O CONCEITUALISMO JURÍDICO

CARLOS CAMPOS

Já temos visto em outros ensaios o problema do conceito. O conceito não é senão a determinação de um modo de ser do objeto. Se este modo de ser é dado em *experiência inevitável,* temos um conceito puro; se é dado em experiência que nem sempre fazemos, temos um conceito chamado empírico ou material. Ele nada reduz e nada modifica no objeto, mas apenas fixa, constata, determina na coisa um elemento, um modo de ser, ficando os demais elementos do objeto como lateralmente, subsentidos, à nossa disposição, fazendo a realidade toda da coisa. Os modos de ser de experiência inevitável são as categorias, as essências, as formas dos metafísicos, e que lhes dão a ilusão de serem *a priori,* ilusão esta que lhes vem de serem essas formas categoriais inabstraíveis, e assim acompanharem como sombra a tomada do objeto sob outros aspectos, os chamados empíricos, materiais. Ao tomarem o objeto sob o aspecto chamado empírico, lá estará a forma ou o modo de ser categorial, dado em experiência inevitável, e por isso inabstraível, proporcionando a ilusão de ser ele *a priori,* de ser condição da existência do objeto sob aquele aspecto chamado material e contingente.

O fato de tornar-se inabstraível o elemento ou modo de ser de experiência inevitável é facilmente explicável, pois que não temos experiência do seu contrário, de sua ausência nos objetos ou fora deles. Ele está em todos os objetos da experiência externa, ou da experiência interna, quando é o caso. O contrário dele fica inconcebível, impensável, e assim, sem a experiência de ausência dos modos de ser da experiência inevitável, não temos essa ausência para pôr no lugar do modo de ser e fazer a sua abstração. Ele é inabstraível, irremovível no objeto. Esses modos de ser de experiência inevitável são as categorias, as essências, as formas puras dos metafísicos.

Assim, nos conceitos chamados puros, pretendidamente apriorísticos, determinamos um desses modos de ser no objeto; nos conceitos empíricos determinamos um modo de ser de experiência que nem sempre fazemos, como a do calor, do peso, etc. Ao fazermos isso, ao estabelecermos um conceito, nada modificamos, nada reduzimos nos objetos do conhecimento. A síntese formal é uma ilusão. A idéia de que no conceito reduzimos a multiplicidade à unidade é uma ilusão metafísica. O que há aí é que a consciência seletiva só pode tomar um elemento de cada vez, o qual fica em plano de maior atenção. Os demais elementos não são reduzidos nem modificados, mas ficam como elementos do objeto à nossa disposição, na memória ou no pré-consciente, fazendo a subsentida realidade inteira do objeto. Isto proporciona aos metafísicos a ilusão da síntese lógico-

formal, da síntese conceitual, que não existe, neste sentido dos logicistas e dos metafísicos.

O modo de ser que encontramos no objeto é uma realidade tão real quanto o próprio objeto. Ela existe nele, como modo de ser, e não existe fora dele, sendo mesmo impensável fora do objeto. Os modos de ser que eu chamaria categoriais, para não fugir à técnica tradicional, e que são aqueles dados em experiência inevitável (as categorias dos metafísicos, as essências próprias como a extensão, a quantidade, a duração — tempo —, a forma, etc.) são realidades *in rebus*, e irrealidades fora dos objetos.

Como realidades de experiência, tão reais como os objetos individuais concretos em que existem como modos de ser, tiveram um nome como os próprios objetos individuais, no símbolo que constitui a linguagem.

A história da linguagem, ou melhor, a sua pré-história, nos revela que as coisas individuais concretas foram facilmente captadas em símbolos próprios, autônomos. Todas elas tiveram facilmente um nome, o que levou os etnólogos e os estudiosos desses assuntos a dizerem que os primitivos falam concretamente, em uma linguagem pictórica, concreta. Os nomes de individuais concretos são tão numerosos que o fato lhes causa assombro e os levam até a supor que os selvagens têm um nome próprio para cada coisa. Em contraste com esse numerosíssimo material simbólico dos concretos, observam eles que os genéricos, os categoriais são muito escassos, e acontece que em várias tribos não há nomes para as cores, para as qualidades, não há símbolos genéricos, de categorias, gerais, isto é, não há universais.

É certo que os primitivos têm a experiência dos modos de ser das coisas e pensam as coisas com esses modos de ser reais, apenas não têm ainda símbolos próprios, autônomos, para esses modos de ser encontrados em todas as coisas ou em muitas coisas. Isto concorda com a observação dos filólogos, os quais nas raízes das línguas dos povos antigos e modernos vêem verdadeiros nomes, isto é, substantivos.

Prosseguindo, diremos, então, que os primitivos não tendo ainda captado os modos de ser constantes, genéricos e categoriais das coisas em símbolos autônomos, captam-nos com as coisas concretas, familiares, encontradiças, onde existem esses modos de ser constantes. O primitivo, tendo encontrado um cão preto, mas não tendo o símbolo do modo de ser preto, diz cão-gralha, captando o preto na gralha, e superpõe ao concreto cão o concreto gralha, esta ficando aqui como determinação do modo de ser preto do cão.

O fato nada tem de insólito ou de inexplicável. O modo de ser não existe fora do ser, não existe em si e por si. Jamais alguém encontrou a extensão, a quantidade, a qualidade ali na esquina. O modo de ser sem o ser é vazio, é mesmo impensável, e nada de extraordinário há no fato de o primitivo, diante dessa dificuldade, tomar um objeto concreto para determinar a qualidade com ele, onde ela existe, a gralha, onde há sempre o modo de ser preto.

O pensamento abstrato, que não é senão o pensamento dos modos de ser tomados nos símbolos da linguagem, inexiste por assim dizer na mente primitiva, e segundo as observações da mente infantil e do inconsciente, aqui também ele rareia e apresenta as mesmas falhas e dificuldades.

Essas observações nos ensinam que só penosa e lentamente os modos de ser categoriais e não-categoriais, os genéricos e universais, foram captados em símbolos próprios, autônomos. Mas foram captados e tiveram um nome como já haviam tido com anterioridade os individuais concretos.

