

O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO: CRÍTICAS E SUGESTÕES <i>Luciano Sotero Santiago</i>	223
PERIFERIA E PROBLEMAS URBANÍSTICOS: BELO HORIZONTE E O CASO DO BAIRRO CAPITÃO EDUARDO <i>Maria Tereza Fonseca Dias</i>	263

O DIREITO E OS VALORES (REFLEXÕES INSPIRADAS EM FRANZ BRENTANO, MAX SCHELER E HANS KELSEN)

Elza Maria Miranda Afonso*

A meus alunos que me certificam que a generosidade é uma outra face do amor.

“E Deus disse a seus anjos: trazei-me as duas coisas mais valiosas da Terra. E eles Lhe trouxeram um coração de chumbo partido e o corpo de um pássaro morto” (Oscar Wilde. *O Príncipe Feliz*)

Sumário

1. Introdução.
2. As normas e os valores.
3. Um desafio a ser enfrentado.
4. A teoria dos valores.
5. A herança do Direito positivo.
6. Franz Brentano e a Conferência de 1889.
7. As contribuições de Brentano.
8. As sementes lançadas por Brentano.
- 8.1. A sanção natural.
- 8.2. O problema do conceito de “bom”.
- 8.3. As representações intuitivas e a intencionalidade.
- 8.4. As três classes de fenômenos psíquicos e as distinções entre elas.
- 8.5. O conceito

* Professora do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito da UFMG.

de “bom” originado da classe das emoções. **8.6.** A pluralidade do “bom” e o “melhor” – A preferência. **8.7.** O problema da preferência. **8.8.** O bem prático supremo. **8.9.** Leis jurídicas e leis morais positivas. **8.10.** Relatividade das leis – permanência do princípio ético. **9.** As contribuições de Max Scheler. **10.** Uma breve digressão: Ética dos valores e Ética normativa. **11.** Alguns tópicos do pensamento de Max Scheler. **11.1.** Os valores e os depositários de valores. **11.2.** A questão gnoseológica – A cisão entre razão e sensibilidade. **11.3.** Uma nova via para a apreensão dos valores. **11.4.** Relações entre essência e existência. **11.5.** Juízos de valor e juízos de dever-ser. **11.6.** Dever-ser ideal e dever-ser normativo. **11.7.** Valor e norma. **12.** As contribuições de Kelsen. **12.1.** A norma. **12.2.** Ordem normativa – Prescrição e proibição de condutas. **12.3.** A norma como medida de valor. **13.** Pontos de confluência de caminhos diferentes. **14.** Pontos de afastamento de caminhos que se cruzaram. **15.** A questão da relatividade dos valores. **16.** Subjetividade e relatividade em Max Scheler. **17.** A relatividade dos valores em Kelsen. **18.** Relatividade e sacrifício de valores. **19.** A impotência das normas. **20.** A força da norma jurídica nos limites de sua própria fraqueza. **21.** Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As experiências e os fatos mais importantes de nossa vida certamente não são normas, nem morais, nem jurídicas. Aquilo que gostaríamos de reter e de preservar para sempre, aquilo de que a privação nos aparecerá como uma perda irreparável é o que amamos e que, justamente pelo nosso amor, nos aparece como algo valioso.

Entretanto, não podemos negar que as normas fazem parte de nossa vida. Pertencemos àquele gênero de seres que estão “determinados a viver eticamente” em sociedade”, como diz Brentano,¹ seres que respiram unicamente na *história e na sociedade*, nas palavras de Max Scheler.² E a experiência social é também uma experiência normativa. O conteúdo das afirmações dos dois filósofos citados é muito familiar aos juristas.

Onde há normas, há valores, embora a recíproca não seja verdadeira. A vivência dos valores preenche nosso mundo de significados e torna a vida de uma riqueza inesgotável, na medida em que eles podem ser descobertos e apreendidos em uma pluralidade incontável. Os valores não necessitam de normas para se manifestarem, para serem apreendidos e vivenciados. Mas as normas não podem existir sem eles.

Estamos, portanto, no campo de uma relação muito especial. E nela vamos tentar penetrar, buscando as possíveis conexões entre normas e valores com o auxílio das contribuições do normativismo e da axiologia, desenvolvidos no século XX, em que se destacam dois grandes filósofos, um preocupado sobretudo com as normas e o outro, sobretudo, com os valores: Hans Kelsen e Max Scheler. Há um terceiro nome, Franz Brentano, que tem um papel singular nesse estudo. Sendo filósofo e psicólogo, Brentano lançou as bases decisivas para a Teoria dos Valores que se desenvolveu no século XX, e o fez justamente a partir de uma conferência proferida para juristas, em uma sociedade de juristas.

É fascinante constatar como os temas valores e normas, que na história do pensamento jurídico pareceram tão separados, se entrecruzam, nas obras dos dois primeiros teóricos citados, e como as contribuições dos estudos do

¹ BRENTANO, Franz. *El origen del conocimiento moral*. Trad. Manuel G. Morente, Madrid: Revista de Occidente, p. 58. (A tradução para o português das citações de Brentano, no corpo do texto, foram feitas pela autora deste artigo.)

² “O homem, inclusive como ser espiritual, respira unicamente na história e na sociedade” (SCHELER, Max. *Le formalisme en éthique et étique matériale des valeurs: Essai nouveau pour fonder un personnalisme éthique*. Trad. de l’allemand par Maurice de Gandillac. Paris: Gallimard, 1955, p. 25. (A tradução para o português das citações de Max Scheler, no corpo do texto, foram feitas pela autora deste artigo.)

terceiro, dirigidas inicialmente aos juristas, repercutiram na construção da Teoria dos Valores. É um pouco desse cenário que desejo descortinar, para buscar, a final, o que é possível dele extrair para uma reflexão voltada para o Direito positivo.

2 AS NORMAS E OS VALORES

As relações entre norma e valor não constituem um tema específico do Direito. Elas são buscadas, também, no campo da Ética. Mas o Direito é, sem dúvida, um terreno muito fértil e, de certa forma, privilegiado, para essa investigação.

Historicamente, entretanto, essas relações aparecem no mundo jurídico como um confronto, como relações antitéticas, como se valor e norma fossem fenômenos antagônicos. Tal postura está vinculada às antigas contraposições entre Direito natural e Direito positivo.

A teoria do Direito, até o século XIX, como bem assinala Machado Neto, apresentou duas direções bem diferenciadas, que a faziam pender para um dos pólos do dualismo que marcou as doutrinas jurídicas desde a antigüidade – o Direito natural e o Direito positivo. Assim sintetiza ele a paisagem histórica daquelas direções teóricas: “o direito como valor e o direito como norma são os dois enfoques mais antigos e ilustres de quantos pretendem captar a essência do jurídico”.³

Já se vê que o que está implícito e latente no dualismo Direito natural e Direito positivo não é apenas a contraposição de um Direito que não necessita da intervenção de atos humanos para sua existência a um Direito que é produzido por atos humanos. É algo mais profundo que nem sempre vem à tona, nas especulações teóricas. É a contraposição entre norma e valor. E, por incrível que seja, é o encerramento do valor em um campo e o confinamento da norma

3 MACHADO NETO, A L. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1975, p. 12.

em outro, como se as indagações sobre valores, no Direito, pudesse ser restrinvidas ao Direito natural e fossem estranhas à área do Direito positivo, e, mais ainda, como se o mundo das normas pudesse ser impermeável ou antinômico ao mundo dos valores.

3 UM DESAFIO A SER ENFRENTADO

Os juristas sabem que o Direito está impregnado de valores. Não é preciso muito esforço para se compreender que a própria qualificação jurídica do fato social implica valoração. Se o fato social entra no domínio do Direito, isso se faz pela via da norma e pela via da valoração. Trazer, todavia, o estudo dos valores para o campo do Direito positivo importa, ainda, em um grande desafio.

As dificuldades para se inserir as reflexões sobre os valores no campo do Direito positivo, visto como sistema de normas jurídicas, são, por certo, muito grandes. Elas se devem, em parte, à histórica dicotomia que remetia para o Direito natural as questões das valorações, como se fosse esse o único terreno em que os valores pudessem ser discutidos. Em parte, se devem à própria história da axiologia, que é um terreno de muitos tumultos.

4 A TEORIA DOS VALORES

Johannes Hessen, fazendo a história da Teoria dos Valores, assevera que essa expressão é relativamente recente, embora seu objeto remonte à antigüidade clássica. Lembrando a contribuição dos grandes filósofos que se ocuparam do tema, passa por Sócrates, com sua oposição ao relativismo e aos subjetivismo dos Sofistas, por Platão, com a Teoria das Idéias, por Aristóteles, com a Teoria das Formas, pela Escolástica, com seu clássico postulado *omnes ens est bonum*, por Kant, com sua enorme contribuição ao deslocar a idéia de valor para o domínio da consciência. Mas reconhece à Lotze a verdadeira paternidade da moderna Filosofia dos Valores, por ter introduzido os conceitos de “valor” e de

ELZA MARIA MIRANDA AFONSO

“valer” na consciência filosófica, e, a Nietzsche, a introdução do próprio termo valor no vocabulário filosófico.

Entretanto, é a Brentano que Hessen atribui o passo da maior importância no desenvolvimento da moderna Teoria dos Valores, dado com o aparecimento do livro *Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis (A Origem do Conhecimento Moral)*, de 1889. Conforme diz, “foi, de facto, Brentano quem soube comunicar à Filosofia dos valores de nossos dias as sua mais originais sugestões.”⁴

O juízo de Johannes Hessen sobre o fundamental papel de Franz Brentano para o desenvolvimento da moderna Filosofia dos Valores não é isolado. Ortega Y Gasset refere-se à obra por ele deixada como daquelas que transformam a superfície da história. “En su discurso *Sobre el origen del conocimiento moral (1889) da el paso decisivo para fundar lo que, luego de magnífico desarrollo, debido a sus discípulos y discípulos de sus discípulos, se llama hoy ‘ciencia de los valores’.*”⁵

Na tradução do alemão para o castelhano do livro *Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis*, feita por Manuel G. Morente e editada em 1941, constou da apresentação do livro *El Origen del Conocimiento Moral*: “Puede decirse que la base en donde se asienta la ética moderna de los valores es este breve libro de Brentano.”

Depois de reunir o panorama filosófico-axiológico de nosso tempo em seis direções capitais, Hessen tributa ao fato de ser a Teoria dos Valores relativamente recente a explicação do estado “verdadeiramente anárquico em que essa teoria se encontra ainda hoje. Uma série de correntes doutrinárias e pontos de vistas opostos [...] é o que aí se nos depara. O seu quadro é, pois, tudo quanto há de menos unitário e harmônico.”⁶

4 HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Trad. do Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênia Amado, 1980, p. 24-29.

5 ORTEGA Y GASSET. *Kant – Hegel – Scheler*. Madrid: Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1983, p. 139-140.

6 HESSEN, Johannes. *Op. cit.*, p. 29-32.

5 A HERANÇA DO DIREITO POSITIVO

A partir das reflexões contidas no precioso trabalho de Johannes Hessen, podemos tentar compreender por que no campo do Direito as relações entre valor e norma foram traçadas com profundas cisões nos distintos planos do Direito natural e do Direito positivo.

