

CONHECER, INTERPRETAR E APLICAR O DIREITO: UM ESTUDO SOB A LUZ DA TEORIA EGOLÓGICA DE CARLOS COSSIO

José Luís da Silva Cruz
Acadêmico do 6º Período do Curso de Direito - UFRN

1 - Introdução

O presente estudo, fruto da mais sincera veneração pelo mestre argentino, Carlos Cossio, visa a recolher algumas das lições desse eminente jurista, algumas reflexões de sua imortal obra, a Teoria Egológica do Direito, acerca de dois problemas capitais da Ciência e da Filosofia do Direito: a problemática da interpretação e da aplicação da norma jurídica. São essas duas questões que nenhuma escola jurídica pôde deixar de investigar, e que na Teoria egológica ganharam um original desenvolvimento, por muitos desconhecido, embora não se desconheça a figura brilhante de Carlos Cossio e de sua teoria geral do Direito. Na Teoria Egológica, eles conseguem um grande avanço, por meio do qual se pode obter uma percepção mais ampla e lúcida do problema hermenêutico, escapando do simplismo positivista e da visão limitada das demais escolas hermenêuticas. Em Cossio, a interpretação é muito mais que um simples silogismo, envolve um ato complexo de compreensão das disposições normativas como o sentido de uma conduta. Tendo em vista que vem sendo pouco estudada no nosso meio uma concepção de interpretação que esclarece muitas questões nas quais os juristas ainda se debatem, apresenta-se suficientemente justificado o labor de discutir a compreensão dessas questões a luz do Egologismo. Como parece claro, para expor a posição de Cossio acerca destes problemas, que é o escopo do nosso trabalho, realizaremos uns apontamentos gerais sobre a teoria egológica: a concepção do direito, de norma jurídica e da Ciência do Direito, bem como o método e o ato gnoseológico mais adequado ao conhecimento jurídico. E estes apontamentos serão de suma importância para a compreensão dos problemas de que queremos tratar, pois a forma de conhecer da ciência jurídica tem repercussão direta no método de interpretação, visto que interpretar implica conhecer.

2 - Da natureza do direito - a conduta humana em interferência intersubjetiva e a ciência jurídica

Começemos por dizer que para a Teoria Ecológica o Direito não é a norma jurídica, mas a conduta humana. O direito é um fenômeno concreto, que pode ser apreendido empiricamente, pois é ele uma criação do homem. O homem cria o direito na experiência social. Não é ele uma abstração, não surge da elaboração de meras proposições normativas, mas ao contrário, se apresenta como fato na experiência concreta. E é no fato da conduta humana, histórica e culturalmente considerado, que o direito se *evidencia*. O fato do Direito ter se confundido com a norma decorre de que por meio dela o direito se exprime, é porque através dela nós *dirigimos* a conduta humana. Portanto, a tarefa da ciência do Direito não é estudar a norma jurídica, mas a conduta humana.

Mas não é toda conduta humana que é direito. A conduta humana que é interessante ao Direito é a “conduta humana compartilhada”, ou seja, é a relação entre condutas que se cruzam, que interferem umas nas outras, quer dizer, a conduta de um homem ante outros homens, pois o puramente subjetivo, o que envolve apenas um sujeito, não interessa ao Direito, coloca-se no plano da Moral, do foro íntimo. Baseando-se já nos ensinamentos de Del Vecchio, Cossio esclareceu que o Direito é a conduta humana em “interferência intersubjetiva”. Pois numa relação jurídica sempre há dois ou mais sujeitos, de forma que suas condutas se inter-relacionem ou interfiram umas nas outras. A relação jurídica implica sempre na existência de um “tu”, implica que haja mais de um sujeito, no entanto isso não basta, há que haver uma interferência de condutas. Nesse sentido, dizemos que o Direito é a conduta humana em interferência intersubjetiva, e a tarefa a Ciência jurídica é regular essa relação, impondo através de normas, uma conduta correspondente a cada sujeito, de forma que estas realizem os valores jurídicos positivos, consagrados pela sociedade.

Destarte, podemos dizer que o Direito é uma Ciência normativa, não porque estuda normas, mas porque estuda a conduta pensada por uma norma, como um “dever-ser” existencial. Não se trata, portanto, de uma Ciência puramente *descritiva*, que apreende o Direito sob a categoria do “ser”, como queriam os normativistas, mas sim sob um “dever-ser”. Ao se fazer Ciência jurídica, o sujeito cognoscente não vai estudar a norma de forma *descritiva*, estabelecendo as relações lógicas dos juízos normativos de um ordenamento jurídico positivo, mas *vivenciando* o valor que está presente nelas, pois são elas conceitos que representam uma conduta pensada segundo um valor. Por isso a Ciência do Direito não é só ciência de normas, apesar do cientista do Direito trabalhar com normas, nem só uma ciência do fato do social, ainda que o Direito só se manifeste enquanto fato social.