Chegamos agora ao ponto de abordarmos o problema do conceitualismo. O conceito é a determinação do objeto sob um modo de ser trazido a primeiro plano da atenção, ficando os demais aspectos, ou modos de ser subsentidos, subpresentes em nosso pré-consciente, à nossa disposição, fazendo a realidade inteira da coisa. Tanto o objeto como o modo ser são de experiência. O conceito fixa um modo de ser constante existente na coisa, e que sendo de experiência de todos é por todos apreendido nos símbolos da linguagem. É o pensamento comunicado nos seus elementos comunicáveis, isto é, comuns, constantes, e de experiência de todos.

Não há, pois, no conceito nada que não seja de experiência, e de experiência de todos. Ele constitui o pensamento comunicado através da linguagem, e se distingue do apenas pensado, onde existem elementos exclusivamente individuais, que na linguagem não encontram os símbolos, da experiência de todos. Ficará algo incomunicável, como, por exemplo, a idéia da experiência real da coisa com a coisa, e que o interlocutor não tenha feito.

Esta análise nos revela a ilusão aristotélica, perpetuada na teoria do conhecimento, e segundo a qual só há ciência de universais. É que Aristóteles só teve em vista o pensamento conceitual, isto é, o pensamento comunicável, que toma apenas no objeto os elementos comuns (chamados universais) da experiência de todos. Também aqui a lusão de Bergson, segundo a qual a inteligência conceitual tem uma inaptidão natural para apreender a realidade toda das coisas, para ele inteligência deformadora, fabricante de coisas em termos espaciais, prisioneira das formas do espaço. É que ele igualmente teve em vista na sua análise apenas o pensamento conceitual comunicado, que só pode ser constituído pelos elementos da linguagem, isto é, da experiência não só de quem comunica como de quem recebe a comunicação através dos conceitos, pois que a ninguém é dado pensar sem os elementos de sua própria experiência individual. Quem recebe a comunicação no pensamento conceitual só possui aqueles elementos comuns, constantes, da experiência de todos, que são os únicos veículos da linguagem.

Nada há, pois, no conceito que não tenha sido dado na experiência. Todo o conceitualismo, incluído aí o jurídico, padece dessa ilusão aristotélica e metafísica, segundo a qual o conhecimento dos fatos, inclusive dos jurídicos, supõe uma forma prévia apriorística, sem a qual não podemos conhecer os fatos, no nosso domínio os fatos constitutivos da vida jurídica.

Os que assim entendem, explícita ou implicitamente, assumem aquela atitude tantas vezes denunciada por nós, segundo a qual a razão é que dá existência e lei às coisas, e que se acha na base de todo o pensamento metafísico.

O prof. Recaséns Siches, da Universidade de Santiago, em um dos seus livros, *Direções contemporâneas do pensamento jurídico,* faz um excelente resumo crítico de várias teorias filosóficas hodiernas, onde encontramos como um *leitmotiv,* este problema que vimos examinando, o do pressuposto conceito apriorístico do jurídico para excluir as pretensões positivas das teorias científicas, ou que se apresentem como tais.

Não vamos aqui fazer a defesa das teorias científicas do direito que, sob a denominação de teoria geral do direito, pretendem tomar os fatos constitutivos do domínio jurídico à luz do chamado método científico, e com os elementos da observação direta e indireta, histórica, e também apelando para a contribuição das várias ciências particulares pretendem fazer uma reconstrução teórica do direito, tida como científica, isto é, relativista e empírica.

Sabemos que as próprias ciências particulares, inclusive a matemática e a física, se acham ainda impregnadas de sobrevivências acientíficas, e o próprio positivismo não se emancipou de todo dos vícios metafísicos de pensar os problemas científicos.

O nosso intento aqui é pôr em destaque apenas o problema do conceito prévio do jurídico como condição de pensar as coisas do direito.

Depois de fazer um rápido apanhado do método e dos objetivos da teoria geral do direito, Recaséns Siches nos diz que esses teoristas pretenderam fazer uma elaboração conceitual do direito, empregando apenas métodos empíricos. E acrescenta a sua crítica: "Não perceberam esses autores que o conceito universal do direito e as categorias jurídicas fundamentais são prévias a toda experiência jurídica. A observação e a indagação aplicadas ao direito supõem já um conceito prévio do mesmo e de suas categorias básicas. A comparação das diversas manifestações do direito subjetivo supõe um conceito *a priori* do mesmo. A experiência jurídica só é possível graças aos conceitos formais que a determinam. E foi o que deixaram de observar os autores da teoria geral do direito".

Vemos aqui a maneira tipicamente clássica de considerar os assuntos teóricos do direito. Segundo ela, condena-se a investigação baseada na observação e na comparação dos fatos jurídicos, por entender-se que tudo isso supõe uma conceituação *a priori* no conhecimento desses fatos.

O ilustre professor chileno, depois de fazer essa condenação das pretensões da teoria geral do direito, louva um dos seus corifeus, Bierling, por haver justamente se afastado do plano anunciado na sua obra. A partir de Bierling, diz Becaséns Siches, "começa a impor-se a convicção de que uma filosofia da ciência jurídica deve ser construída *a priori* e formalmente. Tanto o conceito do direito como as categorias jurídicas fundamentais devem ser noções com caráter *a priori* e formais, isto é, independentes da experiência e isentas de conteúdos limitados concretos e particulares,

conceitos válidos para todo direito havido e por haver, ou ainda expresso de outro modo, conceitos universais e necessários, que condicionem todo direito (histórico, atual e futuro, positivo e ideal), é toda reflexão científica sobre o mesmo".

Não pretendemos de modo nenhum fazer crítica destrutiva do trabalho do professor chileno. Mesmo porque ele não traz a essa configuração dos problemas elementos novos de crítica ou de reconstrução, mas apresenta o que geralmente se admite nesses assuntos. Focalizamos o seu trabalho apenas pelo fato de trazer ele, em linguagem clara e fidedigna, o que em geral se pensa no assunto da filosofia do direito, e também por nos oferecer um resumo sucinto de várias teorias metafísicas, em voga nos nossos dias.

Examinaremos algumas delas na construção deste ensaio, e à luz de nossos elementos de crítica, que excluem, como ilusório, todo e qualquer conceito apriorístico, não apenas do direito, mas de todo e qualquer objeto de conhecimento, qualquer objeto de cogitação científica.

