

CARLOS COSSIO E A EXPERIÊNCIA JURÍDICA

JUNQUEIRA, Thereza de Jesus Santos¹

RESUMO

Este trabalho objetiva estudar a noção de “experiência jurídica” desenvolvida pela Teoria Ecológica do Direito de Carlos Cossio, destacando-se seus elementos, o conceito de direito, a noção de norma enquanto estrutura de pensamento e conceito, e o papel do juiz, enquanto intérprete e protagonista da cena jurídica, bem como seu requerido comprometimento com a legitimação de sua atuação.

PALAVRAS-CHAVE: TEORIA EGOLÓGICA DO DIREITO. EXPERIÊNCIA JURÍDICA. PROTAGONISTA. FORÇA DE CONVICÇÃO.

1. Introdução

A Teoria Ecológica do Direito, concebida pelo jurista argentino Carlos Cossio (1903-1987), representa uma iniciativa de transformação da concepção normativista do direito (monismo metodológico positivista)², kelseniana especificamente, em favor de uma abordagem humanista, que considere a conduta humana, em sua liberdade, como objeto de estudo. Para Kelsen, direito é norma, que consiste em um dever ser lógico. Para Cossio, que incorpora criticamente a Lógica Formal de Kelsen, o direito é conduta, e o dever ser conduz um raciocínio axiológico, consoante ensina Muricy:

No plano em que particularmente se projeta – o da fundamentação da ciência jurídica -, a Teoria Ecológica empreende uma exaustiva busca fenomenológica das notas essenciais ao jurídico, encontrando-as finalmente no fenômeno da interferência intersubjetiva das condutas. Desvendando, com exemplaridade, o preconceito positivista do purismo metodológico de Hans Kelsen e o caráter pré-temático de sua

¹ A autora é Bacharel em Direito (1997-2002) e Licenciada em Letras (2003-2008) pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) Belo Horizonte/ MG, e Mestre em Direito (2013) pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador/ BA. E.mail: therezajunqueira@yahoo.com.br.

² “Por sua vez, o monismo metodológico pode conceber o Direito como um fenômeno puramente normativo e identificar a norma com as condutas criadas ou comunicadas mediante palavras, com o que estaremos ante ao ‘monismo metodológico positivista’; ou se pode conceber o direito como fatos de conduta que não se diferenciam dos fatos da natureza, com o que estaremos ante ao ‘monismo metodológico pragmatista. Ambos monismos deram lugar a importantes escolas filosóficas” (tradução nossa).

“A su vez, el monismo metodológico puede concebir al Derecho como um fenómeno puramente normativo e identificar a la norma con las jurídicas creadas o comunicadas mediante palabras, con lo cual estaremos ante el ‘monismo metodológico positivista’; o bien puede concebir el Derecho como hechos de conducta que no se diferencian de los hechos de la naturaleza, con lo cual estaremos ante el “monismo metodológico pragmatista. Ambos monismos han dado lugar a importantes escuelas iusfilosóficas”. AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 274.

ontologia jurídica, demonstra a possibilidade de encontrar o direito, em toda sua inteireza, ainda que com abstração de qualquer referência normativa³.

O embasamento filosófico do autor incorpora, conforme ensina Machado Neto⁴, aportes da fenomenologia de Husserl, do existencialismo de Heidegger, da teoria dos valores, da Teoria Pura do Direito, de Kelsen, bem como “uma certa disposição espiritual de fundo criticista, que denuncia a influência do filósofo de Koenigsberg”.⁵

A escolha pelo termo “egológico” é explicada pela necessária referência ao sujeito do conhecimento jurídico, ao “eu”. O autor afasta o adjetivo “subjutivo” para evitar associações que não condizem com sua proposta.⁶

³ MURICY M. PINTO, Marília. O espaço teórico da conduta nas ciências humanas: notas paralelas sobre o interacionismo simbólico e a teoria egológica. In: **Machado Neto**. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas: Centro Editorial e Didático da Universidade Federal da Bahia, 1979, p. 73.

⁴ MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51.

