

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

FILOSOFIA DO DIREITO II

FERNANDO DE BRITO ALVES

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Fernando De Brito Alves, Leonel Severo Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-368-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Filosofia do Direito. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

FILOSOFIA DO DIREITO II

Apresentação

Integram esse livro os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito II do XXV Congresso do CONPEDI, que se realizou no mês de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba – Estado do Paraná.

Os trabalhos indicam a higidez da pesquisa em filosofia do direito no país, e são representativos da produção acadêmica nacional, visto que seus autores estão ou foram vinculados à Programas de Pós-graduação em Direito da UFPA e CESUPA – Pará, FDV – Espírito Santo, UFRJ e UERJ – Rio de Janeiro, UNIVALI – Santa Catarina, UFPR – Paraná, UFPB – Paraíba, UNISINOS – Rio Grande do Sul, ESDHC – Minas Gerais, e UNIVEM – São Paulo.

Sem a pretensão de comentar especificamente todos os textos, mas com o objetivo de apresentar este livro, organizamos algumas breves considerações.

Constatamos que alguns dos autores fundamentaram suas pesquisas na filosofia francesa contemporânea. Foucault é o principal referencial utilizado para discutir a categorização sexual do direito e problematizar questões de biopolítica. Derrida e a sua filosofia da desconstrução é uma categoria de análise importante para a compreensão crítica do fenômeno jurídico contemporâneo. A ato de benzer como patrimônio cultural imaterial pode ser descrito a partir da filosofia de Paul Ricoeur.

Outras tradições filosóficas contemporâneas também estiveram presentes nos textos, já que houve autores que trabalharam aspectos da filosofia pragmática de Richard A. Posner, o problema da discricionariedade em Herbert Hart e Ronald Dworkin. Além de questões relacionadas à moral, análise econômica do direito, entre outros. Houve quem explorasse as divergências entre Kelsen e Cossio, e não faltou referência aos clássicos na discussão sobre a moralidade em Homero.

Por fim, ressaltamos que os textos, além de apresentarem discussões filosóficas densas, sobre categorias de análise, conceitos e modelos epistêmicos, também se preocuparam com os aspectos mais concretos da nossa vida cotidiana que podem auxiliar na compreensão de fenômenos complexos como a justiça e a exclusão social. Nesse contexto foram abordadas questões envolvendo os refugiados e o “rolezinho”.

A diversidade do livro que apresentamos é indiciária da inesgotabilidade temática da pesquisa em filosofia do direito no Brasil, de modo que recomendamos a todos interessados na área, a leitura deste livro.

Coordenadores do GT Filosofia do Direito II

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

LEGADO DE CARLOS COSSIO NA ABORDAGEM METODOLÓGICA DO DIREITO

THE LEGACY OF CARLOS COSSIO IN LAW

Rubens Galdino da Silva ¹
Sarah Carolina Galdino da Silva ²

Resumo

Objeto deste artigo são questões metodológicas na abordagem de Cossio e Kelsen, ambos marcos teóricos do Direito. Contudo a trajetória cossiana não fora bem sucedida. Apesar de nada dever à academia, sua Teoria Egológica sobrevive a lampejos de memória. Esta não quer silenciar ante o império da lei alimentado pelo kelsenianismo. Este é o caso brasileiro. Além de importar para Bandeira Nacional, o lema “Ordem e Progresso” de um positivismo canhestro, entrega a distribuição da Justiça ao comando daqueles que, segundo o saudoso Florestan Fernandes, mantêm “ordem pra quem está em baixo e progresso pra quem está em cima”.

Palavras-chave: Metodologia, Fenomenologia, Direito, Egologismo, Positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss methodological issues in Cossio and Kelsen approach. Both are theoretical frameworks. Although, Cossio's theory, "La teoría Egológica del Derecho", lives as mere flashes of the memory within the academic community it survives in intellect as a theory comparable to Kelsen's theory. This is the case of Brazil. In addition to importing the motto "Order and Progress", delivers the responsibility of justice to those who command, according to the Florestan Fernandes, maintain "order for those who are blue collar worker and progress for those who are white collar work"

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Methodology, Phenomenology, Law, Egologismo, Positivism

¹ Doutor em História pela UNESP/Assis e Professor no curso de Direito da FEMA/Assis.

² Jornalista, Advogada e Mediadora. Mestranda no Programa de Mestrado em Direito na UNIVEM/MARÍLIA, membro do grupo de pesquisa de Bioética.

INTRODUÇÃO

Tentar-se-á, neste artigo, reviver um pouco do legado deixado por Cossio, jurista argentino, ao mundo jurídico contemporâneo, em especial sua importância no contexto brasileiro. Num momento em que a academia busca fortalecer a reflexão jurídica por meio de debates, produção editorial e eventos especializados, torna-se oportuna a experiência da reinvenção deste legado.

No Brasil, a rica contribuição cossiana tem sido ofuscada pela truculência do poder das elites do país, desde as intervenções das Forças Armadas nos aparelhos do Estado em 1964, sobretudo no recrudescimento do regime Ditadura Militar em 1968, até os dias atuais. Entretanto a força de seu pensamento egológico permanece viva no Direito brasileiro, ainda que às migalhas.

