

COSSIO, KELSEN E A FENOMENOLOGIA

Uma abordagem da Experiência Jurídica

Ana Paula Loureiro de Sousa

Universidade Lusófona

Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa

1. O intenso diálogo havido entre os juristas-filósofos Cossio (1905-1987) e Kelsen (1881-1973) conduziu a uma reflexão profunda sobre a experiência jurídica enquanto tal. Foi partindo da análise crítica dos temas da *Teoria Pura do Direito* que Cossio, como ele mesmo reconhece, desenvolveu a sua *Teoria Ecológica do Direito*.¹

Kelsen fundou com Verdross e Merkl a “escola de Viena”, encontrando o seu pensamento raízes no neo-positivismo, ou no positivismo lógico. Assumiu-se, ainda, como neo-kantiano da escola de Marburgo. A obra que tomamos como referência é a sua *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934 e, com novas reelaborações, dada à estampa em 1960.²

Carlos Cossio desenvolve a sua atividade intelectual no contexto da fenomenologia de Husserl, do existencialismo fenomenológico de Heidegger e de

¹ Em 1949 Kelsen foi convidado pela Faculdade de Direito, em Buenos Aires, para dar umas palestras, tendo como um dos interlocutores fundamentais Carlos Cossio. Estas conversas versaram sobre a posição dos dois pensadores perante o Direito e a Experiência Jurídica e geraram uma forte polémica em torno da *Teoria Pura do Direito* (= TPD) e da *Teoria Ecológica do Direito* nos anos posteriores. Desse diálogo surgiu um livro sobre Kelsen e Cossio que, tendo sido objeto de estudo por Luís Cabral de Moncada, deu origem, em 1952, a uma recensão, de três páginas, publicada no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XXVIII. António José Brandão, anos antes, em 1946, publicara no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XXII, uma breve síntese sobre a *Teoria Ecológica do Direito*, que não passou despercebida a Cossio.

² Seguimos a 5.^a ed. da *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, Coimbra: Ed. Arménio-Amado.

uma Filosofia da Cultura. Não se limitando a reproduzir o pensamento especulativo de Husserl e de Heidegger, procura uma síntese entre ambos, naquilo que considera ser a *conduta intersubjetiva* e a *liberdade fenomenológica*. Da sua vasta obra seguimos *La teoria Egológica del Derecho. Su Problema y sus Problemas*, escrita em 1963 e, um ano depois, enriquecida com profundas análises sobre a *Fenomenologia da Sentença*, a *Problemática da Conceção Egológica do Direito* e a *Discussão sobre a Liberdade*, a *Tarefa da Filosofia do Direito na Conceção Egológica*, na qual se integra, ainda, um estudo atento e rigoroso sobre a *Lógica Jurídica Formal*. Intitula-se esta obra de conjunto *La Teoria Egológica Del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*.

A abordagem ao conceito de experiência jurídica, de que aqui daremos conta, parte do esclarecimento de três ordens de ideias: a primeira está na afirmação de Kelsen de que o *dever-ser* é puramente lógico; a segunda ideia resulta da passagem da normatividade enquanto cópula lógica, para a validade da norma como um juízo que se estrutura mediante essa cópula e, por fim, a terceira ideia é a resposta de Cossio: o conceito de Teoria Egológica do Direito, e consequente superação do normativismo formal kelseano.

2. Tendo como objetivo a fundamentação da ciência do direito enquanto ciência positiva, escreve Kelsen: “A teoria Pura do Direito positivo [...] quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? [...] propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito”.³ Este conhecimento deixa de lado as perguntas acerca de *como deve ser* o direito e acerca de *como deve ser realizado*. Para Kelsen importa somente a questão epistemológica, desvalorizando, desse modo, a ontologia do direito e o sentido cultural e existencial da experiência jurídica. Pela nossa parte julgamos que toda a epistemologia pressupõe uma ontologia, o que significa que não deixamos de entrever uma ontologia implícita no seu pensamento, mas, precisamente, por ser implícita, é uma ontologia deficitária e que merece ser completada, o que não deixa de ser uma das intenções de Cossio na sua crítica ao autor vienense.

