

POSFÁCIO

INTRODUÇÃO

Diante dessa visão de conjunto, uma questão, agora, parece colocar-se imperiosamente em nosso país, qual seja, a do tratamento dado ao positivismo (reduzido, em geral, a Hans Kelsen). Porque disso depende a compreensão adequada daquilo que Alexy denomina de posição positivista, o que, por sua vez, é pressuposto, uma vez, para a compreensão daquilo que ele denomina de posição não-positivista e, outra vez, para a possibilidade de tornar, assim, esta também frutuosa na aplicação do direito. Por isso, esta investigação coloca-se. Se ela der bom resultado, então ela pode valer como uma experiência negativa,¹ oferecer, em amplo pedaço, uma

1 - Para isso, Gadamer: “Isso já se cunha idiomáticamente nisto, que nós falamos de experiência em um duplo sentido, uma vez, das experiências, que se inserem em nossas esperanças e a certificam, a seguir, porém, da experiência que se >faz<. Esta, a experiência verdadeira, é sempre uma negativa. Se nós fizemos em um objeto uma experiência, então isso significa que nós, até agora, não vimos corretamente as coisas e agora sabemos melhor, como está com isso. A negatividade da experiência tem, portanto, um sentido produtivo peculiar” (Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Bd. 1. 6. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990, S. 359. Versão brasileira: *Verdade e método*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, página 462. Tradução: Flávio Paulo Meurer; revisão: Enio Paulo Giachini). Mais adiante, uma vez: “De fato, como nós vimos, experiência é, inicialmente, sempre experiência da nulidade. Não é assim como nós supúnhamos. Em vista da experiência, que se faz em um outro objeto, modifica-se ambos, nosso saber e seu objeto. Sabe-se, agora, diferente e melhor, e isso significa: o objeto mesmo não »suporta«. O novo objeto contém a verdade sobre o velho” (mesmo autor, mesma obra, S. 360; página 464). Outra vez: “Somente por instância negativa chega-se, como já Bacon sabia, à nova experiência” (mesmo autor, mesma obra, S. 362; página 465). Bacon sabia também: “A verdade surge mais facilmente do erro do que da confusão” (citado segundo Kuhn, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. Third Edition. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1996, p. 18. Versão brasileira: *A estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S. A., 2001, página 38 e seguinte. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira). Comparar com os pés-de-página 78 e 79, infra.

(pré-)compreensão² e, assim, prestar uma contribuição à teoria da constituição.³

Para realizá-la, o tratamento será dividido, inicialmente, em dois momentos. No primeiro, a atenção será dirigida a algumas “afirmações” que se fazem de coisas do âmbito do positivismo. Para isso, um autor, tendo em vista sua celebridade e influência, parece indicado. No segundo, a vista será lançada sobre um “modo de apresentação” do positivismo como objeto “científico”. Aqui outros autores serão convocados. Depois, serão postos no visor determinados trabalhos monográficos. Segue-se uma conclusão.

I.

A) O acima achado autor é Miguel Reale.⁴ De uma de suas obras, Lições preliminares de direito,⁵ devem ser realçados determinados pontos. Assim:

2 - Ver para isso Gadamer, H. -G., (nota 1), S. 270 ff.; página 354 e seguintes. Comparar com mesmo autor. Vom Zirkel des Verstehens, in: Wahrheit und Methode. Bd 2. 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1993, S. 57 ff. Versão brasileira: Verdade e método II. Petrópolis: Vozes, 2002, página 72 e seguintes. Tradução: Enio Paulo Giachini; revisão: Márcia Sá Cavalcante-Schuback.

3 - Para o sentido e significado da teoria da constituição, ver Hesse, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20 Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1999, S. 25, Rn. 65, (S. 24 ff., Rn 60 ff.) Versão brasileira: Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, página 63, número de margem 65, (página 61 e seguintes, número de margem 60 e seguintes). Tradução: Luís Afonso Heck.

4 - Por exemplo, Sílvio de Macedo, em sua obra: História do pensamento jurídico. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, na página 188, diz: “Miguel Reale, ..., o maior Filósofo do Direito do continente americano de todos os tempos, ...”; na 190: “Miguel Reale, como toda grande personalidade, é intelectualmente complexo: sociólogo, politicólogo, teórico geral do Estado, Filósofo puro, Filósofo do Direito, também criador de formas estéticas como poeta.” e na 192: “Sozinho, tem feito mais pela Filosofia no Brasil que todas as Faculdades de Filosofia existentes e todas as confrarias.”

5 - Reale, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Esse livro não contém notas de pé-de-página. Isso, sob o ponto de vista científico, é grave, porque ao leitor está impedido o exame na fonte daquilo que é dito pelo autor. E, sob o ponto de vista da formação, entendida aqui gadamerianamente (ver Gadamer, H. -G., (nota 1), S. 15 ff.; página 44 e seguintes), vicioso, sobretudo, se se tem em vista o público intencionado, que pelo seu título são os iniciantes no estudo do direito, por um lado, e o artigo 93, IX, da constituição federal, por outro. Luiz Alberto Warat,

1. em uma passagem é dito que a norma fundamental é uma norma suposta: “... não subordinamos a validade desta ou daquela norma jurídica particular ou genérica a uma suposta norma fundamental, cuja admissão equivale a um círculo vicioso: a norma fundamental, com efeito, é suposta...”⁶ Que isso não é correto, pode ser comprovado, pelo menos, em trabalhos fundamentais de Kelsen, em dois pontos. Um é a primeira edição de sua *Reine Rechtslehre*.⁷ Diz Kelsen: “Ela vale [a norma fundamental], porque ela não é criada no procedimento do direito, não como norma jurídica positiva, não é fixada, mas — como condição de toda a fixação do direito, de todo o procedimento do direito positivo — *pressuposta*” (realçado por L. A. H.).⁸ O outro está na segunda edição,⁹ onde pode ser lido: “Mas a procura pelo fundamento de validade de uma norma não pode, como a procura pela causa de um efeito, ir ao infinito. Ela tem de terminar em uma norma que é pressuposta como última, extrema. Como norma extrema, ela tem de ser *pressuposta*, porque ela não pode ser *fixada* por uma autoridade, cuja competência teria de basear-se em

na sua obra *Introdução geral ao direito*, I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, em cujo prefácio é indicado por Leonel Severo Rocha como “um dos maiores pensadores latino-americanos da atualidade” (página 8) sendo, “portanto”, “necessário que se diga, notadamente para as novas gerações, ansiosas por revolucionarem o direito, da importância desta obra para a história da crítica do direito” (página 9), segue, contudo, também o mesmo caminho. Isso indica, não por último, para um estado de coisas situado, ainda, no tempo, que é anterior ao *logos*, ou seja, do *mito*.

Se isso não tem uma conexão com a publicidade do saber é também uma questão. Ver Heck, Luís Afonso. Prefácio, in: Santos, Tânia Maria dos. *O direito à cultura na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, página 13, nota de pé-de-página 42; comparar com nota de pé-de-página 85, *infra*.

Diante disso, o término da publicação da RTJ (a última foi a 196, 1) deixa também perguntar: até que ponto o supremo tribunal federal não se põe, assim, na vizinhança desse estado de coisas?

6 - Reale, M., (nota 5), página 196. Ver também nota de pé-de-página 18, *infra*.

7 - Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. 1. Aufl., Aalen: Scientia Verlag, 1994 (2. Neudruck der 1. Auflage Leipzig und Wien 1934). O ano é, portanto, 1934. Existe uma *adaptação* (porque possui numerosas adjunções e modificações, segundo o próprio Kelsen, p. 7, e por causa disso não será usada neste trabalho) para o francês: *Théorie pure du droit*. Neuchâtel: Éditions de la Baconnière, 1953. Traduit de l'allemand par Henri Thévenaz. Comparar nota de pé-de-página 113, penúltimo parágrafo, *infra*.