Porém há de se empreender mais esforços no sentido de dar mais visibilidade. Isto é possível levando-se em conta o clima favorável à reinvenção de legados e à busca de novas alternativas teóricas. Este clima vem crescendo cada vez mais nos meios acadêmicos.

Assim, espera-se que as contribuições cossianas ganhem mais espaços no cenário jurídico. A programação de eventos específicos, a fomentação de grupos de estudos e a inclusão de conteúdos egológicos nos cursos jurídicos de graduação e pós-graduação, certamente, contribuirão para enriquecimento e aproveitamento substancial desse legado na cultura jurídica brasileira.

O foco deste ensaio são questões de ordem metodológicas nas diferenças entre “Teoria Pura do Direito” e “Teoria Egológica do Direito”. Apesar das diferenças metodológicas na abordagem do Direito, ambas se completam na ingente tarefa de avançar os marcos teóricos do saber jurídico no Ocidente. Porém, carregam, no bojo, ideologias diferentes e, até mesmo, excludentes.

Sem dúvida, foram mentes privilegiadas e deixaram um legado inesgotável de possibilidades jurídicas. Contudo a excessiva influência da “Teoria Pura do Direito” e a marginalização institucional do legado de Cossio têm deixado reflexos negativos ao avanço democrático das instituições e da sociedade brasileira.

1. CARLOS COSSIO NA MILITÂNCIA ACADÊMICA: BREVE HISTÓRICO

Carlos Cossio, jusfilósofo argentino, nasceu em San Miguel de Tucumán, em 3 de fevereiro de 1903, e morreu em Buenos Aires, em 24 de agosto de 1987. Tendo concluído o ensino básico em sua cidade natal, ingressou na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Trata-se de um pensador que, no final dos anos 50 e início dos 60, foi referência acadêmica no Brasil. Dentre os adeptos, destaca-se a militância do jurista Antônio Luís Machado Neto, sem dúvida, um dos pioneiros na divulgação do egologismo na academia brasileira.

Nessa Universidade, Cossio se interessou pelos estudos da Filosofia Jurídica, tornando-se uma das principais referências do pensamento jurídico latino-americano no Ocidente. Militante da área acadêmica, lecionou Filosofia do Direito na Universidade de *la Plata* (1934-1946). Foi a partir de sua experiência docente nessa Universidade, que deu início a sua Teoria Ecológica do Direito. Dali, transferiu-se para Universidade de Buenos Aires, na qual exerceu a academia em dois momentos: de 1948 a 1956 e de 1973 a 1975. Com o Golpe Militar na Argentina em 1976, afasta-se das atividades acadêmicas e isola-se, tendo morte trágica em um elevador em Buenos Aires.

Dentre suas principais obras, destacam-se: *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho* (1941), obra de ensejo a Teoria Ecológica do Direito, também chamada de Egologismo; *La Teoria Egologica del Derecho y el concepto jurídico de libertad* (1944); *El Derecho en el derecho judicial* (1945); *Escogidos de la Teoria Pura del Derecho* (1952) e *La Teoria Egologica del Derecho: su problema e sus problemas* (1963). Não encontramos registro de edição de suas obras no Brasil em língua portuguesa.

Daniel Herrendorf, discípulo de Cossio, assim se expressou ao avaliar a influência e a importância histórica do mestre no contexto do pensamento jusfilosófico latino-americano:

Durante esos 18 años (1938-1956) el liderazgo egológico en Sudamérica era incuestionable; se crearon círculos de especulación en casi todos los países del subcontinente; se debatían los problemas egológicos en congresos, universidades, revistas especializadas, etc” (COSSIO, 1987, p. 80).

Talvez se não fosse o golpe desferido contra a democracia no continente latino-americano, sobretudo no Brasil (1964), Chile (1973) e Argentina (1943, 1955, 1962, 1966 e 1976), a Teoria Ecológica do Direito teria proporcionado um ambiente fertilíssimo na concepção de novas ideias e práticas jurídicas. Infelizmente o silêncio imposto abortou, num

primeiro momento, esse processo. Porém renasce esta expectativa, que certamente há de encontrar seu espaço na história do desenvolvimento do pensamento latino-americano.

No caso do Brasil, é provável que o desinteresse, nessa época, das editoras nacionais, pela edição das obras de Cossio esteja ligado ao Golpe Militar de 1964. Com a instalação da Ditadura Militar no Brasil, a academia sofre intensa perseguição. Os militares, no comando do governo, impõem severas restrições ao livre pensamento. O mundo jurídico passa a ser vigiado e o debate monitorado, sobretudo pelo SNI (Serviço Nacional de Informação) a serviço da censura e da tortura a refratários ao então trono palaciano.

Os cursos jurídicos se transformam em fábricas de reprodução de tecnólogos a serviço da manutenção da ordem instituída. Deixam de ser centros de reflexão e produção de ideias para tornar-se treinadores de mão de obra, em alguns casos semiqualficada, do Direito na engrenagem do judiciário. O tecnicismo, monitorado pelo patrulhamento ideológico, fez desses centros extensão da fala do trono palaciano. Não é á toa que a expressão “operadores do Direito” passou amplamente nesse período para se referir ao bacharelado em Direito inscritos na OAB (Ordem dos Advogados do Brasil).