É nesta esteira de raciocínio que se deve entender o papel da Lei, sabendo que o Direito é um produto da ação humana e que se apresenta como algo dado na experiência. O Direito não é produto de normas, nem da razão. O legislador não cria o Direito. Como Cossio mesmo defendeu, as normas são só conceitos, não têm poder algum, quem tem poder são os homens e as suas instituições. Contudo, apesar do Direito não ser norma, a Ciência jurídica estuda normas, pois através delas exprime e valora os sentidos das condutas. A lei, portanto, não é nada mais que a forma de expressão do Direito.

3 - Da natureza do conhecimento jurídico - Gnoseologia e Ontologia jurídica

3.1 - Teoria dos objetos

Segundo Cossio, baseando-se na teoria dos objetos de Husserl, que distingue os objetos cognoscíveis pelo homem segundo quatro famílias ontológicas: objetos ideais, naturais, culturais e metafísicos, dever-se-ia, antes de se iniciar o estudo de um objeto, determinar a que espécie ele pertence, para então poder se utilizar um método adequado a sua natureza. Para ele, em conformidade com os ensinamentos do filósofo supracitado, *“los objetos no pueden ser colocados todos bajo un común denominador, tal como fué idea de los científicos del siglo XIX, que creían que todas las cosas podían ser pensadas de una misma manera”*.(Carlos Cossio, El derecho en el derecho judicial, 1945, p. 20). Cada espécie de objeto possui características que o distingue dos demais, propriedades diversas, havendo, portanto, a necessidade de se tomar espécies diferentes de métodos para conhecê-lo apropriadamente.

Husserl classifica cada uma das famílias de objetos segundo três características básicas: se são reais ou irrealis, se estão na experiência ou não, e se possuem valor, ou não. Os objetos culturais, que são os que mais nos interessam, são aqueles bens que apresentam as seguintes características enumeradas por Husserl: são reais, estão na experiência e possuem valor. A principal característica distintiva desse tipo de objeto em relação aos demais é justamente a última. O objeto cognoscível dito natural é real, isto é, existe, está na experiência, ou seja, pode ser apreendido por meio dos sentidos, mas não possui valor estimável. Quando se conhece um objeto dessa espécie, não se indaga de seu valor, se ele é bom ou mal, útil ou fútil. Ele é inestimável. No caso dos objetos culturais o valor é elemento indissociável cuja estima faz parte integrante do seu conhecimento.

Os objetos culturais estão intimamente ligados com o humano. Em verdade, eles só existem em relação ao homem, pois o homem é o único ser que tem cultura e que atua observando certos valores. Os objetos culturais, no dizer de Cossio, são “*aquellas cosas que hace el hombre actuando según valoraciones*”. (Carlos Cossio, *El derecho en el derecho judicial*, 1945, p. 24) . Ao estudar algo que é possuidor de características valorativas, o cientista deve, em seu ato cognoscitivo, considerar e avaliar essas características, sem as quais o seu conhecimento será inevitavelmente incompleto.

Analisando-se nessa perspectiva o Direito, chega-se a conclusão de que ele é um objeto cultural, pois ele se *evidencia* na experiência como realização cultural no comportamento do homem em sociedade, na experiência da conduta humana em interação com outras condutas e que, por ser realização humana, possui intimamente um valor que pode ser estimado. A conduta humana possui necessariamente um sentido, um valor. Temos, então, que se o Direito estuda a conduta humana e se esta conduta, concretamente considerada, possui um valor, o objeto de estudo da ciência jurídica é um objeto cultural pois o comportamento do homem é algo que tem um sentido atribuível a uma cultura, que tem um valor que se remete ao patrimônio axiológico de uma cultura (Miguel Reale, 1998, p.219-223).

3.2 - Liberdade existencial e objetos culturais egológicos

O existencialismo exerceu grande influência no pensamento de Carlos Cossio, de forma que em toda sua obra estão presentes as idéias de Heidegger, Jaspers e outros existencialistas. Os conceitos de “liberdade existencial” e de “ser”, bem como o humanismo existencialista desses filósofos, são peças fundamentais na construção da Teoria Ecológica. E foi baseado nesses conceitos que ele estabeleceu uma distinção de suma importância nos objetos culturais: os objetos culturais mundanos e os objetos culturais egológicos. Como já mencionamos, os objetos culturais possuem um substrato e um sentido. Por exemplo, se tomarmos algo criado pelo homem, como uma cadeira ou uma hóstia, percebemos que esse algo é um objeto cultural: possui um substrato, que é a madeira que compõe a cadeira ou a massa que compõe a hóstia, e um sentido ou valor, que é o útil da cadeira ou o sagrado da hóstia. Nesses dois casos temos objetos culturais com um substrato material inerte, estático, sem vida. Contudo, quando temos como objeto cultural a conduta humana, o substrato não é em nada estático, mas algo dinâmico. É um “ego” no pleno exercício de sua liberdade. Por isso a conduta humana é objeto cultural egológico, pois o seu

substrato é o comportamento de uma personalidade que se autodetermina a cada momento. A conduta humana possui assim um valor que deve ser estimado, mas essa estimativa deve ser feita na evolutividade e historicidade caracterizadoras dessa conduta, assim como a norma jurídica não pode ser vista senão como um “dever-ser” existencial. A autodeterminação, que corresponde à liberdade existencial é, em última análise, o caráter definidor do “egológico”. E sendo o Direito a conduta humana, é ele um objeto cultural egológico, da mesma forma que a Ciência do Direito é uma Ciência cultural egológica, tendo em vista a natureza de seu objeto.