⁵ Sobre os recortes realizados por Cossio das diferentes influências filosóficas é esclarecedora a análise de Aftalion e outros: “De Kant da *Crítica da Razão Pura*, Cossio toma basicamente em primeiro lugar sua concepção mesma de filosofia (do direito) como filosofia da ciência (do direito), a ideia de realizar uma análise da experiência (jurídica) concebida dita experiência como conhecimento e a ideia da lógica transcendental. De Husserl – principalmente de Husserl das *Investigações lógicas*, do primeiro tomo de *Ideias* e das *Meditações Cartesianas* – toma Cossio o método fenomenológico, a ideia de realizar uma análise das ciências eidéticas que se encontram na base das ciências empíricas (e, correlativamente, a noção de ontologia regional), a descrição de conhecimento como agregado de significação mais intuição impletiva e a ideia de objetividade como intersubjetividade transcendental. Finalmente, de Heidegger de *Ser e Tempo*, toma basicamente nosso autor as noções mesmas de existência (Dasein) e liberdade e a distinção entre ôntico e ontológico, planos imbrincados na plenária existência (humana), já que segundo a tese heideggeriana o caráter ôntico do Dasein é ontológico” (tradução nossa)
 “De Kant de la *Crítica de la Razón Pura*, Cossio toma básicamente en primer lugar su concepción misma de la filosofía (del Derecho) como filosofía de la ciencia (del Derecho), la idea de realizar un análisis de la experiencia (jurídica) concebida dicha experiencia como conocimiento y la idea de la lógica transcendental. De Husserl- principalmente de Husserl de las *Investigaciones Lógicas*, del primer tomo de *Ideas* y de las *Meditaciones Cartesianas* – toma Cossio el método fenomenológico, la idea de realizar un análisis de las ciencias eidéticas que se encuentran en la base de las ciencias empíricas (y, correlativamente, la noción de ontología regional), la descripción del conocimiento como agregado de significación más intuición impletiva y la idea de objetividad como intersubjetividad transcendental. Finalmente, del Heidegger de *Ser y Tiempo*, toma basicamente nuestro autor las nociones mismas de existencia (Dasein) y libertad y la distinción entre ôntico e ontológico, planos en el dato de la plenária existencia (humana) se dan imbricados, discernibles sólo por análisis, ya que según tesis heideggeriana el carácter ôntico del Dasein es ser ontológico.” AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 308.

⁶ “O problema terminológico consistia em que me era indispensável um adjetivo que correspondesse ao substantivo ‘sujeito’. Se para a teoria egológica o direito é conduta e o objeto do conhecimento dogmático é a conduta em interferência subjetiva; se o dado a conhecer, portanto, é o homem plenário enquanto sujeito atuante – pois a pessoa humana, sua liberdade metafísica fenomenalizada e suas ações cumpridas são inseparavelmente uma e a mesma coisa, segundo se explica largamente em meu livro de marras -, é claro que me encontrando sempre com o sujeito atuante como objeto de conhecimento, necessitaria a cada momento o adjetivo correspondente a sujeito. Etimologicamente este adjetivo está dado pela palavra subjutivo, que hoje em dia tem múltiplas acepções, todas elas já independentes de seu correspondente substantivo. Imagine-se a confusão que teria acarretado dizer ‘Teoria subjutiva do direito’. Quase o mesmo teria ocorrido se, derivando do substantivo ‘pessoa’, teria dito ‘Teoria personalista do direito’. É aí que a necessidade de permanecer à margem de todas as ressonâncias filosóficas sedimentadas hoje no adjetivo ‘subjutivo’, de modo que a necessidade de recorrer à qualificação originária que corresponde a este vocábulo, levou-me ao vocábulo egológico, derivado de ego, eu.” (tradução nossa)

Cossio organizou a teoria egológica em quatro blocos temáticos, a saber, ontologia jurídica, lógica formal, lógica material e axiologia jurídica. A ontologia jurídica cuida de uma reflexão acerca do “ser” do direito; a lógica formal cuida da norma enquanto estrutura; a lógica material aborda a norma como conceito; e a axiologia jurídica, os valores.

A este trabalho interessa especialmente refletir sobre a noção de “experiência jurídica”, que requer entendimentos das quatro dimensões teóricas acima referidas, razão pela qual cumpre reconstruí-las, o que segue em torno da reconfiguração do conceito de direito, e do que ensina o autor acerca de seu conhecimento.

2. Direito é conduta!

A partir da teoria dos objetos, de Husserl, Cossio concebe o direito como objeto cultural, distinguindo-o, assim, de outras três classes de objetos, os ideais, naturais e metafísicos, em razão de suas características, e entre os quais, nas palavras de Cossio⁷, “existem diferencias tan radicales que es completamente inútil toda tentativa de querer estudiar a todos esos objetos de la misma manera.”

Por objetos culturais, qualifica aqueles, dentre os quais o direito e a moral, que em seu caráter se distinguem como reais (por possuírem existência); experienciais (e, portanto, temporais e espaciais); valiosos, positiva ou negativamente; compreensíveis através do método empírico-dialético, e cujo ato gnosiológico consiste em vivência e compreensão, e cuja estrutura denota um todo simples e aberto⁸.

Esses objetos são compostos de um substrato e um sentido. O substrato consiste no

“El problema terminológico consistía en que me era indispensable un adjetivo que correspondiera al sustantivo “sujeto”. Si para la teoría egológica el Derecho es conducta y el objeto del conocimiento dogmático es la conducta en interferencia intersubjeva; si el dato a conocer, por lo tanto, es el hombre plenario en tanto que es sujeto actuante – pues la persona humana su libertad metafísica fenomenalizada y sus acciones cumplidas son inseparablemente una y la misma cosa, según se explica largamente en mi libro de marras -, es claro que encontrándome siempre con el sujeto actuante como objeto de conocimiento, necesitaria a cada momento el adjetivo correspondiente a sujeto. Etimológicamente este adjetivo está dado pelo por el vocablo “subjetivo”, que hoy en día este adjetivo tiene múltiples acepciones, todas ellas independientes ya de su correspondiente sustantivo. Imagínese la confusión que hubiera acarreado decir *Teoría subjetiva del Derecho*. Casi lo mismo hubiera ocurrido si, derivando del sustantivo “persona”, hubiera dicho *Teoría personalista del Derecho*. Es así que la necesidad de permanecer al margen de todas las resonancias filosóficas sedimentadas hoy en el adjetivo “subjetivo”, al par que la necesidad de recurrir a la calificación originaria que a este vocablo corresponde, me llevó al vocablo “egológico”, derivado de *ego yo*”. COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 215-216.