Da leitura da obra de Kelsen podemos afirmar que o direito deve estar depurado de todos os elementos estranhos a si. O princípio metodológico aqui presente está em evitar “um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”,⁴ daí a necessidade de “purificar” a jurisprudência que tem

³ Hans Kelsen, *TPD*, p. 17. Cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 3.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 94-95.

⁴ Kelsen, *TPD*, p. 18.

sido confundida com a sociologia, a psicologia, a ética e a teoria política. Portanto, o direito como ciência ocupa-se somente do *dever-ser* das normas.

Vejamos como. Na senda do neokantismo, Kelsen diferencia os juízos de ser e os juízos de *dever-ser*. Os primeiros são descritivos ou explicativos. Relacionam-se com a legalidade natural, traduzindo uma necessidade ou um “ter de ser”, pois manifestam a regularidade entre os fenômenos, segundo o princípio da causalidade. Este princípio refere que quando é A, B também é, ou será. Os segundos, juízos de *dever-ser*, são prescritivos ou normativos e expressam a legalidade jurídica relacionando a condição com a consequência num plano de liberdade. Deste modo, o direito é composto por *normas* que consistem em *juízos hipotéticos*, os quais estabelecem a ligação entre um facto condicionante com uma consequência condicionada. Aqui, o princípio operante é o da *imputação* que afirma que, quando A é, B *deve ser*.⁵ É este segundo sentido que interessa à TPD, a qual, como teoria positivista, sustenta que o *dever-ser* diz respeito ao domínio da lógica e não da experiência, não se traduzindo como um fenómeno, ou um facto social.

Façamos um esclarecimento. Pensemos num facto externo, ocorrendo num espaço e num tempo determinados e que, de acordo com o seu significado objetivo, seja considerado um ato jurídico (licito ou ilícito). Este acontecimento é perceptível, pois pode ser descrito, sendo do domínio do ser. Contudo, este facto, que se caracteriza como elemento do sistema de natureza, não constitui o objeto de um conhecimento especificamente jurídico. Na verdade, o que “transforma este facto num ato jurídico (licito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural [...], mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui”,⁶ escreve Kelsen. Consequentemente, a norma aparece como um *esquema de interpretação*. Dito de outro modo, dizemos que um acontecimento natural é jurídico (ou antijurídico), porque foi interpretado de uma forma normativa, pelo que a TPD apreende as normas jurídicas enquanto conteúdos significativos. Este processo é meramente formal, uma vez que a norma que atribui o sentido jurídico ou antijurídico a um certo comportamento é “ela própria produzida por um ato jurídico”⁷ que irá receber a sua significação jurídica de outra norma, como veremos adiante.

⁵ Cf., Kelsen, *TPD*, p. 20 sgs.; cf. Kelsen, *O que é a Justiça?*, trad., Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 139. Cf. José de Sousa e Brito, *Fenomenologia do Direito e Teoria Ecológica*, Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1963, p. 41. Convém não esquecer que Kelsen dá um sentido diferente ao “*dever-ser*” quando se refere na proposição jurídica ou na norma jurídica. No primeiro caso aparece como descrição do direito, no segundo caso, como prescrição (determina, estabelece, estatui).

⁶ Kelsen, *TPD*, p. 20.

⁷ *Ob. cit.*, p. 20.

Por outras palavras, é diferente dizer: a) na atualidade os contratos são normalmente cumpridos pela maioria das pessoas (ou incumpridos); e b) os contratos “por direito” devem ser cumpridos. Em a) temos um enunciado sobre algo que se verifica, temos um enunciado “explicativo”; em b) temos algo sobre o que *deve* acontecer, quer se verifique ou não. Temos um enunciado “normativo”. O *dever-ser* é, pois, uma categoria jurídica que nos diz em que condições tal ato é lícito ou ilícito. No exemplo de Kelsen, quando dizemos que o furto será punido com pena de prisão, não nos estamos a referir a um enunciado fáctico, mas a uma norma, quer dizer, estamos a afirmar que este *dever-ser* expressa o sentido específico em que condições jurídicas e consequência jurídica estão relacionadas na norma jurídica.⁸ Daí podermos afirmar que o *dever-ser* prescinde do conteúdo, aparece como uma categoria puramente formal; é uma categoria gnosiológico-transcendental. Em vista disso, Cossio escreve: “o racionalismo dogmático, com Kelsen, torna-se puro. E não se referirá à finalidade da norma, mas à normatividade da norma; isto é ao verbo *dever-ser* como cópula dos juízos com que o jurista se expressa”.⁹