Nesse ambiente de completo monismo jurídico, Cossio é praticamente banido da pauta de debates. Há forte suspeita de que trabalhos monográficos, dissertações de mestrado e teses de doutoramento tenham sido cuidadosamente vigiados pelos censores do regime militar no Brasil.

Na Argentina, segundo Daniel Herrendorf (1987), há menção de dissertações e teses sobre o pensamento de Cossio, que foram reprovadas, em sua sustentação oral, por imposição dos militares. As ideias e valores cultivados pelo pensamento de Cossio eram consideradas nocivas à Ideologia de Segurança Nacional e em razão disso duramente reprimidos.

O monismo jurídico, alimentado, sobretudo, pela “Teoria Pura do Direito”, impõe silêncio a qualquer forma de reflexão divergente. Assim o conteúdo crítico-analítico de Cossio é não só afastado dos debates, como também objeto de ferrenha perseguição dos então plantonistas do poder palaciano.

Nesse período da história do Brasil, o monismo jurídico encontrava-se exacerbado. A título de exemplo, mesmo a Lei Arbitral, com o fito de afastar o Estado dos negócios privados e admitida sob pressão das multinacionais no país, continha dispositivos que inviabilizavam o pleno exercício desse instrumento nos negócios privados.

Esses dispositivos restritivos acabavam ensejando às decisões arbitrais a possibilidade de contestação judicial por meio do rito ordinário. Somente com a Lei 9.307/96 altera o panorama. As práticas arbitrais ganham autonomia. Com isto, possibilita o afastamento do

Estado, na fase de conhecimento, de se imiscuir nas decisões arbitrais ao tornar a decisão arbitral irrecorrível.

Deste modo, uma Teoria que coloca a condição existencial do ente humano no centro da articulação num dos três poderes do Estado, não poderia ter recepção diferente. Condená-la ao ostracismo era o caminho a ser trilhado. Assim, quiçá, a academia limitou-se ao convencional e, em raras exceções, tornou-se ciosa na reprodução do imaginário jurídico à feição do modelo vigente, como “intelectuais orgânicos”, numa concepção de gramsciana.

2. DIMENSÃO FILOSÓFICA DA TEORIA EGOLÓGICA DO DIREITO

Carlos Cossio, retrabalhando as concepções de Hegel, de Husserl e de Heidegger, formulou e desenvolveu a Teoria Egológica do Direito. De Hegel, fez uso da estrutura básica da Lógica Dialética; de Husserl, da fenomenologia; e de Heidegger, do existencialismo. Com base nas ideias centrais desses filósofos, Cossio concebe seu método denominado “Empírico-dialético”, que se caracteriza por uma postura analítica e sintética na investigação das questões jurídicas. A postura é analítica e sintética, na medida que caminha na direção de novas possibilidades históricas.

Assim este artigo não tem a pretensão de ser um marco histórico. Quer contribuir, em meio a outras iniciativas do gênero, de alguma forma, para ampliar o debate. Há necessidade de se intensificar os estudos por meio de pautas específicas em eventos que contemplem o legado de Cossio. Quiçá isto possa ensejar um reaquecer do legado em nosso meio acadêmico. Ao lado de outras contribuições de jusfilósofos latino-americanos, certamente o legado de Cossio há de gerar novas possibilidades no campo da reflexão sobre a realidade social e jurídica. Esta percepção torna-se evidente na medida que o atual contexto histórico vem abrindo um universo instigante de discussões na esfera do pluralismo jurídico.

Diante desta possibilidade histórica, a questão básica, que se coloca, relaciona-se à natureza epistemológica da “Teoria Egológica do Direito”. Trata-se dos elementos teóricos que a perpassam, que dão fundamentação a sua estrutura metodológica. Iniciemos com análise da relação da “Teoria Egológica do Direito” com o pensamento de Hegel.

Sim, um aspecto da relação, talvez o central, refere-se ao método dialético, inspirado em Heráclito e reinventado por Hegel em sua obra clássica denominada “Fenomenologia do Espírito”. Sem se deixar ser seduzido pela ideia de “Espírito Absoluto”, alma do idealismo alemão, Cossio trabalha com a ideia de dialética como movimento da capacidade humana de

pensar, de tomar decisões e de agir. Portanto, prende-se Hegel pela ideia de movimento, mas indica rejeitar a ideia de que esse movimento é o do pensamento sobre si mesmo.

Aqui cabe um esclarecimento. Cossio (1987, p.207), quando fala de dialética, refere-se a Karl Marx. Prefere até rejeitar sua associação ao pensamento de Hegel, ao afirmar que se trata de uma dialética “(...) de la realidad contrapuesta a la dialética del espíritu (...)”. Porém, ao postular uma dialética existencial abre espaço para associá-lo ao pensamento de Hegel. Assim, ao negar, indica exatamente que esteja afirmando o negado.