⁷ “existem diferenças tão radicais que é completamente inútil toda tentativa de querer estudar a todos esses objetos da mesma maneira.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 27.

⁸ COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 28.

suporte fático, que pode ser um objeto físico (mundanais) ou uma experiência (egológicos); e o sentido, um juízo de valor, que depende da vivência psicológica do sujeito que o enuncia. É no sentido “que reside o caráter valioso ou desvalioso de um bem cultural”, ensina Machado Neto⁹. O sujeito está assim implicado no sentido, ele precisa tomar posição, consistindo em um componente da significação¹⁰.

Considerando que cada grupo de objetos, dadas suas peculiaridades, requer diferentes métodos para ser conhecido, o direito, enquanto objeto cultural egológico, que é dado na experiência e, portanto, passível de ser apreendido pelos sentidos, deve ser conhecido através do “método empírico-dialético”. Analisá-lo pelo “método racional-dedutivo” implicaria desconsiderar sua realidade. A esse respeito ensina Machado Neto¹¹ que o direito solicita uma lógica de análise diferente da lógica das ciências naturais, e ressalta a atitude reducionista que o normativismo lhe impõe, ao desconsiderar a necessidade dessa peculiar abordagem:

Com efeito, por que, das disciplinas sociais, a ciência do direito seria a única a desgarrar-se do bloco das ciências culturais e ir inscrever-se na companhia das matemáticas e da lógica? Por que reduzir o direito à simples norma em seu tratamento científico, se a quase unanimidade dos juristas de hoje, por esse ou aquele caminho, vão dar na conclusão de que o direito é fato, valor e norma, por ser objeto cultural?

Cumprido reiterar que a teoria egológica reconhece o papel de Kelsen para a Ciência do Direito, sobretudo no que tange à lógica jurídica. Mas relê essa teoria, relativizando o papel central conferido à estrutura normativa. Para Cossio, o direito é um objeto cultural, sendo inadequado um estudo que o tome por objeto ideal, ou produto de métodos formais.

Com essa orientação, o autor realiza uma releitura ontológica do direito e apresenta, como seu substrato, a “conduta humana em interferência intersubjetiva”, sendo a norma a representação de sua estrutura (lógica formal), ou espécie de conceito que a lê para conferir-lhe um sentido (lógica transcendental), de maneira que “sempre há de restar certa margem de liberdade à conduta, por mais que a norma a pretenda vincular a

⁹ MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51.

^{10c} A questão consiste no fato de que a conduta como liberdade não é um ser, senão um dever ser existencial; e em que unicamente o dever ser lógico pode mencionar adequadamente o dever ser existencial. A conduta, valorosa ou desvalorosa, é um dever ser existencial, que, ao ser projetada, se dirige a seu fim COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial*. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 38.

¹¹ MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51.

determinações e proibições”¹².

Conduta em interferência intersubjetiva significa “liberdade metafísica fenomenizada”, ou um “dever ser existencial” que supõe o agir de outra pessoa, implicando, portanto, bilateralidade, coparticipação e reciprocidade. A conduta, enquanto objeto do direito, é pensada em relação à conduta de outras pessoas, em sua impedibilidade, coloca-se em jogo o que o outro pode fazer e, nesse ponto, diferencia-se de sua abordagem sob um aspecto moral, através do qual ela é considerada em sua liberdade subjetiva, ou seja, em relação a outras possíveis condutas do mesmo sujeito.

Assim, se são sempre duas condutas implicadas, serão igualmente, pelo menos, duas normas¹³:

(...) como el derecho es intersubjetivo e implica, por lo menos, dos conductas que se cruzan, ocorre que no hay en la experiencia jurídica, ni puede hacer, una norma aislada. Siempre hay en ella, por lo menos, dos normas coordinadas, cada una representando la conducta de cada una de estas partes; pero por la misma razón, em cualquier outro punto de la experiencia jurídica, estas normas estan cruzadas a su vez por otras normas, em plano horizontal.

A norma, do ponto de vista da lógica formal, consiste em uma estrutura de dever ser e, portanto, um juízo imputativo (imputação de um antecedente a um conseqüente) de conceber a conduta (em oposição a um modo narrativo). Esta estrutura é flexível, supõe o ser humano em sua liberdade, como personalidade que se autodetermina a cada momento, visto que trata de uma previsão, possibilidade. Constata-se uma identidade entre a razão normativa e a vida humana, tendo em vista que não se vive deterministicamente, mas sim visando possibilidades.