8 - Kelsen, H., (nota 7), S. 66 f.

9 - Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl., Wien: Franz Deuticke, 1960. Versão brasileira: *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução: João Batista Machado.

uma norma ainda mais superior. Sua validade não mais pode ser derivada de uma norma superior, o fundamento de sua validade não mais ser colocado em questão. *Uma tal norma, pressuposta como extrema, é, aqui, designada como norma fundamental* (última proposição realçada por L. A. H.).”¹⁰

Deve, aqui, ainda ser notado: em uma obra, publicada após a morte de Kelsen,¹¹ aparece novamente¹² a mudança da denominação

10 - Kelsen, H., (nota 9), S. 197; página 217. Kelsen, aqui, remete ainda a outras partes da obra que estão em conexão com isso.

11 - Kelsen, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manzshe Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979. Versão brasileira: *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986. Tradução: José Florentino Duarte.

12 - Em 1962 Kelsen já afirmara: “Eu falei em meus escritos mais antigos de normas que não são o sentido de atos de vontade. Minha doutrina toda da norma fundamental eu apresentei como uma norma que não é o sentido de um ato de vontade, mas que é pressuposta no pensar. Agora eu tenho de, infelizmente, confessar a vocês, meus senhores, que eu não mais posso manter essa doutrina, que eu tive de abandonar essa doutrina. Vocês podem acreditar-me que para mim totalmente não foi fácil abandonar uma doutrina que eu sustentei por décadas. Eu abandonei ela no conhecimento que um dever tem de ser o correlato de um querer. Minha norma fundamental é uma norma *fictiva*, que pressupõe um ato de vontade *fictivo* que fixa essa norma. É a ficção que alguma autoridade quer que isso deve ser. Vocês objetam a mim, com razão, que eu falo contra uma doutrina própria, por mim mesmo sustentada. Isso é perfeitamente correto: eu tive de modificar minha doutrina da norma fundamental em sua apresentação. Não pode haver somente normas pensadas, isto é, normas que são o sentido de um ato de *pensar*, não o sentido de um ato de *vontade*. O que se pensa na norma fundamental é a ficção de um ato de vontade que, em realidade, não existe” (Kelsen, Hans. *Diskussionen*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Band XIII (neue Folge), Wien, 1964, S. 119 ff.). Para esse parágrafo, ver nota de pé-de-página 98, I. b), *infra*.

Seja, aqui, notado à margem, que a afirmação de Duarte: “Assim, a norma fundamental, *neste tratado*, recebeu conceituação nova e definitiva, corrigindo, o autor mesmo, o que escrevera anteriormente ao tratá-la como hipótese.” (realçado por L. A. H.) não pode ser entendida literalmente (Duarte, J. F., (nota 11), página VIII).

Em outro trabalho, também publicado em 1964, Kelsen dizia: “Uma ficção é, segundo Vaihinger um recurso do pensar do qual se serve quando não se pode obter a finalidade do pensar com o material dado. A finalidade do pensar da norma fundamental é: a fundamentação da validade das normas que formam um ordenamento moral ou jurídico positivo, isso é a interpretação do sentido subjetivo dos atos que fixam essas normas como seu sentido objetivo, isso é, porém, como normas válidas, e dos atos respectivos como atos que fixam-a-norma. Esse objetivo somente pode ser alcançado no caminho de uma ficção” (Kelsen, Hans. *Die Funktion der Verfassung*, in: *Verhandlungen des zweiten österreichischen Juristentages*, Band II, 7. Teil, Wien, 1964, S. 71). A propo-

da norma fundamental, ou seja, de hipotética para ficta. Segundo Kelsen: “Por isso, deve ser observado que a norma fundamental no sentido da filosofia-se-então *vaihingeriana* não é uma hipótese — como que eu mesmo ocasionalmente a designei — mas uma ficção, que se distingue de uma hipótese pelo fato de ela ser acompanhada pela consciência, ou então deve ser acompanhada, que a realidade não corresponde a ela.”¹³ Antes, diz Kelsen: “É uma norma-“fundamental”, porque sobre o fundamento de sua validade não pode ser perguntado mais além, porque ela não é uma norma fixada, mas pressuposta. Ela não é uma norma positiva, fixada por um ato de vontade real, mas uma pressuposta no pensar jurídico, isto é — como mostrado previamente — uma simulada.”¹⁴ Ela apresenta o fundamento de validade último de todas as normas jurídicas que formam o ordenamento jurídico. Somente uma norma pode ser o fundamento de validade de uma outra norma. A norma fundamental pode, mas não tem de ser pressuposta. O que a ética e a ciência do direito dela diz, é: somente quando ela é pressuposta pode o sentido subjetivo dos atos de vontade, dirigidos à conduta de outros, também como seu sentido objetivo, podem esses conteúdos de sentido como normas morais ou jurídicas vinculativas ser interpretados. Como essa interpretação é condicionada pela pressuposição da norma fundamental,

sição que segue aqui é a que está citada como primeira pela nota de pé-de-página 13, *infra*.

13 - Kelsen, H., (nota 11), S. 207; página 329.

14 - Sobre isso, manifesta-se Kelsen assim: ““Por que tem de se obedecer os mandamentos de Jesus?” o que significa tanto como: por que o sentido subjetivo desse ato de vontade de Jesus também é o seu sentido objetivo, isto é, uma norma válida, ou, o que significa o mesmo: o que é o fundamento de validade dessa norma geral? Para o que a resposta unicamente possível é: porque como cristão pressupõe-se que se tem de obedecer os mandamentos de Jesus. É a declaração sobre essa validade de uma norma que tem de ser pressuposta no pensar de um cristão para fundamentar a validade das normas da moral cristã. É a norma fundamental da moral cristã, que fundamenta a validade de todas as normas da moral cristã, uma norma-“fundamental”, porque sobre o fundamento de sua validade não mais pode ser perguntado. Ela não é uma norma positiva, isto é, fixada por um ato de vontade real, mas uma pressuposta no pensar do cristão, isto é, uma simulada” (Kelsen, H., (nota 11), S. 205; página 326).

Mais adiante: “É essa a historicamente primeira constituição e se pergunta porque o sentido subjetivo do ato dador de constituição é também um sentido objetivo, isto é, uma norma válida, ou, com outras palavras: o que é o fundamento de validade dessa norma, a resposta diz: porque como jurista pressupõe-se que se deve conduzir assim como a historicamente primeira constituição prescreve. Isso é uma norma fundamental” (mesmo autor, mesma obra, S. 206; página 327).

tem de ser consentido que proposições-deve somente nesse sentido condicionado podem ser interpretados como normas morais ou jurídicas objetivamente válidas.”¹⁵

Mais além, nessa obra, Kelsen inverte a relação norma primária-sanção e norma secundária-norma ordenadora de conduta: “Se se aceita que a distinção de uma norma que prescreve uma conduta determinada e de uma norma que, para caso da violação da primeira, prescreve uma sanção é essencial para o direito, então se tem de designar a primeira como primária e a segunda como secundária — e não às avessas, como isso foi por mim formulado no precedente.”¹⁶ Ambas essas coisas não estão trabalhadas na obra em questão de Reale.¹⁷

Além disso, a admissão da norma fundamental não equivale a um círculo vicioso. O que se coloca, ao contrário, são silogismos. Assim: “O silogismo da lógica-declaração, o chamado silogismo teórico, é uma sucessão de declarações, nas quais a verdade do conteúdo de sentido, que idiomáticamente em uma proposição — na conclusão — é expresso, é deduzida da verdade dos conteúdos de sentido, que idiomáticamente em duas outras proposições — na premissa maior e na premissa menor — são expressos. É, especialmente, a conclusão do geral para o particular, mais rigorosamente, da verdade de uma declaração geral para a verdade de uma declaração individual que aqui está em questão.”¹⁸ (...) “Que a verdade da conclusão é “deduzida” da verdade das premissas significa nada mais que a ver-

15 - Kelsen, H., (nota 11), S. 206; página 328.