Se, apesar das antigas preocupações com os valores, a própria Filosofia dos Valores esperou tanto tempo para florescer, não é de causar espanto que o jurista se encontrasse com apoios muito precários para buscar soluções para suas preocupações de natureza axiológica. Isso talvez explique o confinamento dos valores aos domínios do Direito natural, sem comprometer o Direito positivo. No máximo, dir-se-ia que o Direito positivo “não vale”, “é ilegítimo”, se se opõe ao Direito natural. Mas essas são afirmações de importância ínfima, se o Direito positivo, como efetivamente ocorre, continua a ser aplicado e a produzir consequências na vida social. Elas servem a apaziguar teoricamente a consciência diante do Direito positivo valorado como injusto, mas não se destinam a gerar resultados concretos para o Direito que é efetivamente posto na realidade social. E, quando pretendem produzir algum efeito, em geral, isso ocorre pela tentativa de exclusão do Direito positivo, em benefício de um Direito idealmente concebido, o que deságua, outra vez, na velha cisão.

Estudos especificamente voltados para as relações entre os valores e a norma jurídica poderão, talvez, fazer pelo Direito positivo o que as teorias do Direito natural, com sua postura de oposição a ele, não conseguiram. É relevante assinalar que as teorias do Direito natural deixaram grandes contribuições nas transformações políticas e na evolução do próprio Direito positivo. Mas o fato é que elas nunca entregaram a ele a responsabilidade das escolhas no terreno axiológico. Deram-lhe por herança apenas o domínio das normas, e foi essa uma herança desfalcada porque não há norma sem valor.

6 FRANZ BRENTANO E A CONFERÊNCIA DE 1889

É muito significativo o momento da história que iria fornecer as bases para a moderna Teoria dos Valores. Foi ele um evento provocado por juristas, preo-

cupados com os caminhos da reforma do ensino jurídico na Áustria. Vale a pena, portanto, nos retermos nele, por um instante.

Este evento foi a conferência intitulada *Da Sanção Natural do Justo e da Moral*, proferida por Franz Brentano,⁷ em 23 de janeiro de 1889, perante a Sociedade Jurídica de Viena.

Quando recebeu o convite, Brentano teve a liberdade de escolher o tema, mas foi-lhe apresentada a preferência dos membros da Sociedade Jurídica pela indagação sobre a existência de um Direito natural. Essa preferência tinha um motivo bem definido: a conferência de von Ihering, intitulada *Sobre a Gênese do Sentimento do Direito*, proferida alguns anos antes, em 12 de maio de 1884, a convite da mesma Sociedade Jurídica de Viena. Quem já leu von Ihering, um dos maiores juristas do século passado, conhece a força de seus argumentos. Nessa conferência de 1884, na mesma linha da concepção firmada em seu livro *O Fim no Direito*, von Ihering negara a existência de um Direito natural inato e os membros da Sociedade Jurídica ansiavam por um outro ponto de vista.

A conferência de Brentano, mais tarde publicada com o título *A Origem do Conhecimento Moral* viria a ser considerada como o marco fundamental da filosofia dos valores que floresceu em várias tendências, no século XX.

⁷ Franz Brentano, nascido em Maremberg, em 1838, foi professor da Universidade de Viena. Teve entre seus alunos Edmund Husserl e, por sua vez, foi aluno de Trendelenburg, em Berlin, assim como Kierkegaard, Feuerbach e Marx. Foi amigo de Freud que a ele se refere na Carta a Silberstein, de 15 de março de 1875, como um homem que veio para fazer escola e ganhar adeptos. Sacerdote católico, Brentano pediu licença para se casar e, como esta lhe foi negada, abandonou a batina, mas não o cristianismo, o que lhe acarretou vários problemas que culminaram com sua demissão da Universidade de Viena. Depois desse episódio, mudou-se para Florença e, após, para Zurique, onde morreu, em 1917. Entre suas obras mais importantes estão *A Psicologia do Ponto de Vista Empírico*, de 1874, *Aristóteles e sua Concepção de Mundo* e *A Origem do Conhecimento Moral*, título com que foi publicada a Conferência *Da Sanção Natural do Justo e da Moral*, de 1889, cf. REALE, G. Antiseri, D. *História da filosofia: Do romantismo até nossos dias*. São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 219; ORTEGA Y GASSET, Francisco Brentano. In: Kant – Hegel – Scheler. Madrid: Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1983, p. 139-141.)

7 AS CONTRIBUIÇÕES DE BRENTANO

A vida é cheia de surpresas. Quem poderia imaginar que de uma conferência proferida por um filósofo e psicólogo de formação, a convite de uma sociedade de juristas preocupados com as reformas do ensino, iria resultar no que Ortega Y Gasset define como “*las bases en donde se asienta la ética moderna de los valores*”⁸

O mais surpreendente ainda é que, atendendo à proposta dos juristas e buscando responder se há um Direito natural, as grandes inovações trazidas por Franz Brentano, no livro que resultou da conferência de 1889, não estão especificamente nas posições por ele assumidas quanto ao fundamento do Direito, que ele situa na sanção natural, tomando o termo sanção em sua significação clássica de afiançamento da lei. Mas, ao explicitar e justificar a idéia de sanção natural, vendo-a como um mandamento semelhante ao da lógica, Brentano envereda por uma temática extremamente rica, que seria posteriormente desenvolvida e aprofundada por outros filósofos.

No cerne dessa temática inovadora encontram-se o conceito de intencionalidade, que iria se constituir em uma contribuição fundamental para o desenvolvimento da fenomenologia (Husserl foi aluno de Brentano); a visão e definição do homem como um ser dotado de razão e de sentimentos e o lugar privilegiado que esses ocupam no campo axiológico, a classificação dos fenômenos psíquicos, com a importante abertura de um lugar ímpar para as emoções, a questão do fenômeno da preferência, as considerações sobre o bem supremo e os caminhos de sua apreensão.

8 AS SEMENTES LANÇADAS POR BRENTANO

Para compreendermos a importância atribuída ao livro de Brentano “*A Origem do Conhecimento Moral*”, produto da Conferência de 1889, nada melhor do que fazer um percurso, ainda que breve, por seu conteúdo.

⁸ ORTEGA Y GASSET. *Op. cit.*, p. 141.

8.1 A sanção natural

Brentano traz à reflexão as refutações de von Ihering a dois sentidos em que se poderia conceber o Direito natural: como um Direito *dado naturalmente, inato*, por oposição ao que se adquire mediante dedução ou experiência, na evolução histórica; como regra que, por oposição ao arbitrariamente determinado pela lei positiva, é, por sua natureza, cognoscível como justa e obrigatória.⁹

Com a refutação do Direito natural, no primeiro sentido, concorda plenamente com von Ihering, indo ainda mais longe ao afirmar que não crê no *jus naturae* como sendo *quod natura ipsa omnia animalia docuit*, nem no *jus gentium*, como um direito natural da razão de alcance universal. Normas morais, diz ele, não são buscadas no mundo animal e a colisão dos costumes já mostra que as instituições não são um produto da natureza, mas, sim, da cultura. Nega, assim, a existência de princípios morais inatos.

Tal negação, entretanto, para ele, não implica a negação do reconhecimento da existência de uma lei moral universalmente válida para seres dotados de razão e de sentimento, naturalmente cognocível na esfera de nossas capacidades psíquicas, que, contudo, nada tem de inata. Essa lei, conforme sustenta, se assenta na sanção natural, que não está no impulso sentimental que se desenvolve com o costume – que é uma força que atua, mas nunca uma sanção da conduta -, nem nos motivos de esperança e de temor de que certa conduta possa ser agradável ou desagradável a outras pessoas: “A virtude se mostra principalmente quando nem as intimidações nem as imposições conseguem desviá-la do caminho reto.”¹⁰ Também não consiste na idéia de mandamento expressa com o termo “deves”. Não é a convicção de que o mandamento procede de uma vontade mais poderosa que é a sanção natural, como sabe “o que se encontra em mãos de um tirano ou de bandidos.”¹¹ Ao mandamento pode-se dar

cumprimento ou oferecer resistência, mas não é ele que confere sanção à consciência moral.

A sanção natural atua como um mandamento semelhante às leis da lógica. As leis da lógica são naturalmente válidas para o juízo e o pensamento ajustado a essas leis tem uma natural preferência sobre o pensamento que delas se afasta. Assim, “na moral, há de tratar-se também de uma preferência natural semelhante e de uma regra nela fundada, não do mandamento procedente da vontade alheia.”¹²

A noção de *preferência* que, posteriormente, iria ser aprofundada por Max Scheler, como ato de conhecimento do grau ocupado pelos valores na escala axiológica, entra em cena e começa a ser desenvolvida.

8.2 O problema do conceito de “bom”

Brentano se interroga como é possível conhecer a preferência a certos atos de vontade sobre outros, a preferência do moral sobre o imoral. Depois de refutar a tese de que ela se funda na estética e de considerar o imperativo categórico de Kant inútil para a resposta, ele se volta para a psicologia e é com o auxílio de suas aquisições que crê encontrar a solução da questão da origem do conhecimento moral.

O sujeito do moral e do imoral, conforme diz, é a vontade, e não há vontade sem um fim último. Queremos meios para um fim e então queremos esse fim. Há de haver um fim que seja mais desejado do que outros e que seja desejado por si mesmo: “Sem esse fim não haveria força propulsora e teríamos o absurdo de uma aspiração sem objeto.”¹³

O problema fundamental da ética é o de reconhecer qual seja o fim justo, mesmo porque os fins podem ser diferentes. E, nesse caso, entre eles cabe eleição. O fim justo, conforme sustenta, é o melhor dentre os que nos são aces-

9 Cf. BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 17.

10 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 24.

11 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 25.

12 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 26-27.

13 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 30.

síveis. Mas, o que significa o melhor? O que chamamos de “bom” e como reconhecer o “melhor”?¹⁴ É a partir da elucidação do conceito de “bom” que Brentano abre uma nova via para o conhecimento dos valores.

8.3 As representações intuitivas e a intencionalidade

A origem do conceito de “bom”, conforme expõe Brentano, como todos os nossos conceitos, deve estar em certas representações concretas intuitivas. Temos, segundo afirma, representações intuitivas de conteúdo físico, que nos mostram qualidades sensíveis, determinadas espacialmente, de modo peculiar. Dessa esfera procedem, por exemplo, o conceito de som, de cor, de espaço e outros. Mas o conceito de “bom” não tem origem nessa esfera. Esse conceito, como o de verdadeiro, procede das representações intuitivas de conteúdo psíquico.¹⁵

No estudo das representações intuitivas de conteúdo psíquico, Brentano introduz o que viria a ser uma fundamental contribuição para o desenvolvimento da fenomenologia, o conceito de intencionalidade:

“O rasgo característico comum a todo o psíquico” – afirma – consiste em algo que se tem designado com o nome de consciência. Consiste em uma atitude do sujeito, em uma referência intencional a algo que, acaso não seja real, sem embargo, está dado interiormente como objeto. Não há audição sem algo de ouvido, nem crença sem algo em que se crê, nem esperança sem algo esperado, nem aspiração sem algo a que se aspira, nem regozijo sem algo de que nos regozijamos, e assim sucessivamente.”¹⁶

14 Cf. BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 31/32.

15 Cf. BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 33.

16 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 34.