Importa mencionar a distinção, que Kelsen elabora no *dever-ser*, entre o *dever-ser axiológico* e o *dever-ser lógico* da imputação. O primeiro refere-se ao valor em sentido subjetivo, ou seja, ao valor que se manifesta na relação de um objeto com o desejo ou vontade de uma pessoa; o *dever-ser lógico* da imputação refere-se ao valor em sentido objetivo, aquele que consiste “na relação de uma conduta com uma norma objetivamente válida”. É este sentido último que nos interessa.

Assim, entendendo a norma como um juízo que traduz o sentido de um ato mediante o qual uma conduta é permitida, prescrita ou facultada, o racionalismo kelseano conduz-nos a entender o ser jurídico apenas no plano conceptual, seja como finalidade, seja como normatividade. Logo o direito é norma e só norma. Ser e *dever-ser* podem relacionar-se, mas permanecem em contextos diferentes. Se o ser pode ser verdadeiro ou falso, a norma, que é um *dever-ser*, é válida ou inválida.

⁸ Cf. Kelsen, *TPD*, na p. 21, exemplifica: “Que a supramencionada troca de cartas juridicamente signifique a conclusão de um contrato, deve-se única e exclusivamente à circunstância de esta situação fáctica cair sob a alçada de certos preceitos do código civil”; cf., A. Kaufmann e W. Hasssemer, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, trad. Manuel Oliveira, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 178 e sgs.

⁹ Carlos Cossio, *La teoría egológica del Derecho. Su problema y sus problemas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 56. Relembremos Kelsen na *TPD*, p. 24: “Quando se diz que o *dever-ser* é “dirigido” a um ser, a norma a uma conduta fáctica (efetiva), quer-se significar a conduta de facto que corresponde ao conteúdo da norma, o conteúdo de ser que equivale ao conteúdo do *dever-ser*, a conduta em ser que equivale à conduta posta na norma como devida (devendo ser) – mas não se identifica com ela, por força da diversidade dos modos: ser, num caso, *dever-ser*, no outro.”

3. Estas considerações conduzem-nos à passagem da normatividade enquanto cópula lógica para a validade da norma. Deixando de lado outras razões, Kelsen considera que uma norma jurídica é válida porque foi produzida de certa maneira, de uma maneira legitimada, por uma *norma fundamental*. Ou seja, a unidade e a coerência formal de todas as normas do sistema jurídico está em serem reconduzidas a uma norma única, *Grundnorm*, como fundamento último da sua validade.¹⁰ Esta norma estrutura o sistema jurídico, ainda que a sua natureza seja de fundamento hipotético, pois é pressuposta, ou, como mais tarde dirá Kelsen, fictícia. Nas suas palavras: “[...] a norma fundamental é a instauração do facto fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo”.¹¹ Consequentemente, a sua condição é ser lógico-transcendental da interpretação normativa, uma vez que não faz parte do sistema jurídico, e a sua função é teórico-gnosiológica, constituindo-se como o seu fundamento de validade.

Nesta linha interpretativa concluímos que, por um lado, as normas do sistema jurídico não são deduzidas da norma fundamental, mas são criadas por um ato de vontade, por outro lado, as normas dizem como se deve agir, não criando direitos, e deveres, o que significa que o direito pode ter qualquer conteúdo e, ainda, o conteúdo das normas jurídicas não revela nenhum sentido ético, nem está pré-definido pela razão ou por uma lei natural. Igualmente, depreendemos que a norma fundamental compreende-se não só como a fundamentação da validade objetiva de todas as normas jurídicas, mas também como a interpretação de uma ordem coercitiva, capaz de garantir a eficácia do sistema de normas jurídicas objetivamente válidas.¹² Deste modo, a *TPD* visou dar uma nova metodologia para a ciência jurídica, fundamentando-a na defesa das estruturas formais das normas jurídicas.

