito não é uma ciência de normas, (como pretende o racionalismo), nem do fato social apreendido segundo a categoria do “ser” (como pretende o empirismo), mas ciência da conduta pensada “como um dever-ser existencial”.

Dilthey e Heidegger são, pois, as fontes primordiais do pensamento filosófico do mestre platense, que alia, como veremos, os elementos de uma concepção cultural do Direito de base existencialista (O Direito é “vida humana vivente”, conduta de um sujeito livre e incessantemente creador) com os dados da Teoria Pura de Kelsen. A originalidade de Cossio está em pretender conciliar, no plano do Direito, a corrente fenomenológica e a doutrina de Kelsen, não acentuando, porém, o primado da norma objetiva, como é o caso de FRITZ SCHREIER ou FELIX KAUFMANN, mas antes a posição do sujeito, com derivação mais de HEIDEGGER do que de HUSSERL.

Sem adeantarmos as conclusões destas paginas sobre a viabilidade de tal conciliação, dada a raiz relativista e kantiana do formalismo lógico de Kelsen, vemos que o grande problema, a questão crucial, é o do valor da norma relativamente à experiência jurídica.

Daí uma pergunta decisiva: se a ciência do Direito é ciência de realidade cultural, (pois os objetos culturais são “realidade”, embora os valores não o sejam e apareçam como meras *qualidades* nos bens); se a Ciência Positiva deve apreender o “jus vivens”, o Direito como conduta, ou liberdade metafísica fenomenalizada, então como se realizará essa apreensão, por intermédio de que conceitos?

“Por isso, a Teoria Ecológica, — pondera Cossio, — aceita a Lógica normativa da Teoria pura do Direito, que nos mostrou que as normas são precisamente tais conceitos. Acrescenta, porém, a intuição específica do Direito, que é intuição da liberdade — e portanto intuição axiológica — como um *plus* do conhecimento que se junta à estrutura lógico-jurídica por conta da experiência humana”. (pg. 27).

Nós veremos que está exatamente aí, nessa redução da Teoria Pura de Kelsen a uma Lógica Jurídica Formal, destinada a fornecer à Ciência Jurídica os conceitos (as normas) aptos à apreensão do real jurídico em seu dever ser existencial, que está a força original e o ponto fraco da “teoria ecológica”.

É essa redução, ainda, que nos explica a coexistência, nessa doutrina, da maior abstração lógico-formal ao lado de uma busca incessante do individual e do concreto. Aliás, a eleição do tema da sentença judicial para a antecipação das conclusões, e para a sua aferição “in concreto”, denota uma dupla força atuando no pensamento de Cossio, que diz ser a sentença “não só um tema concreto para todo homem de Direito, mas também o mais dramático e decisivo, quer sob o prisma da teoria, quer do lado da prática” (pg. 27)

Concebida a Ciência do Direito como ciência da experiência jurídica, e o Direito como conduta, a teoria ecológica sustenta que o pensamento do juiz não só refere o caso à lei por subordinação dedutiva, mas também refere a lei ao caso por dialética estimativa: o caso só se subordina à lei depois de ter sido a lei declarada apropriada ao caso em virtude de valoração.

Dessa posição decorrem várias apreciações relevantes sobre a sentença como estrutura da validade concreta do Direito, e a função do juiz no Direito.

“A lei prefigura ou predetermina, até certo ponto, o que a sentença dirá, pois encarrila a

decisão judicial, demarcando-lhe um círculo cerrado de possibilidades às quais o juiz tem que se acomodar. A lei é, pois, o âmbito da sentença; e, em tal sentido, contem toda a sua estrutura. Porém, como a lei é um pensamento que enuncia cousas gerais para indefinidos casos, resulta que a lei é formal relativamente à sentença, que é concreta” — (pg. 67).

Se a lei é a primeira das três componentes da sentença, — que é uma porção da experiência jurídica, — a segunda são as “circunstâncias do caso” ou o “ingrediente empírico”, sendo a terceira representada pela “valoração jurídica”, pelo juízo estimativo que faz o juiz da totalidade das circunstâncias do caso em sentido lato, e da própria lei.

O propósito da Introdução é mostrar, em suma, a sentença como um fragmento da experiência jurídica, vendo-a de dentro, como *vivência*, ou seja, “como um ato normado que constitui a sua *existência*, e não no *pensamento* estampado nos códigos processuais, onde se detem o racionalismo”.

A esse propósito, trata o ilustre autor de vários problemas particulares e complementares. Essencial em sua teoria a idéia de que o juiz não é um ente estranho ao Direito, nem está fóra dele, porquanto *as sentenças integram a criação normativa* em que consiste o ordenamento jurídico: o juiz, ao sentenciar, afirma Cossio, “creia uma norma individual a-posteriori do caso para normar o caso” (pg. 241), sendo essa criação equivalente à do legislador, só que no plano da individuação, “in concreto”.

Essas afirmações, através de seu exagero, põem em evidência a incontestável função criadora do juiz no ato de sentenciar, pois o juiz não é mero aplicador de silogismos, embora não concordemos com Cossio quando diz que “o verdadeiro Direito é o Direito das sentenças, os atos administrativos, os negócios jurídicos e cousas semelhantes, em uma palavra, o Direito vivido” (pg. 235), pois esta conclusão implicaria na redução do Direito ao “factum”.