8.4 As três classes de fenômenos psíquicos e as distinções entre elas

É com base nas diferenças entre as referências intencionais que Brentano estabelece as três classes fundamentais de fenômenos psíquicos, lembrando que a questão já se encontrava nas Meditações, de Descartes, e que sua importância permaneceu ignorada até a sua época.

Conforme explicita, a primeira dessas classes é a das representações, que compreende tanto as representações intuitivas concretas, como as que nos oferecem os sentidos, como os conceitos mais afastados da intuição.

A segunda classe é a dos juízos. Estes não consistem em mera composição de coisas representadas ou referência de umas representações a outras. Os juízos implicam sempre um representar, mas nem sempre referem uma representação a outra, como sujeito e predicado. Isto ocorre quando digo Deus é justo, mas não quando digo Deus existe. “Os casos em que há mera representação se distinguem daqueles em que julgo, porque nestes há uma segunda referência intencional ao objeto representado, que consiste em admití-lo ou rejeitá-lo. Quem nomeia Deus, dá expressão à representação de Deus, mas quem diz “existe um Deus” dá expressão à sua crença nele.”¹⁷

A terceira classe de fenômenos psíquicos “é a das emoções, no sentido mais amplo da palavra, desde a simples atração e repulsão, ao pensar um pensamento, até a alegria e tristeza baseadas em convicções, e os mais complicados fenômenos de eleição de fins e de meios.”¹⁸

Na classe dos juízos, esclarece Brentano, a referência intencional é um admitir ou um rejeitar. Na classe das emoções, a referência intencional “é um amor ou um ódio, um agrado ou um desagrado. Amor, agrado, ódio, desagrado, existem na mais simples atração e repulsão, na alegria vitoriosa e na tristeza desesperada, na esperança e no temor, como também em toda manifestação de vontade.”¹⁹

17 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 36.

18 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 36.

19 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 37.

Os fenômenos da classe das representações se distinguem ainda mais profundamente dos das duas últimas classes, porque nestas há uma oposição que não se encontra na primeira: “*Temos uma oposição na referência intencional do juízo: a oposição entre admitir e rejeitar.*” Na atividade emotiva “*temos igualmente oposição entre amar e odiar, agrado e desagrado*”. Na atividade de representação nada disso ocorre:

“Posso, sem dúvida, representar-me coisas opostas, como branco e negro, mas não posso representar-me uma mesma coisa, o negro, por exemplo, de modos opostos. Em troca, posso muito bem julgar de modo oposto, segundo creia na coisa ou a negue, e posso adotar opostas atitudes emotivas, segundo a coisa me agrade ou desgrade.”²⁰

Das atividades que pertencem à representação “nunca se pode dizer que são justas ou injustas.” Mas nas atividades que pertencem ao juízo, pelo princípio da contradição, será em cada caso justo um dos modos opostos de referência, o que admite ou o que rechaça, e será injusto o outro. Também nas atividades da terceira classe, “uma só das duas atitudes opostas, amor e ódio, agrado e desagrado será em cada caso justa e a outra injusta.”²¹

8.5 O conceito de “bom” originado na classe das emoções

O conceito do “bom”, afirma Brentano, procede, não das representações ou dos juízos, mas da classe das emoções: “Dizemos que algo é bom quando o modo de referência, que consiste em amá-lo, é o justo.”²² Mas o amor nem sempre demonstra que o amado seja digno de amor. Como podemos, então, reconhecer o que é bom? Isso é possível, segundo Brentano, através da comparação entre o bom e o verdadeiro, pela analogia com a distinção entre juízos

cegos e juízos evidentes. Os juízos cegos são prejudicados por preconceitos de diversas origens e, em razão deles, o que é admitido tanto pode ser verdadeiro, como pode ser falso. Os juízos evidentes “são o princípio da contradição e das chamadas percepções internas, que nos dizem que temos agora sensação de som ou de cor; e que pensamos que queremos isso ou aquilo.”²³ Há, na concepção de Brentano, uma diferença análoga na esfera do agrado e do desagrado, que permite o acesso ao conceito de “bom”.

8.6 A pluralidade do “bom” e o “melhor” – a preferência

O “bom” não se encontra em uma única coisa. São muitas, diz Brentano, as coisas que conhecemos como boas. Então surge a pergunta: o que é, entre tudo que é bom e, principalmente entre tudo que é o bom exequível, o melhor? Essa interrogação vai conduzir a outra: “Qual é o bem prático supremo que, como fim, há de dar a medida para nossa ação?”²⁴

Se, para o conceito de “bom”, foi decisivo o amor, pois o bom é o que é amado de modo “justo”, o conceito de “melhor” vai requerer a apreensão de um outro fenômeno, já que o melhor será buscado entre duas ou mais coisas que são amadas de modo “justo”.

O melhor não é o que merece ser amado com mais intensidade, porque a intensidade do amor não pode ser medida. “E, sem embargo, devemos dizer que o melhor é o que, com razão, é mais amado.”²⁵

O que pode significar o mais amado, se, no amor, não é cabível a medida da intensidade? O “mais”, esclarece Brentano, não se refere à relação de intensidade entre atos, mas a uma espécie particular de fenômenos que pertencem à classe geral do agrado e do desagrado: o fenômeno da preferência. Esse fenômeno ocorre somente na classe das emoções. Ele não se dá na esfera da representação. Na classe dos juízos há uma semelhança imperfeita, na decisão de

23 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 41-42.

24 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 46.

25 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 48.

uma questão colocada de forma dialética: “É isto verdadeiro ou falso? Aí se dá uma espécie de preferência, mas sempre como preferência do verdadeiro sobre o falso, nunca do “mais” verdadeiro sobre o menos verdadeiro, porque o que é verdadeiro o é por inteiro.”²⁶

Nem todo “bom” é bom de modo igual e o melhor não é outra coisa que o preferível a outro bem, isto é, o que com preferência justa é preferido a outra coisa boa por si mesma. É pelo fenômeno da preferência que se conceitua o “melhor”.

8.7 O problema da preferência

O fenômeno da preferência remete as reflexões de Brentano para outra questão que é, justamente, a de quando conhecemos que algo é em si mesmo preferível a qualquer outra coisa. E ele apresenta três critérios para solucioná-la: 1. o de preferir algo bom e já conhecido como bom a algo mau e já conhecido como mau; 2. o de preferir a existência de algo conhecido como bom à sua inexistência, ou a não existência de algo conhecido como mau, à sua existência; 3. o de preferir um bem a outro que, ainda que não constitua parte dele, é, em todos os sentidos, igual à dita parte.²⁷

Embora discordando de Brentano quanto à natureza da preferência, que não concebe como simples escolha, Max Scheler encontrou em suas propostas, principalmente no segundo dos critérios por ele oferecidos, a base para lançar os axiomas que regem as relações entre o ser dos valores e a existência. Essas relações, por sua vez, iriam ter uma fundamental importância, em sua doutrina, na busca das conexões entre normas e valores.

8.8 O bem prático supremo

Entende Brentano que, quando faltam os critérios, não descobrimos nenhuma preferibilidade interior. A resposta à questão da preferência, adverte ele,

26 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 49.

27 Cf. BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 50-53.

jamais poderia ser dada pelo hedonismo, com seu princípio de que “só o prazer é um bem e o prazer é o bem”, porque seria ridículo tentar medir a quantidade de prazer, para se afirmar que um é duplamente maior que outro.

No caso de ausência de critério, a proposta de Brentano é a de se buscar a harmonia no concurso das disposições nobres, na realização do bem prático supremo. Este é o bem exequível, cuja realização possa alcançar o mais amplo domínio de nossas atuações. A esfera do bem prático supremo é por ele definida como “toda a esfera submetida à nossa ação racional, enquanto nela pode se realizar um bem. Não só o próprio eu, como a família, a cidade, o Estado, o mundo inteiro atual dos seres vivos terrestres, e ainda os tempos do futuro, podem entrar nessa consideração.”²⁸

8.9 Leis jurídicas e leis morais positivas

É com base no critério do bem prático supremo e nos deveres de amor para com ele que Brentano firma a sua concepção a respeito da origem do dever jurídico e da sanção natural nos limites do jurídico: “O homem está determinado eticamente a viver em sociedade. Para que cada homem não signifique mais um estorvo que um auxílio, hão de existir limites à livre atuação de cada personalidade. Esses limites necessitam de uma determinação rigorosa por estatutos positivos e um afiançamento por parte do poder público que os mantém.”²⁹

Mas, além das leis jurídicas, há, na sociedade, as leis morais positivas. Trata-se aí da pura moralidade positiva, composta de mandamentos positivos, em que as condutas são aprovada ou reprovadas pela opinião pública. Tanto a Moral positiva como o Direito positivo podem conter disposições justas ou equivocadas. O critério para que suas disposições sejam tidas como verdadeiramente obrigatórias é a sua concordância com as regras que são reconhecidas

28 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 56.

29 BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 58-59.

ELZA MARIA MIRANDA AFONSO

pela razão como deveres de amor para com o bem prático supremo. É nesse reconhecimento que, na concepção de Brentano, se assenta a sanção natural, que é a mesma, no Direito e na Moral.³⁰

8.10 Relatividade das leis – Permanência do princípio ético

Quando se volta para a questão da relatividade das regras éticas, Brentano a considera em um duplo sentido. Os preceitos éticos variam no tempo e nas diferentes circunstâncias da vida social. Em diferentes situações dispomos de diferentes meios e disso resulta que elas se regerão por diferentes preceitos especiais. Nesse sentido, admite a relatividade do ético, ou seja, das regras éticas. Mas a relatividade é falsa, diz, diante do princípio da ética que goza de validade sem exceção; o de que devemos tomar por critério de ação o bem máximo da mais ampla esfera.

Após considerar, na perspectiva histórica, a passagem dos motivos e das disposições inferiores para o desenvolvimento das mais nobres disposições, Brentano conclui que o Direito natural e a moralidade natural não ocuparam o plano primeiro, mas ocuparão o último, na história da evolução jurídica e moral.³¹

9 AS CONTRIBUIÇÕES DE MAX SCHELER

Max Scheler³² é considerado, ao lado de Nicolai Hartmann, o mais importante nome da axiologia jurídica que se desenvolve no século XX.

30 Cf. BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 59-60.

31 Cf. BRENTANO, Franz. *Op. cit.*, p. 74-77.

32 Max Scheler nasceu em Munique, em 22 de agosto de 1874 e morreu em Frankfurt, em 19 de maio de 1928. Filho de pai luterano e mãe judia-ortodoxa, converteu-se ao catolicismo quando adolescente. Estudou Medicina e Filosofia e Sociologia, com Dilthey e Simmel, e lecionou em Jena, em Munique e em Colônia. Deixou uma vasta obra, na qual se destacam *O Eterno no Homem*, *A Natureza da Simpatia*, *Sociologia do Conhecimento*, *A Reviravolta dos Valores* e a mais importante delas para a Filosofia dos Valores: *O Formalismo na Ética e a Ética Material dos Valores* (*Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*), traduzida em várias línguas, cuja primeira edição alemã é de 1916.

