Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 132
outubro/dezembro – 1996

Editor:
João Batista Soares de Sousa, Diretor

Categorias objetais

Localização ôntica do objeto jurídico

JOSÉ WILSON FERREIRA SOBRINHO

"No me gusta discutir términos, o palabras, o conceptos, porque lo importante son las teorías y sus relaciones con los problemas que las mismas buscan resolver. Los términos, o los conceptos, son meramente unos instrumentos de que nos servimos en la exposición de nuestras teorías."

(POPPER, Karl. La filosofía y los problemas actuales. Tradução de Agustín Gil Lasierra. Madri : Editorial Fundamentos, 1981. p. 80: Falsabilidad y libertad : debate com Sir John Eccles.)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Abordagem primeira. 3. Noções sobre a Teoria dos Objetos. 3.1. Objetos reais. 3.2. Objetos ideais. 3.3. Objetos cujo ser consiste em um valor. 4. Posições doutrinárias sobre a localização ôntica do objeto jurídico. 4.1. A doutrina de Hans Kelsen. 4.2. A doutrina de Miguel Reale. 4.3. A doutrina de Carlos Cóssio. 5. A crítica de Hans Kelsen à Teoria Egológica.

1. Introdução

Preciso, de logo, um ponto importante: não sou kelseniano, apesar de ter estudado com um dos mais importantes conhecedores da obra de Hans Kelsen – o professor Lourival Vilanova, da grande Faculdade de Direito do Recife (hoje Universidade Federal de Pernambuco).

Entretanto, algo me perturba no modo como alguns pretensos cientistas do direito tratam a contribuição kelseniana. Não raro encontram-se afirmações inexatas que nunca foram feitas por Kelsen: o direito se reduz à lei, por exemplo.

José Wilson Ferreira Sobrinho é Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora – MG, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Qualquer modelo teórico pode ser contestado, mas não deverá ser deturpado. E, tirante equívoco de minha parte, muitos deturpam o pensamento desse autor sem ao menos o conhecerem.

Incluí no trabalho a crítica feita por Hans Kelsen à Teoria Egológica em razão de Carlos Cóssio ter atribuído a Kelsen palavras que talvez ele não tenha pronunciado, mormente porque o diálogo que tiveram foi travado em língua que não era a materna de nenhum dos dois: o francês.

Procurei trazer a lume o pensamento do próprio Kelsen que, naturalmente, contraria as afirmações cossianas. Talvez esteja na hora de alguns egologistas, que se pretendem representantes da quinta-essência do conhecimento filosófico-jurídico, refletirem antes de sustentarem apressadamente, às vezes com incompreensível acidez verbal, a superioridade da Teoria Egológica sobre a Teoria Pura do Direito.

2. Abordagem primeira

O direito, enquanto categoria objetal, está localizado em alguma região daquilo que se conhece com o nome de Universo. Por universo se entende, com Luis Recaséns Siches, "al conjunto de todas las cosas" (*Tratado general de filosofía del derecho*. Mexico : Porrua, 1959. p. 47). O universo se apresenta como aquele conjunto em que coexistem coisas multiformes e heterogêneas (por exemplo, montanhas, rios, livros de ciência etc).

Mas essas coisas são *algos* que se encontram no universo. São elementos ou seres que *são*. Pelo fato de *serem* é que se pode falar sobre elas, posto que, de contrário, isto não seria possível, salvo a hipótese lembrada por Siches: "Cuando trato de pensar la nada, ésta se transforma en un algo lo menos en pensamiento mío".

Daí se segue que a coisa integrante do universo *é*. O próprio *nada*, ao ser pensado, transmuda-se em algo que *é*, ainda que o seja para quem o pensa.

Não obstante, o *ser* das coisas que estão no universo não tem o mesmo sentido, isto é, o fato de tais coisas serem *algo* resulta em que são *algo* diferente. É, na verdade, uma diferença que não é constituída pela diversidade de qualidade, de gênero ou de espécie. É originada das múltiplas acepções que a palavra *ser* possui.

O vocábulo *ser*, em primeiro lugar, pode ser entendido como *substância*, ou seja, algo que se apresenta dotado de existência própria quanto ao ser. Quer-se dizer: *é* com existência própria (o exemplo vulgarizado é o da coluna, que é uma substância).

O *ser* pode ser havido, em segundo lugar, como designando qualidade ou modo de ser de outra coisa (aqui é utilizado o exemplo da cor que não *é* independente de outro *algo*. Necessita do apoio de outra coisa para *ser*, por exemplo, a cor de uma coluna).

A palavra *ser* pode significar ainda uma relação. Aqui toma-se o exemplo fornecido pela igualdade existente entre duas colunas. Essa igualdade não é independente (como a coluna) nem necessita apoiar-se em outra coisa para *ser* (como a cor). Essa igualdade existe entre as duas colunas no momento em que a mente as compara.

Diz Siches que essas três acepções do vocábulo ser foram descobertas por Aristóteles e que se constituem naquilo denominado de *categorias.* Estas, ao que parece, são insuficientes para que se faça a descrição de todas as coisas existentes no universo, posto dizerem respeito somente às coisas reais exteriores. Ocorre que o universo não é composto apenas dessas coisas reais e exteriores a mim (montanhas, oceanos etc), mas também de outras coisas que existem. Essas coisas restantes são os chamados *fatos reais subjetivos*, os entes ideais, seres cujo ser específico e peculiar consiste em um sentido.