É a concepção da norma como simples esquema lógico adiáforo e a exclusão de todo teleologismo que impedem COSSIO, a nosso ver, de superar dialeticamente o dualismo *forma jurídica-conteúdo social*, só possível mediante a compreensão do Direito como integração crescente de valores: a norma, em última análise, vale como expressão do *dever ser*, enquanto consubstancia um *valor* que marca o sentido de apropriação de um objeto a um certo fim; a norma é, pois, a síntese integrativa do fato e do valor, por assim dizer o “momento conclusivo” do *processus* jurídico. O estudo da norma implica, pois, no da ação normada: aquele é o estudo da norma como valor lógico; este é o da norma como vivência. (4)

Na teoria egológica, porém, a norma se põe, acima ou ao lado do fato da conduta, como esquema cognitivo, uma lente de apreensão da conduta: dess’arte, a Ciência do Direito se reduz a “uma ciência empírica que, mediante normas, conhece a conduta humana”. — (pg. 232). O Direito deixa de ser ordenação ou realização ordenada de convivência, para ser forma de conduta.

É claro que, dentro desses pressupostos, a missão criadora do juiz não pode ser *qualitativamente* distinta da criação do legislador. Para quem, como nós, entende o Direito como Ciência de normas, mas tanto do ponto de vista lógico, como do axiológico, — isto é, como esquema lógico, e, também, nexa decorrente do sentido dado pela vivência de um valor, o que exige a apreciação do Direito como fenômeno social sim, mas em sua idealidade normativa, — a criação do legislador, embora possa se “individualizar” e concluir-se

(4) Evidencia-se, nesse passo, o engano de TRISTÃO DE ATHAYDE quando diz que, em nossa concepção do Direito, há a primazia do fato sobre a norma. Aliás, o ilustre pensador pátrio, na crítica com que honrou os nossos trabalhos (cfr. “Meditação sobre o Mundo Moderno”, Rio, 1942, pgs. 85 e seg.) atribuiu-nos frases que nós apenas transcrevêramos da obra de MAYER para expôr fielmente o pensamento deste jurista. E’ MAYER e não o autor destas notas quem diz, por exemplo, que a humanidade é um “valor que paira acima de todo processo cultural” (Comparem-se “Fundamentos do Direito”, pg. 190, com as páginas do eminente crítico).

na do juiz, implica sempre em uma apreensão direta do “jus vivens”, ao passo que a apreensão judicial se contém no âmbito das normas e se opera em razão destas.

Essa divergência não nos impede de concordar com CARLOS COSSIO quando ele situa a interpretação legal com esta imagem feliz:

“Um caso judicial sempre se resolve pela totalidade do ordenamento jurídico e não por uma só de suas partes, tal como o peso de uma esfera gravita sobre a superfície em que ela jaz, mesmo que seja um só o ponto de contacto” (pg. 148).

A Introdução, dedicada à fenomenologia da sentença, revela bem a já apontada preocupação de demonstrar que a sua filosofia jurídica é uma filosofia da e para a Ciência Positiva. Tal preocupação explica a antecipação de conclusões analisadas depois por meudo, o que dá à obra um certo quê de assistemática. Não devemos esquecer, entretanto, que se trata de obra escrita a propósito de uma polêmica, na qual o Autor firma apenas os pressupostos indispensáveis ao objetivo que tem em vista.

3. Dado, no estudo da sentença, um exemplo da aplicação do que ele denomina teoria egológica do Direito, COSSIO passa a esclarecer, na segunda parte do seu livro, que é a essencial, os pontos fundamentais de sua doutrina.

Contesta o nosso A. que o Direito seja uma ciência de objetos ideais, ou então de valores em si, e o reputa uma “ciência da realidade”, como ciência da conduta humana considerada em sua interferência intersubjetiva: as normas jurídicas, apresentadas, geralmente, como o objeto do Direito, constituem “meros conceitos imputativos que mencionam essa conduta em seu dever ser, ou, o que é o mesmo, a representam enquanto conduta ou liberdade fenomenalizada”. (pgs. 50-106).

Em face do problema crucial da relação fato-valor-norma (5), CARLOS COSSIO opta pela imanência da Justiça no Direito Positivo (único Direito real, como se reconhece, diz ele, desde SAVIGNY), compreendendo o Direito como conduta em que os valores estão imanentes.

“Para a Teoria egológica, os valores jurídico-positivos são imanentes ao Direito. O Direito não é um intermediário entre a conduta e os valores, porque ele mesmo é essa conduta e, portanto, nele mesmo estão os valores: toda lei vivida, por exemplo, é ela mesma alguma justiça, alguma paz, alguma ordem, etc.” (pg. 107).

Não se pense, porém, que essa concepção do Direito como conduta leva o A. a uma apreciação sociológica do Direito, embóra do ponto de vista de uma sociologia cultural.

Para COSSIO, ao contrário, o Direito, que é conduta, que é um bem cultural, ou, mais propriamente, um *objeto egológico* (os objetos culturais se distinguem, segundo COSSIO, em “objetos mundanales”, — que são o resultado ou o produto da atividade do homem, — e em “objetos egológicos”, que são essa atividade mesma, as ações humanas enquanto objeto do conhecimento, e enquanto expressão de um eu atuante que as constitui de forma transcendental) o Direito que é “fragmento da experiência”, momento de liberdade metafísica fenomenalizada, não pode ser estudado de um único ponto de vista, e muito menos do acanhado ângulo visual do sociologismo.