Do ponto de vista da lógica transcendental, a norma é um conceito que lê a conduta a partir da “lógica do dever ser”¹⁴: “Juízo para o pensamento (lógica formal), a norma é, pois, um conceito para o conhecimento (lógica transcendental).”¹⁵ A norma, enquanto conceito, qualifica a conduta como faculdade, prestação, ilícito ou sanção, que são os

¹² MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 53-54.

¹³ “Como o direito é intersubjetivo e implica, pelo menos, duas condutas que se cruzam, ocorre que não há na experiência jurídica, nem pode haver, uma norma isolada. Sempre há nela, pelo menos, duas normas coordenadas, cada uma representando a conduta de cada uma das partes; mas pela mesma razão, em qualquer outro ponto da experiência jurídica, estas normas estão cruzadas por outras normas, no plano horizontal.” (tradução nossa) COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 45.

¹⁴ COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 45.

¹⁵ MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 54.

quatro modos de ser do direito. Não se trata de criar o jurídico, mas tão somente reconhecê-lo.

Cossio relê essa estrutura normativa de um juízo hipotético, para um juízo disjuntivo, com vistas a alcançar tanto a conduta pensada como lícita, quanto a conduta pensada como ilícita.

A experiência jurídica é mais do que a estrutura do dever ser. Rompe-se com a equiparação do direito à norma, analisada enquanto objeto ideal e, portanto, avessa à temporalidade da experiência jurídica e, por conseguinte, denuncia-se a impropriedade do método racional-dedutivo para o seu conhecimento, sob pena de preterir sua realidade. Trata-se de estrutura formal e necessária, porque é um modo de raciocínio solicitado ao jurista, sem o qual não há direito. Mas falar em direito implica considerar outros aspectos igualmente relevantes.

Os fenômenos éticos, dentre os quais destacam-se direito e moral, consistem em uma expressão da liberdade metafísica, estudá-los, significa captar o sentido dessa liberdade¹⁶.

3. O conhecimento jurídico e os valores

O que significa “aplicar” uma lei? Para Cossio, trata-se de uma questão mal formulada, visto que o conhecimento jurídico cuida de focar uma conduta a partir do ângulo da lei, ou seja, atribuir à conduta considerada um sentido axiológico enunciado na lei. Mas, ao mesmo tempo, significa extrair um sentido contido na própria conduta. Neste ponto, o autor chama a atenção para a pergunta que resta encoberta trata da legitimidade da interpretação, de sua “força de convicção”.¹⁷

A garantia contra o arbítrio da interpretação não pode ser satisfeito pelos métodos tradicionais (gramatical, exegético, sistemático, *etc*), porque eles supõem a identificação do direito à lei e com isso, procuram uma resposta à pergunta criticada por Cossio.

Percebe-se, assim, que aplicar uma lei significa antes conhecer uma conduta. E esse conhecimento não é completamente livre, apesar de a estrutura normativa significar essa liberdade, visto que ela o direciona. Interpreta-se (conhece-se) a conduta através da norma ou texto, sendo que a estrutura normativa já está na conduta. O que se deve

¹⁶ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 310.

¹⁷ COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 123.

analisar é se a normatividade contida na conduta é compatível com o ordenamento jurídico.

Según la enseñanza de Husserl, la mención es tributaria del objeto. Y en la medida en que hay identidad entre mención (norma) y objeto (conducta bajo este perfil), el tributo significa que la norma emerge, por abstracción, de la conducta; y no que la conducta, para adquirir forma, se pliega a la norma.¹⁸

O conhecimento jurídico é, assim, constitutivo da experiência do jurista, que ao interpretar a conduta a partir da estrutura normativa, a compreende: “Si el jurista, por el hecho de interpretar, algo conoce al interpretar, es irremediable que tenga que determinar qué es lo que conoce y en que consiste ese conocimiento”.¹⁹

Seu objeto de estudo não é a norma, nem o conteúdo dogmático, ao contrário das abordagens tradicionais. A norma, como visto, é estrutura de pensamento, e as referências dogmáticas podem ser entendidas como expressões verbais da conduta, formas sensíveis que a delimitam. A dogmática é uma ciência cultural, tendo em vista que estuda uma experiência valorativa.²⁰ Para que haja conhecimento jurídico, não basta referir-se à conduta a partir dos conteúdos dogmáticos, é preciso compreendê-los em seu sentido, enquanto valoração.²¹

Assim, conduta e referência dogmática constituem substratos que se unem ao sentido através de uma operação dialética: “un tránsito dialéctico del substrato al sentido y vice versa hasta rematar en el sentido que se capta por comprensión”²². O substrato como os aspectos materiais do comportamento perceptíveis ao sentido e o sentido como o valor que a conduta apresenta em um determinado contexto.