Ao articular o conceito de dialética, Cossio se mostra, ainda, próximo a Heráclito. Com isto, sua teoria egológica sugere uma ideia de dialética como movimento por meio do qual o *lógos* se constrói. Assim o produto desse processo emerge como resultante da relação entre realidade (observação) e consciência (reflexão). Daí o acertado título “Empirismo Dialético”.

Talvez, aqui, fosse pertinente dizer que Cossio se aproxima bem, também, das concepções de Antônio Gramsci, quanto à Dialética da História. Tenta evitar, ao mesmo tempo, o mecanicismo marxista e de reduzir a história à luta de classes. Maria Helena Diniz, referindo-se ao método adotado por Cossio, afirma: (1996, p.32), “Esse método é empírico porque se dirige a coisas reais (o direito é real, pertence à experiência), ou seja, à realidade do substrato e à realidade da vivência”.

Noutras palavras, é real porque está direta e inevitavelmente relacionado à conduta humana. Assim, o Direito não é um fim em si mesmo, antes meio para o enriquecimento da experiência humana, por meio de conduta valorada e normatizada. Por sua vez, a ordem jurídica se apresenta como um processo infinito de possibilidades históricas.

Daí o seu caráter dialético. A dinâmica histórica das significações culturais se realiza de forma dialética. Valora-se a circunstancialidade da experiência humana. A dialética permite que a conduta humana seja cognoscível (descrição). Isso possibilita o conhecimento jurídico das relações entre valores autônomos (horizontais) e valores heterônimos (verticais).

Nada é estático, tudo está em transformação. Nada é absoluto, tudo é relativo às motivações circunstanciais. Com base nisso, pode-se afirmar a provisoriade de toda ordem normativa e de direito. A sociedade é um “devir a ser” na História, inventando-se e reinventando-se.

Em relação ao pensamento de Heidegger, têm-se questões suscitadas no campo existencial, tais como, liberdade, consciência, intencionalidade, decisão, ação etc. Neste contexto, a existência apresenta como experiência única e singular, irreduzível a qualquer esquema lógico. Heidegger rejeita o corte da relação “sujeito e objeto”, típico do racionalismo

cartesiano. Inspirando-se nos pré-socráticos e no método fenomenológico, retoma o conceito “Ser” da Filosofia Clássica, tema central de sua obra “O Ser e o Tempo”.

Concebe o Ser como consciência, portanto, como fenômeno. A realidade apresenta-se como fenomênica e tributária do Ser. Assim o Ser é a condição para que os entes (pessoas, coisas, relações, ideias, pensamentos, sentimentos etc.) sejam no tempo e no espaço (estar aí). Como tal, o Ser não se confunde com os entes.

Para evitar confusão entre o Ser e os entes, Heidegger estabelece dois tipos de ente: primeiro refere-se àquele os que ocupam espaço no tempo sem ter consciência disto. Para este, o tempo não existe na medida que está destituído de uma consciência que o conceba. Trata-se da coisa é em si, fechada, sem abertura para o Ser, embora esteja presente nele.

O segundo é o ente dotado de consciência, que produz espaços, e não apenas os ocupa, e concebe o tempo como condição do seu existir. Trata-se da consciência de si, para si mesma. Este ente apresenta como humano, que tem consciência de “estar aí (dasein) no tempo e com o tempo. Como consciência, afirma-se e se nega. Ao mesmo tempo, essa consciência, pela linguagem, se torna a ‘clareira do ser’”.

Como consciência, é a consciência da própria temporalidade, da finitude, que lhe gera angústia, na medida que o coloca diante da morte como condição inevitável. Neste sentido, o ser-no-mundo é também um ser-para-morte (*sein zum tode*). Ao mesmo tempo, essa angústia, gerada pela consciência de-ser-para-morte, permite-lhe ressignificar a existência, seja para negar ou aceitar a condição limite, a morte.

A singularidade se relaciona à condição única do ente humano, enquanto o é. Trata-se de sua dimensão individual e irreduzível a qualquer tentativa de generalização. A universalidade se expressa pela sua dimensão histórico-social, que se concretiza nas relações por meio da vida em comum. Daí, para Cossio, a necessidade de elevar a conduta humana à condição de objeto do Direito, ao contrário do que concebe a Teoria Pura do Direito.

Com base nesse postulado heideggeriano, Cossio valoriza a conduta humana como expressão de uma consciência, que se constrói e se desenvolve no tempo e no espaço. Ao valorá-la, quer, ao mesmo tempo, evidenciar sua singularidade e universalidade. Com isto, coloca a conduta humana no centro das discussões jurídicas. Valoriza-se a experiência humana como um bem em si mesmo, dotado de significação existencial.

Em relação a Husserl, a “Teoria Ecológica do Direito” herda dele a estrutura metodológica como condição necessária à produção do conhecimento nas relações intersubjetivas da conduta humana. Neste caso, a fenomenologia, como ciência eidética, deve

se ocupar das "essências", que estão presentes no contingencial da conduta humana (fenômeno). Essas essências apresentam-se como sínteses históricas no sentido da dialética hegeliana.

A este arranjo teórico aplicado à "Teoria Ecológica", Cossio (1987, p.201) denominou "empirismo-dialético". Para ele, o comportamento humano produz objetos culturais. Esses objetos culturais estabelecem sistema de valores, que, ao mesmo tempo, funda sistema de norma com o propósito de administrar interesses individuais e coletivos.

