

APRESENTAÇÃO

Este volume compõe-se de uma série de artigos e de um posfácio que, entre si, estão em uma conexão de sentido. Assim, inicialmente, um artigo que, sob o título “Ciência do direito”, de 1988,¹ apresenta o direito como ciência. O autor, Alexander Hollerbach, deu para ele a estrutura seguinte: o conceito e a terminologia, objeto e objetivo, tarefas e área, cultivo da ciência — instituições da ciência do direito, ciência do direito e prática jurídica, linhas fundamentais da história da ciência, para a determinação do lugar sistemático-científico e teórico-científico.

Depois, seguem três artigos de Hans Kelsen. No primeiro, sob o título “Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca”, de 1927/28, Kelsen, primeiro, coloca que a diferença entre direito natural e direito positivo é uma diferença do fundamento de validade. No direito natural, é um material e no direito positivo, um formal. Ele afirma, então, que esses são sistemas de normas e tenta, assim, responder à questão: em qual relação, no fundo, dois sistemas de normas podem estar para com o outro.

No segundo, Kelsen, sob o título “O fundamento da doutrina do direito natural”, de 1964, procura seguir e investigar as fontes desse fundamento. Para isso, ocupa-se com Aristóteles, São Tomás de Aquino e Kant. Para demonstrar, depois, que não é possível compreender a validade de um direito natural autêntico, isso é eterno e imodificável, como independente da vontade de deus, apesar da tentativa de Grotius, Kelsen cita Victor Cathrein, um autor católico.

No terceiro, Kelsen procura responder à questão que o intitula: “O que é positivismo jurídico?”, de 1965. Ele, para isso, diferencia, primeiro, entre positivismo filosófico e positivismo jurídico e este, por sua vez, do direito natural. Segue, então, a questão sobre o que se deve entender sob “positividade” do direito, o que pressupõe, segundo ele, um conceito de direito. A apresentação desse conceito, que inclui delimitações e diferenciações, é, assim, justamente, aquilo que compõe o restante do artigo.

1 - As datas dizem respeito ao ano da publicação.

Em seguida, vêm cinco artigos de Robert Alexy. No primeiro, sob o título “Uma concepção teórico-discursiva da razão prática”, de 1993, Alexy pergunta sobre a existência da razão prática. Depois, diz que na discussão atual concorrem, sobretudo, três concepções de razão prática ou de racionalidade prática. Elas podem, por um lado, com referência a modelos históricos, ser assim denominadas: aristotélica, hobbesiana e kantiana; a posição de Nietzsche da crítica radical do conceito de razão prática, por outro, apresenta um adversário comum. No que segue, Alexy tenta defender a concepção kantiana em uma variante teórico-discursiva.

O segundo artigo, de 2002, tem o título “Direito e moral”. O problema da relação entre direito e moral é, segundo Alexy, um dos, simultaneamente, mais fundamentais e tenazes daqueles aos quais a questão sobre o conceito e a natureza do direito leva. Duas posições, nisso, estão face a face desde mais de dois mil anos: o positivismo e o não-positivismo. Todos os positivistas sustentam a tese da separabilidade e da separação. Todos os não-positivistas opõem a isso, pelo menos, uma versão da tese da união. Esse estado de coisas o autor trabalha no que segue no artigo.

O terceiro artigo, de 2004, está intitulado: “Teoria do discurso e direitos fundamentais.” Nele, Alexy trabalha as três dimensões da relação entre teoria do discurso e direitos fundamentais, as três concepções dos direitos fundamentais, o fundamento dos direitos fundamentais, a institucionalização dos direitos fundamentais e a interpretação dos direitos fundamentais.

O quarto artigo, de 2006, leva o título: “A interpretação de Ralf Dreier da definição do direito kantiana.” Inicialmente, Alexy procura, passo a passo, destacar três elementos conceituais do conceito de direito de Kant. Depois, demonstrar o status do conceito de direito kantiano. Sua conclusão, entre outras coisas, é: no conceito de direito kantiano quase tudo já está contido que, na discussão atual do conceito de direito, desempenha um papel. Ele mostra-se, com isso, em conjunto, tão vivo como no primeiro dia.

O quinto artigo, também de 2006, Alexy intitula: “O conceito de Kant da lei prática.” Metade dele é dedicado aos argumentos da mola propulsora, ou seja, o argumento da determinação extrema, do bem extremo, do ser comum ético e da decisão. A metade anterior é ocupada com as leis da natureza, lei prática e mola propulsora, imperativo categórico e a lei jurídica geral.

Dois artigos, na seqüência, estão em conexão estreita com o trabalho de Alexy. O primeiro, de Nils Taifke, intitula-se: “Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental”, de 2005. A questão, se a dignidade humana é flexível, deve, segundo o autor, ser respondida por meio uma investigação da estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental, e se baseia na questão fundamental sobre a suscetibilidade de ponderação da dignidade humana, isto é, se a garantia dela na lei fundamental é absoluta ou suscetível de ponderação. Isso coloca, então, inicialmente, a discussão sobre a relação entre absolutidade e ponderação. Segue, depois, a questão sobre uma primazia abstrata da dignidade humana e o esboço conciso das distintas posições sobre o caráter de direito fundamental do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental.

O outro artigo é de Lothar Michael e tem o título: “As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade — para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade”, de 2001. O próprio autor resume o artigo da forma seguinte: “O trato, metodicamente mais cuidadoso, racionalmente seguível, com o princípio da proporcionalidade é uma dificuldade central do direito público total. A proibição de excesso é, até hoje, em sua estrutura, debatida, a proibição de insuficiência, até em sua existência. A chamada „nova fórmula“ do tribunal constitucional federal para o artigo 3 I, da lei fundamental (a norma com o significado estatisticamente maior na jurisprudência judicial-constitucional), ameaça romper esquemas de argumentação tradicionais. O presente artigo tenta expor as estruturas de argumentação diferentes do princípio da proporcionalidade na proibição de excesso, na proibição de insuficiência e nos princípios da igualdade.”

O último artigo é de Helmut Mayer com o título “Kant, Hegel e o direito penal”, de 1969. Esse artigo tenta, segundo o autor, dar uma resposta à exigência, ultimamente feita, de despedir-se de Kant e Hegel, isto é, das suas marchas das ideias jurídico-penais. Nessa conexão, e depois de uma menção a Descartes, afirma ele, a doutrina de Kant do primado da razão prática é de mais graves conseqüências. Ela deixa, simplificadamente, expressar-se assim: “Eu sou essencialmente pessoa, contanto que eu sou consciência como razão subjetiva.” Mayer continua: conquistou Kant à razão subjetiva seu direito eterno, então procura Hegel reconciliar a razão subjetiva com a realidade que, para ele, mostrar-se como realidade do espírito tanto subjetivo como

objetivo. Conhecida é sua divisa, simultaneamente, conservadora e revolucionária: “O que é racional, isso é real e o que é real, isso é racional.” Sobre isso o autor trabalha, então, no que segue, a doutrina do direito penal em Kant e em Hegel.

A isso tudo segue, por fim, um posfácio de Luís Afonso Heck.

Luís Afonso Heck
Prof. da UFRGS

Porto Alegre, primavera de 2009.