Entende Siches, quanto aos primeiros, que existem coisas que só são em mim (meus desejos não satisfeitos e minhas alucinações). Os seres ideais, como um triângulo, não estão nas coisas exteriores nem estão somente dentro de mim. Quanto aos seres cujo ser específico e peculiar consiste em um sentido humano que se agrega a eles, como uma projeção humana que neles se expressa, tem-se as estátuas, as pinturas, as melodias e os utensílios que, embora tenham uma realidade externa (vê-se que a estátua é de pedra, as pinturas na tela do pintor são observadas, divisando-se as cores etc), necessitam desse sentido humano (estético, utilitário etc) para serem de modo específico e peculiar. (Consulte-se SICHES, op. cit. p. 48-49).

Essas coisas constitutivas do universo, apesar de múltiplas, podem ser identificadas. Falar-se-á, então, em objetos que pertencem a esse universo.

3. Noções sobre a Teoria dos Objetos

A primeira dificuldade que surge, quando se intenta um estudo sobre a chamada Teoria dos Objetos, é a relativa à não-univocidade do termo objeto. A exemplo do termo *ser*, ele também pode ser entendido em várias acepções.

Objeto significa, em um primeiro sentido, aquilo que está contraposto a um sujeito. Em um segundo sentido, significa o que é pensado, o que forma o conteúdo de um ato de representação independentemente de sua existência real (tal acepção é devida principalmente aos escolásticos). Em um terceiro sentido, objeto significa o que resulta da síntese transcendental realizada por meio de categorias (esta significação é devida à filosofia moderna, mais especificamente desde Kant). Modernamente se entende como objeto aquilo que está fora do sujeito, ou seja, o objeto é uma *realidade objetiva* oposta a uma *realidade subjetiva* (o sujeito cognoscente).

A fenomenologia de Husserl transformou o conceito de objeto. Passou ele a significar tudo que pode ser sujeito de um juízo. Nessa acepção, o objeto se transforma no que gramaticalmente se chama de sujeito, isto é, objeto é tudo que possa receber uma determinação. É tudo que *é* ou que *vale* de alguma forma. Existe uma equivalência entre o termo objeto e o denominado *conteúdo intencional*, de forma geral. Assim, não se tem como objetivo algo que tenha uma existência real de modo inexorável, mas sim algo que pode ser real, ideal, que pode ser ou valer. Esse algo é exatamente o objeto.

Aceitando-se a noção fenomenológica de objeto, entra-se propriamente na Teoria dos Objetos enquanto investigação formal das classes objetais existentes. Transforma-se a Teoria dos Objetos, nesse momento, em uma parte da chamada ontologia, que pode ser entendida de modo geral e de modo regional. A ontologia geral procura responder às determinações do ser e, nessa condição, faz parte da metafísica enquanto investigação do *ser em si*. A ontologia regional tem como objetivo a investigação das notas gerais a que correspondem os diversos tipos do *ser*. O que resulta claro é que a Teoria dos Objetos se vincula à ontologia regional.

Não se infira, porém, que estou sustentando a equivalência entre ambas. Apenas sublinho a vinculação que há entre elas na medida em que a citada equivalência não é matéria tranqüila no campo filosófico.

Há quem aceite essa equivalência entre a Teoria dos Objetos e a ontologia regional. Miguel Reale, por exemplo, sustenta que

> "A parte nuclear da ontologia, estrito senso, é a Teoria dos Objetos, à qual se acrescentam outras indagações, como, por exemplo, as referentes aos nexos ou relações entre as diversas regiões de objetos." (Filosofia do direito. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 1978. v. 1, p. 175.)

Sucede que essas *outras indagações* a que alude o autor citado não são feitas pela Teoria dos Objetos. Elas pertencem à ontologia regional. Repare-se, porém, que, se se aceita a equivalência entre elas, os campos distintos de investigação desaparecem, o mesmo acontecendo se se entende que a ontologia é formada somente por uma parte geral e pela Teoria dos Objetos em razão do desaparecimento da ontologia regional.

A Teoria dos Objetos, conquanto tenha detectado a existência de quatro tipos de objetos, agrupando-os com base em suas determinações, reconhece que o número deles é ilimitado. Apesar disso, admite-se que esses objetos conhecidos são a totalidade da realidade.

Naturalmente, essa aceitação é provisória, como acontece com o próprio conhecimento. O homem, em razão de sua falsa consciência do absoluto da vida, pensa ingenuamente que sua obra consegue atingir um nível insusceptível de questionamento. Nada mais falso porque o conhecimento evolui à medida que o tempo passa. Não existem verdades eternas e imutáveis.

Hoje se afirma a existência de quatro objetos: os objetos reais, os objetos ideais, os objetos cujo *ser* consiste em um *valer* e os objetos metafísicos.

3.1. Objetos reais

Entende-se por objetos reais aqueles que têm uma realidade em sentido restrito. Tais objetos se bipartem em objetos físicos e objetos psíquicos. Os objetos físicos têm como características a espacialidade e a temporalidade. Tais objetos somente podem ser concebidos a partir dessa referência ao espaço e ao tempo.

Pense-se em uma mesa, por exemplo. Ao examiná-la, posso fazer abstração do seu peso, da sua cor, do material que é feita e assim por diante. Isso é possível porque as qualidades abstraídas podem ser separadas da mesa, o que

as qualifica como secundárias. Entretanto, o mesmo não ocorre com relação à sua extensão. Essa qualidade não pode ser abstraída por ocasião da análise em razão de não ser separável da mesa. Trata-se de uma qualidade primária (REALE, op. cit. p. 177-178).

Os objetos psíquicos apresentam como características a temporalidade e a inespacialidade. De fato, a psicologia é a ciência que se preocupa com a investigação desses objetos enquanto podem ser transmudados em instintos, sensações, desejos, emoções etc. O homem é o lugar onde esse tipo objetal se desenvolve. Apesar disso, uma emoção não está no espaço como, por exemplo, um corpo físico. Quem está no espaço é o homem e não a emoção. Ela será apenas enquanto durar.