Já temos visto que o *"a priori" é uma ilusão proporcionada pela experiência inevitável de certos objetos, seres e modos de ser.* Quanto ao espaço, temos visto que vivendo nós no mundo espacial e não tendo nenhuma experiência de ausência de espaço, este fica inamovível e inabstraível nos objetos espaciais, a acompanhar como sombra toda e qualquer experiência do objeto. Isto faz a ilusão de ser condição e causa da existência e do pensamento do objeto. O mesmo se pode dizer da extensão, do tempo, da quantidade, da qualidade, das essências, etc. Estes elementos são modos de ser de experiência inevitável. Estão em todas as coisas, e não tendo nós experiências de sua ausência nas coisas, não podemos fazer a sua abstração, o que os põe como condição prévia ao pensar os objetos. Não são *a priori,* mas existem nos objetos como modos de ser e nos são dados com os objetos. Não são mais válidos do que os outros modos de ser de experiência que nem sempre fazemos, como os que são dados na experiência táctil ou outra. São todos de experiência e igualmente válidos. Eles se encontram nas coisas como modos de ser reais delas e nos são dados por experiência.

Se isso é o que há quanto aos objetos da experiência externa, também o é quanto aos da experiência interna. De experiência inevitável interna podemos lembrar a vontade, que constituiu o fundamento apriorístico da filosofia de Schopenhauer e dos voluntaristas em geral. A renúncia à vontade é vontade. É um elemento de experiência inevitável, que faz a ilusão do *a priori,* como condição da existência das coisas. O mesmo para o conceito do pensamento em Descartes, ou de existência nos existencialistas modernos. O pensamento, como também o modo de ser existencial das coisas e de nós mesmos, sendo ambos de experiência inevitável, fazem que não tenhamos experiência de sua ausência para pôr no seu lugar e fazer a abstração do pensamento, da existência, etc. São elementos reais da experiência e não têm o primado da condição do pensar, como pretendeu o racionalismo e o idealismo desde Parmênides até nossos dias.

No domínio do direito é a mesma coisa. Analisando-se os metafísicos do direito, vemos que os seus *a priori* são ilusões da experiência, como o *a priori* das formas puras da intuição de Kant e as categorias do entendimento.

Quando Stammler, por exemplo, pretende encontrar na regra exterior autárquica um conceito *a priori* do jurídico ele é vítima da mesma ilusão kantiana, e sua fundamentação se faz quase pelas mesmas palavras de Kant na *estética transcendental*. Na demonstração da forma pura *a priori* do espaço, Kant vai eliminando do objeto os elementos da experiência não constante, abstraíveis, até que fiquem a extensão e a figura inabstraíveis, isto é, elementos que, eliminados, fariam desaparecer do pensamento o objeto ou fenômeno, para usarmos a sua técnica.

Ele tem aqueles elementos abstraíveis como a matéria do fenômeno ou do objeto e os inabstraíveis como a forma, *a priori*, aplicável a todos os objetos, isto é, como a forma pura, *a priori* do espaço. Já vimos que a forma, a extensão e a figura são elementos do objeto, apenas que de experiência inevitável e por isso inabstraíveis.

Stammler procede da mesma maneira na obtenção do conceito universal puro do direito, e encontra na regra exterior autárquica este elemento.

Na determinação do conceito formal, universal do direito, Stammler encontra a regra exterior autárquica. E como procede ele? "Se desejamos discernir claramente estes conceitos superiores, diz ele, nossa reflexão crítica deverá perguntar-se: que partes das noções investigadas podem ser mentalmente eliminadas sem que desapareça do nosso espírito o conceito, e quais os elementos que elminados o fazem desaparecer consigo? Estes últimos elementos, indispensáveis à sua existência, são aqueles que constituem a forma do conceito. Os primeiros constituem o grupo da matéria".

Stammler encontrou na regra exterior autárquica o conceito formal e universal do direito, e para isso tomou no direito o elemento constante, de experiência inevitável em todo direito — a regra exterior. Teve-a como *a priori* condicionante, como condição do pensamento de todo direito possível, da mesma maneira que Kant, tomando no objeto elementos de experiência inevitável, que estão em todos os objetos de experiência externa, a forma e a figura, ou melhor, a extensão, teve este elemento como condição da possibilidade de pensar as coisas!

Vejamos o problema da relação de "alteridade e reciprocidade" no conceitualismo de Del Vecchio.

A relação jurídica é um fato que sempre foi tratado pelos juristas e pelos filósofos do direito com muita imprecisão e obscuridade. O próprio Savigny, o grande polemista e o grande estilista, sempre preciso em suas exposições, ao considerar o problema em seu *Tratado de direito romano*, torna-se obscuro, incerto, e o objeto examinado como que se esfuma e desaparece, dando-nos a convicção de que não tinha sobre ele um conhecimento real e verdadeiro.

Em minhas *Reflexões sobre a relatividade* tive de tratar do problema da relação, que ali é fundamental. A minha conclusão foi que a relação

é *um modo de ser situacional a mais de uma coisa.* É uma realidade nas coisas, só pensável nas coisas, irreal e impensável fora das coisas, como todo modo de ser, como todas as chamadas categorias, dos metafísicos formais. Isto que é verdade no domínio da física, da matemática, ou de outra ciência particular, o é também no domínio dos fatos humanos, inclusive no direito, em que pese a teoria de Kelsen, de que trataremos dentro em pouco.

A relação jurídica é um modo de ser a mais de um e se apresenta no domínio do direito, privado ou público, de alto a baixo, como um desses elementos que se acham em todo direito possível. Que ela tenha, pois, produzido em Del Vecchio a ilusão do conceito máximo, formal, apriorístico, não há nada de estranhável, pois aqui encontramos uma ilusão comum a todos os metafísicos. Na alteralidade e na reciprocidade encontramos a relação jurídica entrelaçante, de experiência inevitável, no direito, fazendo a ilusão de conceito máximo capaz de subsumir todos os demais aspectos do fato jurídico, ao se tomar o conceito como síntese formal capaz de reduzir à unidade a multiplicidade dos elementos existentes nos fatos, nos objetos.