16 - Kelsen, H., (nota 11), S. 115; página 181. Comparar com mesmo autor, mesma obra, S. 43; página 68.

17 - No sentido da primeira estar ausente e a segunda seguir a posição antiga de Kelsen. Ver, para isto, Reale, M., (nota 5), página 97. O mesmo ocorre em outra obra de Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, página 466 (comparar com 480, onde somente há uma alusão), 462, respectivamente, que será invocada no segundo momento (ver nota de pé-de-página 57, infra). Também não estão trabalhadas numa obra, da qual me ocuparei igualmente no segundo momento (ver nota de pé-de-página 58, infra), uma vez que está em uma determinada “tradição” (ver nota de pé-de-página 85, infra), de Mata-Machado, Edgar de Godoi. *Elementos de teoria geral do direito — para os cursos de introdução ao estudo do direito*. Belo Horizonte: Editora Lider, 2005, página 148, 150, 181. Aliás, o seu tratamento teria evitado, talvez, a declaração feita por este autor na página 150: “A concepção ultracoercitivista de Kelsen suprime, sem a mínima cerimônia, os dez mandamentos.”

18 - Kelsen, H., (nota 11), S. 181 f.; página 288 e seguinte.

dade da conclusão é implícita na verdade das premissas.”¹⁹ (...) “Como a proposição-conclusão somente é verdade se o seu sentido é contido no sentido das premissas, não é a conclusão um movimento do pensar, que leva a uma nova verdade, mas somente faz uma verdade explícita, que já é implícita na verdade das premissas.”²⁰ (...) “A verdade da declaração geral, “todas as pessoas são mortais” não precede temporalmente a verdade da declaração individual: “a pessoa Sócrates é mortal”. A declaração individual já é verdadeira, se a declaração geral é verdadeira; uma circunstância que — como nós veremos — na contraposição do silogismo chamado normativo ao teórico tem importância. Nisso deve ser observado que a regra-conclusão lógica não deve ser mal interpretada psicologicamente. (...) Porque a lógica não diz respeito a atos-pensar reais, mas ao sentido de atos de pensar possíveis.”²¹ (...) “Como uma conclusão normativa do geral para o particular designa-se uma tal, cuja premissa maior é uma norma hipotética geral que, sob condições determinadas, e precisamente, geralmente determinadas, fixa como devida uma conduta geralmente determinada; cuja premissa menor é uma declaração que afirma o existir individual da condição determinada na premissa maior e cuja proposição-conclusão é uma norma individual que individualmente fixa como devida a conduta geralmente determinada na premissa maior. Isso significa que a norma individual corresponde à norma geral.”²² (...) „Ambas as premissas têm o mesmo caráter lógico. Ambas são declarações. Em um silogismo supostamente normativo, porém, ambas as premissas têm caráter lógico distinto. A premissa maior é uma norma geral, a premissa menor é uma declaração.”²³ (...) „Verdade ou não-verdade são qualidades da declaração, validade não é uma qualidade da norma, mas sua existência.”²⁴ (...) “A validade da norma individual não pode ser implícita na validade da norma geral e na verdade da declaração, porque a validade de uma norma é condicionada pelo ato de vontade, cujo sentido ela é, enquanto no silogismo teórico a verdade da declaração individual pode ser implícita na verdade da declaração geral, porque a verdade

19 - Kelsen, H., (nota 11), S. 182; página 289 e seguinte.

20 - Kelsen, H., (nota 11), S. 183; página 291.

21 - Kelsen, H., (nota 11), S. 183; página 291 e seguinte.

22 - Kelsen, H., (nota 11), S. 184; página 293.

23 - Kelsen, H., (nota 11), S. 185; página 294.

24 - Kelsen, H., (nota 11), S. 186; página 295.

de uma declaração não é condicionada pelo ato do pensar, cujo sentido ela é.²⁵ (...) „Nisso, que a validade de uma norma é condicionada pelo ato de vontade, cujo sentido ela é, reside sua positividade e o problema aqui presente é a aplicabilidade de um princípio lógico em normas positivas da moral e do direito. Nenhum imperativo sem imperador, nenhuma norma sem uma autoridade que fixa a norma, isto é, nenhuma norma sem um ato de vontade, cujo sentido ela é.“²⁶ (...) „Aqui a questão decisiva é: se à relação entre a validade da norma geral, criada pelo dador de leis ou o direito costumeiro, e a validade da norma individual, que o órgão aplicador do direito, em aplicação da norma geral, tem de fixar para um caso concreto, a regra da conclusão é aplicável, isto é: se a validade dessa norma individual pode ser alcançada no caminho de um conclusão lógica. Essa questão não deve ser confundida como, de fato, o órgão aplicador do direito chega à decisão do caso concreto, ou com a questão, se é desejável que o órgão aplicador do direito deduz sua decisão logicamente de uma norma geral ou que o órgão aplicador do direito é vinculado rigorosamente à norma geral pré-determinada. Isso são problemas psicológicos e político-jurídicos. O problema, que aqui nos ocupa, é um puramente lógico. Nisso, é aceito que as normas jurídicas gerais são formuladas clara e inequivocamente, de modo que o argumento frequentemente alegado: *uma dedução lógica somente não é possível, porque a norma geral é formulada muito vagamente, não entra em consideração*“ (realçado por L. A. H.).²⁷ (...) „A norma geral pode valer, porque ela é o sentido de um ato de vontade geral; mas a norma individual não pode valer, quando — de algum fundamento — um ato de vontade não foi fixado, cujo sentido ela é. A validade da norma individual não pode resultar da validade da norma geral assim como a verdade de uma declaração individual resulta da verdade de uma declaração geral, porque a validade de uma norma individual não é implicada assim na validade da norma geral como a verdade da declaração individual é implicada na verdade da declaração geral. Mas

25 - Kelsen, H., (nota 11), S. 186; página 296.

26 - Kelsen, H., (nota 11), S. 187; página 297.

27 - Kelsen, H., (nota 11), S. 190; página 302; comparar com as notas de pé-de-página 52, 74 e 79, infra. Para o âmbito dos direitos fundamentais, ver Alexy, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social, in: mesmo autor. Constitucionalismo discursivo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, página 69, 62 e seguinte, 67 e seguinte. Tradução: Luís Afonso Heck.

quando a declaração universal é verdadeira, a declaração individual, correspondente à geral, tem de ser verdadeira, se ela é feita de fato ou não.²⁸;