Assim, seguindo a linha de raciocínio dele, pode-se inferir que o Direito expressa, ao mesmo tempo, um dever ser existencial, axiológico e lógico. As três dimensões se articulam no interior da dinâmica social de forma dialética e não de forma estaque e justaposta.

O dever ser existencial se concretiza na historicidade irreversível e irredutível da experiência humana. Ele é vivido como materialização da subjetividade, enquanto permanece como expressão da liberdade. O dever ser axiológico é a experiência do Direito como "valor", que se insere no âmbito daquilo que pode ser estimado ou valorado, ainda que de forma imprecisa, dada a precariedade da condição humana. O dever ser lógico é a experiência existencial e axiológica humana, apreendida como objetivação mediante proposições normativas. (COSSIO, 1987).

Deste modo, é tarefa da ciência jurídica a investigação das relações entre a dimensão material (empírica) e a significação valorativa (cognitiva) como objeto de seu saber. Da dimensão material, extraí-se a dimensão fática (conduta), seja no seu aspecto singular, particular e universal no sentido hegeliano. Refere-se à relação entre subjetividade e intersubjetiva. Nesta relação, cada pessoa (subjetividade) coexiste com a liberdade de todos (intersubjetividade), no sentido kantiano.

Porém a dimensão fática não existe sem valoração. A conduta implica é, ao mesmo tempo e necessariamente, significação cultural e regras. A significação, produzida no interior das relações intersubjetivas, noramatiza-se e estabelece referência de ação e juízo como condição de sobrevivência possível do ente humano.

Assim Cossio concebe três dimensões indissociáveis na esfera da axiologia: "coexistência como mundo", "coexistência como pessoa" e "coexistência como sociedade". A intersubjetiva refere-se à "conduta compartilhada" (mundo, pessoa e sociedade), apresentando-se como objeto da "alteridade jurídica". Assim o Direito só o é na medida que faz da conduta humana, em sua dimensão existencial, axiológica e normativa, o objeto de seu saber e de sua prática.

Neste caso, o que é, para Cossio, a "alteridade jurídica"? Trata-se da resultante da conduta humana compartilhada de forma situacional (COSSIO, 1987, p.156). Assim a ideia de

licitude ou ilicitude é resultado da intuição sensível. Esta intuição se realiza no espaço histórico da vivência coexistencial (mundo, pessoa e sociedade). Neste sentido, a ideia de lícito ou ilícito é circunstancial. Como tal, apresenta-se situacional e inerente à vida em comum, posto que a “(...) existencia humana es coexistencia”. (COSSIO, 1986, p.157).

Por isto, segundo o pensamento de Cossio, norma não é Direito, nem o Direito se reduz à norma. Transcende-a na medida que se funda na conduta humana. A norma se apresenta apenas como instrumento de referência à conduta. A norma apenas descreve a conduta, integrando-a ao sistema de lógica jurídica como lente dever ser.

Para Cossio, o objeto do Direito é necessariamente a conduta humana interagida no tempo e no espaço. Refere-se à conduta humana como objeto cultural, vivido no tempo e no espaço. Valorada de forma positiva ou negativa, nas intersubjetividades como substrato do Direito.

Essa interação valorada só é possível na medida que é a própria liberdade. Não se trata de ter a liberdade. A condição humana só se define como tal por ser plena liberdade, condição *sine qua non* da razão de ser do Direito.

Em síntese, a Teoria Ecológica define que as normas são lentes. Apenas propiciam ao Direito elementos formais à administração da existência humana coexistência: mundo, pessoa e sociedade. Com isto, o objeto do conhecimento jurídico é liberdade vivida em sua dimensão fenomenológica, concomitantemente, como fato e valor na conduta intencional, portanto, do ente humano.

3. EMBATE TEÓRICO ENTRE COSSIO E KELSEN

As divergências teóricas entre Cossio e Kelsen se concentram no campo da abordagem do Direito. Quando se fala em abordagem, refere-se às questões de ordem metodológica. Kelsen, nascido em 1881 (Praga) e em 1973 (Berkeley), vivenciou debates teóricos e metodológicos no famoso “Círculo de Viena”, que congregava a nata da inteligência austríaca na Universidade de Viena entre 1922 e 1936, sob a coordenação do físico Moritz Schlick, um dos expoentes do positivismo lógico e discípulo de Max Planck.

Comentando a relação de Kelsen como o Círculo de Viena, afirma Cardoso (2016, p.9):

A busca da pureza da teoria denuncia a forte influência de Kelsen teve do Círculo de Viena e do positivismo lógico. Ele constrói um modelo de ciência

jurídica a partir de postulados empiricamente verificáveis, verídicos ou inverídicos, de juízos hipotéticos que nada prescrevem.

Com a ascensão e expansão do Nazismo, membros do Círculo de Viena emigraram, sobretudo, para os Estados Unidos. Talvez este tenha sido o caso de Kelsen, que era descendente de família judia, que se transferiu para os Estados Unidos por volta de 1940. Lá, Kelsen tornou-se professor e pesquisador, sobretudo na Universidade da Califórnia em Berkeley.