Girando em torno da Ciência Dogmática, a Filosofia do Direito deve cumprir uma quádrupla tarefa representada por estas indagações distintas: a) em primeiro lugar, há a análise do “ser” do Direito, a descrição fenomenológica do objeto Direito, que deve ser de base intuitiva (Onto-

(5) Cfr. MIGUEL REALE — “Fundamentos do Direito”. São Paulo, 1940 — Cap. VIII.

logia Jurídica); b) em segundo lugar, há o estudo do pensamento jurídico como pensamento, devendo-se notar que, se na Ontologia os dados são as ações, já aqui os dados são os conceitos, o logos (Lógica Jurídica Formal); c) em terceiro lugar, temos ainda o estudo do pensamento jurídico, não formalmente, com o mínimo de apóio no objeto, mas transcendentemente, “apoiado ao máximo em seu objeto” (Lógica-Jurídica Transcendental); d) e, finalmente, há a pesquisa dos valores jurídicos, (Axiologia Jurídica) que estuda os valores do justo imanentes na conduta, como simples “qualidade” dos bens culturais (Axiologia Jurídica positiva), e esses mesmos valores metafisicamente (Axiologia Jurídica pura).

Para o desenvolvimento dessas idéias, dedica o ilustre A. a maior e a melhor parte de sua obra, tratando de uma série de questões especiais e complementares, dando-nos, ao mesmo tempo, ensejo de situar o seu pensamento em face do de outros autores como KELSEN, RICASENS SICHES, SEBASTIAN SOLER, FRITZ SCHREIER, etc.

Os quatro pontos de vistas ou horizontes da experiência jurídica acima discriminados, levam COSSIO a aceitar, na Ontologia, as conclusões de DEL VECCHIO, para quem a essência do Direito é a interferência intersubjetiva; e, na Lógica Formal, as teorias de HANS KELSEN. Nota-se, nessas preferências, a visível influência de dois eminentes mestres hispéricos, RICASENS SICHES e LEGAZ Y LACAMBRA, embora sejam inconfundíveis os resultados alcançados, e bem nítidas as criações de cada um deles. Os três juristas-filósofos procuram, na verdade, conciliar as pesquisas lógico-formais de Kelsen com o Direito como vivência, inspirando-se todos na corrente fenomenológica, notadamente na filosofia existencialista, achegando-se os dois mestres hispéricos à posição do jusnaturalismo clássico. CARLOS COSSIO se distingue pela sua posição contrária a todo jusnaturalismo, atribuindo, porém, com a sua teoria da imanência do justo na positiv-

dade jurídica, ao Direito Positivo os caracteres de um verdadeiro Direito Natural. (6)

O pensamento de COSSIO acha-se fortemente influenciado pelo normativismo de HANS KELSEN, a cujas teorias ele dá uma interpretação original, com conseqüências do mais alto alcance, porquanto lhe possibilita ir além dos limites da Teoria pura do Direito. Sem uma interpretação toda especial da doutrina kelseniana, seria, em verdade, impossível considerar a Ciência Dogmática do Direito uma ciência da realidade, uma ciência de experiência, só que de experiência cultural ou humana e não de experiência natural ou causal, discrepando, assim, tanto do racionalismo como do empirismo dominantes no conhecimento jurídico.

4. A conciliação da Teoria pura com o estudo científico-jurídico da experiência concreta não pode deixar de causar estranheza, pois a concepção de KELSEN se notabiliza, segundo a interpretação dominante, pela sua expressão lógico-formal, situando a experiência concreta em um plano meta-jurídico.

Segundo COSSIO, não haveria, entretanto, essa discrepância ou divórcio entre a Ciência Jurídica e a experiência, no pensamento mesmo de KELSEN, vítima, assim, de interpretações errôneas, em parte devido à sua carência de precisão e segurança acerca do humano e da experiência humana.

De admirável vigôr são as páginas dedicadas a refutar algumas interpretações do pensamento de KELSEN, como a de FRITZ SCHREIER, para quem o Direito tem uma essência ideal de tipo matemático, uma pura significação conceptual, porém sem realidade; a de CARL SCHMIDT que assenta a

(6) “Neste ponto, declara COSSIO, a Teoria egológica faz vêr que a *valoração jurídica é imanente ao Direito* e não algo transcendente para o qual o Direito tenderia como para a sua finalidade. (. . . .) Só colocando a justiça nessa forma transcendente poderia dizer-se que o Direito positivo tende a ela como para a sua finalidade. Porém, tudo o que estamos escrevendo torna bem claro que não se alcança o conhecimento dogmático no Direito sem a compreensão da valoração positiva que lhe é imanente” (pgs. 60-1).

Teoria pura do Direito sobre um fundamento puramente empírico, de ordem sociológica; ou a de HERMANN HELLER que apresenta a “Reinrechtslehre” como Ciência Positiva do Direito.

Contra essas interpretações sustenta COSSIO que a Teoria Pura não é Ciência do Direito, mas sim Lógica Jurídica formal, constituindo o seu objetivo a segunda das quatro tarefas apontadas para a Filosofia do Direito.