3.3 - Método empírico-dialético e ato gnoseológico da compreensão

Considerando essa natureza do Direito, Cossio afirma que a Ciência Jurídica é uma Ciência cultural, pois estuda um bem cultural, que é a conduta humana. A importância de se definir que espécie de Ciência é a Ciência jurídica é justamente a de ajustar o seu método cognoscitivo às características do seu objeto, já que sendo os objetos de diferentes naturezas, necessitam de métodos distintos, que sejam ajustados às suas particularidades. E é esta a razão pela qual os métodos específicos de cada ciência não podem ser os mesmos.

Conforme a Teoria egológica, o método apropriado ao conhecimento jurídico e ao conhecimento dos objetos culturais é método *empírico-dialético*. Levando em conta que os objetos culturais são compostos por dois elementos: um sentido, ou significado, e um substrato, que é o significante, ou o suporte material desse sentido, conclui-se que o método das ciências culturais deve considerar essa “natureza híbrida” dos objetos culturais. Ele é empírico porque se dirige a coisas reais, pois ambos se apresentam na experiência e existem. É dialético porque faz a união de duas *realidades heterogêneas*, as quais são postas em mútua co-implicação (Carlos Cossio, 1945, p. 37). Na cognição de um bem cultural a consciência do sujeito cognoscente empreende uma trajetória que vai do substrato ao sentido e do sentido ao substrato, estabelecendo-se um *diálogo* entre esses dois elementos. Nesse tipo de método não se deve prescindir, no ato do conhecimento, da objetividade do suporte, nem da subjetividade do sentido. O substrato e o sentido são heterogêneos, no entanto, compõem os dois um todo que passa a ser apreciado numa relação dialética.

O substrato e o sentido são reais, existem. No entanto, a existência do sentido só se dá subjetivamente, ou seja, dentro da vivência psicológica individual e coletiva. Com isso, quer se dizer que mesmo o sentido tem existência, mas ela é uma existência vinculada ao sujeito. É por esse motivo que o conhecimento cultural não é um conhecimento neutro, mas vinculado

ao sujeito que conhece. Nessa espécie de conhecimento, o sujeito cognoscente não é mero espectador, nem pretende muito menos ser neutro, como no caso do conhecimento das ciências naturais e matemáticas. Todo desse gênero envolve uma “tomada de posição” do conhecedor. Isso implica, pois, num ato gnoseológico diverso. Já que não se trata simplesmente de explicar, como no caso aquelas ciências, mas de *compreender*. Ato gnoseológico quer dizer a atitude do espírito ou da consciência do sujeito conhecedor ante o objeto conhecido, no ato mesmo do conhecimento. Quando explicamos, a consciência conhecedora não busca valorar o seu objeto, apenas o conhece na sua conexão de causas e efeitos, já quando se compreende, deve-se necessariamente valorar, apreciar e *tomar uma posição ante um sentido objetivado num substrato*. Nas palavras de Dilthey: “*Explicamos a natureza, compreendemos a cultura*”. (Apud Miguel Reale, Filosofia do Direito, 1998, p. 243). É a compreensão, portanto, o ato gnoseológico que leva ao conhecimento do Direito e das ciências culturais. Como bem observa Maria Helena Diniz, para a Teoria egológica: “*O direito como objeto cultural deve ser compreendido, uma vez que os objetos culturais, que implicam sempre um valor, não se explicam nem por suas causas, nem por seus efeitos, mas se compreendem*” (Maria Helena Diniz, Compêndio de introdução à ciência do direito, 1997, p. 135). E compreender é sempre revelar o sentido de uma conduta.

Contudo, nesse revelar o sentido, o ato cognoscitivo não se dá de forma unívoca e concludente, mas através de uma trajetória circular que vai do sentido ao substrato e deste para aquele de novo, de forma indefinida até que o “espírito conhecedor” se satisfaça. Por isso, para o jurista argentino, o conhecimento por compreensão é um conhecimento *aberto e simples*, pois não segue uma trajetória finita, mas sim circular, aberto a adquirir mais conhecimento a cada ciclo, e não decomponível em partes, pois se apresenta como um todo. Vai-se de um elemento a outro, mas sem considerá-lo como coisas distintas, e sim como partes heterogêneas que compõem uma unidade.