4. Não difere deste entendimento Cossio admitindo, no que com ele concordamos, que em todos os sistemas há normas fundamentais. Outrossim, não discorda o jurista argentino da importância dos princípios da lógica formal e da noção de *dever-ser* como garantia do sistema normativo. Porém, o seu desentendimento com o pensador austríaco está no facto de a *TPD* não estar interessada no Direito, mas somente no pensamento jurídico que o pensa.

¹⁰ Kelsen, *TPD*, p. 277. Advertimos, com Kelsen, que estas normas não se situam umas ao lado das outras mas apresentam-se como uma “construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras.

¹¹ Kelsen, *TPD*, p. 275; cf. p. 279.

¹² 13.Cf. António Braz Teixeira, *Sentido e valor do Direito*, Lisboa: INCM, 2.^a ed., 2000, cap. I, p. 52 e sgs.

A TPD não nos dá uma teoria, mas uma lógica jurídica formal e uma ideologia. Por isso, Cossio sustenta que a TPD tem de ser complementada com uma lógica jurídica transcendental, a qual pressupõe, por sua vez, uma ontologia do jurídico, que ele pretende fundar a partir de uma revisão fenomenológica husserliana e heideggeriana.

Neste sentido, em oposição a Kelsen, o jusfilósofo argentino considera que a ciência do direito é normativa, não porque conhece normas, mas porque conhece através das normas a conduta humana em sua interferência intersubjetiva.¹³ Nesta afirmação já temos uma primeira definição da Teoria Ecológica, como teoria da experiência jurídica e, enquanto tal, como teoria da conduta jurídica.

Para uma melhor compreensão é necessário esclarecer duas coisas: a ideia de direito ideal e o conceito de norma.

5. Em relação à primeira, convergindo com Husserl, Cossio reconhece a ideia de que a fenomenologia do direito é uma teoria das essências jurídicas. Com efeito, o processo de recondução do facto ao *eidós*, exigida pelo método fenomenológico, está na técnica da *livre variação*, a qual, em traços muito breves, significa o seguinte: pela livre variação, constrói-se mediante a fantasia uma sucessão de determinações sem quebrar a unidade objetual, e isso que se mantêm invariante na variação é, precisamente, a essência em questão. Tais determinações são adquiridas por variação das características do exemplo inicial.¹⁴

Neste contexto, e tendo presente a frase de Husserl, “[...] pertence à ideia da Ciência e da Filosofia uma *ordem de conhecimento, indo dos conhecimentos em si primeiros para os conhecimentos em si posteriores*”,¹⁵ reconhecemos que temos, em primeiro lugar, o *eidós* ciência e não as ciências faticamente constituídas. Portanto, o direito apresenta-se como ciência eidética, versando não o direito positivo, mas o *eidós*-direito, cujo desiderato será definir as condições da possibilidade de todo e qualquer sistema jurídico positivo, circunscrevendo os limites a partir dos quais os sistemas jurídicos deixariam de ser possíveis. Consequentemente, a ciência eidética do direito pretende conhecer o *a priori* jurídico enquanto tal.

Conexo com este sentido de ciência eidética está a noção de intuição. Escreve Cossio: “[...] fenomenologicamente o objeto está dado numa intuição

¹³ Carlos Cossio, *La teoría ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 33.

¹⁴ Cf. Hua XXVII, 15.

¹⁵ Hua I, 53.

e só nela. A correlação entre intuição e objeto é de essência. Ao objeto não se acede somando significações porque o objeto não é algo construído, mas algo dado".¹⁶ Com efeito, não só temos uma intuição intelectual que se reporta a algo que identificamos com a norma, mas também, em sintonia com Kelsen, admitimos que a norma representa essa ligação entre o nosso pensamento e a cópula *dever-ser*, ou seja, e como já foi referido, entre um antecedente jurídico e uma consequência jurídica: dado A, deve ser B. Concluimos que a compreensão do direito como uma intuição eidética está no reconhecimento do direito como um objeto ideal que antecede toda a experiência jurídica.