Nesse passo, seja-nos permitido distinguir duas afirmações essenciais: uma segundo a qual a Teoria pura de KELSEN pode ser apresentada como Lógica Jurídica formal; uma outra segundo a qual o antigo mestre de Viena não identificaria a Teoria Pura com a própria Ciência Dogmática do Direito.

Estamos, “mutatis mutandi”, de acôrdo com COSSIO quanto à primeira dessas interpretações, e com ela concorda o próprio KELSEN, na carta escrita ao A. (pg. 135, nota 63), mas divergimos da segunda, sobre a qual não houve, aliás, manifestação daquele eminente mestre da Teoria do Estado.

A interpretação logicista da Teoria pura sustentada por CARLOS COSSIO se impõe, à vista dos claros textos de KELSEN, em todas as suas obras. Nós mesmo, em nossa tese sobre os “Fundamentos do Direito” (pgs. 152 e segs.) observáramos o caráter de pura normatividade lógica da Teoria pura, na qual a norma é simples “esquema de interpretação”, mostrando ter KELSEN adotado, além de uma noção de “dever ser” puramente formal, uma outra idéia cara aos marburgianos: a de não admitir nenhuma posição do “ser” senão no interior de uma ordem sistemática como número de uma série.

Não resta dúvida que é exata a interpretação logicista da Teoria Pura, visto como o próprio KELSEN acentua o valor puramente lógico do “dever ser” em sua doutrina, na qual o *nexo de imputabilidade* se contrapõe, nitidamente, ao *nexo de causalidade* (cfr. as considerações em nossa obra citada, pg. 160 e segs.); mas parece-nos impossível distinguir, “kelsenianamente”, a Teoria Pura do Direito e a Ciência Dogmá-

tica, para se apresentar esta como ciência da conduta e aquela como simples Lógica Formal do pensamento jurídico.

KELSEN, nesse ponto, é, aliás, explícito, como quando textualmente escreve:

“A teoria jurídica pura é uma teoria do Direito Positivo. Enquanto teoria, quer se limitar a conhecer única e exclusivamente o seu próprio objeto. Seu propósito é responder a esta pergunta: *Que é e como é o Direito?* Não lhe interessa, pois, a questão relativa a como *deve ser* o Direito, nem ao critério segundo o qual deve ser construído. *É Ciência Jurídica* (sic), não Política do Direito.” (7).

No mesmo trabalho KELSEN, longe de dizer que o Direito seja “conduta”, afirma que, “uma vez determinado o Direito como norma” (sic) torna-se necessário limitar a Ciência Jurídica “ao conhecimento das normas” (op. cit. pg. 14). Podíamos multiplicar os textos explícitos, mas é toda a teoria de Kelsen que grita pela identificação *Teoria pura-Ciência Dogmática*. Está é, aliás, uma verdade que melhor se esclarece pelo estudo dos antecedentes da doutrina, pela sondagem de suas raízes que remontam, conforme significativa confissão de KELSEN, a GERBER, LABAND e JELLINEK — (cfr. “Fundamentos do Direito”, pg. 153 e sgs. e nota 177 “in fine”).

(7) KELSEN — “La teoría pura del Derecho”, trad. de Legaz y Lacambra, pg. 9). Não é menos explícito o texto na tradução de *Tejerina*: “Al determinar el Derecho como norma y limitar la Ciencia jurídica (que es una función diferente de la de los órganos que establecen y aplican el Derecho) al conocimiento de normas, deslíndase el Derecho respecto de la Naturaleza, y *deslíndase la Ciencia jurídica, como ciencia de normas*, respecto de todas las otras ciencias que tienen por mira la explicación legalista causal de sucesos naturales” — (HANS KELSEN — “La teoría pura del Derecho”, Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1941, trad. de Jorge G. Fejerina, pg. 35). Sobre essa passagem v. Cossio, op. cit., pg. 150 nota 71.

Como veremos adiante, KELSEN, quando trata do Direito como fenômeno social, timbra em mostrar que o faz do ponto de vista da Política do Direito, e não da Ciência do Direito.

KELSEN é, de certa forma, como SPINOSA: ou se aceita ou se rejeita por inteiro. É essa adaptação do pensamento kelseniano a uma concepção da Ciência do Direito como ciência do Direito vivido, do Direito como conduta humana, como liberdade metafísica fenomenalizada, que nos parece o ponto fraco da concepção egológica do Direito tal como COSSIO nô-la apresenta.

Ninguém contestará a penetração e a subtileza do ilustre mestre de La Plata, nem o seu esforço poderoso para abranger o Direito de seus quatro horizontes, abrindo novas perspectivas sobre problemas essenciais, tão desprezados pelos próprios filósofos do Direito, como, por exemplo, o da *positividade jurídica*, a propósito do qual nos oferece páginas de invejável acuidade. O que observamos é apenas que a sua concepção da Lógica Jurídica Formal, — inspirada em KELSEN, mas não de KELSEN, — não nos permite apreender o Direito como conduta, pois a norma não pode ser concebida como simples esquema lógico de imputabilidade, como simples juízo, seja hipotético, como quer KELSEN, seja disjuntivo, como o considera COSSIO.