Esses objetos têm uma nota comum: o princípio de causalidade, que tem como conteúdo a afirmação de que "toda mudança, todo o processo tem uma causa" (HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7. ed. Coimbra : Arménio Amado, 1980. p. 182).

Para a parte relativa à introdução da Teoria dos Objetos e dos objetos reais, veja-se: MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofía*. 2. ed. Mexico : Atlante, 1994. p. 509-510. verbete objeto.

3.2. Objetos ideais

Esses objetos são tidos como atemporais e a-espaciais, ou seja, são concebidos independentemente de qualquer referência ao tempo e ao espaço. Deles se ocupa a lógica e a matemática. Afirma Miguel Reale que "são seres que existem enquanto pensados (...). Existem na mente humana" (op. cit. p. 183).

A posição de Reale suscita o problema da existência dos objetos ideais como entidades ontológicas, isto é, existência independentemente de serem pensados e independentemente do pensamento que os pensa. Para ele, a doutrina da existência dos objetos ideais como entidades ontológicas é insustentável:

> "Tais objetos são chamados ideais enquanto devem ser considerados distintos do pensamento como processo empírico determinado, mas não existentes em si, independentemente do ato de pensar em sua universalidade" (op. cit. p. 184).

Luis Recaséns Siches defende posição contrária ao afirmar que a mente humana tropeça com o ser ideal da mesma forma que tropeça com um ser objetivo, apesar de não ocupar lugar no espaço e de não estar no tempo. Quando, por exemplo, pensa-se em determinado número, "la idea pensada tiene una consistencia propia e independiente del acto de pensarla" (op. cit. p. 57).

É possível fazer uma distinção entre a idéia pensada e o ato de pensá-la, ou seja, "el ser de la idea no se confunde con el proceso efímero de pensarla". Pode-se sustentar, portanto, que as entidades ideais existem de modo ontológico, uma vez que um número ou uma relação lógica existe muito antes de o primeiro matemático ou o primeiro lógico os descobrir (SICHES, op. cit. p. 57-58).

Parece-me que o pensamento de Miguel Reale, quanto ao ponto citado, não é tão claro quanto faz supor a cita precedente, uma vez que, ao mesmo tempo em que refuta a tese da existência dos objetos ideais como entidades ontológicas, admite que tais objetos têm "uma consistência posta acima do espaço e do tempo, não dependente de apreciações subjetivas particulares".

Acredito haver ofensa ao princípio de não-contradição pelo qual uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo. De fato, é o que se constata quando Reale entende que os objetos ideais têm e não têm, concomitantemente, existência absoluta.

Mais preciso é Siches, que apela para o que chama de *validez* (ou ser objetivo dos objetos ideais) para sustentar a existência desses objetos independentemente de serem pensados e do próprio ato de pensá-los (op. cit. p. 58).

3.3. Objetos cujo ser consiste em um valor

Segundo Ferrater Mora, "a este grupo pertenecen los valores que pudeden ser considerados también como objetos en virtud de la definición general" (op.cit. p. 510).

Repare-se: a existência desse tipo de objeto depende do conceito que se tenha dele. O autor citado toma como ponto de partida para sua classificação a dimensão fenomenológica de objeto. Cumpre, ainda, registrar a vinculação, ou não, dos denominados *valores* aos objetos ideais, uma vez que, havendo a inclusão deles na esfera ôntica das idealidades, não se pode admitir a existência dessa terceira categoria objetal.

Anota Reale que a concepção relativa à não-inclusão dos valores na categoria dos objetos

ideais é de sua autoria e que isso constitui "relevante alteração na tradicional Teoria dos Objetos" (op. cit. p. 187). Que essa não-inclusão constitui alteração na tradicional classificação dos objetos não há dúvida, em virtude das várias acepções que o termo objeto pode ter. Ademais, essa multivocidade conceitual pode gerar outras classificações dos objetos e não apenas a que ora se examina.

O estranho é que a primeira edição do livro *Filosofia do Direito* data do ano de 1953 e a Teoria dos Objetos não encontra desenvolvimento satisfatório nessa obra. Por outro lado, José Ferrater Mora, em obra cuja segunda edição data do ano de 1944, já havia classificado os objetos de modo que os valores constituíssem uma categoria distinta.

Fala-se, ainda, em objetos metafísicos. Tais objetos, segundo José Ferrater Mora, parecem ter a função de unificar os outros grupos,

> "pues el objeto metafísico en cuanto ser en sí y por sí o absoluto contiene necesariamente como elementos immanentes todos los objetos tratados por la ontología regional" (op. cit. p. 510).

Carlos Cóssio, de seu turno, afirma que eles "son reales; tienen existencia; no están en la experiencia y son valiosos" (*Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1964. p. 56).

4. Posições doutrinárias sobre a localização ôntica do objeto jurídico

Existe, naturalmente, um número considerável de opiniões nesse campo. Entretanto, sou forçado a reduzir esse número para apenas três: Hans Kelsen, Carlos Cóssio e Miguel Reale.

4.1. A doutrina de Hans Kelsen

Não se pode negar que Hans Kelsen operou uma espécie de revolução científica com sua Teoria Pura do Direito. Entendia que o direito se encontrava preso em uma verdadeira *babel terminológica*, por assim dizer, onde se misturavam o jurídico e o metajurídico. Urgia, pois, encontrar um critério que separasse tais dados. Surgiu, assim, a *pureza metodológica* como meio capaz de

> "garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como direito" (*Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Coimbra : Arménio Amado, 1979. p. 17).

Necessário, ainda, distinguir entre ciência da natureza e ciência social. Para isso, Kelsen examinou a natureza para se certificar de que os fatos são explicáveis à luz do princípio da causalidade (a cada causa corresponde um efeito ou, em linguagem formalizada: dado A, será B).