Esta asserção pressupõe uma ontologia pluralista do real na qual e muito resumidamente, temos quatro classes de seres ou objetos: reais, metafísicos, ideias e culturais.¹⁷ Interessam-nos as duas últimas classes. Os objetos ideais são aqueles que não existem no espaço e no tempo, são irrealis e não pertencem ao domínio da experiência sensível, nem apresentam valor. Se quisermos dar um exemplo, basta pensar nas ciências formais, e, no nosso caso, na lógica jurídica formal. Por sua vez, os objetos culturais embora tenham existência espaço-temporal e se situem no domínio do sensível, são produzidos pelo homem constituindo realidades valiosas. Deste modo, uma das características fundamentais dos objetos culturais está na identidade entre ser e sentido. Mas o sentido só é sentido quando significa algo para alguém, ou seja, os objetos culturais só são realidades valiosas para o homem. Essas realidades valiosas constituem o mundo da cultura, a qual manifesta não só o passado mediante os valores, as crenças, os conhecimentos, só para citar alguns exemplos, como manifesta as intenções criadoras atuais. Justamente, é no domínio dos objetos culturais que Cossio situa o direito, completando a lógica jurídica formal kelsiana através da conduta intersubjetiva. Escreve o autor: "o Direito, pois, há-de aparecer como um fenómeno no mundo; o que quer dizer que uma percepção sensível entrega a intuição essencial ao que há na conduta como ser genérico e o que há no Direito como ser específico".¹⁸

Como fenómeno, o direito é fenómeno cultural, feito pelo homem e para o homem, por isso, a conduta jurídica é projetiva, perceptível e com valor ontológico e axiológico. Qualquer objeto cultural manifesta um sentido espiritual

¹⁶ Carlos Cossio, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, ed. cit., p. 209.

¹⁷ Os primeiros, objetos reais ou naturais, estão dados no espaço e no tempo, têm existência real e são axiologicamente neutros. Estes objetos são estudados pelas ciências empíricas; por sua vez, os objetos metafísicos, são valiosos e de existência real, mas não são dados no domínio espaço-temporal.

¹⁸ Carlos Cossio, *La teoría egológica del Derecho. Su problema y sus problemas*, ed. cit., p. 21.

e um sentido material, daí que a cultura seja “[...] integrada não só com os produtos da humana atividade, mas também com a atividade mesma do ser que os produz [...]”.¹⁹ O significado desta afirmação está na distinção entre vida *humana objetivada* e vida *humana vivente*. A primeira manifesta-se nos objetos criados pelo homem, sendo estes objetos compreendidos no seu âmago como bens culturais, por sua vez, a vida *humana vivente* é referente à atualidade e atividade criadora do homem, logo está em caminho de objetivação.

Dentro desta orientação, distingue o autor entre os objetos mundanos, que correspondem à vida humana objetivada, e estão plasmados por um pedaço da Natureza, citando alguns dos exemplos que nos dá Cossio, estátua e mármore, música e vibrações, e os objetos egológicos, que consistem em ações humanas, ou na conduta como tal, e surgem da própria liberdade metafísica do homem. Os objetos egológicos concernem a um sujeito, ao “eu”, ao homem anterior a todas as objetivações, numa palavra, à própria ação, ação essa que é sempre ação de um agente que está nela constituindo-a. Precisamente, se o direito é fenómeno cultural, então é um objeto egológico, resultado de um ego que a si mesmo se intui como livre, sempre em coexistência com os outros. Esta coexistência é sinónimo de interferência intersubjetiva.