A ilusão conceitualista em Del Vecchio, como a da forma pura em Stammler, levam-nos a aprender o direito por uma nota apenas, um elemento constante nele existente e tendo o conceito como condição do conhecimento das coisas, a forma pura como essa condição, supõe haver reduzido todo o direito ao elemento por eles determinado. É o mesmo problema de Kant ao tomar a forma pura espacial, que, como a extensão, forma ou figura, na verdade nada mais é do que um elemento constitutivo do objeto, mas onde ele pretende ver aquele *prius* capaz de reduzir a multiplicidade, ou o diverso, que existe nas coisas, a certa relação, a relação conceitual.

Kant, Stammler, Del Vecchio, dominados pela ilusão conceitualista formal que lhes vem de Aristóteles, iludem-se quando pretendem que o espírito é capaz de modificar as coisas, e através da síntese conceitual reduzir a multiplicidade de elementos existentes nas coisas a certa forma ou a certo elemento que sob a denominação de relação, essência, formas, conceito, seja capaz de dar todo o objeto.

A ilusão de Kant e de Stammler, e de todos os racionalistas e conceitualistas está em que eles supõem que somos capazes, através de uma síntese formal, que permanece até hoje inexplicada, de reduzir a multiplicidade existente nas coisas a uma unidade condicionante, como forma conceitual ou ideal; Kant nos diz que a forma "reduz o diverso que há no fenômeno a certa relação", e Stammler nos diz "aquela noção é a que mantém reduzida a unidade das diferentes partes integrantes mutáveis e heterogêneas, oferecendo o todo assim refundido à assimilação da consciência humana. Aquela noção é o que se chama a forma do conceito estudado. A noção deste a sua matéria".

Entretanto, a nossa análise mostra que aqui, como em Kant, não houve síntese formal, mas apenas determinação no objeto de certo elemento de experiência inevitável, isto é, que está em todo objeto existente, e não

tendo nós experiência do objeto sem ele, e o elemento pretendidamente formal, puro, *a priori,* apenas se torna irremovível e inabstraível na consideração do objeto, dando a ilusão de ser a condição do pensamento do objeto.

Kant obteve a forma pura do espaço na extensão e figura como elementos constantes e inamovíveis nas coisas do mundo espacial, determinando este elemento do mesmo modo que Stammler determinou a forma exterior, o elemento regra nos fatos do direito. Não houve síntese conceitual formal, não houve *a priori,* mas apenas a determinação de certo elemento existente no objeto, ficando os demais à nossa disposição, fazendo a realidade inteira da coisa.

A mesma crítica poderíamos apresentar à segunda etapa do pensamento stammleriano. Depois de haver conceituado o direito como regra exterior autárquica, onde encontra o justo objetivo, pretendeu superar esse conceito para atingir o justo absoluto, ou idéia pura do justo, como Kant havia pretendido superar as categorias do entendimento com a idéia pura de razão. Stammler encontra nessa pretendida superação formal, nesse pretenso conceito de conceito, a idéia de retidão.

Esta ainda aqui uma ilusão metafísica. A idéia de retidão é também um elemento encontrado em todo direito, e mais especialmente no domínio do direito puro de Stammler, na regra exterior. Não podemos pensar o quadrado-redondo, isto é, um simples imaginário capaz de nos dar essa figura que haveria de sair do nada, da não-experiência. Isto é impossível. O imaginário é composto com os materiais de nossa experiência real. Não há o imaginário simples. Assim também não podemos pensar a reta tortuosa, e o elemento retidão no direito fica um daqueles elementos de experiência inevitável, que fazem a ilusão do apriorístico, do conceito puro, da idéia absoluta, condição do pensamento das coisas, ou da idéia absoluta desse filósofo neokantiano.

Não vamos deter-nos longamente no exame da teoria de Del Vecchio. Ele tem inspiração na teoria formal de Stammler e no idealismo alemão. O seu pensamento pretende compreender no conceitualismo formal o problema deontológico do idealismo jurídico e ainda os elementos históricos chamados fenomênicos. Examinemos apenas o primeiro aspecto, que é o que interessa a este ensaio. Del Vecchio é eclético e pretende que proposições diversas podem ser recolhidas em uma mesma categoria, por serem todas jurídicas. Mas isto, para ele, supõe uma noção de juridicidade distinta e superior às variações do conteúdo. Esta noção tem de ser formal, e para ele não pode dimanar de indução da experiência e de indução histórica, porque esta supõe já um critério para selecionar os fenômenos jurídicos entre os demais que não têm esse caráter. "Deve-se observar além disto que o estudo dos elementos comuns ao direito positivo dos vários povos está necessariamente limitado a um setor particular da realidade jurídica e não pode conduzir a uma completa síntese lógica", diz ele.

Vê-se, assim, que o importante para ele é a noção lógica formal do direito, o universal formal. Ele diz que não é uma norma ou proposição

jurídica, que conteria elementos jurídicos particulares e não seria universal. Também não é ideal, porque neste caso teria um conteúdo singular. É um elemento que se encontra em todas as proposições jurídicas, permanecendo indiferente, adiáforo, com relação ao conteúdo dos mesmos. Todo caso real ou possível leva a marca desta forma lógica universal do direito.

Está nestas últimas palavras o símile de Stammler. Esta marca, contudo, não é o conceito de regra exterior autárquica, mas o de alteridade ou bilateralidade, que se exprime no sentido de reciprocidade.

Ora, como Stammler que tomou uma nota, um elemento do direito, a regra, que é um elemento de experiência inevitável, e pretendeu erigi-lo em síntese formal conceitual, capaz de subsumir todos os demais elementos constitutivos do direito, o elemento *enlace*, o elemento econômico, etc., e ainda todas as disposições particulares do jurídico, que ele tem como materiais, contingentes, empíricos do direito, e entendeu que só aquele elemento é capaz de nos dar o conceito do justo objetivo, e pretendeu ainda ver no sentido da retidão o justo absoluto, isto é, o conceito máximo do jurídico, capaz de proporcionar o sentido do direito, não apenas existente, mas ainda o inexistente, Del Vecchio também toma o elemento *alteralidade, reciprocidade* como o conceito máximo, categorial, supremo do direito. É muito claro que ambos os jurisfilósofos nada mais fizeram do que destacar no direito um elemento existente nele; que o supervalorizaram, por entenderem que neste elemento há uma síntese formal, categorial, e com isso foram vítimas da mesma ilusão formal apriorística de Kant, quando pretendeu ver a forma pura como condição do pensamento e da existência das coisas particulares.