Sucede que os homens tinham uma ordem diferente que não se explicaria por tal princípio somente. Isso fez com que Kelsen lançasse mão de outro princípio: a imputação que, em linguagem formal, significa: quando A é, B deve ser.

Repare-se que a distinção entre ciência da natureza e ciência social somente é possível se a sociedade for "entendida como uma ordem normativa da conduta dos homens entre si". Somente assim ela pode "ser entendida como um objeto diferente da ordem causal da natureza" (op. cit. p. 119).

Tem-se aqui a famosa diferença entre o SEIN e o SOLEN. O primeiro é explicável com base no princípio da causalidade, uma vez que, na natureza, as coisas obedecem a ele. Diante de determinada causa, haverá um efeito ou, se se preferir, a um antecedente corresponde um conseqüente.

A sociedade, em termos kelsenianos, explica-se pela imputação, embora os dois princípios apresentem pontos de contato entre si. Todavia, existem também diferenças imprescindíveis à caracterização da separação entre ciência da natureza e ciência social, assim apresentadas:

4.1.1. embora os dois princípios sejam apresentados com a mesma forma verbal – um juízo hipotético onde um determinado pressuposto liga-se a uma determinada conseqüência –, o sentido que assume essa ligação se apresenta diferente em cada princípio.

Já se disse que o princípio da causalidade, em linguagem formal, significa que, dado A, será B e que o princípio da imputação, também em linguagem formal, afirma que, dado A, deve ser dado B. Tomando-se os exemplos fornecidos por Kelsen, tem-se que "se um corpo metálico for aquecido, dilatar-se-á" (op. cit. p.134). Trata-se de uma aplicação do princípio da causalidade a uma lei natural. Pode-se, também,

fazer aplicação do princípio da imputação, como no caso presente: "quando alguém comete um crime, deve ser punido" (op. cit. p. 137).

O que distingue o princípio da causalidade do princípio da imputação é o fato consistente em que "a relação entre o pressuposto, como causa, e a conseqüência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e conseqüência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie" (op. cit. p. 137-138).

Pode-se dizer que na natureza existe uma relação causal, uma vez que o ato que produz a relação entre o pressuposto e a conseqüência pertence à ordem do ser, enquanto na sociedade (em visão kelseniana) há uma relação normativa, posto que o ato que produz a relação entre o pressuposto e a conseqüência é uma norma. A imputação é essa relação normativa, "expressa na palavra *dever-ser*, sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica." (op. cit. p. 138).

4.1.2. No princípio da causalidade, a cadeia de causa e efeito é interminável em dois sentidos: no sentido de que "a causa concreta pressupõe como efeito uma outra causa" e no sentido de que "todo o efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito".

A conseqüência disso é "que todo o evento concreto seja o ponto de intercepção de um número em princípio ilimitado de séries causais". No caso do princípio de imputação, isso não ocorre porque existe um termo para os elos que formam uma série imputativa.

Isso ocorre em razão de "o pressuposto a que é imputada a conseqüência numa lei moral ou jurídica, como, por exemplo, a morte pela pátria, o acto generoso, o pecado, o crime, a que são imputados, respectivamente, a veneração da memória do morto, o reconhecimento, a penitência e a pena, todos esses pressupostos não são necessariamente conseqüências que tenham de ser atribuídas a outros pressupostos"

Igualmente, "as conseqüências, como, por exemplo, a veneração da memória, o reconhecimento, a penitência, a pena, que são imputadas, respectivamente, à morte pela pátria, ao acto generoso, ao pecado e ao crime, não têm necessariamente de ser também pressupostos a que sejam de atribuir novas conseqüências" (op. cit. p. 138).

Kelsen, porém, não poderia parar por aqui. Não bastava que a ciência da natureza fosse contraposta à ciência social. Era necessário fixar o objeto da ciência jurídica.

A partir da concepção do direito como sistema normativo destinado a regular o comportamento humano, Kelsen estabelece que "são normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas" (op. cit. p. 110). De notar que o termo norma significa que algo deve ser ou deve acontecer.

Sendo a Teoria Pura do Direito uma Teoria Geral do Direito, como diz o próprio Kelsen, ela não pode se ocupar com determinado ordenamento jurídico particularizado sob pena de o qualificativo geral não mais poder lhe ser aplicado, exceto se ele for utilizado em sentido estrito para significar Teoria Geral do Ordenamento jurídico-positivo brasileiro, por exemplo. Entretanto, não é nesse sentido que Kelsen utiliza a nomenclatura dada à sua teoria, mas, sim, em um sentido lato que objetiva abarcar o direito positivo em geral.

Se o direiro é um sistema de normas que regulam a conduta humana, o conteúdo dessas normas não poderia interessar à perspectiva kelseniana em razão de sua variação (de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico). Isso, *per se*, obstacularizaria qualquer esforço metodológico no sentido de se pesquisar todos os ordenamentos jurídicos existentes a fim de determinar seu conteúdo normativo. Restaria, portanto, o estudo da norma sem considerar seu conteúdo. É esta norma que a ciência do direito tem como objeto. Tal norma é um dever-ser lógico, posto que explicável pelo princípio da imputação (dado A, deve ser B).

Creio poder dizer que, para Kelsen, o objeto jurídico se situa na esfera ôntica dos objetos ideais em razão de a norma ser considerada em sua estrutura lógica com abstração do seu conteúdo (o dever-ser lógico).