4 - Da hermenêutica jurídica e a produção da norma individual

Os desenvolvimentos nas investigações em matéria de interpretação da norma jurídica ganharam rumos novos com a Teoria egológica. As concepções de Direito, de norma jurídica e de ciência Jurídica do jus-egologismo implicaram inevitavelmente no surgimento de importantes e inovadoras reflexões sobre a problemática que está circunscrita à questão de interpretação da lei. Por outro lado, Cossio também fez uma avaliação sobre as bases que devem orientar o estudo da hermenêutica jurídica, visto que desde os primeiros momentos em que se

começou a realizar esses estudos, eles se assentaram em pressupostos jurídicos errôneos, que os eivaram de vícios insanáveis. Dessa forma, tendo no horizonte uma noção mais clara do que seja o Direito, a norma jurídica e a interpretação da lei, desenvolver-se-ia uma maneira de interpretar que seria mais acertada, pois levaria em conta, na sua formulação, o verdadeiro fim e natureza dessas instituições.

4.1 - Hermenêutica Jurídica Clássica e Método Egológico

O problema da interpretação da lei sempre representou um problema sobre o qual filósofos e juristas se debruçaram, tentando achar uma solução acertada por meio da qual se pudesse interpretar a norma jurídica de forma certa e segura em todos os casos concretos. Contudo essas investigações sempre consistiram, como defende Cossio, em encontrar uma espécie de “receita” ou “fórmula” de interpretação por meio da qual, submetendo-se a lei a ela, resultaria interpretada de forma unívoca, adequada e pronta para ser aplicada e qualquer situação (1945:109). Pensou-se sempre que o problema da interpretação da lei era *problema metodológico*, que seria resolvido achando-se um método que pudesse levar o intérprete à solução correta. Não se havia indagado preliminarmente o que é interpretar a lei, mas simplesmente se indagou como interpretá-la.

Deve-se, no entanto, notar que o problema da interpretação da lei necessita, para ser devidamente esclarecido, remontar a alguns questionamentos logicamente anteriores a pergunta *Como interpretar a lei?*. Deve-se inicialmente questionar *o que é interpretar a lei?* para então se chegar ao método interpretativo adequado, pois se partindo de fundamentos falaciosos só se pode chegar a resultados errôneos. E é isso que o autor da Teoria egológica aponta como causa do fracasso dos métodos anteriores, pois seus autores partiram de concepções jurídicas equivocadas, como, por exemplo, acreditar que o Direito é a lei e que o Juiz deve ser “neutro” no ato da interpretação. Na realidade, afirma Cossio, a questão de interpretar a lei sempre esteve mal colocada, pois *o que se interpreta não é propriamente a lei, mas a conduta humana mediante a lei* (1945:128). Sendo o Direito conduta, e não lei, o que se deve interpretar é a conduta em interferência intersubjetiva, utilizando-se para isso, como critério, a norma jurídica.

O método adequado para interpretação da lei, portanto, deve levar em conta que interpretar a lei é interpretar uma conduta. O objeto a ser conhecido é a conduta de uma personalidade que se autodetermina, é um objeto cultural egológico, que constrói o seu sentido evolutivamente. Não caberia utilizar um método que não levasse em conta as características intrínsecas dessa espécie de objeto, pois, certamente se chegaria a um

conhecimento equivocado ou, no mínimo, incompleto. De acordo com o Egologismo, esse método é o empírico-dialético, através do qual, por meio de um processo de compreensão, o intérprete pensa uma relação de diálogo entre o substrato (conduta) e o sentido (norma), extraindo da conduta um sentido e, simultaneamente, colocando nela esse sentido. A interpretação seria assim um processo cognoscitivo em que a consciência do intérprete valoriza a conduta do agente e valoriza também a norma, perquirindo da aplicabilidade da norma ao caso por meio de um processo dialético de compreensão. Isso porque tanto a norma quanto a conduta necessariamente possuem um valor estimável, que tem que ser avaliado para se saber em que medida as determinações da norma são aplicáveis ao caso.

4.2 - O conhecimento intuitivo e a imparcialidade do juiz

Dissemos que a conduta humana, enquanto a possuidora de um conteúdo valorativo, ao ser interpretada pelo juiz mediante uma lei, necessita ser valorada em referência aos valores jurídicos que estão expressos na norma. Nesse ato de valoração, que está envolvida na interpretação, o intérprete *vivencia* com sua “consciência” a existência desses valores. Isto quer dizer que esses valores não são conhecidos através da *razão*, não são raciocinados, mas *intuídos* pelo sujeito cognoscente. O conhecimento aqui não é um conhecimento por intelectção, visto que este se obtém através de um trabalho intelectual de abstração de conceitos, mas um *conhecimento intuitivo* adquirido com “*um simples ‘ver’ com a inteligência algo real sem entrepor nada entre o sujeito cognoscente e o objeto*” (Carlos Cossio, *El derecho en el derecho judicial*, 1945, p. 30). Trata-se de revelar a essência (*eidós*), trata-se de uma *intuição eidética*. Necessita-se, pois, fazer-se uso do conhecimento por intuição quando se pretende conhecer os valores que estão presentes numa conduta, pois só por meio desta espécie de conhecimento se pode verificar a existência desses valores. A simples abstração é incapaz de permitir que se conheçam valores, razão pela qual Cossio defende que a *consciência* do juiz é parte integrante da interpretação, já que dela necessita o juiz para extrair o sentido de uma conduta, pois a existência concreta dos valores está necessariamente vinculada a existência da consciência que os conhece. Um valor só pode existir como vivência psicológica.