No ano em que ele morreu, Ortega Y Gasset dedicou-lhe um belo artigo, que conclui por dizer: “*La muerte de Max Scheler deja a Europa sin la mente mejor que poseía ...*”. Na obra de Scheler, o filósofo espanhol vê o momento raro da conjugação do entusiasmo arrebatador e da mais plena serenidade:

*“Su obra se caracteriza por la más extraña pareja de cualidades: claridad y desorden. En todos sus libros – sin arquitectura – se habla de casi todas las cosas [...] vivia mentalmente atropellado de pura riqueza. [...] No há escrito una sola frase que no diga em forma directa, lacónica y densa, algo esencial, claro, evidente y, por tanto, hecho de luminosa serenidad. Pero tenía que decir tantas seriedades, que se atropellaba, que iba dando tumbos, ebrio de claridades, beodo de evidencias, borracho de serenidad.*³³

O artigo de Ortega Y Gasset significativamente se intitula: *Max Scheler (Un Embriagado de Esencias, 1874-1928)*.

Scheler buscou fundamentar uma ética material, que não fosse uma ética de bens e de fins, que não tivesse validade indutiva, empírica e *a posteriori*, que não fosse uma ética de êxitos e de resultados, que não fosse hedonismo, que não fosse heterônoma, que não se fundasse no dever, que pudesse descobrir e fundamentar a dignidade da pessoa, que não fundasse suas valorações no egoísmo. E, nesse trabalho, construiu uma teoria dos valores, que extravaza o terreno do fenômeno dos fatos morais e ganha todo o campo da axiologia.

10 UMA BREVE DIGRESSÃO: ÉTICA DOS VALORES E ÉTICA NORMATIVA

Scheler investiga as relações entre o valor e o dever, o valor e a norma, com a preocupação voltada para a distinção entre a Ética dos Valores e a Ética

33 ORTEGA Y GASSET. *Op. cit.*, p. 143-148.

dos Imperativos, ou seja, uma Ética fundada em valores e uma Ética fundada no dever.

Nesse ponto, embora o objeto de nossas indagações não seja a Ética, é oportuno fazer uma breve digressão, pela importância que o tema tem, também, para o Direito.

A Ética, como decorre da concepção de Max Scheler, não é uma ética imperativista. Seu objeto não são normas e deveres impostos por normas. “Ética” – como ele a conceitua – é, sobretudo, a formulação, em juízos, do que é dado na esfera do conhecimento moral. E essa ética é filosófica desde que se limite aos constituintes apriorísticos do que é dado de modo evidente no conhecimento moral.³⁴ O conhecimento que oferece a matéria para a Ética é o conhecimento de valores, ou intuição axiológica, que se funda, primeiramente, na percepção-afetiva e na preferência e em definitivo no amor e no ódio. É, ainda, o conhecimento das correlações entre valores, de sua superioridade ou de sua inferioridade, o conhecimento moral. O que podemos exigir de uma Ética, diz Scheler, é que ela estabeleça de modo sólido a ordem dos valores, fundada na essência mesma dos valores, na medida em que essa ordem é independente de todos os sistemas possíveis de bens e de fins.³⁵ Essa ordem é uma hierarquia, fundada em relações de essências. A Ética não se confunde com o conhecimento da moralidade positiva, que Scheler denomina “ética”, entre aspas, de um tempo. Esta é a formulação de juízos judicatórios e verbais de valores e de relações hierárquicas entre eles e de princípios de apreciação e normação fundados sobre aqueles valores. Essa “ética” de um tempo tem tudo a ver com o *ethos* que se manifesta na história e, como tal, é sujeita a todas as variações que nele se processam.

É interessante observar, porque isso toca de perto nossa realidade político-social, onde têm aparecido, nos últimos tempos, tantas propostas de “éticas” práticas, que Scheler distingue, no contexto da ética do tempo, aquela da intuição prático-natural do mundo, que se exprime através de máximas e pro-

³⁴ SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 91-92.

³⁵ SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 120.

vérbios tradicionais, e aquela *mais ou menos científica* que se esforça por justificar aquelas éticas aplicadas. No primeiro sentido, diz Scheler, a ética aparece como um corolário constante do *ethos* e, no segundo, “sua aparição é sempre ligada a processos de decomposição de um *ethos* existente.”³⁶

Os resultados das investigações de Scheler são extremamente instigantes para o Direito, tanto porque demonstram que o domínio dos valores é muito mais amplo do que o do dever-ser, onde se situam deveres e normas, como porque desvelam as relações entre valores e deveres, sejam estes ideais ou normativos. Esses estudos abrem novos horizontes para as pesquisas das relações entre valores e normas no Direito e mesmo para as relações entre o Direito e a Ética.

No Direito, freqüentemente, essas relações são buscadas no plano da normatividade, no quadro de concepções que somente vêm a Ética como ciência de normas morais, ou como moralidade positiva. Assim, por exemplo, em Kelsen, que trabalha com um conceito de Ética como ciência das normas morais positivas. Conseqüentemente, em sua doutrina, é estabelecido o paralelo entre a Ética, como ciência que tem por objeto o sistema de normas morais positivas, postas na realidade, e a Ciência do Direito, que tem por objeto o sistema de normas jurídicas positivas, postas na realidade. “O que é comum – diz Kelsen – a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever-ser, o caráter de normas.”³⁷ Concepção semelhante se encontra em García Máynez, que, em seu livro *Ética*, que tem como subtítulo “Ética Empírica, Ética de Bienes, Ética Formal, Ética Valorativa”, entende: “El objeto que la ética, en cuanto disciplina filosófica, se propone definir e explicar, es la moralidad positiva, o sea, el conjunto de reglas de comportamiento y formas de vida a través de las cuales tiende el hombre a realizar el valor de lo bueno.”³⁸

³⁶ SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 317-318.

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 102.

³⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Ética*. México: Editorial Porrua, 1990, p. 12.

A Ética como ciência das normas morais é a de que mais se ocuparam os juristas. Todo estudante de Direito se lembrará das distinções entre Direito e Moral, feitas através de critérios que levam em conta a natureza ou as especificidades das normas, jurídicas e morais.

11 ALGUNS TÓPICOS DO PENSAMENTO DE MAX SCHELER

Assim como abrimos espaço para as sementes lançadas por Brentano, para o florescimento da Teoria dos Valores, convém, agora, nos reportarmos a alguns pontos do pensamento de Max Scheler, que ocupa um lugar de importância fundamental, dentre as doutrinas axiológicas.

11.1 Os valores e os depositários de valores

Em Scheler, os valores não são originariamente propriedades pertencentes às coisas. Não são poderes ou faculdades ou disposições ínsitas nas coisas e capazes de determinar no sujeito estados afetivos. Não são sentimentos e estados sentimentais. Não são coisas, bens ou relações. E não são idéias.

Os valores são essências e poderiam ser aproximados, em termo de categorias, às qualidades. São qualidades materiais, que estão ligadas entre si por uma determinada hierarquia.

Como qualidades materiais, os valores não derivam das coisas, bens, seres ou pessoas, mas neles se depositam, neles têm o seu suporte, neles se revelam, saindo do plano da essência para o domínio da existência. São depositários de valores todas as coisas e todos os seres que existem. São suporte de valores coisas, objetos, animais, plantas, acontecimentos, atos, pessoa. Os bens são coisas valiosas, não enquanto propriedade das coisas, mas quando formam com elas uma unidade axiológica.³⁹

³⁹ Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 37-48.

Há valores materiais, valores estéticos, valores vitais, valores morais e os valores do sagrado. Os valores morais, são específicos da pessoa e, apenas por se referirem à pessoa, referem-se aos atos de vontade e às ações. Os valores não se esgotam na esfera do humano, mas alcançam a dimensão do mundo e de tudo que nele se encontra. Assim, por exemplo, os valores do agradável e do útil são essencialmente valores de coisas e acontecimentos. O nobre e vulgar são valores vitais, ou valores da vida, e têm como depositários os seres vivos. São próprios dos homens, dos animais, das plantas, de todos os seres vivos. O bom e o mau são valores éticos, que têm por depositário, essencialmente, a pessoa e, por referência a esta, o ato. Não existem coisas, ou acontecimentos, moralmente bons ou maus.⁴⁰

As variações e alterações nos suportes dos valores não afetam a essência destes. O que era, por exemplo, suporte do valor do agradável, ou do valor do útil, ou do valor do belo, pode se esvanecer, deteriorar e perecer, assim como um perfume, um utensílio ou um quadro. Mas o valor do agradável, do útil e do belo não se destrói, com a destruição daquilo que era seu suporte.

11.2 A questão gnoseológica – A cisão entre razão e sensibilidade

Como penetrar no conhecimento dos valores? A via desse conhecimento, conforme sustenta Scheler, tem sido prejudicada por um antigo preconceito que se firmou no campo da filosofia e que resultou na defeituosa redução das fontes do conhecimento. Primeiro, a estrutura do espírito humano foi cindida em duas partes: razão e sensibilidade. Em seguida, situou-se no campo da sensibilidade tudo que não era razão. A vida emocional não encontrou lugar próprio nessa divisão, tendo sido alijada para o campo da sensibilidade.

Nesse ponto, florescem, nas concepções de Scheler, as sementes lançadas por Brentano.

⁴⁰ Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 106-130.

“Os filósofos” – diz Scheler – “há longo tempo se inclinaram a um preconceito, que ainda hoje continua vivo e que tem a sua origem na maneira de pensar dos antigos. Ele consiste em aplicar à estrutura do espírito uma divisão absolutamente inadequada e a separar ‘razão’ e ‘sensibilidade’. Esse preconceito consiste em atribuir à sensibilidade tudo que não é razão. Assim, é-se forçado a reduzir ao domínio da sensibilidade o conjunto de nossa vida emocional, e, entre a maioria dos filósofos modernos, o conjunto também de nossas tendências, assim como o amor e o ódio. Uma outra consequência dessa divisão defeituosa é de fazer depender tudo que, no espírito, é exterior à lógica (a intuição, a percepção-afetiva, a tendência, o amor e o ódio, etc.) da ‘estrutura orgânica psicofísica’ do homem, vendo-se nela somente produtos do ambiente e de suas ações eficazes.”⁴¹

É preciso, afirma Scheler, acabar com esse preconceito que reduz o espírito humano à alternativa “razão” e “sensibilidade” e admite que ele nada pode receber senão dessas duas fontes.⁴² Na história, houve tentativas de superar esse dualismo, como mostra Scheler, remetendo-se ao pensamento de Santo Agostinho e de Pascal, mas elas não encontraram terreno propício a seu desenvolvimento.⁴³

11.3 Uma nova via de apreensão dos valores

Os valores, na doutrina de Scheler, não são conhecidos pela via da razão, nem da sensibilidade. São apreendidos por um ato de percepção-emocional, que em tudo se distingue do conhecimento discursivo e da intuição sensível. Eis, em síntese, o núcleo de sua concepção:

41 SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 265-266.

42 SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 86.

43 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 266 *et seq.*

Os valores são dados primitivamente e unicamente em um perceber-emocional de algo, ou um perceber-sentimental de algo, o que não significa dizer que consistam em uma relação de algo a estados de sentimentos, atuais ou possíveis.⁴⁴ O valor não está condicionado a que seja efetivamente percebido, pois ele é distinto da percepção-afetiva, de modo que o desaparecimento desta não suprime a existência dele. Por outro lado, a percepção-afetiva intencional não se confunde com sentimentos e estados sentimentais. Os estados afetivos pertencem ao domínio dos conteúdos e dos fenômenos e, a percepção-afetiva, às funções encarregadas de apreender conteúdos e fenômenos.