Ligado com este conceito de conduta, temos o conceito de *liberdade*. Para o jurista argentino, a liberdade é, como afirma, “liberdade fenomenalizada”, que se revela na interferência intersubjetiva das possíveis condutas humanas. Podemos acrescentar que esta liberdade é metafísica na sua essência, pois está desde logo na vida humana, seja objetivada, seja na antecipação da ação, vida humana vivente. A liberdade é “o poder ser uma possibilidade, sendo a possibilidade que chega a ser”,²⁰ escreve Cossio relembrando Heidegger. Analisando esta frase, concluímos que a primeira parte da afirmação, *o poder ser uma possibilidade*, significa que pode chegar a ser ou pode não chegar a ser e, precisamente, é nesta possibilidade que encontramos o *ser* do direito; observando, agora, a segunda parte da afirmação, *sendo a possibilidade que chega a ser*, depreendemos que nela estão os *modos de ser* do direito, que compreendem em si a primeira parte da frase, as múltiplas possibilidades.

Em correlação com a ideia de “liberdade fenomenológica”, temos no direito a categoria ôntica da *temporalidade*. Nela a vida humana desenrola-se como vida atual, presente, dinâmica, criadora. Por conseguinte, o tempo jurídico é indissociável do ser jurídico, e nessa união temos presente a ideia de que o presente é antecipação e não mero instante. Dito de outro modo, o pre-

¹⁹ Carlos Cossio, “Norma, Direito, Filosofia”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XXIII, 1947, Coimbra: Coimbra Ed., 1947, p. 226.

²⁰ *Ob. Cit.*, p. 412.

sente manifesta a experiência jurídica, contendo, simultaneamente, em si as infinitas possibilidades dessa mesma experiência.

Convergindo com Heidegger, Cossio defende que o ser da conduta em interferência intersubjetiva manifesta a liberdade axiológica fenomenalizada, o que significa que a conduta tem *sentido*, é reveladora de uma intenção, a qual se traduz numa preferência. Por conseguinte, sem sentido não temos conduta e, precisamente, é na captação do sentido que temos a referência aos valores jurídicos. Mas estes valores são, por um lado, num plano ontológico, categorias temporais das múltiplas possibilidades da conduta futura, por outro lado, são sempre valores de bilateralidade ou alteridade, daí a interferência intersubjetiva, por exemplo, a justiça, a cooperação, a paz, o poder, entre outros.²¹ Como bem sublinha, os valores da bilateralidade ou alteridade são aqueles que, relacionando-se com a conduta intersubjetiva, constituem a estrutura nuclear do Direito. Portanto, para a *Teoria Ecológica*, a ciência dogmática do Direito compreende-se como uma ciência da realidade humana e cultural, tendo como objeto a conduta humana, a qual é sempre manifestação da liberdade axiológica em sua interferência intersubjetiva. Neste sentido, diferentemente de Kelsen, a ciência do direito é normativa, não porque tem normas por objeto, mas porque o direito é norma em ato: pensar normativamente é pensar o ato do direito.

Destas observações cumpre esclarecermos que, por um lado, a *Teoria Ecológica do Direito* pressupõe que o vocábulo ecológico significa que o *ego* é, aqui, entendido não como lógico, mas como “logóico” (loquaz), por assim dizer, no sentido de permitir tornar presente a realidade através do discurso com sentido. Ou seja, próximo de Husserl, o pensador argentino afirma que o sentido (*logos*), que pode ser sempre expresso, constitui o ser dos entes, pelo que há equivalência entre *logos* e ser. Mais ainda, se pensar o direito é pensar a conduta em interferência intersubjetiva, para além deste “eu penso”, em franca oposição a Kelsen, há o “eu atuo”, sendo este eu um *ego transcendental da ação*. Por outro lado, se reconhecemos que o ser do direito é a conduta em interferência subjetiva e a norma é o que permite conhecer a conduta, então ao normativismo de Kelsen podemos contrapor o condutivismo de Cossio, pois o jurídico existe ontologicamente antes das normas ao invés da *TPD*, na qual as normas fazem o jurídico.

²¹ Lemos em Cossio: “Pois a norma, por um fundamento ecológico, integra o sentido do dado ao ser a conceptualização da liberdade axiológica do próprio dado.” *La teoría ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, ed. cit., p. 29. A conduta, em interferência intersubjetiva, para além de *ser* é um *valor*.