2. em outro lugar é afirmado: “Segundo Kelsen, que é um adepto da Filosofia de Kant, essa norma seria uma *norma transcendental*. Kant denomina “transcendental” toda condição lógica que torna possível a experiência. Dessarte, do ponto de vista estritamente lógico, é a norma fundamental que torna possível a experiência do Direito como um conjunto gradativo de regras entre si logicamente subordinadas e coerentes.”²⁹ Isso, assim, é duvidoso, porque:

primeiro: em Kant, transcendental diz respeito não só a experiência, mas também ao *conhecimento*.³⁰ Perante isso, estão os *transcendentais*.³¹;

segundo: a relação vertical entre as normas pode, mas não precisa, ser apenas de criação. Sob o título: a norma “superior” e “inferior” Kelsen escreve: “Que a validade de uma norma fundamenta a validade de uma outra norma em um ou em outro modo constitui a relação entre uma norma superior e uma inferior. Uma norma é, em relação para com uma outra norma, a superior em relação para com uma inferior, quando a validade desta é fundamentada pela validade daquela. É a validade da norma inferior fundamentada pela validade da norma superior pelo fato de a norma inferior ter sido criada no modo como a norma superior prescreve, então a norma superior tem, na relação para com a inferior, caráter-constituição; visto que a essência da constituição está na regulação da criação de normas. Então é a lei, que regula o procedimento, no qual os órgãos aplicadores do direito, especialmente os tribunais, criam a norma individual, “constituição” na relação para com o procedimento desses órgãos como a “constituição”, em sentido específico restrito da palavra, o é na relação para com o procedimento de dação de leis, e a constituição, no sentido lógico-transcendental, na relação para com a historicamente primeira constituição, a constituição no sentido jurídico-positivo. O conceito de constituição é, assim, relativizado. Visto desde a norma fundamental, é tanto um ordenamento moral como um ordenamento jurí-

28 - Kelsen, H., (nota 11), S. 191; página 303. Ver, ainda, S. 203 ff.; página 323 e seguintes.

29 - Reale, M., (nota 5), página 194.

30 - Ver infra, II. A) 1.

31 - Ver infra, II. A) 2. e a nota de pé-de-página respectiva.

dico positivo uma conexão-criação, contanto que a norma fundamental somente determine por quem as normas do ordenamento moral ou jurídico devem ser fixadas, isto é, somente a autoridade que fixa a norma é determinada, sem determinar o conteúdo das normas a serem fixadas por essa autoridade autorizada. Se a norma superior determina somente o ato do fixar da norma inferior, não, porém, o conteúdo da norma a ser fixada, isto é, autoriza a fixação de normas de cada conteúdo qualquer, a validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior, se somente o ato do fixar da norma inferior corresponde à norma superior. Isso é — como notado — a relação da norma fundamental para com as normas de uma ordenação moral ou jurídica positiva.³² Mas as normas fixadas pelas autoridades da moral ou do direito supremas, autorizadas pela norma fundamental, — deus, o dador de constituição —, podem mesmas, outra vez, autorizar outras autoridades a fixar normas e, nisso, determinar ou não determinar o conteúdo das normas a serem fixadas. Visto desde o ponto da autoridade moral ou jurídica suprema, autorizada pela norma fundamental, não é a estrutura das normas positivas, que formam o ordenamento moral ou jurídico, necessariamente uma mera conexão de criação. (...) No âmbito do direito é isso — em regra — do mesmo modo, visto que a constituição, em geral, não se limita a isto, determinar o procedimento para a criação de normas jurídicas gerais — a chamada dação de leis —, mas, muito frequentemente, também determina o conteúdo de leis futuras, pelo menos, negativamente, ao ela excluir certos conteúdos como limitação da liberdade de manifestação de opinião, da liberdade de religião, ou a consideração de certas desigualdades, como as da raça. Mas também as normas gerais, fixadas pelo dador de leis, determinam sempre não só o procedimento dos órgãos, que têm de aplicar essas normas, mas também o conteúdo dessas normas, de modo que também um ordenamento jurídico positivo, pelo menos visto desde as leis, não é uma mera conexão de criação. Porém, é imaginável um ordenamento jurídico que tem esse caráter: o ordenamento jurídico do estado ideal de Platon autoriza o juiz, sem estar vinculado a normas gerais, pré-determinadas, decidir casos individuais segundo seu poder discricionário.”³³;

32 - Kelsen remete, aqui, na nota de pé-de-página, a várias páginas da *Reine Rechtslehre*, nas quais isso é tratado.

33 - Kelsen, H., (nota 11), S. 207 f.; página 329 e seguintes.

terceiro: Kelsen assume a posição de Kant³⁴ para, do caos das percepções sensuais, poder fazer um cosmos pelo conhecimento ordenador da ciência: “É também correto que, no sentido da teoria do conhecimento kantiana, a ciência do direito como conhecimento do direito, assim como todo conhecimento, tem caráter constitutivo e, por isso, “cria” seu objeto, à medida que ela o compreende como um todo cheio de sentido. Assim como o caos de percepções sensuais primeiro pelo conhecimento ordenador da ciência converte-se em cosmos, isto é, em natureza como um sistema uniforme, assim se converte a multiplicidade das normas jurídicas gerais e individuais, fixadas pelos órgãos jurídicos, isto é o material dado à ciência do direito, primeiro pelo conhecimento da ciência do direito em um sistema uniforme, sem contradição, em um ordenamento jurídico. Mas essa “criação” tem um caráter puramente teórico-cognitivo. Ela é algo completamente diferente que a criação de objetos por trabalho humano ou a criação do direito pela autoridade jurídica.”³⁵;

3. numa outra passagem é afirmado que “... a hipoteticidade ou condicionalidade da regra de conduta não tem apenas um caráter *lógico*, mas apresenta também um caráter *axiológico*, uma vez que nela se expressa *a objetividade de um valor a ser atingido*, ...”³⁶ Isso mostra um mal-entendido. Basta confrontar em um ponto na *Reine Rechtslehre*: “O conceito da conduta boa é: uma conduta, que corresponde a uma norma. Esse conceito contém três elementos: “norma”, “conduta”, “corresponder” como relação entre “norma” e “conduta”. Esse conceito não diz que uma conduta deve corresponder a uma norma, mas somente, que, quando ela não corresponde a uma norma, ela não cai sob o conceito da boa conduta, portanto, não é uma boa conduta. Que a conduta deve corresponder à norma é o sentido da “norma” que, juntamente com a “conduta” e “corresponder”, é um elemento do conceito da boa conduta, não o sentido do conceito. A conduta é boa, não porque ela corresponde ao conceito, mas

34 - Ver infra, II. A) 1.; confrontar com II. A) 2. e 3.

35 - Kelsen, H., (nota 9), S. 74 f.; página 81 e seguinte. Ver nota de pé-de-página 60, infra.

36 - Reale, M., (nota 5), página 101; Em uma outra obra sua (*O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999) o valor é apresentado onticamente (ver página 248, 253, 272, 274) ao contrário de Kelsen, que o vê deonticamente. Ver também nota de pé-de-página 74, infra.

porque ela à norma. Ela pode contradizer a norma, mas não o conceito.”³⁷;

4. em determinada passagem é dito: “A vigência e a eficácia do ordenamento jurídico não são, pois, decorrência de uma *norma fundamental*, como expõe Kelsen ...”³⁸ Até onde se pode ver, existe, aqui, uma confusão entre fixação, eficácia e validade. Uma olhada em Kelsen mostra isso: „Fixação e eficácia são, na norma fundamental, transformadas em condição da validez; eficácia, no sentido que ela deve associar-se à fixação para que o ordenamento jurídico, como todo, do mesmo modo como uma norma jurídica particular, não perca sua validez. Uma condição não pode ser idêntica com aquilo por ela condicionada. Assim, deve uma pessoa, para viver, ser nascida; mas, para permanecer com vida, também outras condições devem ser cumpridas, por exemplo, ela precisa receber nutrição. Se essa condição não é cumprida, ela perde sua vida. Mas a vida não é nem com o ser-nascida nem com o receber-nutrição idêntica.”³⁹

B) Uma outra de suas obras é intitulada *O direito como experiência*, já mencionada.⁴⁰ Nela também devem ser destacadas certas passagens. Assim:

1. ao nela Reale sustentar: “Quando, por conseguinte, Hans Kelsen prolongou a linha essencial do “legalismo” da Escola da Exegese dos Pandectistas, ampliando o conceito de norma para estendê-lo até o nível das estipulações privadas, com sua conhecida distinção entre normas jurídicas *gerais e individualizadas* ...”,⁴¹ incorre em duplo

37 - Kelsen, H., (nota 9), S. 17, Fußnote; página 401, nota 11.