Entre influentes do Círculo de Viena mais conhecidos atualmente pela academia, destacam-se Rudolf Carnap, Karl Popper e Ludwig Wittgenstein. Em 1929, motivado pela discussão promovida em um congresso em Praga, o Círculo de Viena publicou um manifesto, redigido por Schlick, Hahn e Neurath, atacando duramente à metafísica.

Com isto, procurou pautar os debates a partir de questões do empirismo e racionalismo num ambiente diferente do século XVI e XVII. Como movimento intelectual, o Círculo de Viena se dizia neopositivismo, positivismo lógico e empirismo lógico.

No centro do debate, está a questão metodológica, ou seja, os fundamentos racionais do conhecimento. Neste jogo, o ponto de partida é a base empírica. Assim o conhecimento, desprovido desta base, se transforma em metafísico, validade científica.

Schlick fala das “proposições fatuais”, fundamento último do saber. Qualquer enunciado, como produto das proposições fatuais, que se propuser ser científico, deve se submeter à observação e à verificação. Trata-se do princípio da verificabilidade.

Desta forma, o conhecimento válido parte da observação dos fatos. Entretanto, não basta isto. Postula-se por uma teoria capaz de traduzir, numa linguagem unificada, a relação entre fato e enunciado. As proposições científicas referem-se às experiências, que podem ser verificadas por meio de um raciocínio claro e distinto.

A objetividade presente no raciocínio deve necessariamente dar sentido ao enunciado e afastar qualquer indício metafísico. Isto se constrói, num primeiro momento, a partir de proposições, que fundadas em base empírica, organizam-se logicamente.

Eis aí o fundamento metodológico de Kelsen em sua “Teoria Pura do Direito”. Ele fez da norma a base empírica do Direito. Reduz a conduta humana à norma. Com isto, transformou a norma em objeto exclusivo do Direito. A palavra “Pura” tem a conotação de objetividade.

A norma, para Kelsen, apresenta-se como fato incontestado. Isto não significa que a norma, em si, encerra a discussão. Claro, isto seria um exagero. Dizer que, para Kelsen, a norma se autointerpreta no jogo da hermenêutica jurídica é, mínimo, desconsiderar o cuidado dele em relação à questão da hermenêutica da norma jurídica.

Para tentar evitar os excessos de interpretação mecanicista da norma, assim se manifestou: Kelsen (1999, p.396): “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre, e em todos os casos uma só interpretação: a interpretação ‘correta’”. Porém a leitura da “Teoria Pura do Direito” sugere está pretensão. Embora se saiba que tenha revisitado conceitos centrais de sua “Teoria Pura do Direito”.

Está posta e referenciada pelo seu campo semântico. O sentido dado pelo uso prático, como apregoa Charles Sanders Peirce. Sem delongas nem exegese, ao contrário daquilo que pretendiam os juristas da Escola Livre do Direito do início do século XX.

Nesta linha de raciocínio, o objeto real do Direito é a norma, que se apresenta como abstrata, porém concreta, posta que é objeto empírico do saber. Neste caso, a conduta humana figura-se apenas como conteúdo secundário à norma. Deste modo, a conduta humana seria uma espécie de substrato da norma jurídica.

Com esta estratégia metodológica, Kelsen busca afastar do ordenamento jurídico elementos estranhos ao direito. Intenta preservá-lo das investidas metafísicas. Para isto, torna a norma jurídica como condição essencial da razão de ser do Direito Assim ele consagra o princípio de que o Direito é necessariamente norma jurídica.

Decorre desta abordagem metodológica a distinção entre "ser" e "dever ser". O ser kelseniano está para esfera do mundo natural. Assim o ser, como mundo natural, é objeto das ciências naturais, que operam a partir do princípio da causalidade, tendo como critério de validação a observação e a comprovação por meio de experimento verificáveis em seus resultados.

Claro, esse não é o caminho do Direito. Pertence a ciências naturais. Porém o Direito, conforme Kelsen, deve partir dos mesmos pressupostos metodológicos. Para isto, o objeto do Direito deve ser algo fundado na vontade de ser, ou seja, a norma expressa. Aqui Kelsen recorre aos princípios do contrato social formulados por Hobbes.

O pacto social consiste em regras determinadas pela vontade do soberano, sob as quais todos os súditos estão vinculados. Trata-se do princípio da autoridade, da anterioridade e da imperatividade.

A autoridade é necessariamente expressa por meio de uma vontade materializada nas regras expressas. Daí uma frase de Hobbes, que se popularizou, “não é a sabedoria, mas a autoridade que cria a lei”. Este enunciado é central no pensamento de Kelsen.

A anterioridade é a condição essencial de legitimidade do dever ser em relação à vontade da autoridade expressa por normas. Distinto do Direito Natural, como afirmou Hobbes (2016, p.99):

Nenhuma lei feita depois de praticado um ato pode transformar este num crime, pois se o ato for contrário à lei de natureza a lei existe antes do ato, e uma lei positiva não pode ser conhecida antes de ser feita, portanto não pode ser obrigatória. Mas quando a lei que proíbe o ato é feita antes de este praticado, quem praticou o ato está sujeito à pena estabelecida posteriormente, caso não seja conhecida anteriormente uma pena menor, por escrito ou pelo exemplo, pela razão imediatamente antes apresentada.