A doutrina de Kelsen provocou forte reação. No Brasil, Machado Neto criticou a Teoria Pura do Direito em razão de ela considerar que "as normas são objetos ideais como puros juízos lógicos de dever-ser"(*Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1975. p. 24). Isso, para um egologista, é inadmissível por se ignorarem as conquistas feitas pela filosofia jurídica moderna,

> "toda ela de conteúdo culturalista, porque solidária dos últimos descobrimentos filosóficos devidos, especialmente, à fenomenologia, à filosofia dos valores, ao existencialismo e à filosofia da razão vital de Ortega y Gasset" (Ibidem).

Entende Machado Neto, apoiado nessa pretensa ignorância kelseniana, por assim dizer, que a ontologia de Kelsen é insuficiente porque pré-temática. Isso se explicaria pelo fato de Kelsen utilizar a denominada concepção lógica da ciência (onde a atitude metodológica constitui o objeto jurídico).

Daí que a Teoria Pura do Direito, por força de sua ontologia insuficiente e, portanto, à falta de uma rigorosa Teoria dos Objetos, é forçada a

> "aceitar, como o lugar do universo em que se situa o direito, o conjunto de fatos, valores e normas que, de maneira *impura*, a jurisprudência tradicional vem tratando como a *realidade jurídica"* (op. cit. p. 138).

Existe uma espécie de *lacuna ontológica*, na teoria de Hans Kelsen, que deriva do fato de ele não saber, com "garantia de intuição, onde se encontra o direito". Mais: faz com que ele tropece "com as evidências de que o direito se situa no mundo cultural, num mundo humano e não num mundo espectral e esquálido do puro dever-ser lógico (objeto ideal)" (MACHADO NETO, op. cit.).

O gabarito intelectual de Machado Neto não foi suficiente para livrá-lo de confusão grosseira envolvendo a doutrina de Kelsen. De fato, não existe a propalada lacuna ontológica. O que há é a clara opção metodológica de Kelsen na direção de um momento epistemológico do direito: o momento lógico.

Trata-se, na verdade, de mero aparato metodológico na medida em que Kelsen sabe que a conduta tem sua importância. É equivocada, por isso mesmo, a afirmação de que ele não sabe onde o direito se situa.

Kelsen apenas separou conduta de norma jurídica, o que lhe permitiu assentar a conduta no mundo humano e a norma jurídica no mundo deôntico (dever-ser).

Conclusão: o direito, enquanto norma jurídica abstraída de seu conteúdo comportamental, sempre esteve ligado ao campo dos objetos ideais. Onde, portanto, a lacuna ontológica?

A concepção lógica de Kelsen pode ser criticada à luz de sua inadequação para a explicação cultural do direito. Mas isso não significa lacuna ontológica, senão que, quando muito, *insuficiência ontológica*.

4.2. A doutrina de Miguel Reale

O ilustre filósofo do direito entende que os valores devem compor uma terceira esfera ôntica e não devem ser incluídos no campo dos objetos ideais. E assim é porque, se existem pontos de contacto e de convergência entre valores e objetos ideais, existem também diferenças.

Os valores são a-espaciais e atemporais no sentido de que sua existência não está vinculada ao tempo e ao espaço, como os objetos ideais. A partir daí, Reale começa a apontar as diferenças existentes.

Diz ele que

> "Enquanto os objetos ideais valem, independentemente do que ocorre no espaço e no tempo, os valores só se concebem em função de algo existente, ou seja, das coisas valiosas. Além disso, os objetos ideais são quantificáveis; os valores não admitem qualquer possibilidade de quantificação."(op. cit. p. 187).

Os valores apresentam várias características, quando concebidos de forma autônoma, por assim dizer:

- O valor é bipolar – a bipolaridade do valor é entendida como algo que possibilita a um valor se contrapor a um desvalor, ao bom se contrapor ao mal etc. Ocorre que "valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em processo dialético".

- Os valores se implicam reciprocamente – essa implicação significa que os valores não podem se realizar de forma isolada senão que de modo solidário. Ao se realizar, um valor influi direta ou indiretamente na realização dos demais valores.

- O valor necessita ter um sentido ou referibilidade – essa referibilidade diz respeito à consciência e à realização do espírito humano. Este, para tomar consciência de si mesmo e para se realizar, necessita inclinar-se ou objetivar "a ser como deve ser".

- O valor tem uma preferibilidade

que decorre do fato de ele envolver uma orientação no sentido de que sempre indica um determinado caminho para se chegar a um fim. Assim, o valor "prefere" sempre um determinado sentido entre outros sentidos possíveis.

- O valor tem possibilidade de ser graduado hierarquicamente. Significa isso que, dependendo da forma como determinada sociedade, em determinado tempo, ordene seus valores, ter-se-á uma espécie de retrato, por assim dizer, dessa época no que diz com sua tábua de valores.

Resumirei, para evitar citas fastidiosas, as características faltantes do valor: incomensurabilidade, objetividade, historicidade e inexauribilidade.

A incomensurabilidade é a característica do valor que o impede de ser numerado ou de ser quantificado. A objetividade explica porque os valores se impõem objetivamente à experiência subjetiva, ou seja, eles são postos "antes do conhecimento ou da conduta humana, embora podendo ser razão dessa conduta". O que se pretende dizer com isso, nas pegadas de Scheler e de Nicolai Hartmann, é que "os valores representam um ideal em si e de per si". O homem os descobre mas não os constrói.

A historicidade do valor consiste em que, não sendo o valor uma mera projeção da consciência individual, empírica e isolada, ele é uma projeção "do espírito mesmo, em sua universalidade, enquanto se realiza e se projeta para fora como consciência histórica, no processo dialógico da história".

A inexauribilidade do valor significa que ele não pode se realizar de forma integral ou definitiva sob pena de se converter em "dado" e perder a "sua essência que é a de superar sempre a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota". (op. cit. p. 189-207).