38 - Reale, M., (nota 5), página 197.

39 - Kelsen, H., (nota 9), S. 219; página 236.

40 - Ver nota de pé-de-página 36, supra. Essa obra contém notas de pé-de-página. Infelizmente, as referências a Kelsen, aqui trabalhadas, carecem delas.

41 - Reale, M., (nota 36), página 170 (ver também página 96). O mesmo ocorre, quanto a isso, na página 94; nela também, ainda, em relação à “... “norma fundamental”, que condiciona transcendentemente o sistema de preceitos vigentes ...” Uma olhada na *Reine Rechtslehre* comprova-o: “Todavia, forma no silogismo, cuja proposição maior é a proposição-deve que declara a norma superior: deve-se obedecer aos mandamentos de deus (ou os mandamentos de seu filho) e cuja proposição conclusiva é a proposição-deve que declara a norma inferior: deve-se obedecer aos dez mandamentos (ou ao mandamento de amar seus inimigos), a proposição, que comprova um fato-ser: deus promulgou os dez mandamentos (ou o filho de deus ordenou amar os inimigos), como proposição menor, uma parte fundamental. Proposição maior e proposição menor são ambas condições da proposição conclusiva. Mas somente a proposição superior, que é uma proposição-deve, é *conditio per quam* [condição pela qual] em

equivoco. Um está situado numa parte da proposição (antes) e o outro na outra parte da proposição (depois). O primeiro é comprovado por certas passagens das Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: “Uma modificação importante, que o sistema da teoria pura do direito experimentou perante sua primeira concepção nos “problemas principais” [primeira edição, 1911] consiste nisto, que ao conhecimento jurídico estático, que os “problemas principais” ainda fundamentalmente conservam como o método exclusivo, associou-se complementarmente uma consideração dinâmica.”⁴² Mais adiante: “O mérito de ter conhecido e apresentado o ordenamento jurídico como um sistema genético de normas que, em concretização por graus, progredem da constituição, sobre lei e decreto e outros graus intermediários, até aos atos jurídicos individuais da efetivação, é devido a Adolf Merkel.”⁴³

O segundo, pode ser demonstrado, uma vez, pelas Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: “... todos os atos estatais, não só as normas abstratas, mas também os atos concretos da chamada efetivação, os atos da administração e jurisdição estatal, têm de ser en-

relação para com a proposição conclusiva, que também é uma proposição-deve; isto é, a norma declarada na proposição superior é o fundamento de validade da norma declarada na proposição conclusiva. A proposição-ser, que atua como proposição menor, é somente *conditio sine qua non* [condição sem a qual (algo diferente) não (pode ocorrer)] na relação para com a proposição conclusiva; isto é: o fato-ser, comprovado na proposição menor, não é o fundamento de validade da norma declarada na proposição conclusiva” (Kelsen, H., (nota 9), S. 196 f.; página 216). Comparar, por um lado, com Reale, M., (nota 5), página 136 e 192 e seguinte, nas quais o primeiro equivoco também se mostra; por outro, com Reale, M., (nota 17), página 476 e seguinte, onde o segundo equivoco mostra-se também. Além disso, ver mesmo autor, (nota 17), página 463 e seguinte, nas quais a relação: vigência ou validade técnico-formal e eficácia/estática e dinâmica mostra-se não-inteligível. Basta, para tanto, primeiro, comparar com o apresentado tanto pela nota de pé-de-página 39, supra, como pelas notas de pé-de-página 42 e 43, infra, e, segundo, ler Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, Zürich: Verlag Dr. Max Gehlen, 1966 (unveränderter f. Nachdruck der ersten Auflage v. 1925), S. 3-21, 18 f. Versão espanhola: *Teoria general del estado*. 2. ed. México: Ediciones Coyoacán, S. A. de C. V., 2005, página 3-27, 23 e seguinte. Tradução: Luis Legaz Lacambra; (a impressão sob o título *Teoria geral do estado*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C.a — editores, 1938. Tradução: Fernando de Miranda apresenta-se como uma tradução. Ela, porém, não o é. Ela é uma adaptação); Kelsen, H., (nota 9), S. 215-221, 218 ff.; página 235-238, 236 e seguintes.

42 - Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1923, S. XII.

43 - Kelsen, H., (nota 42), S. XV.

tendidos como atos da vontade do estado e, assim, como atos-jurídicos, isto é, porém, como conteúdo de proposições jurídicas.”⁴⁴

E, outra vez, pela Reine Rechtslehre:⁴⁵ “Aplicação do direito a ciência do direito tradicional vê, sobretudo, se não exclusivamente, nas decisões dos tribunais civis e penais que, de fato, quando eles decidem um conflito jurídico ou impõem uma pena a um delinquente, em regra, aplicam uma norma jurídica geral, que foi criada no caminho da dação de leis ou costume. Porém, aplicação do direito situa-se — como resulta do dito anteriormente — completamente do mesmo modo na criação das normas jurídicas gerais, por dação de leis e costume, como nas decisões das autoridades administrativas e — como nós ainda veremos — também no atos jurídico-negociais; e os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais de modo que eles fixam normas individuais, determinadas em seu conteúdo pela norma geral, nas quais é estatuída uma sanção concreta: execução coercitiva civil ou pena.”⁴⁶ Mais adiante pode ser lido: “A norma criada contra-

44 - Kelsen, H., (nota 42), S. XII.

45 - Do mesmo modo, por uma investigação de outro trabalho de Kelsen, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Heft 5, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1929, S. 32, onde, por exemplo, pode ser lido: “O caminho que o direito passa da constituição até ao tipo de execução é um tal de concretização constante. Apresentam constituição, lei e regulamento *normas gerais de direito*, que se enchem sempre mais de conteúdo, então significam sentença judicial e ato administrativo *normas jurídicas individuais*” (realçado por L. A. H.). Na S. 38: “O conteúdo da constituição pode fazer superficial o grau da lei, assim como a lei pode ser formada em um modo que ela não carece de regulamento para ser aplicada em atos administrativos ou judiciais individuais.” Na S. 54: “Contanto que jurisdição e dação de leis se possa separar funcionalmente uma da outra, no fundo, deve a diferença entre ambas as funções ser vista, inicialmente, nisto, que pela dação de leis são criadas *normas gerais*, pela jurisdição, somente *normas individuais*” (realçado por L. A. H.). Na S. 60: “Entre a norma jurídica geral, que parte exclusiva e somente de uma autoridade administrativa estatal, e precisamente, central, isto é o regulamento no sentido mais restrito e mais próprio da palavra, e um negócio jurídico geral de privados são, precisamente, possíveis uma série de graus intermediários.” Existe uma versão francesa desse trabalho. Ela apresenta-se assim: *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*. Paris: Marcel Giard, 1928. As páginas correspondentes são: 200, 206 suiv., 224, 231. A versão brasileira diz: “A jurisdição constitucional”, in: Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução: Alexandre Krug. As páginas correspondentes são: 126, 133, 151, 159.