Assim uma lei, no Direito Positivo, não pode ser válida antes de ser editada e publicada. Ela só pode gerar deveres após publicação, portanto, ciência dos súditos. A imperatividade refere-se ao comando da autoridade para coagir e punir a desobediência às normas expressas. Sem a força de que proclama a lei, a espera da obediência é inútil.

Deste modo, o dever ser diz respeito às normas jurídicas, que expressam a obrigatoriedade da vontade de quem tem o poder de impor regras à conduta. Assim o dever ser se insere no domínio das ciências jurídicas. A referência epistemológica de seu juízo não é a demonstração racional daquilo que é falso ou verdadeiro/falso, mas válido juridicamente.

Em razão disto, não se aplica o princípio da causalidade: se **A** é igual a **B**, e **B** é igual a **C**, logo, **A** e **C** são necessariamente iguais. Aplica-se o da imputação: para obter **A** devo fazer **B**. Essa regra obedece o princípio da imputação (quando **A** é, **B** deve ser). Assim as normas jurídicas prescrevem, autorizam ou permitem condutas.

Como se observa, o pensamento de Kelsen propõe uma deontologia. Trata-se da lógica do dever-ser. Noutras palavras, o dever ser é vinculado ao duplo comando da norma jurídica: coação e punição. Aqui o enunciado de Kelsen reinventa o princípio da heteronomia de Kant, ou seja, o “imperativo hipotético”, que prescreve: para obter **A**, deve-se fazer **B**.

Para Kelsen, em sua “Teoria Pura do Direito”, o que importa para o Direito é o vínculo entre imputação e elementos de seu objeto formal e material, ou seja, a norma expressa. No caso em tela, a norma expressa é formal, posto que representa a vontade abstraída e racionalizada de quem tem a autoridade de impor regras; e material, visto ser o conteúdo empírico do Direito.

Sem renegar a importância do pensamento de Kelsen para o mundo jurídico Ocidental, Cossio procura se distanciar do mestre. Observa que Kelsen valoriza demais a conduta

delituosa. Assim a razão ser do Direito está na negação, na medida que privilegia o caráter coativo e punitivo do Direito.

Conforme Cossio, a lógica do “dever ser” não é, em si, autossuficiente. Ela depende do vínculo à conduta humana. O descumprimento de uma norma jurídica cria a ilicitude. Porém esta, em si, não produz automaticamente a sanção. A eficácia da norma está adstrita à sanção. Daí, necessária se faz a presença judicante (juiz) para a devida aplicação.

Neste sentido, para Cossio, a norma jurídica carece de comando externo. Este comando só é possível por meio da conduta do juiz, que se coloca entre a vítima e o infrator. Com isto, Cossio quer evidenciar que a norma jurídica funciona como lente.

A fim de estabelecer pistas para uma distinção entre a “Teoria Pura do Direito” e a “Teoria Ecológica do Direito”, recorre-se, aqui, a uma comparação muito difundida entre especialistas do debate. Refere-se a duas situações hipotéticas que contextualizam a importância de cada teoria. A primeira é de ordem penal comum, na qual o pensamento de Kelsen não faria sentido e o de Cossio seria pertinente. A segunda é de ordem penal especial vinculada aos deveres tributários do cidadão, na qual o pensamento de Kelsen faria sentido e o de Cossio não haveria razão de ser.

No primeiro caso, tem-se que a inexistência de um dispositivo normativo jurídico que criminalizasse a prática de homicídio, não implicaria que todos estariam dispostos a essa prática. Ademais a conduta humana, no plano existencial, orienta-se por fins pacíficos. Mesmo que a lei deixasse de punir o homicídio, a grande maioria das pessoas não estaria inclinada à prática do homicídio.

Assim não é o caráter coativo e punitivo da lei que evita a conduta delituosa. Por outro lado, a ausência não implicaria necessariamente numa disposição da grande maioria à conduta criminosa. Neste caso, a punição cumpre um papel corretivo de uma conduta patológica, posto ser inerente ao ente humano o imperativo categórico (Kant) de não matar. Neste caso, a teoria mais adequada à administração da conduta humana seria a do “Direito Ecológico” de Cossio.

Porém há situações em que o caráter coativo e punitivo torna-se elemento essencial para evitar a conduta delituosa. Exemplo disto: os deveres tributários para com o Estado. Via de regra, ninguém se sente obrigado ao pagamento de tributos. A disposição ocorre em razão do caráter coativo e punitivo da norma jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cossio publicou uma obra em coautoria com Kelsen. Porém as divergências teóricas e, sobretudo metodológicas, aos poucos o afastaram do mestre. Embora fosse admirador do mestre Kelsen, rejeitava o normativismo mecânico. Para ele, o Direito, ao contrário de Kelsen, não deve ser definido como norma coativa, destituída de sujeito no regramento das relações de poder.