O método empírico-dialético conduz um ato de compreensão, diferentemente do método empírico-indutivo, que conduz um ato de explicação. Em referência a Dilthey, ressalta

¹⁸ “Segundo os ensinamentos de Husserl, a menção é tributária do objeto. E na medida em que há identidade entre menção (norma) e objeto (conduta sob este perfil), o tributo significa que a norma emerge, por abstração, da conduta; e não que a conduta, para adquirir forma, se prega à norma.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 218.

¹⁹ “Se o jurista, pelo fato de interpretar, conhece algo ao interpretar, é irremediável que tenha que determinar o que é o que conhece e em que consiste esse conhecimento.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 20.

²⁰ MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 55.

²¹ “(...) um trânsito dialético do substrato ao sentido e vice versa, até rematar no sentido que se capta por compreensão.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 79.

²² “Um trânsito dialético do substrato ao sentido e vice versa até chegar ao sentido que se capta por compreensão” (tradução nossa). AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 309.

Cossio a postura do homem diante das diferentes ciências: “explicamos a natureza e compreendemos a cultura”.²³ Assim, o método empírico-indutivo parte de fatos particulares em direção a um princípio geral, sem considerar o sentido dado pela valoração e, muito menos, o sujeito que valora.

Percebe-se que, com a explanação do método empírico-dialético, Cossio incorpora a discussão filosófico-hermenêutica acerca da relação sujeito-objeto para a ciência jurídica. Sob o ponto de vista existencialista²⁴, o fenômeno jurídico não é algo externo ao homem (*Dasein*), mas sim constitutivo - algo experimentado por ele em seu existir. E a norma, ou “razão normativa”, seria a apropriação dessa experiência em termos jurídicos, um “modo de ser” jurídico do *Dasein*, como o fazem as demais ciências²⁵:

As ciências são modos de ser do *Dasein* nos quais ele também se comporta com entes que ele mesmo não precisa ser. Pertence essencialmente ao *Dasein* ser em um mundo. Assim, a compreensão do ser, própria do *Dasein*, inclui, de maneira igualmente originária, a compreensão de ‘mundo’ e a compreensão do ser dos entes que se tornam acessíveis dentro do mundo. Dessa maneira, as ontologias que possuem por tema os entes desprovidos do modo de ser do *Dasein* se fundam e motivam na estrutura ôntica do próprio *Dasein*, que acolhe em si a determinação de uma compreensão pré- ontológica do ser.

Compreender implica também pré-compreender, na medida que o *Dasein* já possui uma visão de mundo. Quando ele se projeta (“vir-a-ser”), há sempre um “vigor de ter sido” que o determina. Volta-se à circularidade: é projetando-se que o *Dasein* retorna ao ter sido.

O processo dialético da interpretação da conduta implica o manuseio de valores. Falar em valores significa considerar o sentido das preferências incorporadas pela conduta, enquanto liberdade. Abstrair dos valores significa abstrair da conduta enquanto liberdade, bem como da realidade subjetiva do conhecimento, transportando o problema de lidar com o controle social dessa subjetividade, ao problema da busca de uma objetividade ideal.

Os valores são realizados na conduta, constituem matéria jurídica (e não forma), são

²³ COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002, p. 79.

²⁴ O ponto de vista existencialista é aquele desenvolvido por Heidegger em sua Ontologia Hermenêutica, que cuida do *Dasein*, o ser localizado do homem, como detentor do privilégio ôntico-ontológico: sendo (existindo) o *Dasein* percebe o sentido do seu ser. Pode-se dizer que Heidegger em “Ser e Tempo” estava preocupado justamente com o fenômeno da compreensão. Só que o compreender, para ele, pressupõe a recolocação do problema acerca da questão do Ser (*Das Sein*), o que o conduz à formulação do *Dasein*, que é o seu ponto de partida. O Ser, como a totalidade do ente, é inapreensível, o que se busca são sentidos, o que é operacionado pelo *Dasein*, o ente capaz de questionar os sentidos dos demais entes.

²⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**, 11. Ed., Trad. Márcia de Sá Cavalcante, Apresentação de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, Parte I, p. 39/40.

elementos internos, afastando entendimentos que os tomam por norte. Eles são dados em lugar e tempo determinados, e são compreensíveis, e compreendem a conduta em sua referência a esse contexto.²⁶

Há que salientar, nesse ponto, que o direito não está norteado no sentido desses valores, como pode estar o navegante pela estrela polar, mas que, ao contrário, por ser cultura, o direito é, em qualquer de suas manifestações, a realização de alguma ordem, alguma segurança, algum poder, alguma justiça etc...”²⁷

Cossio, em sua *Axiologia Jurídica*, identifica seis valores jurídicos, além da justiça²⁸ (enquanto próprio da sociedade, e não do indivíduo), os quais são dados em pares, sendo que em cada par há um valor de autonomia e um de heteronomia²⁹. São eles: ordem e segurança (que coexistem enquanto circunstância), poder e paz (que coexistem enquanto reunião de pessoas, convivência)³⁰, cooperação e solidariedade (que coexistem enquanto sociedade, sorte comum de um grupo de seres humanos)³¹.