46 - Kelsen, H., (nota 9), S. 242; página 263. Ver também Kelsen, H., (nota 11), S. 6 f.; página 10 e seguintes.

tualmente tem caráter individual, como, por exemplo, no caso de um contrato de compra e venda, pelo qual uma parte é obrigada a proporcionar à outra, sem repetir, um determinado objeto, e a outra a pagar, sem repetir, uma determinada soma em dinheiro. O contrato pode, porém, também ter caráter geral, isto é: não obrigar a uma prestação ou prestação e contraprestação, sem repetir, mas a um número indeterminado de prestações ou prestações e contraprestações.⁴⁷

2. em uma outra passagem Reale coloca a teoria pura do direito sob a denominação “normativismo técnico-jurídico”.⁴⁸ Logo depois afirma: “O que dá colorido próprio à corrente técnico-jurídica, no sentido amplo que estou aqui atribuindo a êste termo, é o corte radical feito entre a tarefa da Legislação e a da Jurisprudência ou Ciência do Direito, reservada esta exclusivamente à fase pós-legislativa, para a interpretação e a sistematização do direito pôsto, ou positivo, abstração feita tanto de suas *causas* ou fatores econômico-sociais, como de suas exigências ou *fins ético-políticos*”.⁴⁹ Existe, aqui, uma confusão entre o lugar da ciência do direito na ciência e sua relação com a política.⁵⁰ Uma olhada no prefácio à primeira edição da Reine

47 - Kelsen, H., (nota 9), S. 265; página 289. Kelsen dá o exemplo do contrato entre uma sociedade de seguros e o indivíduo: aquela obriga-se a, em cada doença, abonar o custo médico e este a, a cada mês, fazer o pagamento de uma determinada soma em dinheiro (S. 265; página 289).

48 - Reale, M., (nota 36), página 96. Ver também página 54; comparar com página 199.

49 - Reale, M., (nota 36), página 97.

50 - Um exame mais detido auxilia ao seu esclarecimento. Assim, Reale, M., (nota 36), página 140: “Êste ponto afigura-se-me de suma importância, pois a Dogmática Jurídica implica o problema do poder, sendo a experiência jurídica inseparável da experiência do poder. (...) — devendo o jusfilósofo limitar-se a pôr em relêvo a essencial correlação existente entre o Direito e o Poder, e o valor dessa correlação no tocante à irrenunciável natureza “dogmática” do Direito, mostrando como se dá a “*jurisfação do Poder*” no processo nomogenético, ...” Página 142: “Já disse que a experiência do poder é inseparável da experiência do direito e que êste não se objetiva em fórmulas normativas sem um ato decisório.” Página 172: “Liberta-se, por outro lado, a Dogmática Jurídica [com os modelos] de sua rígida vinculação ao princípio da *divisão dos poderes*, que governa tôdas as construções da Escola da Exegese, com efeitos que, por fôrça de inércia, ainda se percebem até mesmo em teorias infensas ao antigo formalismo legal.” Página 63: “O cultor da *Política do Direito* ou Política Legislativa, que procura a vivência dos valores nas conjunturas e contingências espaço-temporais, a fim de eleger a regra de direito mais oportuna e necessária, em função dos interesses atuais da comunidade, põe a *nota tônica* no momento da valoração. O

legislador ou teórico da Política do Direito não analisa, porém, valores no plano transcendental, mas, sim, valorações na órbita empírico-positiva, realizando um trabalho de aferição de *diretivas axiológicas em função do possível político*.” Página 179: “Costuma-se dizer que a lei é “obra do legislador”, dando-se, assim, ênfase ao ato decisório, mas, na realidade, todo modelo legal envolve uma série de fatores, uns estudados pela Política do Direito, quando indaga, por exemplo, do significado da *opinião pública*, dos efeitos dos *grupos de pressão* ou expõe a *técnica de legislar*; outros fatores são de ordem sociológica, econômica, psicológica, lingüística, etc., o que tudo demonstra que a tarefa de legislar é de *ordem arquitetônica* ou de síntese.” Página 247: “Frise-se, aliás, que, se aqui distingo entre plano transcendental ou filosófico e plano científico positivo da hermenêutica, nem por isso vejo entre eles uma solução de continuidade, uma vez que aquele é pertinente às condições de possibilidade, e o segundo se refere à experiência jurídica possível.” Página 233: “O certo é que, mais do que nunca, é mister avançarmos até às raízes do problema, para estabelecer a indispensável conexão entre o filósofo e o jurista.” Página 130: “Assim, quando se diz que um *fato* recebe a qualificação jurídica (valor jurídico) que lhe é conferida por uma *norma* em vigor, o problema é resolvido “*ex post norma*”, isto é, sob a perspectiva da regra já posta, o que equivale a dizer, do ponto de vista da Dogmática Jurídica, cujos raciocínios se desenvolvem tendo o ordenamento jurídico como “lugar geométrico” da validade de seus juízos. Quando, ao contrário, se aprecia a experiência jurídica sob o aspecto genético, ou seja, como série de fatos ou valorações que culmina na estatuição de uma norma de direito, a qualificação jurídica antecede à norma e nela se objetiva: essa perspectiva, que é a pertinente à “nomogênese jurídica”, constitui objeto de estudo da Filosofia do Direito e da Política Jurídica, bem como da Teoria Geral do Direito, cada uma delas sob seu respectivo prisma. (...) A Dogmática Jurídica, portanto, deve ser entendida como especificação da *Teoria Geral do Direito*, correspondente ao momento em que a experiência jurídica se põe como efetivo sistema jurídico, enquanto, por conseguinte, o *fato social* se subordina a *esquemas ou modelos normativos* em função de *valorações já positivadas* no todo do ordenamento.” Página 231: “O transcender-se da norma para além de seu suporte lógico-proposicional, êsse seu necessário dirigir-se para algo em razão de alguém, em que consiste a dialeticidade da interpretação e aplicação do direito, demonstra que a indagação filosófica do ato interpretativo não pode ficar circunscrita aos aspectos gnoseológicos da questão, para saber-se, por exemplo, qual a natureza do juízo interpretativo, mas deve necessariamente considerar também os seus aspectos “ontológicos” visando à compreensão integral dos fatores condicionantes daquele juízo.” Comparar com o primeiro parágrafo da nota de pé-de-página 59, infra.

A isso tudo pode ser objetado ao notar o seguinte: „Não surpreende, por isso, que o positivismo jurídico é a teoria da validade jurídica predominante nas democracias ocidentais e tira sua legitimação da ideia da tolerância e da limitação do poder judicial no sentido da doutrina da divisão de poderes. Positivistas jurídicos condutores do século 20. (como, por exemplo, H. Kelsen, G. Radbruch antes de 1933, H. L. A. Hart) foram ou são protagonistas do estado de direito democrático“ (Otte, Gerhard, in: *Staatslexikon*. 7. Aufl., 4. Bd. Freiburg, Basel, Wien: Herder, 1988 [Artikel Rechtspositivismus, Spalte 725]).

Rechtslehre também o demonstra: “Não da posição da ciência do direito dentro da ciência e das consequências que resultam disso, trata, na verdade, o litígio — como ele, certamente, tem a aparência; mas da relação da ciência do direito para com a política, da separação cuidadosa de uma da outra, da renúncia ao costume arraigado, em nome da ciência do direito, baseando-se, portanto, em uma instância objetiva, sustentar exigências políticas, que somente podem ter um caráter extremamente subjetivo, também quando elas, com a melhor boa-fé, apresentam-se como ideal de uma religião, nação ou classe.”⁵¹;

51 - Kelsen, H., (nota 7), S. XI. Mata-Machado, E. G., (nota 17), página 149, afirma: “Por maiores que tenham sido as contribuições de Kelsen ao Direito Positivo, não conseguiu ele fugir ao “coativismo”, característico das escolas que negam o direito natural. No fim de contas, o que resta do seu sistema — e é muito, não o negamos, mas não é o suficiente — reside na *lógica* imposta por ele antes à técnica que à ciência do direito. Ele mesmo o confessa com a maior lealdade.”