Nesse ato de compreensão, em que necessariamente está presente a consciência do intérprete, desaparece a idéia de conhecimento neutro, imparcial, pois, este “conhecer” envolve sempre uma “tomada de posição” ante a conduta conhecida. Nesse sentido, Cossio afirma que o juiz não é neutro. Não o é no sentido em que se tem entendido neutralidade. Pois um

conhecimento por compreensão de uma conduta envolve necessariamente uma tomada de posição, um ato intuitivo, e não puramente intelectual, ante os valores que nela estão presentes. Sem embargo, para a Egologia, a neutralidade do juiz consiste não em ser alheio ao caso que está julgando, mas em ser justo, em julgar de acordo com o que sua consciência entende como justo.

Ao contrário das demais escolas hermenêuticas que queriam excluir a consciência do juiz do ato de interpretação, como meio de garantir sua neutralidade, impondo uma “receita” por meio da qual, submetendo-se a norma a ela, ter-se-ia a norma interpretada e pronta para ser aplicada, a escola egológica propugna pela necessidade do juiz de fazer uso de sua consciência ao julgar. O juiz necessita fazer uso dela, pois assim vai avaliar os valores presentes na conduta ou na norma. Posto isto, Cossio afirmava que *“El juez ha de interpretar la ley de acuerdo a su ciencia e consciencia.”*(Carlos Cossio, *El derecho en el derecho judicial*, 1945, p. 125). O ato da interpretação não é, pois, um mero ato intelectual, um procedimento racional de análise de conceitos normativos, mas também intuitivo.

4.2.1 - A jurisprudência como critério de objetividade

Envolvendo a interpretação um ato intuitivo, e portanto, subjetivo, poder-se-ia imaginar que, dessa forma, estaria comprometida a segurança jurídica, que deve produzir a atividade jurisdicional, pois se abriria margem a uma infinidade de compreensões, as mais diversas entre os órgãos jurisdicionais. No entanto, apesar de o juiz, ao julgar, fazer uso de sua consciência para vivenciar os valores jurídicos que estão presentes na conduta e na norma, isso não significa julgar com uma consciência individual, que é distinta de uma pessoa para outra, mas de acordo com uma consciência coletiva que está presente no juiz e em todos os outros possíveis intérpretes, isto é, do modo histórico e concreto com estão presentes nele todos os valores jurídicos, que devem ser valores jurídicos positivos. Dessa forma se pode suprir a objetividade que é desejável e exigível. Nesse sentido, Cossio vai buscar em Husserl a definição de objetividade, para quem objetividade é aquilo que é *intersubjetivo*, ou seja, aquilo que é verdade não só para um sujeito, mas para uma pluralidade de sujeitos. Aquilo que é válido para um sujeito cognoscente e não é válido para os demais, não é objetivo, contudo aquilo que tem validade para todos, que tem validade intersubjetiva, é sim objetivo. No entanto, o intersubjetivo de Husserl é um “intersubjetivo transcendental”, que quer dizer que é uma intersubjetividade que se refere ao “ponto de vista gnoseológico” e não ao conhecimento

mesmo. Isso significa que não é o conhecimento que tem que ser necessariamente intersubjetivo, mas a possibilidade de ser conhecido de uma determinada forma por uma pluralidade de sujeitos (Cossio, 1945, p.153).

Para satisfazer essa necessidade de objetividade na valoração judicial e, por conseguinte, nas decisões, a maneira mais certa e segura é inseri-las na Jurisprudência. A Jurisprudência ou a valoração jurisprudencial, nesse sentido, tem a função de orientar o juiz, fornecendo-lhe o critério de objetividade para proferir suas decisões. A partir da verificação de que a valoração num determinado caso concreto é coerente com a valoração expressa nas decisões reiteradas dos tribunais, o juiz se sente seguro de que seu julgamento não é decorrente de um entendimento pessoal, individual, mas de uma valoração intersubjetiva, portanto, objetiva. Por isso o juiz deve procurar julgar de acordo com esses critérios, embora não seja impedido de contrariá-los quando acreditar que um caso determinado merece, em decorrência das circunstâncias, uma avaliação outra.