Os valores jurídicos são bilaterais, dado o objeto que interessa ao direito (conduta em interferência intersubjetiva) e organizados em três dimensões existenciais, denotando o que o homem pode significar para outro homem: algo referente à circunstância, à relação entre as pessoas ou à sociedade. Aftalió³² discorre sobre as três dimensões, das

²⁶ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 315.

²⁷ MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 54.

²⁸ “ (...) a justiça resulta um valor de totalidade e por isso a justiça acompanha sempre como uma sombra a cada um dos valores; por exemplo, se uma instituição realiza uma boa ordem, mas uma má solidariedade, já, por aquilo, é parcialmente justa. Na justiça, a mera coexistência aparece como razão suficiente na medida em que coexistir significa entender-se e que esse entendimento vive com a emoção da justiça.” (tradução nossa)

“(...) la justicia resulta un valor de totalidade y por eso la justicia acompaña siempre como una sombra a cada uno de los valores parcelarios; por ejemplo, si una institución realiza un buen orden, pero una mala solidaridad, ya, por aquéllo, es parcialmente justa. En la justicia, la mera coexistência aparece como razón suficiente en la medida en que coexistir es entenderse y en que este entendimiento se vive con la emoción de la justicia.” COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1964, p. 611.

²⁹ COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1964.

³⁰ COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1964, p. 577.

³¹ COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1964, p. 587.

³² “Se se consideram os sujeitos como pessoas, a reunião das mesmas pode dar-se em verdade como união, o que atualiza o valor positivo paz, ou como desunião, a que corresponde o polo negativo do valor, a discórdia. Nesta última a reunião de pessoa, em sua espontaneidade autônoma é um conflito. O que pode fazer com relação este último é dominá-lo mediante o exercício da autoridade. Surge heteronomamente assim o valor positivo poder. Este último não se confunde com a força bruta, senão que consiste na capacidade de inculcar sentidos espirituais. Se o poder não é suficiente para dominar o conflito estamos ainda na discórdia dos conflitos individuais, mas o conjunto destes projetado sobre a

quais se destaca a segunda – “pessoa”, expressando suas modalidades do poder e da paz:

Si se considera a los sujetos como personas, la reunión de las mismas puede darse en verdad como unión, lo que actualiza el valor positivo *paz* o como desunión, la que corresponde al polo negativo del valor, la discórdia. En esta última la reunión de persona, en su espontaneidad autónoma es un conflicto. Lo que puede internarse respecto de este último es dominarlo mediante el ejercicio de la autoridad. Surge heterónomamente así el valor positivo *poder*. Este último no se confunde con la fuerza bruta, sino que consiste en la capacidad de inculcar sentidos espirituales. Si el poder no es suficiente para dominar el conflicto estamos aún en la discórdia de los conflictos individuales, pero el conjunto de éstos proyectado sobre la jerarquía que es la sociedad como tentativa del poder nos da la situación de impotencia. El desvalor específico del poder le adviene por exceso cuando la dominación excede los requerimientos del conflicto, constituyéndose así en opresión.

Percebe-se, assim, que os valores, em sua polarização e relação mútua, refletem a maneira como se processa a conduta em interferência intersubjetiva, da existência enquanto coexistência, em sua liberdade. Falar em liberdade significa refletir sobre alternativas e preferências, o que fica em evidência com a valoração. Trata-se de um elemento chave para o conhecimento jurídico, melhor compreendido quando se analisa a experiência jurídica em contraste com a experiência natural teorizada por Kant.

4. A experiência jurídica

A experiência jurídica é um “fato da vida”, situado, portanto, temporal e espacialmente, e representa o contato dos conhecimentos produzidos com a realidade. Ela ocorre quando são enunciadas normas individuais: negócios jurídicos, atos administrativos, e especialmente, em caráter paradigmático, a sentença judicial.³³

A sentença consiste em um momento privilegiado da experiência jurídica. Ela é um “fato da vida”³⁴, expressa norma e guarda em si um “conteúdo dogmático”. Cossio considera o juiz, integrante necessário do “ordenamento”, como o “cânone do

hierarquia que é a sociedade como tentativa de poder, nos dá a situação de impotência. O desvalor específico do poder advém por excesso, quando a dominação excede os requerimentos do conflito, constituindo-se assim em opressão.” AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio.

Introducción al Derecho, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 317.

³³ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 318.

³⁴ “A sentença como fato da experiência jurídica é a conduta do juiz, interferindo com a das partes com o sentido axiológico conceitualmente previsto nas normas processuais.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p.96.

conhecimento jurídico”, e não esquece que os valores realizados pela decisão resultam da vida compartilhada, são intersubjetivos e não o produto de uma mente iluminada.

O juiz, ao protagonizar a experiência jurídica, é chamado a atuar e conhecer uma conduta específica, até deixar claro seu sentido objetivo (compartilhado e legítimo), por isso ele é o cânone, cujo papel os demais juristas devem realizar, se pretendem levar a cabo uma experiência.