Kelsen esboça a resistência à sua teoria da forma seguinte: “Essa [teoria dele] causou, ao lado do reconhecimento e imitação, também resistência; resistência de uma passionalidade, quase sem exemplo na história da ciência do direito, que de modo nenhum deixa explicar-se dos objetos objetivos que, nisso, saem à luz. *Porque esses baseiam-se, em parte, em mal-entendidos que, de mais a mais, frequentemente, parecem não completamente não-intencionados* (realçado por L. A. H.); e mal podem, onde realmente existentes, justificar a profunda irritação dos adversários. Porque a teoria combatida não é, de modo nenhum, tão inauditamente nova e não está em contradição para com tudo que estava aqui até agora. Ela pode ser entendida como continuação de desenvolvimento de inícios que já se anunciavam na ciência do direito positivista do século 19. Dessa, porém, descendem também meus adversários. Não que eu exijo da ciência do direito atual uma modificação de curso completa, mas que eu dela exijo conservar uma das direções entre as quais ela incertamente vacila para cá e para lá, não tanto a novidade, como, ao contrário, a consequência de minha teoria é que provoca o tumulto na literatura. E já isso somente deixa presumir que na luta contra a teoria pura do direito repercutem não só motivos científicos, mas, sobretudo, políticos, portanto, extremamente emocionais. A questão, se ciência da natureza ou do espírito não pode exaltar assim os ânimos, porque o desatamento de uma da outra efetivou-se quase sem resistência. Aqui pode tratar-se somente disto, de pôr a ciência do direito, essa província distante do centro do espírito, que tem o costume de coxear atrás só devagarmente do progresso, por um contato imediato com a doutrina da ciência geral, em um movimento um pouco mais rápido. (...)

Isso é o fundamento da oposição, que se acerca já do ódio, contra a teoria pura do direito, isso é o fundo da luta conduzida contra ela com todos os meios. Porque ela toca nos interesses mais vitais da sociedade; e, com isso, não por último, nos interesses profissionais do jurista. Ele renuncia, naturalmente, só de má vontade, a isto, a acreditar e a fazer os outros acreditarem que ele, com sua ciência, possui a resposta à questão, como os conflitos de interesses no interior da sociedade devem ser resolvidos

3. noutro ponto da obra em questão, Reale afirma: “Se compulsarmos as obras jurídicas dos “normativistas”, verificamos que, a todo instante, considerações de ordem social e ética penetram, às escondidas, em sua argumentação para dar colorido ou conteúdo às interpretações da lei.”⁵² Essa afirmação não corresponde absoluta-

“corretamente”, que ele, porque ele conhece o direito, também é chamado a formá-lo quanto ao conteúdo, que ele, em sua aspiração de exercer influência sobre a criação do direito, perante outros políticos excede mais que um mero técnico da sociedade” (mesmo autor, mesma obra, S. X ff.).

52 - Reale, M., (nota 36), página 108. Ver nota de pé-de-página 55, infra.

Se se confronta essa afirmação com outras no interior desse trabalho, então se obtém uma imagem diferente, mas, provavelmente, a, em geral, *nossa real*. Na página 254 pode ser lido: “Se o jurista poucas vezes é partícipe, de maneira decisiva, da formulação das normas de direito, nem por isso deixa de ser responsável por sua exegese e aplicação. Se a lei é obscura, incerta, pouco adequada às condições sócio-econômicas, incongruente na totalidade do sistema, é aqui que se põe, de maneira viva, a *dignidade da Jurisprudência*, em virtude do trabalho do intérprete que capta a *ratio legis* [razão de lei], indo além dos simples nexos lógico-formais, encontrando, em suma, as razões reais a que o legislador teve em vista atender e às que devem ser atendidas no evoluir do processo histórico. Vê-se, pois, que entre o *ato normativo* e o *ato interpretativo* há solução de continuidade, no sentido da progressiva *objetivação* das possibilidades axiológicas, num crescendo de *integração racional*.” Isso parece complementar-se no dito na página 143: “É que, consoante lembrei em *Pluralismo e Liberdade*, analisando as relações entre poder e racionalidade, quaisquer que possam ter sido as causas determinantes da *opção normativa*, e por mais irracionalmente que ela se conclua, há um fato irrecusável, denso de significado: uma vez posta a regra de direito, esta surge, incontinenti, *sub specie rationis* [sob espécie de razão], não podendo deixar de ser considerada uma *ordenação racional*, “*quaedam rationis ordinatio*” [uma certa ordenação da razão], como dizia Santo Tomás” (comparar com página 197).

Isso, certamente, pressupõe, então também, um juiz que não só está de acordo com isso, mas também pratica a “bondade na justiça” (=equidade)” (Aristoteles. *Nikomachische Ethik*, übers. u. komm. v. Fr. Dirlmeier, Frankfurt am Main: Fischer Bücherei, 1957, S. 120), isto é: “E isso é a essência da ‘bondade na justiça’: retificação da lei ali onde ela, por causa de sua formulação geral, é lacunosa” (mesmo autor, mesma obra, S. 121). Comparar com a nota de pé-de-página 74 e 79, infra; e também com a nota de pé-de-página 97, infra. Seja aqui somente ainda colocada, à margem, a questão: os partidários do direito e economia (law and economics) não pretendem no Brasil *agora* a eficiência dessa bondade? Ver Battesini, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. Tese (doutorado em direito) — Faculdade de direito da UFRGS, página 314, 330. Nisso, contudo, não é claro, uma vez, o papel que cabe então à eficiência no âmbito da dação de leis diante dessa bondade e, outra vez, a relação dessa bondade com policy (programa) no âmbito da jurisdição. Para aquilo, ver Eidenmüller, Horst. *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*. 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 2005;

mente à verdade, pelo menos, no tocante a Kelsen. Duas passagens da *Reine Rechtslehre*, no que segue, bastam para comprovar isso.

a) „Se se entende sob „interpretação“ a comprovação conforme o conhecimento do sentido do objeto a ser interpretado, então o resultado de uma interpretação do direito pode ser somente a comprovação do quadro, que o direito a ser interpretado apresenta e, com isso, o conhecimento de várias possibilidades, que estão dadas no interior desse quadro. Então a interpretação de uma lei não precisa, necessariamente, levar a uma única resposta como a somente correta, mas, possivelmente, a várias, que todas — à medida que elas são medidas somente na lei a ser aplicada — são do mesmo valor, embora somente uma delas torne-se direito positivo no ato do órgão aplicador do direito, particularmente do tribunal. Que uma sentença judicial está fundamentada na lei significa, em verdade, nada mais que ela mantém-se no interior do quadro que a lei apresenta, não significa que ela é *a*, mas somente *uma* das normas individuais que podem ser criadas no interior do quadro da norma geral.