4.3 - A valoração jurídica e a decisão judicial

4.3.1 - Os elementos da experiência jurídica

Existem, na experiência jurídica concreta, alguns elementos constitutivos que se apresentam constantes. Segundo Cossio são três os elementos que estão presentes tanto no ato da decisão judicial quanto mesmo no ato da criação das leis: uma estrutura lógica, dada *a priori*, que é a simples representação lógica de uma conduta sob as determinações de uma norma; conteúdos empíricos ou dogmáticos, que são aquelas noções da experiência sensível e aqueles conceitos jurídicos que representam os institutos de direito; e a valoração jurídica, que se refere aos valores presentes na conduta. Estes elementos, como dissemos, apresentam-se constantes em todos os momentos da experiência jurídica. Por exemplo, no momento da sentença, quando o juiz analisa uma conduta, existe uma estrutura lógica dada *a priori* que é a própria lei que se refere ao caso. Existem também conteúdos dogmáticos, como os institutos jurídicos que se verificam no fato (contrato, capacidade civil, etc.) e empíricos, como as noções de tempo, de quantidade (o tempo de prazo, o número de prestações de uma obrigação). E existe uma valoração que se remete, ao mesmo tempo, à lei e à conduta analisada. Dessa forma, no ato de decidir, o juiz se vale desses três elementos, contudo, de diferentes maneiras. Analisando um caso, o órgão jurisdicional relaciona-o com uma lei que o prevê. No entanto, aí não se extingue o ato de julgar, *porque há que se questionar se aquela lei é*

aplicável ao caso, ou seja, se ela representa o sentido da conduta avaliada. Para isso, recorre-se a análise das circunstâncias em que ocorreu a conduta. Realizando uma valoração, o juiz então escolhe certas circunstâncias (que se identificam com aquele conteúdo dogmático e empírico de que falamos) e imputa-lhes valor jurídico. A valoração judicial sempre se realiza sobre as circunstâncias, sejam as circunstâncias que a lei atribui à conduta, sejam aquelas que a lei não prevê mas que estão presentes na conduta. Isso não quer dizer que não se valore a lei, mas que a valoração da lei se fundamenta na valoração das circunstâncias; quando da valoração da lei, o que se avalia é sua aplicabilidade ou inaplicabilidade ao caso, mas essa aplicabilidade ou inaplicabilidade sempre decorre da análise e da valoração das circunstâncias. Então, a partir dessa análise e valoração é que se vai determinar se a lei é realmente o sentido da conduta, ou seja, se ela é aplicável. E isso se faz de forma empírico-dialética, como compreensão de uma conduta.

Isso é assim, porque ainda que em alguns casos, ou melhor, em muitos casos, em que uma conduta está fielmente representada por uma norma, esta não representa o seu sentido, o valor que nela está presente. E, se se vem a aplicar esta lei ao caso, pose-se chegar a resultados nefastos. A simples subordinação de uma conduta à forma de uma lei não é suficiente para declarar sua aplicabilidade. Existem inúmeros exemplos na jurisprudência sobre isso. Por isso, é necessário sempre avaliar e valorar circunstâncias do fato para, fundamentando-se na valoração, atribuir a certas circunstâncias efeito jurídico e negar esses efeitos a outras, de forma que se possa chegar a juízo normativo que realmente represente o valor presente na conduta.

4.3.2 - A “Força de convicção” e a “Vivência de uma contradição”

Muitos podem pensar que, sendo assim, podendo o juiz “optar” pela aplicabilidade ou não de uma lei, chegaríamos a um estado em que a lei poderia não ter valor e o ato do julgamento poderia se tornar um ato arbitrário, por desvinculado. Contudo, há algo mais nessa questão da valoração. No ato de aplicar a lei, como vimos, o juiz apanha uma lei que contém a estrutura lógica de uma conduta e então valora as circunstâncias, da lei ou do caso, dando-lhes valor jurídico a umas e negando-lhes a outras, de tal forma que se verifique se aquela lei representa o sentido da conduta. Por meio desse processo de valoração das circunstâncias, que constitui a “individualização” da lei ao caso específico, é que surge a *compreensão* de que o sentido da norma também é ou não o sentido da conduta. Essa compreensão, que conhece uma norma como aplicável ou inaplicável a um caso, se dá

sempre no seio de uma vivência psicológica pessoal do intérprete. E é dessa vivência psicológica que nasce a *convicção* do “espírito” de quem interpreta, de que a norma é realmente o sentido da conduta. A esse fenômeno psicológico, derivado da vivência daqueles valores jurídicos positivos presentes na norma e na conduta, denominamos “*força de convicção*” e é esta “força”, que se impõe, que dá certeza de juridicidade da valoração e conseqüentemente da interpretação. A força de convicção não é, pois, derivada de um ato intelectual de abstração, mas de um conhecimento intuitivo da mente, decorrente de uma intuição eidética. Não há um esforço intelectual para que surja a força de convicção, esta simplesmente aflora a consciência do intérprete no momento mesmo da valoração de uma lei.