O direito é definido como uma ciência da experiência e não como uma ciência das normas simplesmente. O direito se manifesta a partir do protagonista de uma conduta, que se comporta de acordo com possibilidades axiológicas completas, dentro de uma situação existencial.³⁵

A conduta do juiz interfere na conduta das partes e reflete sobre sua própria conduta, na medida em que se refere à norma processual que lhe confere investidura, bem como sobre sua atuação no processo que o conduziu à sentença. Assim, a conduta do juiz contém uma reflexão normativa sobre si mesma.³⁶

A noção de experiência jurídica, conforme concebida por Cossio, decorre do conceito de “experiência natural”, inaugurado por Kant na obra “Crítica da Razão Pura”, para refletir sobre a maneira pela qual é possível o conhecimento.³⁷

A experiência natural, de acordo com Kant, é constituída sempre por dois elementos: uma estrutura lógica (a lei natural: S é P) e, portanto, formal, necessária e *a priori*, visto que existe independentemente da experiência; e um conteúdo empírico, contingente. Cuida assim essa experiência de uma consideração descritiva, visto que não há pré-julgamento, mas sim uma demonstração. Nas palavras de Cossio³⁸:

Trata-se, portanto, de uma oposição entre matéria e forma. A matéria, o elemento sensível dos fenômenos, ou conteúdo empírico; e a forma, aquilo que permite que o fenômeno possa ser ordenado em determinadas relações.³⁹

Ao transpor a concepção de Kant para o Direito, Cossio vislumbra que a experiência

³⁵ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Carlos Cossio e a Teoria Ecológica do Direito. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, nº 1, 2º Sem., mai.-ago. 2001, p. 39.

³⁶ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 318

³⁷ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 308.

³⁸ COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 66.

³⁹ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 320.

que se dá nessa área não realiza uma superposição necessária do formal com o material, por conter, além desses elementos observados na experiência natural, um outro elemento valorativo. Assim, a experiência jurídica possui um conteúdo empírico (dogmático), do qual decorre sua espacialidade e temporalidade; uma estrutura lógica que orienta seu conhecimento; e um conteúdo valorativo, que expressa sua realidade enquanto conduta.

A estrutura lógica/normativa é um elemento formal e necessário, por ser um *a priori*; o conteúdo dogmático material e contingente, visto que é dado na experiência, a partir dela, podendo então não ocorrer; e a valoração jurídica um elemento material e necessário, que está incorporada na conduta e conteúdo dogmático, acontecendo assim concomitantemente com elas.

A estrutura lógica do dever ser é constitutiva da experiência, dela decorre a necessidade de julgar do juiz e, por conseguinte, a imanência da interpretação. Mas o operador do direito só pode reconhecê-la “indo à experiência”: “El jurista va a la experiencia para conocerla y sin este contacto com ella nada conocerá; pero va desde certo ángulo, va como jurista, va aportando un modo de pensar que tiene certa contextura para poder valer como pensamiento.”⁴⁰

O jurista possui assim a capacidade de raciocinar cientificamente sem elidir a liberdade, como componente da vida humana, pois a estrutura de pensamento que o conduz é a norma, um juízo disjuntivo que tanto alcança a conduta pensada em seu aspecto lícito, como ilícito.

Os conteúdos dogmáticos são as formas sensíveis, verbais, da conduta. Eles referem-se à conduta, delimitando-a. Mas são contingentes, poderiam ser outros.

A valoração é imanente à conduta, e ao ordenamento, visto que o juiz é tido por Cossio como integrante dele. Por isso, a valoração sempre aparece na experiência jurídica: “La valoración jurídica es imanente porque el juez – (...) no es un ente extraño al Derecho, no es un simple espectador, sino que integra el ordenamiento jurídico, de tal manera que el hecho del juez es, em parte, el Derecho mismo”.⁴¹

⁴⁰ “O jurista vai à experiência para conhecê-la e sem este contato com ela nada conhecerá; mas vai a partir de certo ângulo, vai como jurista, vai portando um modo de pensar que tem certa textura para poder valer como pensamento.” (tradução nossa) COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 91.

⁴¹ “A valoração jurídica é imanente porque o juiz não é um ente estranho ao direito, não é um simples espectador, mas integra o ordenamento jurídico, de tal maneira que o fato do juiz é, em parte, o direito mesmo.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 91.

A valoração do juiz implica considerar os valores escolhidos pela conduta, e aqueles constantes do ordenamento, e o que conduz a escolha pelo juiz, visto por Cossio enquanto elemento constitutivo do ordenamento, é a vivência do sentido de justiça e dos outros valores expressos na norma.

O juiz, com sua vivência axiológica, dá um sentido à conduta. Ele se baseia em sentidos de ordem, de segurança, de poder, de paz, de cooperação, de solidariedade e de justiça, que são imanentes ao direito⁴²; e com amparo do ordenamento, confere/ reconhece a logicidade normativa da conduta⁴³, decidindo a imputação de uma consequência a ela.