6. Na verdade, o conceito de norma está interrelacionado com o de conduta, pelo que embora não seja um juízo de valor, a norma pressupõe esse juízo, dado que, o valioso é a conduta, portanto, enquanto conceito, a norma pensa o valor, porque pensa a conduta e, como já referimos, a conduta sem valor é ontologicamente impossível. Especificando melhor: como conceito a norma jurídica revela um conhecimento neutral do ser dos objetos jurídicos, ou seja, se determinado objeto é valioso, o que no nosso caso acontece com a conduta, a norma expressa o valor que lhe é conferido, sem o alterar. Como refere no exemplo que nos dá Cossio, na vida do Direito qualquer sentido axiológico, seja justo ou injusto, pode ser normativamente enunciado, quer dizer, pode ser norma “[...] sem afetar de modo algum a função que cumpre, enquanto pensamento normativo, na Ciência dogmática”,²² significando que o valor é compreendido como uma qualidade da conduta e não da norma. Daqui decorrem dois modos de entender a norma. Se olharmos a norma apenas na perspectiva de analisar o sentido da conduta, estamos no domínio conceitual do sentido axiológico da conduta. Porém, se pensamos a norma, simultaneamente, como subjacente e como sentido da conduta, estamos perante um esquema de interpretação, não à maneira de Kelsen, mas como interpretação da conduta mediante a lei. Podemos ainda acrescentar o seguinte: reconhecendo o sentido do valioso imanente ao direito, a experiência jurídica, longe de se identificar com o facto social, ou o normativismo puro de Kelsen, apresenta-se como uma experiência humana e cultural, decorrendo daí que o sentido da norma jurídica não é alheio a um juízo de valor, o que nos conduz a compreender a *Teoria Ecológica* como superação não só do positivismo jurídico, mas também do empirismo e do realismo jurídicos.

Relembrando a este propósito Cossio: “O ser do Direito está na conduta em interferência intersubjetiva; e isto é um dado ôntico que capta a intuição sem recorrer a nenhuma norma. Porém o Direito não existe de forma árida, sendo Direito em bruto [...] o Direito existe ou como faculdade, ou como prestação, ou como ofensa, ou como sanção [...] A norma joga um papel constitutivo do modo de ser, porém não do ser do Direito; pelo contrário está subordinada a este e dentro dele se move por ser de verdade uma norma”.²³ Em conclusão, através da norma podemos conhecer se uma conduta humana, em interferência intersubjetiva, é juridicamente valiosa. Foi esta interpretação

²² Carlos Cossio, “Norma, Direito, Filosofia”, art. cit. 1947, pp. 220-221.

²³ *La teoría ecológica del Derecho. Su problema y sus problemas*, ed. cit., p. 412. Na expressão do autor: “[...] a norma, que é esta representação conceptual, é por sua vez, um pensamento acerca da conduta enquanto que conduta e o pensamento contido na conduta integra-se com o pensamento de si mesma.”

que levou Cossio a mostrar a necessidade de superar o formalismo lógico kelseano por uma ontologia e axiologia jurídicas. Compreendemos, agora, que o autor critique a TPD como mera lógica jurídica formal e simples ideologia.

Estas considerações desembocam na seguinte ideia: nenhuma norma pode criar direito, nem extingui-lo. Com efeito, a norma apenas pode modificar ou extinguir direitos subjetivos e obrigações, quer dizer, o que ocorre na criação normativa é, somente, a alteração da compreensão do signo que tem efeito sobre o direito vigente, portanto a norma não afeta o *ser* jurídico, (o direito), pois, salientamos, o direito é um objeto ideal, possuindo a idealidade de qualquer conceito e, como afirma a *Teoria Ecológica*, sendo o direito conduta humana, a positividade que dele faz parte é algo dado como um facto.

7. Chegados a este ponto cumpre fazer alguns esclarecimentos sobre a norma.

Conexo com o dever ser lógico formal de Kelsen está o *dever-ser* existencial. Com efeito, partindo da ideia de que a conduta se integra com a norma que dela mesma faz menção, então, ao *dever-ser* lógico formal integramos o *dever-ser* existencial. Segundo esta identidade, o lógico que estuda a forma do pensamento não pode prescindir do objeto na busca da compreensão da sua *significação*; pois, “ao analisar a significação enquanto pensamento, toma-a como ela se oferece na relação que tem com o objeto que pensa ou menciona”,²⁴ embora, como depreendemos, prescinda do objeto no sentido em que este não se analisa.