Existem muitos casos na jurisprudência em que os tribunais, a despeito de uma determinação legal para um caso, preferiram decidir em acordo com a sua noção de justiça do que decidir em acordo com a lei pelo simples fato de que o caso está subordinado à estrutura lógica da norma. Apesar de que venham a desconhecer o que foi que os motivou e como surgiu essa motivação e dêem argumentos outros para fundamentar suas decisões, a afronta à determinação legal se dá por surgir na consciência dos juízes a “*vivência de uma contradição*”, a vivência da contradição de que aquela norma não é aplicável ao caso por não representar o seu sentido, *vivência* que lhes é clara, embora não possam explicar racionalmente. Talvez tenha sido essa incapacidade de “explicar”, de justificar racionalmente, que tem inibido os magistrados a decidir com sua “ciência e consciência”, de decidir de acordo com a sua compreensão dos valores da justiça da segurança e de todos aqueles outros valores jurídicos. Mas como vimos, essa incapacidade de racionalizar é decorrente da própria natureza do conhecimento intuitivo que o intérprete utiliza quando *conhece* uma conduta. Na interpretação jurídica há muito o que intuir, a atividade interpretativa não se resume em raciocinar os conteúdos dogmáticos da lei como quiseram os positivistas. Não se trata só de explicar, mas também de compreender, de vivenciar valores. Aquela exclamação: “não sei explicar por quê, mas isso não está certo!” resume a “vivência da contradição” que se apresenta no intérprete quando está diante de uma lei que não representa o sentido de uma conduta.

4.4 - A sentença como norma integrante e concretizadora do ordenamento jurídico

As normas jurídicas têm uma característica que é aparentemente inerente à própria noção de norma. Sob o ponto de vista da técnica legislativa, tem-se sempre em conta que essa característica tem que estar

presente em toda norma jurídica do ordenamento. Essa característica é a generalidade. E, de fato, percebe-se que essa generalidade está presente naquelas manifestações mais evidentes do ordenamento jurídico, como a legislação. A lei é, por excelência, uma norma que possui essa característica da generalidade. Contudo, a generalidade não é algo inerente ao conceito de norma, a essência da norma não está propriamente na generalidade mas, como disse Kelsen, no fato de que está constituída por juízo de valor, ou seja, por um “dever-ser” (1998:05). A característica que faz com que uma norma seja uma norma é o fato de que ela está composta pela *cópula* do verbo “dever ser” em oposição ao verbo “ser”, ou seja, pela *imperatividade*. Sob o ponto de vista da Lógica, é ela um juízo valorativo e não um juízo de fato ou de realidade e aí reside seu distintivo.

A tudo isso nos referimos inicialmente para chegar a uma conclusão que antecipa nosso objetivo: a sentença, ou decisão, é também uma norma jurídica. A norma jurídica não é apenas a lei, ou aquelas normas gerais que possuem coercitividade, pois pode haver também normas jurídicas individuais, direcionadas a casos concretos. A norma jurídica, ao contrário do que pregaram muitos juristas, não tem sua essência na generalidade, mas sim no fato de que determina algo que deve ser, e esse “dever ser” pode ser um “dever ser” direcionado a uma situação. Destarte, as sentenças, as decisões judiciais que se direcionam a casos concretos, também são normas jurídicas e, por conseguinte, compõem o ordenamento jurídico. Ao apreciar um caso, o juiz refere um caso a uma lei e a lei ao caso por meio da valoração judicial, decidindo por sua aplicabilidade ou inaplicabilidade. No entanto, para subordinar uma norma a um caso, torna-se necessário fazer passar essa norma por um processo de “*individação*”, ou “*individualização*”, que leva sempre a uma norma específica, que se ajusta a um caso concreto. Nesse processo surge uma nova norma que é diferente da norma que serviu de base à decisão. Apesar da norma específica, decorrente da individuação, ser um desdobramento de uma norma mais geral, é uma *nova* norma criada para resolver determinado caso. Sendo assim, o juiz, ao sentenciar, *cria* sempre uma norma individual *a posteriori* do caso, para normá-lo, sendo essa criação equivalente ao do legislador, só que no plano da individuação, *in concreto* (Cossio, 1945, p.40). E isso é assim até mesmo por uma necessidade lógica, pois a generalidade da lei não alcança o real.

Nisto, precisaremos recorrer à Lógica jurídica, para melhor esclarecer. Sob a perspectiva da teoria egológica as normas jurídicas devem ser estudadas em dois planos distintos: no plano formal e no transcendental. Na lógica jurídica formal, a norma está como um juízo dado *a priori*, um juízo que ordena algo a respeito de uma conduta. Sob esse plano, o que se estuda na norma é a verificação de sua concordância com toda a pirâmide

normativa, bem como sua estrutura lógica interna e sua concordância consigo mesma. Estudo este que Cossio identificou a concepção de ciência jurídica de Hans Kelsen, por se tratar de um estudo específico da norma. Na Lógica jurídica transcendental, a norma está, por sua vez, como algo dado *a posteriori*, já que só é invocada após uma experiência concreta. Neste plano, as normas devem ser analisadas, apoiando-se no objeto normado, que é uma conduta. Trata-se de estudar essa *transcendência* da dimensão *conceitual* (ideal) da norma para a dimensão *empírica* (real) de uma conduta, que é um “*ir até o individual*” através de um processo de individualização das proposições normativas, que tratam de uma generalidade, mas que objetivam uma individualidade.