De modo que no diremos solamente que el hecho del juez es parte de la experiencia jurídica, sino diremos también que no es indiferente al Derecho quien sea juez, porque esa valoración que pone el juez, desde el seno de su íntima vida personal, está integrando ese hecho de la individuación que le acabamos de reconocer.⁴⁴

O conhecimento jurídico é sempre uma experiência de protagonistas, e o maior protagonista é o juiz, já que é ele quem tem a última palavra em matéria jurídica. Assim, pode-se dizer que a atividade do juiz é semelhante à atividade do legislador, no sentido de que ambas cuidam de escolher determinadas circunstâncias e imputá-las mutuamente.

De manera que hay un labor de escoger determinadas circunstancias y de imputarlas mutuamente entre si; todo esto es, en términos filosoficos, a posteriori, es decir, que las circunstancias ya existen, y la normación o la unión entre ellas y sus consecuencias se hace después de que existen por el órgano correspondente.⁴⁵

Visto dessa maneira, legislador e juiz são intérpretes. Nem um nem outro criam normas, mas tão somente as selecionam da realidade e lhe conferem efeitos jurídicos. O juiz considera também as circunstâncias anteriormente previstas na lei, mas faz nova imputação a partir da valoração que lhe aparece das circunstâncias apresentadas,

⁴² COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 85.

⁴³ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 318.

⁴⁴ “De modo que não diremos somente que o fato do juiz é parte da experiência jurídica, senão diremos também que não é indiferente ao direito quem seja juiz, pois essa valoração que põe o juiz, desde o seio de sua vida íntima pessoal, está integrando este fato da individuação que a acabamos de reconhecer.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 55.

⁴⁵ “De modo que há um trabalho de escolher determinadas circunstâncias e de imputar-las mutuamente entre si; tudo isto é, em termos filosóficos, a posteriori, é dizer, que as circunstâncias já existem, e a normatização ou a união entre elas e suas consequências se faz depois de que existem através do órgão competente.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Las lagunas del derecho. La valoración judicial. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002, p. 84.

considerando igualmente que ele também está implicado na construção do sentido.

5. Legitimidade e “força de convicção”

Enquanto o Positivismo Jurídico pretende “lançar uma rede de proteção metodológica contra o ineditismo da experiência”⁴⁶, percebe-se, em um contexto pós-positivista um esforço no sentido de refletir ou expressar esse ineditismo, submetendo-o antes a um controle de legitimidade, entendida esta como sua “força de convicção”, no teorizar de Cossio.

O sentido da lei e da conduta são recriados dialeticamente através da vivência e da consciência do jurista, porque ele é o intérprete. A sua consciência é constitutiva de sua atividade, mas os valores compartilhados o são igualmente.

A legitimidade é um dado constitutivo da experiência. Ela significa a “objetividade possível”⁴⁷, que é dada pela incorporação do ponto de vista dos demais participantes, através da noção de “força de convicção”, o que, segundo Muricy, significa a capacidade de a decisão ser absorvida pelo universo cultural e político a que se destina⁴⁸. Com isso, o dualismo entre a subjetividade e a objetividade implicada na valoração é superado, em favor da objetividade dada pela situação. A subjetividade para ter força de convicção precisa estar compartilhada com a opinião pública, o senso comum.

6. Considerações finais

Cossio pretende ampliar qualitativamente o processo do conhecimento jurídico, que é um “conhecimento de protagonista”, sendo que o maior deles é o juiz.

Além dos textos, o juiz tem acesso aos valores compartilhados, que compõem o “mundo da vida”. Assim, ele não conhece sozinho, há valores e visões de mundo implicados, que devem ser considerados. A seleção das normas adequadas à conduta, bem como a tradução dos valores, não decorre de um raciocínio monológico, mas sim de uma

⁴⁶ MURICY, Marília. **Senso Comum e interpretação jurídica**. 2006. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p.108.

⁴⁷ Acerca da noção de objetividade hermenêutica, ensina Marília Muricy: “A objetividade é, sim, o imprescindível diálogo entre o texto e os sentidos sociais que lhe são imanentes e que neles afloram, entre o intérprete e a experiência vivida por aqueles a quem se dirige o programa normativo.” MURICY, Marília. **Senso Comum e interpretação jurídica**. 2006. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p.83.

⁴⁸ MURICY, Marília. **Senso Comum e interpretação jurídica**. 2006. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p.77.

sintonia com a sociedade e o senso comum. A experiência só pode existir além do intelecto, estando incrustada na própria realidade social.

7. Referências

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**, Quinta edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009, p. 318.

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**, 11. Ed., Trad. Márcia de Sá Cavalcante, Apresentação de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, Parte I.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MURICY M. PINTO, Marília. O espaço teórico da conduta nas ciências humanas: notas paralelas sobre o interacionismo simbólico e a teoria egológica. In: **Machado Neto**. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas: Centro Editorial e Didático da Universidade Federal da Bahia, 1979.

MURICY, Marília. **Senso Comum e interpretação jurídica**. 2006. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.