O conhecimento dos valores se funda primeiramente sobre a percepção-afetiva e a preferência e em definitivo sobre o amor e o ódio. A intuição axiológica é também conhecimento das correlações entre valores, de sua superioridade e de sua inferioridade. Mas os valores e suas hierarquias não aparecem à “percepção” ou à “observação” interna (na qual é dado unicamente o psíquico), mas surgem de um intercâmbio vivo com o mundo (seja esse mundo físico, psíquico ou outro), no amor e no ódio mesmos, quer dizer, na trajetória do cumprimento desses atos intencionais.⁴⁵

A preferência e a subordinação nos permitem apreender os valores em sua superioridade e sua inferioridade, em uma hierarquia que não é produto da escolhas pessoais, mas reside nas conexões de essência entre os valores.⁴⁶

A preferência, em Scheler, não é dada pela aplicação de critérios, como propôs Brentano. Ela é o próprio ato de conhecimento daquilo que tem precedência, na escala axiológica. A preferência, conforme sustenta, não é ato de mera escolha ou de eleição, mas ato de conhecimento axiológico, no qual se capta o fato de que um valor é superior ao outro.⁴⁷ A superioridade de um valor nunca é dada antes do preferir mas sim no próprio ato do preferir. A hierarquia

44 SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 255-257

45 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 90.

46 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 108-111.

47 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 109.

dos valores é invariável, mas em princípio, em virtude de múltiplos fatores, as regras de preferência variam na história.

O amor e o ódio são os guias, os faróis, da percepção-afetiva dos valores positivos e negativos. Eles não são, em Scheler, “estados-afetivos sensoriais”, mas fazem parte de nossa própria estrutura e constituem o nível superior de nossa vida emocional de caráter intencional.⁴⁸ São uma espécie de “reações de resposta” ao ser superior e ao ser inferior dos valores afetivamente-percebidos, como são dados na preferência. Mas não são quaisquer reações de resposta, porque são atos espontâneos. “O amor não se manifesta a título de resposta em direção a um valor já percebido e preferido, mas atua na nossa apreensão dos valores como um detetor, papel que somente ele pode ter e que constitui um movimento em cujo processo se irradiam e iluminam novos valores e valores superiores, ainda desconhecidos ...” O amor não resulta da percepção-afetiva dos valores e da preferência, “mas as precede, como seu pioneiro e seu guia.”⁴⁹

11.4 Relações entre essência e existência

É da essência dos valores, afirma Scheler, cindirem-se em valores positivos e valores negativos, como belo-feio, bom-mau, agradável-desagradável.⁵⁰ Mas é impossível se ter por positivo e negativo o mesmo valor.

Os valores, enquanto essências, são indiferentes à existência. Contudo, há relações do ser existencial com os valores positivos e negativos. Essas relações, Scheler, partindo das contribuições de Brentano, explicita através dos axiomas:

“A existência de um valor positivo é, em si mesma, um valor positivo. A existência de um valor negativo é em si mesma um valor negativo. A

48 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 86, 272.

49 SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 273.

50 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 103.

inexistência de um valor positivo é em si mesma um valor negativo. A inexistência de um valor negativo é em si mesma um valor positivo.”⁵¹

Esses axiomas são de fundamental importância para as conexões de essências, que, como veremos, Scheler aponta, entre o valor e o dever-ser.

11.5 Juízos de valor e juízos de dever-se

Os juízos de valor, conforme assevera Scheler, não são redutíveis aos juízos de dever-ser. O campo de abrangência dos primeiros é muito mais extenso do que o que pode ser alcançado pelos segundos. Podemos falar de valor para não importa qual suporte mas não podemos dizer, em relação a todos os suportes, que eles “devem ser” de tal ou de tal maneira. Podemos, por exemplo, falar na beleza de um pôr-do-sol, reconhecendo o valor estético do belo, mas não podemos falar que o pôr-do-sol *deve ser* não importa de que modo. Essa limitação, segundo Scheler, não ocorre somente em relação aos objetos naturais, mas existe, também, no plano estritamente moral, onde as exigências somente podem ser dirigidas aos atos que pertencem à conduta. Não tem sentido, nesse campo, por exemplo, falar-se em um “dever-querer”.⁵²

O juízo que afirma “essa conduta é boa” não é a mesma coisa que o juízo que afirma “essa conduta deve ser”. Entretanto, para que uma obrigação entre em cena, é preciso que um valor tenha sido previamente apreendido. Cada vez, afirma Scheler, que dizemos que uma coisa “deve” acontecer ou ser, nós concebemos uma relação entre um valor positivo e um suporte real eventual desse valor. Para que uma ação seja obrigatória, é preciso um ato-intencional que visa o valor dessa ação. O dever-ser não consiste na relação entre valor e realidade, mas se constrói sempre em virtude da essência dessa relação.

51 SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 103.

52 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 201.

11.6 Dever-ser ideal e dever-ser normativo

Em Scheler, todo dever-ser, toda obrigação, se funda sobre um valor, considerado em conexão com um ser real possível.⁵³ Mas ele faz a distinção entre o dever-ser ideal e o dever-ser normativo, que é considerado em relação com um querer possível, destinado a realizar o dever como obrigação.

O dever-ser ideal é essencialmente fundado sobre a relação entre valor e realidade, enquanto que o dever, que decorre do dever-ser normativo, como “obrigação”, comporta uma orientação para a realização de um valor que não se encontra no plano da realidade.⁵⁴

A obrigação normativa representa, ao mesmo tempo, uma exigência e uma ordem referidas a uma tendência. Quando se fala em “dever” e em “norma” não se pensa jamais na obrigação ideal, mas sim em sua especificação sob a forma de um imperativo.⁵⁵

As relações entre o dever-ser ideal, que se refere a uma obrigação ideal, e os valores repousam sobre dois axiomas fundamentais: tudo que possui um valor positivo deve-ser, e tudo que possui um valor negativo deve não-ser. Essa, adverte Scheler, não é uma relação de reciprocidade. Toda obrigação se funda sobre valores, mas os valores não se fundam jamais sobre uma obrigação ideal.

No conjunto de valores, só estão em relação imediata com a obrigação aqueles que repousam sobre a existência ou a não-existência de valores. Em princípio os valores são dados como indiferentes à existência e à não-existência. Todo dever-ser, ao contrário, é imediatamente referido à esfera da existência e da não-existência dos valores.

Diferentemente dos valores, a obrigação não é indiferente à existência e à não-existência possíveis de seu conteúdo. Toda obrigação é o dever-ser de alguma coisa. Sempre que dizemos que uma coisa deve ser, nós a concebemos à título de não existente (e cada vez que dizemos que uma coisa deve não-ser,

nós a concebemos à título de existente), observando-se que no dever-ser não há referência só ao futuro, porque ele pode visar igualmente o presente e o passado.⁵⁶

Pertence à essência de um conteúdo dado positivamente como devido que esse conteúdo esteja dado como inexistente. O dever-ser nunca pode indicar por si mesmo o que são os valores positivos. Define-os sempre como o contrário dos valores negativos. Todo dever-ser (e não unicamente o não-dever-ser) está dirigido a excluir desvalores, mas não a por valores positivos.

11.7 Valor e norma

O dever-ser ideal e o dever-ser normativo se distinguem, na concepção de Scheler, sobretudo pelo caráter de exigência, ausente no primeiro e presente no segundo, através da imposição da norma. Uma obrigação ideal nunca é, por si mesma, uma exigência, uma obrigação, uma imposição. Para que ela se torne uma exigência, afetando a vontade, é preciso, primeiramente, que haja um ato imperativo, qualquer que seja a via pela qual ele toque o querer, seja a via da autoridade ou a da tradição.⁵⁷

A idéia de um dever remete, sempre, a um comando e a uma constrição, pois todo dever é sempre dever perante alguém e supõe a idéia de uma autoridade, na sua imposição. Na base de toda proposição imperativa se encontra o “não dever-ser” de uma tendência. É a razão pela qual, no plano histórico, as proibições precedem às prescrições. Mas nas prescrições são dados valores, cuja realização elas ordenam, partindo da visão de uma contra-estimulação possível da tendência oposta a essa realização.⁵⁸

53 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 202.

54 SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 203.

55 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 226.

56 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 223.

57 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 226-227.

58 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 227.

As relações dos valores com as normas demonstram que eles não se confundem com elas. Todos os imperativos, todas as normas podem variar, tanto ao longo da história, como nas diversas comunidades, enquanto permanecem constantes os mesmos valores. Podem variar os imperativos, ainda que continuem constantes os mesmos princípios da obrigação ideal. Podem surgir normas muito diversas para as distintas comunidades, mas disso não se pode concluir que não haja os mesmos princípios ideais de dever-ser dentro dessas comunidades. A identidade dos valores e sua hierarquia não é motivo para se concluir que devem valer para todos os homens iguais leis normativas morais. Onde não há, por exemplo, uma tendência oposta à existência de um determinado valor, não há nenhum sentido em se estabelecer norma exigindo a realização de uma obrigação fundada naquele valor. Toda obrigação imperativa pressupõe uma tendência à qual se aplica, à título de proibição ou de prescrição, a ordem fundada sobre uma obrigação ideal. Todo dever é a obrigação imediata à um fazer e visa sempre a uma pessoa determinada. Nós não podemos ser obrigados a um ato de vontade como somos a uma ação.⁵⁹

As normas não alcançam todos os atos de nossa conduta. Primeiramente, porque nenhuma norma pode obrigar alguém a querer, e ainda porque, se isso fosse possível, nem todos os nossos atos são atos de vontade. A preferência, por exemplo, é ato de conhecimento axiológico e não concerne à vontade. Os atos de amor e de fé não são atos de vontade. Como muito bem afirma Scheler, atos como ato de fé e ato de amor não são determináveis por imperativos e normas.⁶⁰

As normas, em sua concepção, não constituem os elementos primitivos últimos da vida moral. Onde há discernimento do valor moral de uma conduta, não há nenhuma necessidade de se falar em dever e em normas.⁶¹

59 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 230-234.

60 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 234-235.