Ao esvaziar o conteúdo humano, a “Teoria Pura do Direito” transforma as regras jurídicas num fim em si mesmo, dotadas de comando próprio, cuja vontade pode se tornar absoluta e indiferente à condição humana. Para Cossio, o objeto do Direito, não é, necessariamente, o poder, mas, sim, a conduta humana em sua dimensão fenomenológica. Esta, sim, deve ser a razão de ser do Direito, não como mero objeto feito de regras estáticas, mas como algo dinâmico e contextualizado em suas circunstâncias.

Assim as diferenças que cercam o pensamento de Cossio e Kelsen estão vinculadas, sobretudo, à abordagem metodológica. O caminho trilhado por Kelsen tem sua origem no Circulo de Viena. Neste caminho, coube-lhe a tarefa de dotar o Direito de uma linguagem científica aos moldes do então neopositivismo ou empirismo lógico reinante nos debates vienenses.

Esta não foi a escolha de Cossio. Embora tivesse laços estreitos com o autor da “Teoria Pura do Direito”, por meio de inúmeras cartas correspondidas, encontros e debates calorosos, buscou em outras fontes o alimento intelectual para dar asa a sua criatividade jurídica. A dialética hegeliana, aliada à fenomenologia de Husserl e ao existencialismo de Heidegger, possibilitou-lhe formular uma das mais expressivas teorias jurídicas, ou seja, a “Teoria Ecológica do Direito”.

Com sua metodologia denominada “Empirismo Dialético”, Cossio proporcionou à acadêmica um olhar diferente sobre a natureza, a estrutura e a funcionalidade da teoria e prática do Direito. Sem negar a importância da norma no saber jurídico, reinventa seu lugar na ordem da construção do Direito. Da limitação imposta na relação norma/direito pela “Teoria Pura do Direito”, tem-se a conduta humana elevada à condição de objeto do Direito. Assim, de objeto, a norma se transforma em lente sobre a qual o olhar do jurista não pode prescindir da dinâmica que a condição existencial impõe à experiência humana.

Assim é triste constar que uma teoria tão importante para o aprimoramento das instituições democrática no Brasil tem sido lançada no *le bas fond* da formação e cultura jurídica. Seja pelo seu compromisso ético ou impactação no modo de se ver a relação

Direito/Sociedade, não poderia permanecer distante dos horizontes da formação acadêmica daquele que vai atuar, sobretudo na distribuição da Justiça.

Por fim, resta dizer que urge ampliar o legado deixando pelo saudoso jurista Antônio Luís Machado Neto. Em vida, como professor de Direito na Universidade Federal da Bahia e um dos organizadores do curso de Direito da UNB, não cansou de divulgar e fazer tornar parte de nossa cultura jurídica o legado deixando por Cossio. Esta é uma missão que extrapola a esfera das iniciativas isoladas.

Neste sentido, o CONPEDI, ao lado de entidades congêneres, oferece instrumentos valiosos para alavancar projetos neste sentido. Somente assim, quiçá, a sociedade brasileira poderá ver o mundo do Direito e da Justiça como espaço privilegiado na construção de um país, que possa se orgulhar de suas referências éticas.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Sidney A. **Positivismo Jurídico: o Círculo de Viena e a Ciência do Direito em Kelsen**. bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22428/positivismo_juridico_circulo_viena.pdf. Acesso em 20/09/2016.

COSSIO, Carlos e KELSEN, Hans. **Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho - Teoría Ecológica e Teoría Pura**. Buenos Aires: Kraft Editores, 1952.

COSSIO, Carlos. **El Derecho em El Derecho Judicial**. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda, 1945.

_____. **El principio “nulla poena sine lege” em la axiología ecológica**. in: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas e Sociales, tomo 12, Caracas, 1947.

COSSIO, Carlos. **La “causa” e la comprensión em el derecho**. 4.ed., Buenos Aires: Juarez Editor, 1969.

_____. **La polémica anti-ecológica: respuesta al professor Hans Kelsen**. in: Revista Jurídica Argentina La Ley, Tomo 56, Buenos Aires, 1954.

_____. **Teoría de la Verdad Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1954.

_____. **Teoría Ecológica e Teoría Pura do Direito**, in: Revista Forense, Vol CXXIX, Ano XLVII, Fâscículo 563, Maio de 1950. Rio de Janeiro.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 4.ed. (corr. e aum.). São Paulo: Saraiva, 1996.

GRAMSCI, Antonio. **Literatura e vida nacional**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. Título original: Litteratura e vita nazionale.

HERRENDORF, Daniel E. Introducción a la fenomenologia egológica. in: COSSIO, Carlos. **Radiografía de la Teoria Egológica Del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil** - www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf - Acesso em 15/092016.

_____. **A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England**. Chicago: University of Chicago, 1971.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior). Título original: Reine rechtslehre.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: General theory of law and State.

_____. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. 3.ed. São Paulo: Martins Fones, 1998. (Ensino Superior). Título original: das problem der gerechtigkeit.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **Fundamentación Egológica de La Teoria General del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1974.

_____. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do Direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução Reinaldo Guarany. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: The great legal philosophers.

SILVA. Rubens Galdino da. **Navegando de água do direito**: teoria e prática de pesquisa.
Adamantina: Omnia, 2002.