Uma cousa é reconhecer a possibilidade e a necessidade de se estudar o aspecto ou valor lógico da norma, outra cousa é reduzir o estudo da norma tão somente ao plano lógico: a concepção puramente logicista da norma, como juízo que tem como cópula, não o “ser”, mas o “dever ser” (“a norma, escreve COSSIO, é o enlace que realiza o nosso intelecto com a cópula *dever ser*, entre um antecedente jurídico e uma consequência jurídica, de acordo com o esquema apofântico geral: dado A, deve ser B”, pg. 103), nos impede, com efeito, de compreender o Direito como realidade cultural que apresenta uma incessante integração de valores. A norma não é mero esquema adiafórico para a apreensão da conduta humana em sua interferência intersubjetiva, mas antes nexo integrante de uma ordem empírica em uma ordem de valores. Sem esta concepção complexa da norma, cujo estudo lógico-formal não é exclusivo, — embora deva ser necessariamente feito, — arriscamo-nos de perder contacto com a

experiência jurídica concreta, ou a fazer simples juxtaposição de teorias.

É a “necessidade de contacto com o objeto” que leva Cossio a desenvolver, depois da Lógica Jurídica Formal, uma Lógica Jurídica Transcendental, na qual examina as aporias da positividade e da personalidade, e as antinomias da liberdade, da vigência, etc.

“Resulta, assim, — escreve ele, — que para a Lógica jurídica o dado são os conceitos ou normas do Direito positivo. O pensamento jurídico, apoiado unicamente na noção de objeto jurídico em geral, é Lógica jurídica formal quando voltado sobre si mesmo para se estudar como extrutura normativa. Resultará, porém, Lógica jurídica transcendental si o considerarmos guiado pelo modo de ser de seu objeto”. (pg. 196).

Na realidade, o que se nota, em virtude da redução da norma a um simples conceito, é a juxtaposição de aspectos da experiência jurídica, ao passo que uma integral apreciação da norma nos possibilita apreciar esses aspectos como “momentos”. A concepção do Direito de Cossio é estática, não dinâmica, pois se aprecia o Direito de vários pontos, não o faz como “processus” de integração. Talvez na prometida obra sobre a “Teoria da Conduta” tenhamos mais completo o pensamento do A. sobre estas questões, e mais informes sobre a sua Axiologia, apenas esboçada.

5. De qualquer forma, é de grande significação o fato do eminente professor de la Plata ter tomado plena consciência das dificuldades com que se defronta a Teoria pura, buscando não só interpretá-la com mais explícito valor lógico e mais precisa conceituação da norma, como também superar as antinomias em que se viu envolvido o mestre de Viena ao estudar a experiência jurídica “in concreto”.

Estabelecida a distinção entre a Ciência Dogmática e a Teoria Pura, esta como Lógica Jurídica Formal, — e para Cossio, a descoberta do “dever ser” como cópula de juízos normativos marcaria uma nova era na Lógica formal (8), — o mestre argentino tenta superar uma série de dificuldades em que se baralha a kelseniana teoria pura, e que podemos resumir nestas perguntas: “Que representam as normas jurídicas em face da experiência jurídica? Se as normas jurídicas são enquanto devem ser, quem as põe como tais, o arbitrio do legislador? Que relação há entre *validade*, como expressão de positividade normativa, e *eficácia*, como efetivo cumprimento da regra?”

Segundo Cossio, se a Teoria Pura é mera Lógica jurídica formal, e se fornece ela os conceitos lógicos para a apreensão do real, daí resulta a possibilidade de uma Lógica Transcendental para a tomada de contacto com o real.

Temos aí, inegavelmente uma solução, embora discutível, ao binómio “fato-norma”, ao passo que a posição kelseniana deixa um hiato entre o sistema jurídico-normativo e a experiência jurídica como conduta: para KELSEN são dois objetos metodologicamente distintos segundo dois diversos pontos de vista, um *jurídico*, outro *político*.

Fiel à sua inspiração neo-kantista, KELSEN tem como certo que a ciência jurídica constroeu o Direito como seu objeto, havendo um “símile” na ciência natural que “constroi a natureza”...

Entendido o preceito jurídico como um juízo hipotético, realizável em um processo cognitivo, KELSEN identifica o Estado com o Direito, identificação que também Cossio aceita. Se há, porém, essa identidade, se não há Direito outro que não o positivo, vê-se KELSEN na dificuldade de explicar a origem do ordenamento, que passa a ser “pro-

(8) “É o fato de KELSEN ter posto o *dever ser* como cópula imputativa dos juízos jurídicos não é uma aplicação, de nenhuma espécie, da Lógica tradicionalmente conhecida, mas sim um descobrimento genial de Lógica pura que abre um horizonte absolutamente inédito nesta disciplina. Desde Aristóteles e com similar originalidade, não se verificou, em toda a história da Lógica, uma descoberta lógica de maior significação” (pg. 182).

blema inteiramente metajurídico”, mera questão de fato, o que deu lugar à ponderação de que o do fundamento último do sistema normativo é nesse caso, de ordem empírica. (Interpretação do normativismo como sociologismo implícito).

Há, em face da teoria de KELSEN duas colocações possíveis: ou se admite que o Direito para o jurista é simples sistema normativo ou dever ser lógico, e, então, ficam excluídas a origem das normas e o seu conteúdo, como problemas metajurídicos de ordem ética ou sociológica; ou se reconhece que o Direito para o jurista não pode ser apenas norma como nexó lógico, revelando-se a insuficiência da Teoria Pura.