O homem, na concepção de Reale, é apresentado como um ente que, simultaneamente, *é e deve ser*, transformando-se, assim, em ponto de partida para o estudo do valor. Daí resulta que, ao se estudar a problemática relativa ao homem, "toda Ontologia se resolve em Axiologia, abrindo-se as perspectivas da Metafísica".

O portador da capacidade de síntese é o homem, quer instaurando novos objetos do conhecimento, quer constituindo novas formas de vida. Disso resulta que o homem é um ser que inova, no sentido de que transforma os conhecimentos obtidos no campo do ser. Essa capacidade de inovação (ou capacidade de síntese) é que possibilita ao homem poder valorar. Reale, então, sustenta que o problema do valor é reduzido à própria espiritualidade humana:

> "Há possibilidade de valores porque quem diz homem diz liberdade espiritual, possibilidade de escolha constitutiva de bens (...)".

Mas o homem, no afã de dominar a natureza para estabelecer novas formas de convivência, acaba projetando para fora de si alguns valores. Isso forma a denominada cultura. Tem-se, como conseqüência, que o valor se encontra em estreita conexão com a cultura. Eis a razão pela qual Reale não concebe uma teoria do valor como algo lógico e esquemático, mas sim como algo que se insere no processo histórico, como algo que traduz "o ser mesmo do homem em toda a sua imprevista atualidade criadora". O homem é, então, o valor-fonte de todos os valores. Ele construiu o mundo da cultura. Portanto, "todo bem cultural só é enquanto deve ser". (op.cit. p. 211-213).

Para Reale, é necessário caracterizar os chamados bens culturais. Entretanto, como preliminar metodológica, convém lembrar que a cultura é o conjunto desses bens.

O bem cultural é formado por dois elementos: um suporte e um significado. O suporte é o sustentáculo do significado. Usando o próprio exemplo de Reale (uma estátua), é possível dizer que a matéria de que é feita essa estátua é o suporte (bronze, mármore etc) e a sua forma, entendendo-se esta como uma expressão de beleza da estátua, é o significado. Embora haja uma adequação entre o suporte e o significado, diz o mestre que "em última análise é o significado que sobreleva e marca a razão de ser de um bem cultural".

Relativamente à experiência jurídica, é imprescindível reconhecer que existem bens culturais dotados de suporte ideal, além, obviamente, de suportes físicos ou psíquicos, uma vez que esta experiência não pode existir sem regras jurídicas, ou seja, "sem enlaces lógicos servindo de suporte a valores ou sentidos de comportamento social reputados necessários à comunidade".

Sustentando que uma relação lógico-normativa possa ser suporte de algo que tenha significação além do campo meramente lógico, Reale chega à sua conhecida concepção:

"O mundo jurídico se constitui a partir de três espécies de bens jurídicos que são distintos uns dos outros em função da natureza dos suportes que servem como meios de manifestação e de comunicação dos valores que neles estão consagrados. Tais bens jurídicos são o fato, o valor e a norma" (op. cit. p. 223-227).

Creio não haver dúvida de que, para Miguel Reale, o direito se localiza na esfera ôntica dos objetos culturais. Não obstante, penso que duas peculiaridades de seu pensamento devem ser realçadas:

a) a primeira peculiaridade diz com sua concepção tridimensional do direito que, na sua globalidade, é produto do fato, do valor e da norma, em razão de não ser possível conceber o direito apenas em uma dessas perspectivas. O direito, portanto, está localizado na seara ôntica dos objetos culturais, de forma tridimensional;

b) a segunda peculiaridade está ligada à sua concepção de cultura, que não é concebida como valor, mas sim "como elemento integrante, inconcebível sem a correlação dialética entre ser e dever-ser".

Sem a cultura concebida nesses termos, "a natureza não teria significado e os valores mesmos não seriam possíveis" (op. cit. p. 189).

Entende-se, assim, porque os objetos culturais são tidos, por Reale, como complexos, verdadeira forma de integração entre ser e dever -ser.

4.3. A doutrina de Carlos Cóssio

Cóssio, autor da célebre *Teoria Egológica do Direito*, é hoje uma das figuras de proa da filosofia jurídica na Argentina. Seu pensamento, entretanto, logrou extrapolar os limites territoriais desse país para se estender pelo continente sul-americano e, em menor escala, por outros países.

A partir da consideração de que a doutrina de Kelsen era insuficiente para explicar o direito, Cóssio intentou desenvolver sua teoria a fim de resolver definitivamente as incorreções ou as omissões da doutrina kelseniana que, para Cóssio, nada mais era que uma lógica jurídica formal.

Diz Cóssio que o direito é cultura. Para caracterizar tal premissa, ele se apóia na tese de Husserl relativamente às ontologias regionais, aceitando que o objeto é "cualquier cosa que pueda ser motivo de una predicación verdadera mediante un juicio; es decir, todo lo que pueda actuar como sujeto lógico en una proposición" (op. cit. p. 54).

A teoria egológica considera a existência de quatro objetos: objetos ideais, objetos naturais, objetos culturais e objetos metafísicos. Os objetos ideais são irreais, não estão na experiência nem possuem valor, no sentido de serem neutros a qualquer valor. Os objetos naturais são reais, têm existência, estão na experiência e são valiosos positiva ou negativamente. Os objetos metafísicos têm existência, não estão na experiência e são valiosos, positiva ou negativamente.

Cada categoria objetal reclama um método capaz de viabilizar a obtenção de suas verdades. Assim, Cóssio entende que, nos objetos ideais, essas verdades que lhe são relativas somente podem ser apreendidas por meio do método *racional-dedutivo*. A utilização desse método permite que se parta de verdades gerais para que se chegue a uma verdade particular.