É uma ilusão. A ilusão da síntese formal, que está no fundo do pensamento racionalista, segundo o qual o espírito é capaz de modificar algo, de reduzir a multiplicidade e certa unidade ou relação. A ilusão de ser o conceito a condição da experiência e de estar aquém da experiência.

Na síntese nada mais fazemos do que determinar no objeto certo aspecto ou modo de ser constante, da experiência de todos, e que todos recebem com os elementos de sua experiência individual e pensam com essa experiência. Os demais elementos, a multiplicidade, que reside no objeto, fica lateralmente à nossa disposição, fazendo a realidade inteira da coisa, e com isso produzindo a ilusão da subsunção, da redução à unidade. O direito é fato complexo que se apresenta concretamente como situação relacional a mais de um. Nele existem a forma, o conteúdo interessado, as finalidades, as utilidades humanas, o sentido de interrelação, os elementos de ordem econômica, moral, o sentido de conformidade ou retidão.

Nossa consciência seletiva passeia sobre os fatos determinando neles esses vários aspectos, que são todos reais. A idéia de que um deles, por ser de experiência inevitável e existir em todo direito, é condição de existência do direito, é uma ilusão, a ilusão que levou Kant a ver na forma espacial ou na temporal elementos apriorísticos, condição do pensamento das

coisas. Adicionados às categorias, e às idéias puras de razão, que constituíram o sistema formal, interposto entre nós e as coisas, fazem o mundo da aparência e das ilusões, o contingente humano, precário, e põem o homem como um ser decaído e prisioneiro da culpa inexplicável.

Por mais de uma vez temos examinado o pensamento fenomenológico de Husserl e sua escola, e impugnado os seus próprios fundamentos. Contudo, seria de interesse aqui expor o que ele pensa a propósito da síntese categorial na formação do conhecimento, do conceito. O eu puro de Husserl não contém nenhuma força criadora ou modificadora. A sua atividade se manifesta na atenção. A síntese categórica para ele é uma espécie de ato atencional. Este ato não produz e não transforma coisa alguma, mas apenas fixa e seleciona, como havíamos dito a propósito da realidade psicológica que se acha na atividade cognoscente, produzindo a ilusão da síntese formal.

A mesma crítica poderíamos fazer da teoria normativista de Kelsen. Esta teoria estabelece o primado da forma sobre a matéria, e *embora se apresente como positivismo jurídico, na verdade se trata de um sistema metafísico formal.* Kelsen se nos afigura mais metafísico do que Aristóteles. No pensamento aristotélico se estabelece também o primado da forma sobre a matéria, "a forma determina a matéria". Se aqui se põe o primado da forma, fica contudo estabelecida uma aderência incindível entre esses elementos. Ao fazer Kelsen a separação entre ciências da natureza e ciências do espírito, as primeiras dominadas pelo princípio de causalidade e as últimas pelo princípio de dever ser, pretende ter como objeto exclusivo da ciência jurídica o elemento norma, que tem como base, e até identifica com o princípio do dever ser. Ele não prescinde, mesmo na exposição da teoria, da técnica da metafísica formal, quando vê nesse princípio do dever ser ou norma a essência do direito. Mas ele vai além e chega a afirmar que na sua teoria "o dever ser não significa outra coisa que uma categoria relativamente (! !) apriorística para o conhecimento do material jurídico empiricamente dado".

Vemos neste enunciado, de modo iniludível, a ilusão metafísica racionalista, segundo a qual é o princípio formal apriorístico, conceitual ou categorial, que nos permite o conhecimento dos dados chamados empíricos ou materiais, ilusão esta que temos examinado e combatido em todos os nossos trabalhos.

É certo que o filósofo pretende alimpar a sua teoria de toda valorização metafísica, mística e moral, de maneira que o princípio normativo — o dever ser — fique reduzido apenas ao fato, por assim dizer mecânico, objetivo, segundo o qual ao delito segue a sanção, não como um elo causal (dos fatos da natureza) mas apenas porque o legislador assim estabelece para a realização do direito.

Kelsen pretende tomar "a categoria formal do dever ser, ou norma", no sentido pragmático, que ele denomina positivista, vislumbrado por ele na ciência jurídica do século XIX. "Neste ponto, diz ele, a teoria pura do direito segue a teoria jurídica positivista do século XIX", segundo a qual a norma jurídica é norma coativa, caráter este que a extrema das

demais normas. Precisando melhor este ponto de vista, e o identificando com sua própria concepção da norma, estabelece que "o que faz que uma determinada conduta seja antijurídica e constitua um delito, no sentido mais amplo da palavra, não é uma qualidade imanente da mesma, nem ao menos uma relação com uma norma metajurídica, moral, isto é, transcendente do direito positivo, mas única e exclusivamente o fato de que o preceito jurídico a estabelece como condição de uma conseqüência específica, isto é, o fato de que a ordem jurídica reage contra essa conduta com um ato de coação".

Kelsen pretende, pois, reduzir o domínio jurídico apenas ao aspecto formal de realização do direito, onde encontramos que ao delito segue a pena, não como causa e efeito, mas porque o legislador assim estabelece. Com isto ele elimina toda e qualquer indagação de ordem filosófica, mística ou moral, para pôr na própria norma o fundamento da coação.

Este isolamento da norma em si mesma serve-lhe para explicar a chamada responsabilidade por culpa alheia, a responsabilidade da família ou da tribo pelo assassínio cometido por um dos seus membros, a responsabilidade do povo pelas infrações cometidas por outros órgãos.

Não se tem aqui de indagar se é justo ou injusto o ato diante da consideração de ordem existente, cuja legalidade ou validade encontra seu fundamento na norma, no dever ser formal.

A categoria do direito, tendo um caráter puramente formal, opõe-se à concepção tradicional, que não suporta facilmente seja a ordem da república soviética tão jurídica como a da Itália fascista ou a da Prança democrático-capitalista.