61 Cf. SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 208, p. 232.

12 AS CONTRIBUIÇÕES DE HANS KELSEN

Hans Kelsen⁶² é considerado o nome mais importante do normativismo jurídico. Nenhum teórico do Direito se bateu tanto quanto ele para caracterizar o Direito Positivo como um sistema de normas e para aclarar a natureza daquilo que se pode designar como norma. As reações provocadas por sua doutrina foram intensas, mas é inegável o amplo reconhecimento de suas inestimáveis aportações para a construção da Ciência do Direito. São muitos os aspectos relevantes de seus estudos, mas aqui vamos nos limitar a considerar, de forma sucinta, aqueles que se voltam diretamente para as normas e os valores.

12.1 A norma

Toda norma, como sustenta Kelsen, na Teoria Pura do Direito e em outras obras, é estabelecida por um ato de vontade. A norma não é produzida por um ato de conhecimento, não é algo que possa ser deduzido da razão ou através dela. E, não sendo um ato de conhecimento, a norma não pode ser confundida com a proposição que a descreve, cuja formulação é função da ciência que tem as normas por objeto.

Esse ponto da teoria de Kelsen levou a inúmeras interpretações equivocadas, como se em sua concepção a norma fosse o próprio ato de vontade. Kelsen sempre refutou esse equívoco, reafirmando que o ato de vontade pertence ao domínio do ser, enquanto a norma se situa no plano do dever-ser. Embora o ato de vontade seja imprescindível para a produção da norma, ela

62 Kelsen nasceu em 11 de outubro de 1881, em Praga. Foi professor de Filosofia do Direito e de Direito Internacional Público em Viena, Colônia, Praga e no Instituto de Altos Estudos Internacionais, de Genebra. Com o advento do nacional-socialismo, passou a sofrer perseguições por causa de sua origem judaica e refugiou-se nos Estados Unidos da América, em 1940. Obteve a cidadania americana e lecionou nas Universidades de Harvard e da Califórnia. Deixou uma vasta obra publicada em vida e, depois de sua morte, em 19 de abril de 1973, o Instituto Hans Kelsen, fundado em Viena, em 1971, passou a organizar e a publicar seu espólio literário.

não se confunde com ele. “É errôneo – diz Kelsen – “se caracterizar a norma em geral e a norma jurídica em particular como ‘vontade’ ou ‘comando’ – do legislador ou do Estado, quando por vontade ou comando se entenda o ato de vontade psíquica.”⁶³

A norma, como a concebe Kelsen, e não só a norma jurídica, é o sentido de um ato de vontade, e mais precisamente, o sentido objetivo que possuem certos atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem.⁶⁴

Conforme explicita, todo ato de vontade que intencionalmente visa a conduta do outro tem o sentido subjetivo de um dever-ser. Esse sentido de dever-ser é exatamente o de que o outro deve se comportar de determinada maneira. Isso significa que normas não constatam fatos, não descrevem o que é, mas prescrevem a conduta que deve ser cumprida. Entretanto, nem sempre o ato de vontade intencional tem também o sentido objetivo de um dever-ser, que exprime sua obrigatoriedade do ponto de vista do autor do ato, daquele a quem o dever-ser se dirige e do terceiro desinteressado.

Atos de vontade podem ter o sentido de um dever-ser sem que possam ser interpretados como norma. O que confere ao ato de vontade intencionalmente dirigido à conduta de outrem, que já encerra o sentido subjetivo de dever-ser, também o sentido objetivo de um dever-ser, é uma norma válida. E somente quando ao sentido subjetivo de dever-ser do ato de vontade se agrega o sentido objetivo de dever-ser, pode ele ser considerado como uma norma válida. Em outras palavras, a norma se funda sempre em outra norma.

Na concepção de Kelsen “Norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém.”⁶⁵

Nessa definição estão delimitadas as funções da norma, de imposição/proibição, de permissão, no sentido positivo, de autorização, e também a de derrogação, enquanto a abolição da validade de uma norma por outra norma corresponde à supressão de um dever-ser.

O sentido de dever-ser, próprio da norma, não se refere ao futuro, não é temporal. Ele não pode ser confundido com o domínio temporal de validade da norma. Este, sim, estende-se no tempo, e tanto pode alcançar o passado, o presente ou o futuro. É por isso que a questão da retroatividade e da irretroatividade das leis tem ocupado a atenção especial dos juristas e que, em algumas matérias, a irretroatividade, em alguns ordenamentos jurídicos, tem recebido especiais garantias, no plano constitucional, ou no da lei ordinária.

As normas, como sentido de ato de vontade, são normas postas, normas positivas, pois somente se pode encontrar um sentido de dever-ser na vontade exteriorizada. Mas a norma pode ser também apenas pensada. Então ela não é posta. Se é apenas pensada, falta-lhe o ato de vontade, sem o qual ela não se positiva. É nesse sentido que Kelsen concebe a norma fundamental, que se constitui em hipótese lógico-transcendental da Ciência jurídica, para dar unidade à pluralidade de normas jurídicas positivas que compõem o sistema jurídico.

A validade da norma, em Kelsen, somente pode ser afirmada quando ela se encontra dentro de um sistema normativo, e não isoladamente, porque sua própria existência, como sentido objetivo de um dever-ser, depende de outra norma. A norma é válida quando estabelecida de acordo com a norma superior do sistema a que pertence e com fundamento nela.

12.2 A ordem normativa – Prescrição e proibição de condutas

A ordem social é, na doutrina de Kelsen, uma ordem normativa, que regula a conduta humana – ações e omissões –, na medida em que ela está em

63 KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 29.

64 Cf. KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 21. V. também *Théorie générale des normes*. Trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 2 *et seq.*

65 Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 22. *Théorie générale des normes*, cit., p. 3 *et seq.*, p. 33 *et seq.*, p. 125 *et seq.*

relação, mediata ou imediata, com outras pessoas.⁶⁶ E a função de qualquer ordem social, do ponto de vista psico-sociológico, é de obter uma conduta, ou seja, fazer com que as pessoas omitam ações consideradas prejudiciais e realizem ações socialmente úteis.

As condutas, conforme expõe ele, podem ser prescritas ou proibidas pelas ordens sociais de dois modos: sem que à observância ou à inobservância das mesmas seja vinculada qualquer consequência, ou ligando-se à conduta desejada uma vantagem ou prêmio e, à conduta oposta, uma desvantagem ou uma pena, no sentido de privação de um bem. A reação da ordem social a uma conduta com uma vantagem ou uma pena se baseia no princípio retributivo que, na Ciência do Direito, iria se desenvolver em princípio da imputação. E, por ele, o conceito de sanção compreende tanto o prêmio como a pena.

O Direito, afirma Kelsen, se distingue das demais ordens sociais porque prescreve uma conduta pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem: “uma conduta pode ser considerada como prescrita na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção. A conduta condicionante da sanção é proibida e a que permite evitar a sanção é a prescrita.”⁶⁷

Ser prescrita não é a mesma coisa do que ser devida, como adverte Kelsen. O ser prescrito se refere à conduta e o ser devido é dirigido à consequência de sua não observância. O que é devida é a sanção. Mas o que é prescrita é a conduta capaz de evitar a sanção, ou seja, aquela contrária ao ilícito. Há um dever jurídico estabelecido pelo Direito, de observância da conduta contrária à descrita como ilícita. Em caso de não observância da conduta prescrita, há o “ser devida a sanção”, isto é, o dever-ser dirigido ao órgão aplicador do Direito.

Kelsen vê o Direito como uma ordem coativa no sentido de que, quando a sanção é uma pena, ela deve ser aplicada, no caso de resistência, com o recurso à força física. E a ordem social que estatui atos de coerção, como reação a uma determinada conduta considerada indesejável, é uma ordem coativa.

⁶⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 35 *et seq.*, p. 48 *et seq.*, p. 56 *et seq.*

⁶⁷ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 49-50.

Contudo, ele adverte que dizer que o Direito é uma ordem coativa não significa que a efetivação das normas jurídicas tenha de ser realizada sempre pelo emprego da força. Significa que o Direito estatui atos de coação, que são atribuídos à comunidade jurídica, que tem o monopólio da coação.

A ordem jurídica pode conter normas que prevêem recompensas para determinadas condutas, normas em que a consequência normativa não é punitiva, mas, sim, premial. Mas não são essas normas que caracterizam a ordem jurídica, mesmo porque elas não estão presentes em todos os ordenamentos jurídicos.⁶⁸

12.3 A norma como medida de valor

O valores ocuparam muito das reflexões de Kelsen, que deixou suas concepções referentes a eles em várias passagens da *Teoria Pura do Direito*, da *Teoria Geral do Direito e do Estado*, da *Teoria Geral das Normas*, de *A Justiça e o Direito Natural*, de *A Democracia*, de *A Ilusão da Justiça*, de *O que é a Justiça?*

Kelsen percebe claramente que onde há normas há valores. Há, em seu pensamento, uma íntima relação entre normas e valores. Toda norma é expressão de um valor, diz ele, um valor moral, se se trata da norma moral, e um valor jurídico, se se trata da norma jurídica. “Norma e valor” – afirma – “são conceitos correlativos.”⁶⁹

Os valores, entretanto, para ele, são relativos e subjetivos. E somente se revestem de objetividade quando instituídos pela norma. É a norma que constitui o valor e, fora da norma, os valores permanecem no plano da subjetividade.⁷⁰

Não obstante, Kelsen ressalva que a posição relativista não tem como consequência a negação de valores:

⁶⁸ Cf. KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 60-63.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 102.

⁷⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 37 *et seq.*, p. 63 *et seq.*, p. 80 *et seq.*, p. 100-107.

"Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas há valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através de nossos actos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos."⁷¹

A norma, em seu entendimento, ao prescrever a conduta, funciona como medida de valor em relação à conduta real. A conduta que corresponde à norma é valorada positivamente e a que não corresponde à norma é valorada negativamente. E o juízo de valor é apenas a proposição que descreve a relação da conduta real com a norma. Para ele, os valores são arbitrários, na medida em que são constituídos pelas normas produzidas pela vontade humana. E normas instituídas pelos homens somente constituem valores relativos.⁷²

Uma das consequências que disso resulta para a Ciência do Direito é que ela, através de suas proposições normativas que descrevem as normas, limita-se a descrever os valores positivados pela norma jurídica. Ao jurista fica interditada a crítica do conteúdo das normas, mesmo porque lhe faltaria critério válido para essa crítica, já que o único critério possível seria seu próprio valor subjetivo.

Em seus estudos sobre a Justiça Kelsen perspassa todas as fórmulas através das quais a doutrina jurídica tentou defini-la, mas conclui que são vazias de conteúdo e que a Justiça absoluta é apenas um belo sonho da humanidade, um ideal irracional, estando, como todos os valores não instituídos por normas, no domínio da subjetividade.

⁷¹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 104-105.

13 PONTOS DE CONFLUÊNCIA DE CAMINHOS DIFERENTES

É curioso, e ao mesmo tempo fascinante, observar como as doutrinas de Brentano, Scheler e Kelsen, por caminhos diferentes, acabam convergindo para alguns pontos, dos quais, creio, alguns já se tornam evidentes.