Nesta sequência de ideias, a norma jurídica é definida como um juízo disjuntivo. Na verdade, Cossio considera que a norma é constituída por duas partes: a endonorma e a perinorma (conceito normativo de *dever-ser*). A sua estrutura disjuntiva é proposicional e a sua expressão lógica pode ser definida deste modo: dado um facto, deve ser cumprida a obrigação para um sujeito pretensor (endonorma), ou deve ser aplicada a sanção por um funcionário a tal obrigado pela comunidade (perinorma). Concorrem para esta compreensão da norma como *dever-ser* dez conceitos, dos quais dois são de carácter funcional, e oito de carácter entitativo. Os dois primeiros são o verbo *dever ser* e a proposição, por exemplo, *dado A, B deverá ser; mas dado não B, C deverá ser*. Dos segundos, cinco são atribuídos à endonorma. Vejamos: 1) dado o facto A, segundo a sua determinação temporal, 2) deve ser, (cópula proposicional); 3) executada a prestação; 4) por alguém a ela obrigada; 5) para com outrem. Ou (cópula disjuntiva que delimita endonorma e perinorma); três dos restantes

²⁴ Ob. cit., p. 370.

conceitos entitativos são atribuídos à perinorma. Assim temos: 1) se não se verificar a prestação; 2) deve ser (cópula proposicional); 3) a sanção do responsável; sendo os outros dois conceitos: 4) cuja determinação está a cargo de um órgão competente para a aplicar, 5) por exigência da comunidade.²⁵

Por conseguinte, acentuamos que, se a conduta se conforma com a endonorma, é lícita e jurídica, mas se a conduta corresponde à perinorma, então é ilícita e antijurídica, por sua vez, também deve ficar claro que Cossio recusa Kelsen na visão da norma como um juízo hipotético (Se A, deve ser B), nem aceita a concepção da norma como um juízo categórico ou imperativo (A deve ser B), próprio das perspectivas do realismo jurídico, que consideram ser a norma uma ordem ou um comando. Sublinhamos que a norma como juízo disjuntivo reúne a conduta possível e a conduta efetiva, naquilo que denominamos a *conduta interferente*. Do exposto resulta que no domínio da lógica formal está presente a estrutura intersubjetiva, ou bilateral, do Direito, que advém do domínio existencial.

8. Destas considerações, concluímos que o sentido e a validade da experiência jurídica, como foi apresentada por Kelsen, de um modo meramente lógico-formal, pode ser completada pelo sentido e por uma validade do direito que está fenomenicamente na conduta. Tal é a finalidade última da *Teoria Ecológica*, a qual corresponde “a falar da validade da conduta porque se trata da validade do pensamento que a conduta contém noematicamente”.²⁶ Assim, o pensamento normativo do jurista coincide com a conduta, daí que, é na conduta que se situa a logicidade formal do dever ser copulativo. Deste modo, passamos de uma lógica jurídica formal para uma lógica jurídica transcendental, a qual nos conduz a um sentido ontológico e axiológico da experiência jurídica.

A importância que o diálogo entre os dois eminentes jusfilósofos tem para a atualidade revela-se na necessidade da reflexão fenomenológica sobre o Direito e a experiência jurídica, a qual, pela nossa parte, consideramos que ainda está por realizar, de forma cabal e profunda, assim como, sustentamos, está por realizar uma Teoria da Constituição dos objetos jurídicos ou, para o dizer com Husserl, uma “Fenomenologia da Razão Jurídica”.

²⁵ *Ob. cit.*, p. 333.

²⁶ *Ob. cit.*, p. 372.

ABSTRACT

In this paper, I analyze Carlos Cossio's theory of law, and how his theory was a reaction to Kelsen's juridical positivism. The most important aspect I highlight is the logical abstract normativism defended by Kelsen, and how it was overcome by a transcendental and existential theory of law, which Cossio develops in a close relationship to Husserl and Heidegger views.