A valência metodológica desse procedimento encontra-se no fato de que ele "se funda en la razón como una conformidad con la razón; y por eso no puede ser que la conclusión contraríe a las premisas". Tal método, enquanto instrumento para obter verdades, somente é válido quando aplicado a verdades da razão. Quadra, portanto, a distinção feita por Leibniz entre *verdades da razão* e *verdades de fato*. As primeiras, por serem apodíticas, não apenas são como são, mas na verdade não podem ser de outra maneira. As segundas, ao revés, são assertóricas e, portanto, são como são apenas porque assim as coisas se sucedem, não havendo, porém, contradição no fato de se pensar que poderiam ter sido diferentes.

Na verdade de fato, fala a experiência e, na verdade da razão, fala o pensamento. Exemplificando: ao dizer que os metais se dilatam por ação do calor, digo uma verdade de fato porque a experiência confirma que assim é. Se, porém, digo que 1+1 é igual a 2, isso é uma verdade da razão, porque não necessito da experiência para confirmar tal fato. Necessito apenas do pensamento.

O método racional-dedutivo é um instrumento hábil para apreender as verdades dos objetos ideais porque ele reclama, em sua origem, uma verdade da razão (axiomas para a

matemática e princípios lógicos supremos para a lógica).

Tal método é constituído pelo ato da consciência ou ato gnoseológico a que se dá o nome de *intelecção* ou *intuição intelectual*, definida como sendo

> "un ver con la intelegencia sin ponér nada más que el ver. Y al ver con la inteligencia captamos ahora no la existencia, sino la esencia de los objetos".

Este *não-por-nada-além-do-ver* significa uma atitude passiva do sujeito cognoscente com relação ao objeto conhecido, isto é, o sujeito cognoscente se limita a receber do objeto o que ele lhe der, sem se introduzir no dado para tomar posição dentro dele, objetivando construir o dado como objeto. É, portanto, um ato de mera apreensão do sujeito cognoscente com relação ao objeto.

Os objetos naturais possuem uma metodologia diferente. Seu método é o empírico-indutivo, no qual se vai do particular para o geral e do concreto para o conceitual. A valência desse método é explicada por Cóssio nos termos seguintes:

> "Vale porque se funda en la experiencia natural como una conformidad com la experiencia misma, la cual es algo dado y creado de una vez para siempre, pues todas las variaciones y transformaciones que observamos en los fenómenos son las apariencias de aquella identidad y se conocen en función de ella en una constancia causal invariable".

A conclusão se apresenta como verdade assertórica posto que seu ponto de partida são os fatos, ou seja, o método empírico-indutivo reclama em sua origem uma verdade de fato e não uma verdade da razão como o método racional-dedutivo. Torna-se, *ipso facto*, um instrumento idôneo à apreensão das verdades relativas aos objetos naturais.

O método empírico-indutivo é constituído, também, por um ato da consciência ou ato gnoseológico a que se chama de explicação, entendida, por Cóssio, como sendo a referência de algo como efeito a outra coisa como causa. É o velho princípio da causalidade.

A explicação, como a intelecção, é um ato neutro, isto é, implica uma atitude passiva do sujeito cognoscente diante do objeto, nele não se introduzindo para tomar determinada posição. Entretanto, com a explicação não se descreve o objeto conhecido. Isso se deve ao fato de que "salimos de su intuición hacia otra intuición y lo conocemos en función de esto otro".

Procurando aclarar essa não-descrição do objeto por meio da explicação, Cóssio exemplifica: por ocasião do nascimento de uma criança, pode-se destacar dois conhecimentos: o da mãe, que é meramente intuitivo, e o do médico, que é conceitual (op. cit. p. 54-60).

Os objetos culturais têm como método o *empírico-dialético* em razão de tais objetos poderem ser conhecidos somente de forma dialética, ou seja, passa-se "de la materialidad del substrato a la vivencia de su sentido espiritual, y viceversa" (op. cit. p. 79).

Mas o que é um objeto cultural? Para Cóssio, o objeto cultural é formado por um substrato perceptível e por um sentido espiritual que se encontram entrelaçados, formando uma unidade dialética. Quer-se dizer: "compreendemos o substrato pelo seu sentido e compreendemos o sentido em seu substrato" (CÓSSIO, Carlos. Teoria egológica e teoria pura do direito. Tradução de Paulo Dourado de Gusmão. *Revista Forense*, p. 41. maio, 1950).

Na teoria egológica, não se sustenta a possibilidade de haver distinção entre substrato e sentido, de forma que cada qual tenha uma existência autônoma. A egologia entende que "seu ser (dos objetos culturais) é ser um sentido, ou seja, seu ser consiste em existir" (Ibidem).

O método empírico-dialético é constituído por um ato da consciência ou ato gnoseológico intuitivo que se chama de *compreensão*. Compreender, para Cóssio, é conhecer o sentido de algo. Essa compreensão se assenta nos dois membros do objeto cultural (substrato e sentido), podendo iniciar-se do primeiro para o segundo, e vice-versa. (*La teoría egológica*..., p. 72 e seg.).

Para sustentar a tese de que direito é cultura, parte Cóssio daquilo que denomina *fenomenologia existencial da cultura*. O termo passa a significar "tudo que o homem faz em função de valores", englobando não apenas aquilo que o homem fabrica, mas também a sua própria atividade, desde que se entenda o homem como algo que é mais do que um animal. Aqui a diferença entre a vida biológica e vida humana. A partir dessa oposição entre uma e outra, cultura significa "vida humana plenária, desde que seja vida existencial". Essa diferenciação entre vida biológica e vida plenária somente é possível por meio da fenomenologia existencial

da cultura, uma vez que somente ela possibilita a compreensão de que o homem, enquanto natureza, é vida biológica e, enquanto ligado a valores, é vida plenária.