Os três admitem a indissolubilidade da relação entre norma e valor e a maior amplitude do campo dos valores em relação ao das normas. Em Brentano isso se deve à pluralidade do "bom", em Scheler, à própria essência dos valores e, em Kelsen, à subjetividade dos valores.

Os três admitem a ausência de uma intrínseca normatividade nos valores e a inclusão destes no campo dos imperativos unicamente através da norma, que necessita de um ato próprio para sua existência.

Os três admitem que a norma, sendo um imperativo, se dirige à conduta, e sempre onde é possível se encontrar uma tendência contrária ao valor que ela veicula.

Em Kelsen, a norma jurídica é coativa precisamente porque visa reprimir o valor negativo da conduta qualificada como ilícita. O dever jurídico se cumpre justamente pela observância da conduta capaz de evitar a consequência jurídica da sanção, considerada como a privação de um bem. Em Scheler, normas não visam à realizar valores, mas, sim, a excluir desvalores.

Em Kelsen o valor da justiça, como o maior sonho da humanidade, é um ideal irracional, porque não pode ser apreendido pela via da razão. Em Brentano e em Scheler, valores não são apreensíveis pela via da razão.

14 PONTOS DE DISTANCIAMENTO EM CAMINHOS QUE SE CRUZARAM

É, também, instigante verificar como, tendo se aproximado em pontos extremamente importantes da relação entre normas e valores, a doutrina de Kelsen

se distancia das de Brentano e Scheler, em vários pontos, e, especialmente nas consequências da variação das normas.

Em Brentano e em Scheler a norma pode variar em razão das contingências históricas, expressando o mesmo valor. Em Kelsen, a variação das normas é um ponto problemático para o reconhecimento da objetividade dos valores. Kelsen concebe valores objetivos somente enquanto instituídos por normas e essa concepção decorre de sua admissão da subjetividade e da relatividade dos valores e, mais precisamente, da noção que ele acolhe de subjetivismo e de relativismo.

15 A QUESTÃO DA RELATIVIDADE DOS VALORES

O termo “relatividade” tem sido utilizado para significar coisas muito distintas. Assim também o termo “absoluto”, que comporta uma pluralidade de significados.

Se concebermos a relatividade dos valores como decorrência da pluralidade de valores ou do ato de preferência, sua contraposição à absolutezade dos valores levaria a se pensar que nesta só um valor é admissível ou, caso fossem admitidos vários valores, os atos de preferência dos diversos sujeitos conduziriam sempre à mesma hierarquia entre eles.

Mas a relatividade não pode ser confundida com a pluralidade de valores. A existência de uma pluralidade de valores não os torna relativos. Ela nos leva à questão da relação entre eles, na formação de uma hierarquia, em que há valores que ocupam o lugar mais alto e mais baixo.

No campo das normas, a pluralidade de valores leva à questão das escolhas daqueles que vão entrar no domínio da normatividade.

A questão da preferência e de suas variações também não atesta a relatividade dos valores. Preferência não é ato de escolha, mas de reconhecimento de prioridade. As escalas de preferência variam na história, com a variação do *ethos*. Contudo, a preferência, como todo ato de conhecimento, também está sujeita ao engano, que Scheler chama de “ilusão”, já que ele se distingue do erro

lógico. Valores não se confundem com o ato de preferência que é ato de conhecimento.

Em que sentido seria possível falar em relatividade dos valores?

16 SUBJETIVIDADE E RELATIVIDADE EM SCHELER

Quando se interroga em que sentido se pode falar em relatividade e em subjetividade dos valores, Scheler admite que o princípio da subjetividade dos valores é perfeitamente correto se ele significa que pertence aos valores, por uma necessidade-essencial, serem dados por uma espécie de “consciência de qualquer coisa”, que é justamente a percepção-afetiva. E adverte que não aceita o ontologismo absoluto, ou seja, “a afirmação segundo a qual podem existir objetos que, por essência, não seriam apreensíveis por nenhuma consciência.”⁷³

Mas, em Scheler, a questão da subjetividade não pode ser confundida com a da relatividade. O relativo nada tem a ver com o que é subjetivo. Scheler elucida essa distinção com alguns exemplos: um objeto corpóreo que se apresenta como alucinação é relativo a um indivíduo e não é subjetivo, do modo como é um sentimento. Uma alucinação afetiva é ao mesmo tempo subjetiva e relativa a um indivíduo.⁷⁴

A questão da subjetividade, para Scheler, está ligada à questão do *eu*, aos atos específicos da percepção interna. Ele não concebe o *eu* como ponto de partida da apreensão e, menos ainda, como um produtor de essencialidades.

Em seu entendimento, o *eu*, que é dado no ato da percepção interna, não nos dá a natureza, a título de representação ou de sensação. A natureza nos é dada de forma imediata no ato de percepção externa. A consciência de nós mesmos, como pessoas que efetuam atos, somente é tomada quando, ao mesmo tempo, há um ato de percepção interna, em que o *eu* se manifesta, e um ato

72 Cf. KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 37-47.

73 SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 277.

74 SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 118, nota de rodapé n. 1.

ELZA MARIA MIRANDA AFONSO

de percepção externa, onde a natureza nos é dada. Conforme exemplifica, quando dizemos *eu percebo a árvore* não é o *eu* da percepção interna que efetua esse ato. O *eu*, aí, opõe-se a um *tu*, ou seja, é uma pessoa individual que fala. Não é um *eu* que percebe a árvore, mas uma pessoa, na efetuação ao mesmo tempo de um ato de percepção interna e de um ato de percepção externa.⁷⁵

A subjetividade, em Scheler, tem a ver, assim, simplesmente com a percepção interna enquanto enclausurada em si mesma, enquanto separada do ato de percepção externa.

A questão da relatividade tem outro ponto de referência. Scheler considera a relatividade dos valores em referência ao ato ou à função necessária à sua apreensão. O valor é relativo no sentido de que necessita de uma modalidade de ato ou de função pertencente à vivência que lhe seja correspondente. Assim, no exemplo por ele oferecido: para um ser que não sente sensorialmente, não existe nenhum valor do agradável. O valor do agradável é relativo aos seres que sentem sensorialmente. Não é difícil ajuntarmos outros exemplos: não poderíamos falar no valor do bom para o ser não dotado de discernimento moral, nem nos valores espirituais e no valor do sagrado, para os seres que não são dotados de espiritualidade.

Os valores absolutos, para Scheler, nada têm a ver com a universalidade. São os que existem por uma percepção afetiva-pura, independente da essência da sensibilidade e da essência da vida. É o caso dos valores morais.⁷⁶

17 A RELATIVIDADE DOS VALORES EM KELSEN

No ensaio *Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política*,⁷⁷ Kelsen defende a tese de que os valores são relativos, e de que essa concepção é a única compatível com a Democracia.

75 SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 98-99. V. ainda p. 182, 379 *et seq.*

76 SCHELER, Max. *Op. cit.*, p. 118-120.

77 Cf. KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 345-357.

Começa por definir o absolutismo filosófico como a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano. A ela corresponde, segundo diz, uma verdade absoluta e valores absolutos, o que é negado pelo relativismo filosófico que só reconhece verdade e valores relativos. Traçando o quadro do absolutismo filosófico e político em que se desenham posturas extremamente autoritárias, que negam a liberdade e a igualdade, Kelsen afirma:

“O princípio de que os juízos de valor possuem apenas validade relativa, um dos princípios fundamentais do relativismo filosófico, pressupõe que juízos de valor antagônicos não são lógica ou moralmente impossíveis. Um dos princípios fundamentais da democracia é o fato de que cada um deve respeitar a opinião política dos demais, uma vez que todos são livres e iguais. A tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e a liberdade de pensamento, tão característicos da democracia, não têm lugar num sistema político baseado na crença em valores absolutos”.⁷⁸

É, sem dúvida, um belo ensaio, onde há uma apaixonada defesa da democracia. Mas haveria razão para se considerar a crença em valores absolutos como inimiga dos valores da democracia? A doutrina de Scheler não corresponde àquilo que Kelsen define como absolutismo filosófico. Nela, o conhecimento dos valores não é independente de uma consciência intencional, da percepção-afetiva, e, não obstante, há em Scheler um conceito de valor absoluto.

Creio que, no quadro dos argumentos utilizados por Kelsen, haveria motivos para identificarmos a crença em valores absolutos com a postura autoritária e repressiva somente admitindo, pelo menos, três pressupostos. O primeiro estaria em se atribuir aos valores uma característica que eles, intrinsecamente, não têm: o da normatividade. Os valores não são, por essência, normativos.

78 KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 355.

Eles só entram no campo das normas por processos de escolhas e por atos de vontade. Não há, portanto, razão para se pensar que, da simples admissão de um valor, como absoluto, decorresse automaticamente a sua imposição a ferro e fogo. O segundo estaria em se reduzir os valores à unicidade, o que não é viável. Há uma multiplicidade incontável de valores no mundo e na vida humana. Dessa forma, não há porque temer a crença de que os valores são absolutos se eles são plurais em limites inimagináveis. O terceiro seria o da identificação de juízo de valor com o próprio valor, o que não se pode fazer. Ou os juízos são considerados no campo da lógica, e não se confundem com o que, através deles, é afirmado ou negado, ou são considerados como apreciações, como juízos judicatórios, de aprovação ou desaprovação, e isso nada tem a ver com a essência dos valores. Juízos judicatórios antagônicos sempre são possíveis e não são eles que definem o ser dos valores, nem a consciência axiológica.

Não há, portanto, motivos para concebermos a crença em valores absolutos como sendo incompatível com os valores democráticos. Os regimes autoritários poderiam se beneficiar da mesma forma, da crença na relatividade dos valores ou na crença em valores absolutos, para justificar quaisquer escolhas arbitrárias a serem impostas em nome de qualquer coisa.

O problema do autoritarismo não está, definitivamente, na crença em valores absolutos ou na crença em valores relativos, mas no desrespeito ao valor da pessoa, na prepotência, na arrogância e no abuso do poder.

18 RELATIVIDADE E SACRIFÍCIO DE VALORES

Na linha de sua concepção de que os juízos de valor têm caráter subjetivo – já que, conforme entende, são determinados por fatores emocionais –, e caráter relativo, já que só são válidos para o sujeito que julga, Kelsen atribui o mesmo relativismo e a mesma subjetividade à hierarquia dos valores. “Vida e liberdade, liberdade e igualdade, liberdade e segurança, verdade e justiça, ape-

go à verdade e compaixão, indivíduo e nação”⁷⁹ são valores que, se entrarem em conflito, merecerão respostas diversas quanto à sua hierarquia.