Sendo o direito, na teoria pura kelseniana, o domínio da norma, em que são eliminadas as indagações de ordem moral, política, mística, a construção normativa tanto se aplicará à ordem socialista como à democrática, indiferentemente.

Outras dificuldades encontradas na doutrina tradicional são igualmente resolvidas, graças a esse caráter acrisolado, de indiferença da norma. Aí não haverá lugar para a oposição entre fato jurídico e antijurídico, o antijurídico devendo ser encontrado no âmbito do jurídico, pois não é mais do que a ocasião ou oportunidade para a aplicação da norma. A controvérsia entre direito público e privado ficará também afastada, e bem assim a oposição tradicional entre Estado e direito. Todos eles são domínio da norma.

Igualmente pretende Kelsen haver dissipado a controvérsia a respeito da pessoa física e da pessoa jurídica, que ambos ficam reduzidos ao campo das normas. "A pessoa física não é o homem, que é mero conceito biopsicológico. A pessoa física é, ao contrário, a personificação das normas reguladoras da conduta do homem, como a pessoa jurídica é a personificação das normas reguladoras da conduta de uma multiplicidade de homens".

Pretende ainda Kelsen haver superado a distinção entre direito objetivo e subjetivo, pois encontramos a identidade destes conceitos também na

norma. O direito subjetivo não é senão o direito objetivo posto à disposição do indivíduo ou dirigido contra o violador, em dadas situações concretas.

Com as análises feitas no sentido de excluir a pessoa jurídica como ente de existência real, exclui o conceito de soberania como qualidade do poder da pessoa suprema, e o próprio Estado, que tudo se resolve no conceito de ordem, complexo de normas.

Em nossa sociologia e filosofia do direito tivemos ocasião de examinar estes problemas, tomando como campo principal de investigação a teoria objetivista normativista de Léon Dugit, e então dissemos que aquelas análises se aplicavam igualmente às doutrinas de Kelsen, de Del Vecchio ou de Stammler. A nossa conclusão foi que o direito é realmente técnica de realização dos interesses essenciais da vida, ou melhor, dos indivíduos, ou seres humanos. Mas essa técnica não é apenas objetiva, ela é também subjetiva. Não se encontra apenas nos elementos visíveis, aparentes das normas, mas também nos processos subjetivos mesmo inaparentes, mais inconscientes do que conscientes, e com isso chegamos a que essa técnica subjetivista, que aflora nas construções do direito subjetivo, da personalidade jurídica, no conceito de soberania, remonta à mente primitiva, aos arquétipos místicos do mana, do Kha, com projeções no totem, impregnando a concepção totêmica e tabu do sentido teleológico e político, ao serviço da grei, isto é, ao serviço dos interesses principais.

Em Kelsen esse mundo subjetivo foi excluído arbitrariamente ao separar ele o domínio do espírito do domínio da natureza. E como no domínio do espírito, ele teria naturalmente de encontrar todo aquele domínio místico, moral, ideológico e metafísico, excluiu este como sendo acientífico e político, estranho a uma teoria pura, de determinação verdadeiramente científica do direito.

Esta teoria pretendidamente científica e realística exclui, artificialmente, a maior parte da realidade humana.

A sua concepção de norma fundamental é um artifício lógico metafísico, em virtude do qual, à maneira metafísica, se estabelece uma primeira constituição formal como uma primeira causa ou primeiro motor. É muito claro que essa primeira constituição, ou primeiro princípio, está colocado arbitrariamente no lugar da história e da pré-história, onde se encontra a organização do Estado, e que na verdade nem pode ser cientificamente considerada como *organização,* mas como *formação,* como processo continuado, em cujas origens místico-totêmicas, a sociologia vê a técnica estatal coexistindo com os grupos sociais mais primitivos.

Dominado pela ilusão, o preconceito metafísico formal, segundo o qual a multiplicidade das normas pode ser reduzida a uma unidade formal, Kelsen pretende encontrar em uma norma *hipotética* ou *convencional* "a unidade da pluralidade de todas as normas que constituem uma ordem"...

Encontramos aqui a técnica da metafísica formal, segundo a qual somos capazes de reduzir a multiplicidade dos elementos "empiricamente dados" a certa unidade ou relação, como diz Kant, e também o diz Kelsen, quando tem a norma ou princípio de dever ser como "categoria

relativamente apriorística para o conhecimento do material jurídico empiricamente dado". "Esta categoria tem um caráter puramente formal", acrescenta ele.

Ora, tudo isso é ilusão, e vem das sobrevivências metafísicas que penetram o pensamento kelseniano.

Deixemos à margem as incongruências que se apresentam na própria definição da teoria, dada pelo autor, ao tê-la "como teoria pura do direito positivo" e ao ter a norma como "categoria relativamente apriorística".

Não pode haver uma teoria pura do direito positivo, porque o direito positivo é fato chamado empírico, na técnica formal, e conseqüentemente não pode ser tratado como teoria pura, que segundo a mesma técnica é apriorística, dada fora da experiência, como "categoria", e de fato Kelsen tem a mesma como categoria e categoria formal. Se é categoria formal, também não pode ser relativamente apriorística, porque o relativo, dado na experiência, não pode ser *a priori* dado de razão, e se é a categoria relativamente apriorística, não é pura, e não pode ser objeto de teoria pura, pois nela haverá algo mais além de elemento puro, formal, categorial.

Mas deixemos de lado estas questões de técnica filosófica formal, em cujas incongruências vemos a miscelânea eclética incompossível das definições kelsenianas, para examinar um outro problema, antes de chegarmos à nossa conclusão.

Como já vimos, para obter Kelsen o acrisolamento formal da norma como objeto específico do direito, excluiu de seu domínio os objetos das ciências particulares, a biologia, a psicologia, a sociologia, a história, e as ciências do espírito, como a moral, a teologia, a ideologia, que embora sendo domínio do normativo, acham-se impregnados todos eles do sentido metafísico, teleológico e político.

Aqui nos achamos inteiramente de acordo com Kelsen, pois na verdade todos esses sistemas institucionais são políticos, no sentido mais alto que se possa dar a esse qualificativo, como significando domínio do pensamento interessado, teleológico, posto a serviço de fins.