Fundamentalmente cético, não cuida KELSEN de superar os impasses de sua teoria e, depois de tratar o Direito como norma, despe as vestes de “jurista” quando passa a examinar a conduta humana: fiel ao seu método, ele pode fazê-lo, desde que reconheça, “in limine”, a ajuricidade dessa nova pesquisa.

Não contestamos, pois, que para KELSEN seja a conduta humana o conteúdo ou substância das normas jurídicas e, portanto, do dever e da faculdade jurídica (cfr. COSSIO, op. cit. pg. 152 e seg.), nem olvidamos que a *norma* e a *conduta* se põem uma em relação à outra como mero processo cognitivo (“a norma, diz KELSEN, é um esquema de interpretação do factum da conduta”), mas notamos também que, segundo KELSEN, o jurista, enquanto jurista, não estuda senão as normas: o problema da conduta é um problema de Política do Direito. Diverso é, como vimos, o pensamento de COSSIO.

Não nos parece possa haver dúvida neste ponto, pois não se pode contestar a KELSEN uma admirável coerência. Lembremos, como fato significativo, a clara advertência que faz o mestre da “Reinerechtslehre” na introdução de sua obra recente “Direito e paz nas relações internacionais”, invocada pelo eminente jurista argentino como exemplo da preocupação kelseniana pelos problemas de conteúdo.

Ora, na referida obra, KELSEN, depois de explicar que o Direito é, em essência, uma ordem para promover a paz, adverte que vai estudar essa ordem no plano internacional de dois pontos de vista inconfundíveis.

“Constituem, escreve ele, no que toca à metodologia, dois problemas muito distintos: um *teórico* (entenda-se: de Teoria do Direito) e outro *político*. O primeiro se põe com o propósito de se analisar a estrutura e de se apreender a natureza do SISTEMA DE NORMAS (sic) chamado Direito internacional que atualmente impera. A finalidade do segundo é definir uma REALIDADE JURÍDICA (sic), que, de um certo ponto de vista, o do ideal da paz, se considere como um progresso relativamente ao sistema atual” (9).

Como se vê, por esse exemplo, o Direito Internacional pode ser estudado como “sistema de normas” e como “realidade jurídica”: o primeiro é objeto do ponto de vista da Teoria Pura ou Ciência pura do Direito; a segunda é objeto do ponto de vista da Política do Direito. KELSEN, dess’arte, priva o jurista, enquanto jurista, do problema do conteúdo social das normas, ao passo que, ao vêr de COSSIO, a Ciência Jurídica teria, precisamente, por objeto o Direito como vida humana plenária.

A esta altura, lembramos um trecho de LARENZ que nos parece bem claro a respeito do valor dos dados empíricos na teoria de KELSEN:

“O Estado não é o creador do Direito, visto como se identifica com ele. Porém, tão pouco a sociedade, o legislador empírico, crea o Direito: no máximo, crea o *material sobre cuja base a Ciência jurídica crea o seu objeto, a saber, o Di-*

(9) KELSEN — “Derecho y paz en las relaciones internacionales” — trad. de Acosta — México, 1943 — pg. 23. Os grifos são nossos.

reito como um dever ser ideal. O Direito, por conseguinte, não aparece como um sistema de imperativos, mas sim como um sistema de juízos que a ciência jurídica formula.

“Pois bem, mesmo que para KELSEN o Direito, como sistema de preceitos jurídicos, constitui um sistema de juízos, sem embargo, a Ciência Jurídica, ao constituir esses juízos, não age de maneira totalmente livre: está, antes, vinculada a um material empírico que encontra nas leis, regulamentos, sentenças e atos administrativos. Esse material se acha, ante a Ciência Jurídica, em condição igual à do material sensível elaborado pela ciência natural com relação a esta: partindo daquele material, valendo-se de suas formas normativas próprias de conexão, constitue juízos sintéticos, e somente estes juízos, — não as leis, regulamentos etc., que lhe servem de base, — merecem para KELSEN a consideração de preceitos jurídicos” (10).

Não se pode, pois, dizer que KELSEN haja visto a Ciência do Direito como ciência da conduta, muito embora trate da conduta como substância do Direito, e o faça, não como jurista, mas como político do Direito. É, sem dúvida, uma posição vacilante, mas que se harmoniza com o seu relativismo essencial, revelado em mais de uma passagem de sua obra, em face dos grandes problemas, quando se compraz em apontar a equivalência lógica das soluções contrárias. (11)

E é por esse motivo que só de passagem KELSEN trata, no plano da positividade, do Direito como síntese de *ser* e

(10) KARL LARENZ — “La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado”, trad. de Legaz Lacambra — Madrid, 1942 — pg. 64. Nossos os grifos.

(11) MIGUEL REALE — “Fundamentos do Direito”, op. cit., Cap. IV. “O Direito como Norma pura” (v. especialmente a nota 184 e a bibliografia nela indicada). Aliás, a passagem citada por COSSIO (158), na qual KELSEN reconhece ser impossível optar racionalmente por uma ordem justa, é bem significativa de sua “forma mentis”.

dever ser (como algo que *é* enquanto *deve ser*), ao passo que deixa bem claro a irreducibilidade das duas categorias no plano lógico. Da mesma forma, não é uma solução, mas mero compromisso a relação posta entre *validade* e *vigência*, quando diz que não são indiferentes porque não se poderá falar na *validade jurídica* de uma norma se esta não tiver um *minimo de vigência*: ainda aqui se vê que o Direito como norma (objeto da Ciência Jurídica) e o Direito como conduta (objeto de ciências ajurídicas) mantêm entre si simples dependência extrínseca de condicionalidade, como observou LARENZ.