Sob essa análise, as normas individuais, ou as decisões judiciais, são obtidas por meio desse processo que leva das proposições normativas até a experiência concreta de uma conduta, criando normas individuais. Há nessa transcendência uma criação legislativa pelo juiz. Por isso, Carlos Cossio ensina que o ato de julgar é também um ato legiferante, e que a aplicação da lei implica necessariamente uma criação de normas. Desse modo, a aplicação e a criação de normas são dois atos vinculados, pois *a aplicação pressupõe a criação*. Na verdade, as demais leis têm mero alcance preparatório da sentença e das normas individuais, pois todo o ordenamento tem por objetivo chegar ao individual, e através dos atos do juiz e dos órgãos aplicadores do direito é que todo sistema legal chega a se impor como experiência concreta. Um sistema de leis só existe se aplicado a casos concretos, porque fora disso é apenas um sistema, um conjunto de conceitos sem nenhuma força. Consagra-se assim o juiz como aplicador e concretizador do ordenamento jurídico, e como agente que contribui para fazer do direito um fato social. E ao ser também criador do ordenamento jurídico, porque suas sentenças e decisões o compõe juntamente com o sistema de leis e princípios jurídicos, torna-se também uma parte inseparável do mesmo ordenamento. Nesse sentido, Cossio fala numa dupla imanência do juiz nesse ordenamento. É formalmente imanente pois as suas decisões, as normas individuais que aplica, integram o ordenamento jurídico. É materialmente imanente pois é nele que estão de forma concreta os valores jurídicos, que têm que ser vivenciados ao se aplicar a lei (1945:52-54).

Por estes motivos, Cossio chega a afirmar que “*el derecho es, en parte, el hecho del juez*” (Carlos Cossio, 1945, p. 53) pois é em sua atividade que o direito se concretiza e transforma num fato social, e que o ordenamento jurídico se impõe como experiência.

5 - Conclusão

Dizia Aristóteles: *“Eis aí que as pessoas em disputa recorrem ao juiz: e recorrer ao juiz é como recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada”* (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1987, p. 86). O juiz, como podemos concluir pela orientação que seguimos, deve ser uma espécie de “justiça animada”, não porque ele tem que ser justo como pessoa, mas porque é na sua função que os valores jurídicos devem se tornar experiência concreta, através de uma vivência pessoal desses valores. O juiz não pode prescindir de vivenciar esses valores, e de neles fundamentar suas decisões, encerrando-se num mero exercício silogístico quando interpreta uma conduta. Não pode permanecer alheio aos resultados das suas sentenças, esquivando-se da responsabilidade de aplicar a justiça, em detrimento da lei, por se declarar “escravo da lei”. Desde os tempos mais remotos a atividade jurisdicional tem sido identificada com algo mais que “dizer a lei”. Como o próprio termo jurisdição insinua (*iuris + dictio*), a função do juiz não é de “dizer a lei”, mas de “dizer o direito” e o direito é bem mais que o que diz a lei. Ademais quando ele se abstém de aplicar a lei, ainda quando o caso se subordina a ela, por não compreendê-la como o sentido da conduta, ele não prescinde de aplicar o direito, e muito menos, de aplicar o ordenamento jurídico, pois sua sentença compõe esse ordenamento e, nesse caso, *aplicar a lei não é aplicar o direito*.

Contanto, a neutralidade judicial não consiste em ser alheio ao resultado de uma decisão, em ser indiferente às injustiças que possam vir a surgir com a aplicação de uma lei. A decisão judicial deve, ao contrário, ser a consagração daqueles princípios e valores de direito. O ato de interpretação e da aplicação não pode ser um mero exercício de lógica, mas uma atividade em que a consciência do aplicador do direito conhece intuitivamente valores e os vivencia, tomando uma posição ante a aplicação ou não de uma norma de direito. Interpretar uma conduta implica em valorar, e a valoração é pessoal, no entanto essa subjetividade da valoração não resulta numa interpretação arbitrária e parcial, pois a imparcialidade não está em não tomar partido, mas em julgar de acordo com uma vivência do valor da justiça e de todos os demais valores jurídicos, de julgar de acordo com sua “ciência e consciência”.

6 - Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho.** Buenos Aires: Arayú, 1954.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

KELSEN, Hans, COSSIO, Carlos. **Problemas escogidos de la teoria pura del derecho.** Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1952.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Horizontes do direito e da história.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.