A verdade inteira, porém, é que todas as teorias filosóficas são da mesma natureza, isto é, são políticas, e o fato de haver pretendido Kelsen, na sua teoria pura do direito separar a norma e procurar mantê-la como elemento extremo de penetração interessada, moral, filosófica, ou mística, não quer dizer que ela não seja filosófica, isto é, metafísica (neokantiana) e conseqüentemente política e colocada a serviço da política do direito.

Em *Sociologia e filosofia do direito* tivemos ocasião de examinar este problema do sentido político recôndito que se encontra na filosofia racionalista formal. Aí vimos que na própria técnica de acrisolamento, no pretendido pensamento puro, se encontram os meios de imposição mais perfeita de seus objetivos teleológicos. A filosofia kantista é profundamente política, e ao invés de considerarmos a construção da razão pura teorética em oposição de discordância com a crítica da razão prática, como geralmente se pensa, devemos ver na crítica da razão pura teórica a preparação

do sistema moral da razão prática, que encontra nos elementos formais a sua fundamentação, e deste modo o imperativo categórico pôde ser tomado à maneira de lei científica, impondo-se em si e por si. Na verdade, o imperativo categórico não é mais do que o imperativo hipotético alimpado dos elementos interessados e promovido a lei de razão pura prática, à maneira de lei científica, graças à projeção aí realizada das construções lógico-formais da estética transcendental, e principalmente da analítica transcendental.

A filosofia kantista é uma construção grandiosa, individualista, universalista cristã, em que a pessoa humana é provida da suprema dignidade do dever moral, como apanágio de sua participação no mundo do inteligível. A fundamentação se encontra, não no mundo dos interesses que se enuncia no imperativo hipotético, mas na lei moral pura prática, como regra superada, que, à maneira de lei científica, impõe-se em si e por si. É uma armadura essencialmente política com que se reveste a pessoa humana para os combates que se avizinham, na realização do Estado de direito, da organização democrática universalista e individualista.

Contudo, e na realidade das coisas, no fundo do imperativo moral está o imperativo hipotético, acrisolado, alimpado e promovido assim à altura de lei de razão-pura prática. Esta alimpação acrisoladora da regra de vida quotidiana se faz graças à técnica lógico-formal, cujos artifícios, entretanto, e principalmente na filosofia dos costumes, se tornam bastante visíveis.

Pois bem. Como o imperativo categórico tem através de si, palpitante e vivo, o imperativo hipotético, no conceito da norma fundamental, e de direito, de Kelsen, estão os elementos de conteúdo de interesse, históricos, psicológicos, morais, místicos e políticos da realidade inteira do direito, só aparentemente eliminados por artifício lógico abstrativo.

Isto é possível fazer-se, graças ao mecanismo da abstração, com que podemos eliminar, em todo objeto, os elementos que não sejam de experiência inevitável, os conteúdos chamados empíricos, nem sempre visíveis, como os interesses, inter-relações, conteúdo econômico, etc., enquanto o elemento exterior regra, em que esses conteúdos se organizam e se realizam, fica inamovível e inabstraível, produzindo a ilusão metafísica de forma pura, a ilusão de Kant, de Stammler, de Kelsen.

No fundo dessa ilusão dos normativistas está a falsa concepção tradicional da síntese conceitual, categorial, formal, que não existe.

Como temos visto, a pretendida síntese conceitual nada mais é do que a determinação de certo modo de ser encontrado no objeto, e trazido ao primeiro plano da atenção. Os demais elementos existentes no objeto, sejam eles de experiência externa ou interna, ficam como subpresentes, à nossa disposição na memória, ou melhor, no preconsciente, fazendo a realidade inteira da coisa, e produzindo a ilusão da redução da multiplicidade a certa unidade ou relação, a ilusão de que somos capazes de reduzir algo ou modificar as coisas. O elemento inabstraível, irremovível, como a forma, ou a categoria, de experiência inevitável, fica em nossa consciência a acompanhar como sombra o objeto, quando considerado

em seus elementos ou modos de ser de experiência não constante (os elementos empíricos dos metafísicos), produzindo a ilusão do *a priori,* de condição da experiência, de condição da existência mesma das coisas particulares, chamadas empíricas, a ilusão da forma oposta à matéria, do universal oposto ao individual, ou como diz Kelsen, tratando do dever ser, da norma; "não é mais do que uma categoria relativamente (*sic*) apriorística para o conhecimento do material jurídico empiricamente dado".

Esta ilusão conceitualista formal, desde Aristóteles, desde Plantão, e podemos dizer desde Parmênides e Xenófanes, levou os filósofos ao estabelecimento do primado da forma sobre a matéria, da categoria sobre o chamado dado empírico, como vimos em Kelsen.

Por mais de uma vez temos analisado essa ilusão metafísica do primado da forma, da essência, da idéia sobre a realidade das coisas particulares, e temos mostrado que há aí uma superestimação afetiva, teleológica, política, e a sua persistência de 25 séculos faz lembrar aquela observação genial de Nietzsche, quando nos diz que é necessário reconhecer às ilusões a importância que têm com relação à vida.

Vimos há pouco este problema na filosofia formal de Kant, e quanto a Kelsen ele não é menos verdadeiro.

A teoria pura do direito deste filósofo pretende isolar do direito o elemento regra ou norma, alimpado de todos os demais elementos da concepção positiva tradicional. Dividindo as realidades das coisas em mundo da natureza e mundo do espírito, e ainda neste domínio, excluindo os elementos morais, interessados, ideológicos, místicos, etc., como sendo de ordem metafísica e política, obtém o direito-norma, acrisolado, como o objeto específico de seu estudo.

É muito claro que o direito assim considerado, sem os conteúdos clássicos, fica um direito indiferente, amoral e anódino, forma sem conteúdo, forma susceptível de emprestar o caráter consagrador de juridicidade, de legalidade, a todas as organizações políticas estatais da época perturbada, de violência e de afirmação egoística do poder, que tal se apresenta a época de crise do mundo moderno, e especialmente a época em que surgiu a teoria kelseniana. Não há instrumento mais adequado à política do direito do que uma tal teoria, que se aplica tanto às organizações pacíficas dos Estados como às arbitrárias, nascidas e mantidas pela violência.