6. Antes de concluirmos estas notas ligeiras, à margem de poucos tópicos da obra notável de CARLOS COSSIO, tão densa de pensamento e observações subtís, queremos observar que o seu imanentismo jurídico o leva a uma concepção paradoxalmente otimista e tristonha da experiência jurídica no desenrolar do tempo.

O crítico, diz ele,

“toma os episódios do conhecimento jurídico em confronto direto com o presente para mostrar que as suas soluções não são conhecimentos jurídicos, mas sim erros superados (sic), com o que se dá ao jurista, não uma contemplação, mas uma orientação que assegura a confiança em seu próprio pensamento, cobrindo-lhe a retaguarda e indicando-lhe em que direção se vai para frente”. (pg. 274)

E' mais uma prova do que antes dissemos: COSSIO, tudo somado, dá à experiência jurídica, ao Direito Positivo, as características de um verdadeiro Direito Ideal “in fieri”, de um Direito Natural que corre com o tempo, tal como admitiram alguns positivistas.

Aquí caberia uma apreciação da axiologia jurídica de COSSIO, mas já dissemos que nesta obra a matéria está apenas esboçada. Temos, porém, a impressão de que a sua con-

cepção do valor como simples *qualidade* dos bens (a formosura de uma estátua seria qualidade igual à sua brancura, por exemplo) não se casa com uma outra concepção que põe a liberdade metafísica como razão de ser dos valores.

“Já citamos, diz COSSIO, a observação de STERN: para a experiência psíquica todo fato se transforma em valor. STERN assinala com isto algo exato. Nós vamos mostrar agora a sua razão de ser: o rei Midas transformava em ouro tudo em que tocava. A lenda magnífica encontra plena atualização em nosso assunto: tudo em que toca a liberdade metafísica se transforma em valor; por isso, uma conduta sem valor ontologicamente não pode ser. Na esfera da ação, a preferibilidade da consciência é uma nota que define a consciência, tanto como sua intencionalidade na esfera do conhecimento; e essa preferibilidade, que é liberdade, é o substrato constitutivo do mundo dos valores. Estamos muito longe da hipóstase de que os valores sejam verdadeiras idéias platônicas. Interpretamos os valores como categorias materiais desse fato metafísico que é a plenária existência humana, e acreditamos que a metafísica dos valores é a metafísica da liberdade. O empirismo acreditou que a essência do espírito é psíquica; a Teoria egológica, ao contrário, tem como certo que a essência do espírito é axiológica”. (pg. 110).

Ora, se a liberdade metafísica (valor subordinante) é o substrato constitutivo do mundo dos valores, como estes são “qualidades” (pg. 35) e “categorias materiais”?

A concepção do valor como qualidade existente nos bens implica, a nosso vêr, na referibilidade a fins, ou melhor,

na distinção entre valores-meio e valores-fim subordinantes e subordinados. (12).

Cossio coloca a questão em outros termos. Para ele é preciso distinguir o *ideal real* do *ideal verdadeiro*: o primeiro está imanente na positividade jurídica (“o Direito é sempre justiça”, pg. 113), e é objeto da Axiologia Positiva; o segundo é objeto de uma Axiologia Pura de caráter metafísico. Entretanto, não se trata de duas cousas ou ideais diferentes, mas de uma mesma cousa apreciada de pontos de vistas diversos (pg. 114).

Estas questões foram, porém, tratadas muito por alto pelos motivos acima apontados, embora sejam essenciais. Uma precisa conceituação de valor abre caminho para uma precisa conceituação de norma.

Concordamos com o mestre argentino quando assevera que o valor é uma qualidade existente nos objetos culturais, mas já divergimos quando considera, salvo engano, essa qualidade similar às demais desprovidas de sentido: a brancura, por exemplo, seria equiparável à formosura de uma estátua.

Antes de esclarecermos esta questão, convem notar que o fato do valor ser uma qualidade não lhe tira objetividade, embora seja esta relativa.

Entre o objetivismo absoluto do valor, como algo transcendente como as idéias platônicas, e o subjetivismo do valor como simples hipótese emotiva, há a consideração do valor como algo *existente nas cousas valiosas*, que é a colocação do realismo crítico.

E’ essa concepção realista do valor, que nos permite compreender o Direito como bem cultural, apreciando-se lógica e axiologicamente a experiência jurídica, e a natureza da norma jurídica, não como simples esquema lógico, mas como nexu integrante, que só por abstração se separa da conduta jurídica, que não é senão conduta intersubjeti-

(12) Cfr. MIGUEL REALE — “Fundamentos do Direito”, op. cit., Cap. VIII e “Teoria do Direito e do Estado”, São Paulo, 1940, passim.

vamente normada. Como dissemos em nosso livro “Teoria do Direito e do Estado” —

“para o jurista, enquanto jurista, o Direito é *norma*, mas a norma não é algo que se possa conceber em si mesma e por si mesma, (como simples objeto ideal), sem o seu conteúdo social, sem os valores que nela se concretizam e que por ela queremos ver realizados e garantidos” (pg. 26).