Dentre os exemplos que oferece, para ilustrar seu pensamento, está o de um escravo ou o de um prisioneiro de campo de concentração, onde a fuga é impossível e que se põe a questão sobre se o suicídio é eticamente admissível. Os valores contrapostos são o da vida e da liberdade. “A resposta – diz Kelsen – depende de se decidir qual dos dois valores é maior: a vida ou a liberdade. Se a vida é o valor maior, então o suicídio não se justifica; se porém a liberdade é o valor maior, se a vida sem liberdade não tem valor, então o suicídio não apenas é permitido, mas é o indicado.”⁸⁰

O exemplo proposto por Kelsen do prisioneiro do campo de concentração (ou do escravo) não nos mostra a relatividade dos valores, vida e liberdade, tampouco a variação subjetiva de sua hierarquia. Ele nos mostra a tragédia, e uma tragédia absurda, em toda a sua dimensão, porque nela não há sequer a “hamartía”, a ação equivocada, a falha, que desencadeia a desgraça da personagem. Vida humana e liberdade, como valores, jamais podem ser incompatíveis, porquanto pertencem aos ciclos de valores que se complementam. A incompatibilidade e o conflito entre esses dois valores, no exemplo mencionado, não são naturais, mas foram forjados pela opressão, pela subjugação, pela dominação, exteriores e estranhas à vontade do prisioneiro, submetido às circunstâncias que ele não criou.

No caso do prisioneiro (ou do escravo), o ato de preferência entre dois valores positivos é confrontado com a impossibilidade da vivência de um deles. E não há sequer escolha, porque esta, na situação considerada, se substitui pela contraposição dos valores positivos da vida e da liberdade, aos valores negativos que os repelem, que se depositam no ato de opressão, de subjugação, de dominação. E esse é o cerne da tragédia, quando a preferência leva apenas ao

79 KELSEN, Hans. *O que é a justiça?*. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5-7.

80 KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 5.

ELZA MARIA MIRANDA AFONSO

desespero e a escolha não está destinada a realizar valores, mas a afastar o valor negativo, com o sacrifício do que há de mais precioso para o ser humano. A suposta preferência do prisioneiro pela liberdade, que levaria à sua posição superior na hierarquia dos valores, não é a possibilidade de sua realização e da vivência desse valor, mas simplesmente a negação da vida nas circunstâncias de opressão em que ela se passa. E, evidentemente, com a aniquilação da vida, ele não realiza o valor da liberdade, mas, para afastar a opressão, desespera-se de ambos. E a escolha do prisioneiro pela vida não significa preferência entre dois valores, nem a negação do valor da liberdade, mas simplesmente a preservação daquele valor que ele pode reter sem aniquilar a ambos.

Na tragédia não há comprovação da relatividade de valores. Há, sim, sacrifício de valores. E o sacrifício é sempre maior quando aquilo a que renunciamos é justamente o que mais amamos.

19 A IMPOTÊNCIA DAS NORMAS

Nem tudo que é valioso pode ser imposto, como diz Max Scheler, o que, creio, é absolutamente verdadeiro. O perdão não pode ser imposto, a fraternidade não pode ser imposta, a amizade não pode ser imposta, a fé não pode ser imposta, e assim por diante.

Não se pode coagir a vontade e obrigar alguém a querer, e não se pode coagir os sentimentos e obrigar alguém a sentir. Um dever-ser ideal pode se dirigir à vontade, mas um dever-ser normativo jamais alcança essa possibilidade. Por outro lado, normas não substituem nosso discernimento moral, nem nossa intuição axiológica.

O conhecimento de normas não é bastante para determinar nossa consciência e nossos atos. Por maior que seja o conhecimento de normas morais ele jamais será suficiente para tornar um ser humano bom, assim como o conhecimento de normas jurídicas não bastará nunca para tornar uma pessoa justa.

20 A FORÇA DA NORMA JURÍDICA NOS LIMITES DE SUA PRÓPRIA FRAQUEZA

Aquilo que é mais valioso em nossa vida não se realiza por imposição de normas. Entretanto, como sistema de normas, se não tem o poder de realizar valores, o Direito o tem para excluir desvalores do campo da licitude, no plano da organização social e da regulamentação de condutas.

Toda conduta pode ser objeto das normas jurídicas, conforme entende Kelsen. Podemos aceitar perfeitamente essa afirmação quando consideramos que a conduta envolve ações e omissões e que as modalidades deônticas de proibição e de imposição se co-implicam. Sob esse prisma, nenhuma conduta pode ser excluída da possibilidade de ser alcançada pela norma e, se os valores não podem ser objeto de imposição, eles podem se tornar objeto de proteção.

O Direito, enquanto sistema normativo, não tem, por exemplo, o poder de impor o valor do perdão. Nenhuma norma, aliás, conseguira tal façanha. Mas o Direito tem o poder de proteger esse valor, excluindo do campo da licitude as condutas que se materializem em atos de hostilidade e de vingança; ele não tem o poder de impor o valor da fraternidade, mas pode proteger esse valor, excluindo do campo da licitude as condutas que se materializem em atos de desrespeito e agressão; ele não tem o poder de impor o valor da dignidade da pessoa ao reconhecimento da própria sociedade, mas tem o poder de exigir o respeito à essa dignidade, excluindo do campo da licitude não só os atos de prepotência e de intolerância, mas também os atos que geram as desigualdades que não são naturalmente existentes, como as desigualdades políticas, sociais, econômicas e culturais. O Direito não tem o poder de tornar os homens justos, mas tem o poder de tornar a justiça possível, quando a seleção dos conteúdos de suas normas representarem o reconhecimento de que os valores referentes à pessoa, como ser destinado a viver eticamente na sociedade, são superiores a todos os demais da escala axiológica, e esse reconhecimento se tornar objeto de proteção.

Esse poder do Direito permanecerá, entretanto, inerte, enquanto não encontrar a via adequada para sua atuação. Normas não nascem dos lírios nem

das estrelas. Nascem de atos de vontade, que são atos humanos. E o conteúdo das normas não é derivado de nenhuma necessidade ou de nenhuma fatalidade, mas de escolhas humanas. E a efetivação das normas se concretiza por atos humanos.

21 CONCLUSÃO

A relação entre normas e valores é uma relação *sui generis*, em que não há reciprocidade.

Os valores não se esgotam nas normas e a vivência deles não pressupõe a experiência normativa. Eles atingem o campo das normas, mas se estendem muito além dele e se depositam também onde elas não alcançam. Nem sempre entram no domínio das normas as coisas mais valiosas da Terra, como são as da alegoria do belo conto de Oscar Wilde, em que um coração de chumbo se parte diante da morte de uma andorinha. *Escolhestes bem* disse o Senhor, no conto, quando os anjos Lhe levaram o coração de chumbo partido, de um Príncipe que tenta minorar o sofrimento dos excluídos, que somente conhece depois de convertido em estátua, fora dos muros do palácio, e o cadáver da andorinha, que retarda seu vôo para o verão do Egito, para auxiliá-lo, e sucumbe aos rigores do inverno porque já não pode abandoná-lo.

O que temos de mais valioso na vida é aquilo que amamos. E o amor pode se expressar com muitos nomes. Pode se chamar solidariedade, como pode se chamar bondade. Pode se chamar justiça, como pode se chamar caridez. Pode se chamar generosidade, como pode se chamar simplesmente amor. E pode se manifestar de muitas maneiras, na força que nos move em direção ao que queremos ver preservado e protegido.

Normas não substituem os nossos sentimentos, a nossa vontade e não determinam a força e a direção de nosso amor. Entretanto, enquanto determinam o dever-ser de nossa conduta, na sociedade, as normas estão sempre impregnadas de valores.

Na perspectiva da realização de valores, muitas esperanças foram depositadas na construção de um Direito mais justo, que pudesse fazer mais solidário o convívio humano e mais justa a sociedade. Mas muitas decepções nascem, também, do confronto da força e da fraqueza desse Direito. É preciso aliar às esperanças a percepção de que normas não surgem de simples desejos e não podem fazer pelos homens aquilo que eles próprios não construirão com suas ações.

A razão e a racionalidade podem nos conduzir por muitos caminhos, mas não são bastantes para dirigir nossas escolhas na direção do que a vida tem de mais valioso. Elas não bastam quando tratamos das coisas humanas, coisas de seres dotados de razão, de sensibilidade e de sentimentos.

Como pessoas, seres capazes de intuir e de realizar valores, tanto os positivos, como os negativos, somos co-responsáveis pelo nosso destino comum, e essa co-responsabilidade, que nos une em elos de solidariedade, é o que nos ajuda a continuar tendo esperanças na construção de um mundo mais acolhedor.

Nesse nosso mundo real, ainda é muito grande o papel reservado ao Direito, como sistema de normas naturalmente voltadas para a convivência humana. Se normas jurídicas não podem realizar valores, porque eles se realizam através de atos, elas podem, com toda a certeza, oferecer a proteção que impeça que as aquisições de riquezas econômicas, culturais, científicas e tecnológicas, ao invés de servirem à vida, se voltem contra ela. E, ao invés de servirem para minorar o sofrimento e ampliar os horizontes da liberdade, criem novos grilhões. E, ao invés de servirem à fraternidade da família humana, auxiliem as lutas fratricidas. E, ao invés de servirem ao reconhecimento do ser humano como pessoa, o transforme em uma *res derelicta*, em uma coisa abandonada, espoliando sua dignidade e gerando outras formas de exclusão do único lugar onde ela, a pessoa, pode respirar e crescer espiritualmente – a própria sociedade.

O Direito, como sistema de normas, não cumprirá seu papel de proteção, na convivência humana, sem o aprimoramento de nossa consciência axiológica que possa levar ao aprimoramento dos processos de escolha e, ainda, da própria eleição daqueles valores que passarão a integrar o conteúdo das normas. O

aprimoramento dessas escolhas poderá concorrer para a construção de um Direito que assegure a vivência dos valores sem as marcas da tragédia gerada pela dominação, na proteção das relações humanas com o que elas têm e podem ter de mais valioso.

POR UM NOVO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Alexandre Scigliano Valerio

Sumário

1. A taxionomia das normas de defesa da concorrência.
 - 1.1. Evolução histórica da legislação brasileira de defesa da concorrência.
 - 1.2. A doutrina e a taxionomia do Direito da Concorrência.
 - 1.3. A sanção penal e a sanção não-penal.
 - 1.4. Conclusão
2. Por um novo Direito da Concorrência no Brasil.
 - 2.1. Introdução: os pontos da reforma.
 - 2.2. A importância da concorrência.
 - 2.3. Os tipos de ilícitos concorrenenciais.
 - 2.4. A aceitação do caráter penal das normas de repressão às condutas anticoncorrenenciais e da aplicação de sanções penais às pessoas jurídicas.
 - 2.4.1. A pessoa jurídica e a sanção penal.
 - 2.4.2. O princípio da tipicidade e a previsão legal das condutas anticoncorrenenciais.
 - 2.4.3. O ilícto penal e a culpa – A responsabilização penal das pessoas físicas responsáveis pela ação ou omissão anticoncorrencial das pessoas jurídicas.
 - 2.5. A apreciação obrigatória pelos juízes dos processos de apuração e repressão dos ilícitos penal-concorrenenciais e a manutenção, no caso dos ilícitos concorrenenciais de mercado, de apenas uma instituição administrativa, com função exclusivamente apuradora.
3. Questão final: o caráter não penal do controle das estruturas de mercado
4. Bibliografia