A teoria jurídica pura de Kelsen se apresenta assim como uma carapaça formal que, com indiferença e amoralmente, tanto serve ao poder soviético, como ao nazista ou ao democrático, aos quais empresta a consagração de juridicidade e de legalidade, indiferentemente, e tanto serve às tentativas de afirmação unilateral egoística, da vida, como à realização dos interesses concordantes.

Na base de toda construção formal se encontra a ilusão conceitualista, que põe um *prius* formal, conceitual categorial na suposição metafísica de que ele é capaz de dar todo o objeto investigado, e que é mesmo condição da existência ou do conhecimento das coisas, dos elementos empiricamente dados, para usarmos a expressão do próprio Kelsen.

É uma ilusão, como já temos visto. Não há síntese formal, conceitual, mas determinação no objeto, de certo elemento, ficando os demais à nossa disposição, fazendo a realidade inteira da coisa. O elemento categorial, ou não-categorial, aí determinado, é um modo de ser do objeto. Os demais não são reduzidos à forma pura, aquele modo de ser, mas continuam existindo no objeto. O fato de ser trazido um dos elementos constitutivos ao primeiro plano da atenção não quer dizer que tenha havido uma redução da multiplicidade à unidade.

Nos fatos jurídicos destacamos a forma, a norma, a regra aí existente, e que é aí um elemento de experiência inevitável, como a extensão nas coisas materiais. Mas os fatos não são reduzidos àquela forma, que é um modo de ser desses fatos, como a extensão nos objetos espaciais. Os outros elementos continuam existindo, os conteúdos interessados do direito, de ordem econômica, moral, ideológica, as inter-relações etc., como no objeto extensivo haverá, além da extensão, o peso, a quantidade, a elasticidade etc.

Esta ilusão metafísica do conceito ou da síntese conceitual, que põe a forma, o conceito, o elemento categorial como condição de existência ou do conhecimento dos fatos jurídicos, não tem razão de ser, uma vez que podemos explicar o problema do *prius* e do conceito em termos de experiência.

A forma, a extensão, a categoria não são mais do que modos de ser dos objetos, existentes neles. Dados em experiência inevitável, que impossibilita o pensamento do contrário, por falta de experiência de ausência desses elementos nas coisas, ficam inabstraíveis e irremovíveis no pensamento dos objetos, produzindo a ilusão do *prius,* e de ser a condição da existência das coisas. Os modos de ser, sejam de experiência inevitável (forma, essências, categorias) sejam de experiência que nem sempre fazemos (o peso, a densidade etc.), os chamados dados empíricos existem nas coisas e são aí encontrados pela consciência seletiva e trazidos ao primeiro plano da atenção, na tomada do objeto, produzindo o juízo, o conceito, a noção. Eles só são reais *in rebus,* nas coisas onde existem como modos de ser. Fora das coisas são irreais e propriamente impensáveis. O seu pensamento é pensamento de símbolos, com que foram captados esse modo de ser, e assim separados das coisas.

O modo de ser branco, por exemplo, encontrado em muitas coisas, foi captado no símbolo da linguagem e separado dos objetos particulares brancos, e encontrou no símbolo o suporte que o separou da coisa e fez que branco, brancura, pudesse ser aplicado a quaisquer coisas possuindo esta qualidade, este modo de ser.

Os materiais de observação da linguagem dos primitivos revelam que em certo período, o modo de ser branco, preto, foi captado em símbolos de concretos, de coisas, e só posteriormente obtiveram o símbolo próprio, autônomo. Os habitantes do arquipélago Bismarque, por exemplo, não possuem nomes para as cores.

Os modos de ser, que constituem o chamado pensamento abstrato, acabaram por possuir símbolos autônomos, como o tiveram antes os seres concretos individuais, com mais facilidade e mais abundantemente. O pen-

samento primitivo é principalmente concreto, os símbolos dos modos de ser, genéricos, categoriais, gerais, os chamados universais, são aí raros, em comparação com o vocabulário de individuais concretos.

O modo de ser jurídico, dos fatos e inter-relações humanas, como os demais modos de ser, só existem nos fatos, nas coisas. Captado no símbolo autônomo da linguagem, passou a ter existência separada dos fatos, a ser um universal, o *jus*, como a brancura, o branco, produzindo a ilusão de existência formal, em si por si, como conceito universal do *jus*, condição do pensamento e do conhecimento dos fatos jurídicos particulares, chamados empíricos.

Tomado o direito em certo elemento de experiência inevitável com a regra exterior, a norma, que é inabstraível, como todo elemento constatado em experiência inevitável, faz a ilusão do *a priori*, e do conceito primordial.

Na verdade, porém, o que existe em tudo isso é uma inversão de coisas. Os metafísicos e os logicistas, e no nosso domínio os filósofos do direito, tomaram como *prius* os elementos mais tardios e que só longa e dificilmente penetraram o pensamento humano e aí tiveram lugar, graças aos símbolos dos modos de ser das coisas, denominados universais, e que constituem o chamado pensamento abstrato, isto é, o pensamento de modo de ser, separado dos seres, em virtude de sua captação nos símbolos da linguagem.

A regra, a norma, e apenas um elemento existente no direito, como a forma, a extensão, o peso são apenas alguns elementos existentes no objeto. A teoria jurídica pura de Kelsen tomou ilusoriamente como todo o direito apenas um de seus elementos, e assim fizeram todos os teoristas do conceitualismo e do normativismo jurídico.

Também o conceito não é um dado prévio, mas apenas um modo de ser encontrado nas coisas, real *in rebus*, e só mais tarde separado das coisas sobre o suporte do símbolo da linguagem. O *jus* é um modo de ser existente em certos fatos situacionais humanos, e que acabou por ser captado no símbolo da linguagem, não é anterior e nem condição do pensamento e da existência desses fatos, mas um modo de ser deles, que exprimimos e a que chamamos direito, ordem, retidão, etc. O mesmo acontece com o conceito de brancura, que é também um modo de ser de certas coisas. Só depois de ser captado esse modo de ser no símbolo da linguagem — brancura — passou a ter uma existência separada das coisas. Se não fosse a linguagem não haveria o chamado pensamento abstrato, não existiria idéia de *jus* e de brancura etc., mas de fato justos ou jurídicos.