E’, pois, o valor qualidade inconfundível, porque, como o próprio COSSIO o assinala, implica na existência de um sentido ou significação, que só pode ser “compreendida” como vivência. E é, por isso, que se pode dizer que “todos os objetos culturais existem assim: como existência de um sentido em algo” (p. 35).

De certa forma, podemos dizer que as *qualidades naturais* são meramente descritivas do ser, são como algo pertencente à essência da coisa. As qualidades de valor representam, ao contrário, *um acréscimo do ser*, uma mudança ou nova posição do ser pelo sentido que se lhe acrescenta. O valor é uma qualidade que traduz a presença creadora do homem e o fato da experiência espiritual humana. A preferência pelas cousas belas é, por exemplo, o resultado de existir nessas cousas um acréscimo ao ser por nós experimentado. Daí a conhecida conclusão pedagógica: deve-se educar para a experiência dos valores, como se educa para o conhecimento dos objetos ideais e naturais.

Mas, voltando a estas nossas notas ligeiras, a objetividade dos valores e a verificação de que há valores concretamente vividos na experiência jurídica, permitem-nos, sem dúvida, as indagações de uma *Axiologia Jurídica Positiva* ou *Culturologia Jurídica* (o Direito como fenômeno cultural, apreciado como integração de valores no tempo) e uma *Axiologia Jurídica Pura* como indagação da natureza desses valores (os valores enquanto razão de ser do fenômeno cultural jurídico).

Entre um e outro estudo deve, nem pode deixar de existir uma ligação muito íntima, mas são, a nosso ver, estudos que se destinam a objetos distintos: um ao Direito como concretização de valores; outro aos valores constitutivos do Direito. Para Cossio, ao contrário, são, como vimos, pontos de vistas sobre as mesmas cousas, ou os mesmos objetos, sempre sobre a projeção dialética do sentido da conduta — (pgs. 113-4).

7. Do que acabamos de expôr resulta, claramente, a posição de Cossio com referência ao problema da liberdade jurídica.

Afastada a distinção entre experiência social e experiência jurídica, — que seriam a mesma conduta humana em sua interferência intersubjetiva, — o ilustre jurista não pode concordar com o eminente GARCIA MÁYNEZ, quando este afirma que, quando falamos de liberdade, devemos evitar, antes de mais nada, a confusão entre a “liberdade da vontade” ou “liberdade metafísica”, que se fenomenaliza na conduta, — e a “liberdade jurídica”. Segundo o mestre mexicano, este último conceito nada tem que ver com o conceito de liberdade metafísica.

Um, o da liberdade metafísica, declara MAYNEZ, alude a um fato, a um poder fático do homem, à liberdade de seu querer; o outro, ao contrário, alude a um direito, à faculdade de fazer ou não fazer algo sem a anexação de uma sanção.

Cossio contesta essa maneira de pensar, e, embora não concordemos com as suas conclusões, não podemos deixar de reconhecer que o faz com esplêndida coerência com o seu sistema.

Para o mestre de La Plata, não há que falar-se em dois objetos diversos, pertencente cada um deles a uma diferente região ôntica (a liberdade-fato à realidade; e a liberdade-direito à idealidade) sendo um independente do outro.

“Para a concepção egológica, com a sua petição por uma Ciência do Direito que seja ciência

da realidade e não ciência de objetos ideais, observa Cossio, é claro que nada disso pode acontecer. Não ha tal distinção entre ambas as liberdades, nem é possível dizer-se que estamos ante dois objetos de regiões ônticas diversas, pois estamos ante um único e mesmo objeto: só que, no caso da liberdade jurídica, como explicaremos logo mais, o tomamos com um grãu típico de *especificação*.

“Recorrendo a um exemplo, a relação que há, a nosso ver, entre a *liberdade do querer* e a *liberdade no Direito*, que considera GARCIA MAYNEZ, não é a relação entre animal e triângulo, como vem a ser para ele, mas sim entre animal e cão, pois este, com toda a sua especificação, continua sendo, em plenitude, o que representa o conceito geral de animal”. (pg. 292).

Na realidade, se o Direito é conduta, e se esta é liberdade metafísica que se fenomenaliza, a liberdade jurídica não pode ser para Cossio senão uma *especificação* daquela, que é “a única liberdade verdadeira”.

Eis aí os dados da polêmica que, como se vê, não decorre de imprecisão terminológica, mas de duas posições distintas em face dos problemas essenciais do universo e da vida.

Não tendo em mãos as páginas de MÁYNEZ, limitamo-nos a deixar aquí os elementos da disputa, que é, inegavelmente, do máximo interesse, pois a história nos mostra, muitas vezes, o paradoxo de uma posição no plano filosófico contrastante com a sustentada no plano político ou jurídico quanto ao problema da liberdade .

Infelizmente, a concepção unitária sustentada por CARLOS Cossio só se realiza, ao que parece, com o sacrifício do que há no Direito de específico e próprio, e com a redução do Direito ao fato da conduta, conclusão esta que poderia ser aceita pelo sociologismo jurídico que ele justamente condena.