Sabe-se que um objeto cultural tem dois membros: substrato e sentido. Entretanto, o direito, enquanto cultura, não dispensa a consideração de que existem produtos feitos pelo homem que têm autonomia em relação ao seu fabricante e objetos que são inseparáveis do seu fabricante. Nasce, assim, a divisão da cultura em duas partes: *objetos mundanos e objetos egológicos*. Os primeiros têm como substrato uma porção da natureza e os segundos, "a própria vida do homem fora da sua significação biológica". A conseqüência disso é que o objeto egológico é tido como sinônimo de conduta enquanto objeto de conhecimento.

O objeto mundano não pode abrigar o direito pelo fato de seu substrato ser formado por uma porção da natureza, sendo claro, portanto, que o direito não está na natureza, posto ser conduta. Se assim é, ele somente pode ser um objeto egológico, pois este objeto é sinônimo de conduta (CÓSSIO. *La teoría*. p. 40-41).

5. A crítica de Hans Kelsen à Teoria Egológica

A crítica citada, para o que interessa no momento, dirá respeito apenas à localização do objeto jurídico na teoria egológica, isto é, direito é cultura, portanto, o direito é um objeto egológico.

Hans Kelsen, no ano de 1949, esteve na Argentina a convite da Universidade de Buenos Aires a fim de participar de um seminário que tinha como objetivo tratar de alguns pontos da Teoria Pura do Direito sob o título *Problèmes Choisis de la Théorie Pure du Droit*.

Carlos Cóssio, que manteve conversas particulares com Kelsen, deliberou publicar um artigo depois da visita desse autor em que fez sérias afirmações quanto à concordância do professor de Viena com alguns pontos da Teoria Egológica. Como era natural, Kelsen respondeu a esse artigo de Cóssio. A crítica que será exposta é fragmento dessa resposta kelseniana.

A crítica feita por Kelsen à teoria de Cóssio parte de um ponto central: a divisão da cultura em vida plenária vivente e em vida plenária objetivada, divisão essa feita por Cóssio com base na sua fenomenologia existencial da cultura e que redunda na existência de dois objetos: objeto mundanal e objeto egológico.

Esses dois objetos, como visto, formam os chamados objetos culturais. Aqui se localiza a primeira objeção de Kelsen: se a cultura é formada tanto pela vida plenária vivente como pela vida plenária objetivada, ou seja, por objetos mundanais e por objetos egológicos, há de se reconhecer "que el objeto egológico no puede entenderse sin la referencia al otro, al objeto mundanal" sob pena de não se entender como "sería posible comprender la actividad del escultor, el objeto egológico (...) sin referencia a la estatua creada por el escultor, al objeto mundanal...?".

Aponta Kelsen, em desdobramento, a contradição da Teoria Egológica ao considerar que o direito deve ser buscado na metade correspondente à vida plenária vivente (objeto egológico), baseado no fato de que Cóssio havia afirmado: "*las dos mitades de la cultura, el obrar humano y su producto, constituyen una unidad*". Se é assim, o direito não pode pertencer a uma metade somente, mas sim às duas metades da cultura, isto é, aos objetos mundanais e aos objetos egológicos.

Sucede que assim não é na Teoria Egológica. E não é porque, ante a consideração de que o direito é conduta humana, a egologia é forçada a ignorar "que el derecho positivo es un producto del obrar humano dirigido a la realización de valores". Com isso, diz Kelsen, a própria concepção de cultura da Teoria Egológica é negada a partir do momento em que sustenta ser o direito apenas um objeto egológico e não também um objeto mundanal.

Expõe Kelsen, finalmente, outra contradição da Teoria Egológica: inicialmente Cóssio havia estabelecido a diferença entre as duas metades da cultura, com base no fato de que o objeto egológico representava a atividade humana e o objeto mundanal, a própria atividade humana. Posteriormente, Cóssio faz a distinção entre objeto egológico e objeto mundanal com base no substrato perceptível do objeto cultural, ou seja, quando o substrato do objeto cultural é uma porção da natureza, tem-se o objeto mundanal; de contrário, quando for a própria vida do homem plenário e não apenas o seu organismo biológico, tem-se o objeto egológico.

Ora, se a vida plenária (que é constituída pelas duas metades) ou cultura se acha contraposta à vida biológica enquanto natureza, resulta que o objeto mundanal não pode ter por

substrato uma porção da natureza. Ocorre que a Teoria Egológica sustenta exatamente o contrário: quando o objeto cultural tem como substrato uma porção da natureza, surge o objeto mundanal.

Se assim é (o que Kelsen nega com base na teoria da cultura adotada por Cóssio), "también es una porción de naturaleza el substrato perceptible del objeto egológico, el obrar visible del hombre". Mais: se o objeto cultural é um sentido espiritual, como afirma Cóssio, como pode ser uma porção da natureza o substrato do objeto mundanal, se ele é um sentido espiritual?

Parece que as críticas kelsenianas não foram respondidas satisfatoriamente. De fato, não se consegue entender como Cóssio conseguiu decompor a cultura em dois objetos e depois sustentar que o direito é apenas objeto egológico e não também objeto mundanal.

Se o direito é um objeto cultural e se a cultura é composta por dois tipos objetais (egológicos e mundanais), fica difícil aceitar a tese de Cóssio de que o direito está apenas em uma dessas partes culturais (ou objetoegológico). (KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho y teoria egológica.* COSSIO, Carlos. Teoría egológica y teoría pura del derecho. Tradução de Luis Legaz y Lacambra. *Revista de Estudios Politicos*, Madri, n. 71, p. 11-16, 1953. Balance provisional de la visita de kelsen a la Argentina.