A ciência do direito tradicional acredita, contudo, poder esperar da interpretação não só a comprovação do quadro do ato jurídico a ser fixado, mas também, ainda, o cumprimento de uma outra tarefa; e ela é propensa a ver nisso até a tarefa principal. A interpretação deve desenvolver um método que possibilita cumprir corretamente o quadro comprovado. A teoria da interpretação habitual quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, pode proporcionar sempre somente *uma* decisão correta e que a „correção“ jurídico-positiva dessa decisão está fundamentada na própria lei. Ela apresenta o processo de interpretação de modo que como se nisso somente se tratasse de um ato intelectual do esclarecer ou entender, como se o órgão aplicador do direito somente tivesse de pôr em movimento a sua inteligência, não, porém, sua vontade e como se por uma atividade intelectual pura sob as possibilidades existentes pudesse ser feita uma

para isto, ver Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously*. 17. ed. Massachusetts: Harvard University Press Cambridge, 1999, p. 22 f. Versão espanhola: *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1999, página 72 e seguintes. Tradução: Marta Guastavino; Alexy, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 180, Fußnote 19. Versão brasileira: *Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 139, nota de pé-de-página 19. Tradução: Luís Afonso Heck.

escolha correspondente ao direito positivo, correta no sentido do direito positivo.⁵³

b) „À medida que na aplicação da lei pode nascer mais além da nisso necessária comprovação do quadro, no interior do qual se deve manter o ato a ser fixado, ainda uma atividade de conhecimento do órgão aplicador do direito, não é um conhecimento do direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação do direito, podem desembocar; normas da moral, da justiça, sentenças de valor sociais, que se costuma designar com os tópicos bem-estar do povo, interesse do estado, progresso, e assim por diante. Sobre sua validade e comprovabilidade nada se deixa dizer do ponto de vista do direito positivo. Visto daqui, todas essas determinações deixam caracterizar-se só negativamente: são determinações que não partem do próprio direito positivo. Em relação a este, a fixação do ato jurídico no interior do quadro da norma jurídica a ser aplicada é livre, isto é, no poder discricionário livre do órgão chamado à fixação do ato; a não ser que o próprio direito positivo delegue normas metajurídicas quaisquer como moral, justiça, e assim por diante. Mas por meio disso, seriam elas transformadas em normas jurídico-positivas.“⁵⁴

O dito na letra b) é completado em outro trabalho de Kelsen, onde pode ser lido: “Se se trata, porém, de normas que ainda não estão positivadas de nenhum modo, mas primeiro, porque elas apresentam a „justiça“, devem converter-se em direito positivo (ainda que os defensores desses princípios já os considerem, em uma ideia mais ou menos clara, „direito“), então existe nada mais que postulados juridicamente não-vinculativos (que, em verdade, somente são expressão de determinados grupos de interesses) dirigidos aos órgãos encarregados de criação do direito. E precisamente, não só aos órgãos da dação de leis, nos quais a possibilidade de realizar tais postulados é quase uma ilimitada, mas também aos órgãos dos graus baixos da criação do direito, onde essa possibilidade, sem dúvida, baixa na mesma medida que sua função tem o caráter de aplicação do direito, contudo, e precisamente, está dada nessa medida, existe como poder discricionário livre; na jurisdição e administração, por-

53 - Kelsen, H., (nota 9), S. 349; página 390 e seguinte; comparar do mesmo autor, Zur Theorie der Interpretation, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968, S. 1366.

54 - Kelsen, H., (nota 9), S. 351; página 393 e seguinte; mesmo autor, (nota 53), S. 1368 f.

tanto, quando vale, escolher entre várias possibilidades de interpretação. Precisamente nisso, que a consideração ou realização desses princípios, que até agora, apesar de todos os esforços, não encontraram nenhuma determinação, também só até certo ponto inequívoca, no processo de criação do direito não têm o caráter de uma aplicação do direito no sentido técnico da palavra e, pelos fundamentos citados, também nem sequer podem ter, precisamente nisso reside a resposta à questão, se eles podem ser aplicados por um tribunal constitucional.”⁵⁵ Mais adiante, diz Kelsen: “Exatamente no âmbito da jurisdição constitucional, porém, eles podem desempenhar um papel extremamente perigoso, e precisamente, quando vale examinar a constitucionalidade de leis. (...); e, por isso, não está excluída, de modo nenhum, a possibilidade que um tribunal seja chamado a decidir sobre a questão da constitucionalidade de uma determinada lei, casse essa lei com a fundamentação que é injusta porque „justiça“ é um princípio constitucional e, por isso, deve ser aplicado pelo tribunal constitucional. Isso significa, porém, que ao tribunal é concedida uma plenitude de poderes que absolutamente deve ser sentida como insuportável.”⁵⁶

II.

A) Em Reale, várias vezes, Kelsen é unido a Kant pela palavra transcendental.⁵⁷ Em Mata-Machado, pela norma fundamental, se-

55 - Kelsen, H., (nota 45), S. 68 f.; p. 239 suiv.; página 167 e seguinte. A exposição de Kelsen mostra que Reale, no âmbito da interpretação, mistura positivismo com direito natural. O que ele, Reale, censura aos “normativistas” é feito, justamente, pelos jurídico-naturais. Dito em português claro: continuam a fazer, apesar de Kelsen.

56 - Kelsen, H., (nota 45), S. 69 f.; p. 241; página 169. Ver também Heck, Luís Afonso. Jurisdição constitucional. Teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, página 17, nota de pé-de-página 14, com mais indicações.

57 - Reale, M., (nota 5), página 160, 194; mesmo autor, (nota 36), página 19, 100. Às vezes, essa relação é unida com Tobias Barreto, quando parece receber sutilmente um traço pejorativo com um fundo rechaçador com respeito ao último: ver Reale, M., (nota 17), página 473; comparar com Reale, M., (nota 5), página 47; comparar com a nota de pé-de-página 58, *infra*. O fundamento dessa conduta de Reale pode estar situado no fato de Barreto ter sido, ao lado de Carlos Bevilaqua e Sylvio Romero, o maior filósofo positivista no Brasil. Ver acerca disso: Zaibert, Leonardo A., Gracia, Jorge J.

gundo o autor, suposta,⁵⁸ e pela negação do direito subjetivo.⁵⁹ Parece como se se quisesse, de um só golpe, destruir a construção daque-

E. Latin American Philosophy of Law, in: The Philosophy of Law: an encyclopedia/editor, Christopher Berry Gray., New York/London 1999, Volume II, p. 485.

O livro da nota 17 tem notas de pé-de-página, mas, mais uma vez, infelizmente, carece delas nas passagens citadas neste trabalho.

Seja, aqui, remetido a Barreto, Tobias. Estudos de direito. vol. I e II. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1991.

É curioso, nessa conexão, que Macedo, S. de, (nota 4), página 134 e seguinte, indica várias obras de Jorge Del Vecchio, porém, não esta: Supuestos, concepto y principio del derecho (trilogia). Barcelona: Bosch, 1962. Tradução: Cristobal Masso Escofet, embora duas dela componentes, mas não a terceira: El concepto de la naturaleza y el principio del derecho, na qual Del Vecchio toma distância de Aristóteles e aproxima-se de Kant. Ver Del Vecchio, J., (aquela obra), página 231 e seguintes.

58 - Mata-Machado, E. G., (nota 17), página 148: “Assim o estudo do direito apenas como “direito positivo” leva à afirmação arbitrária de uma *suposta* norma fundamental *supostamente* válida” (ver pé-de-página 6, supra). Na página 142, depois de citar parte da introdução de Kelsen à primeira edição da Reine Rechtslehre (ver nota de pé-de-página 51, supra, na qual se encontra o citado por Mata-Machado), pergunta: “Que direção é essa?” E responde: “A que, vinda de Kant, vai dar no positivismo jurídico.” No parágrafo seguinte pretende comprovar isso com citações da teoria pura do direito, de 1934 (ver para isso, nota de pé-de-página 93, primeiro parágrafo, infra). Isso é certamente uma (re-) interpretação! O positivismo jurídico, por conseguinte, então, somente é rechaçado porque vem de Kant; comparar, nessa conexão, uma vez, nota de pé-de-página 59, segundo parágrafo, infra; outra vez, Heck, L. A., (nota 5), página 13 e seguintes, e conclusão, infra. Ver, ainda, Mata-Machado, (nota 17), página 145, 151 e 180 e nota de pé-de-página 93, segundo parágrafo, infra.

59 - Mesmo autor, (nota 17), página 277: “Em Kelsen, a negação do direito subjetivo ainda é mais enfática.” Isso só pode ser considerado jurídico-naturalmente. Na realidade, Kelsen tentou mostrar, ao contrário, a insustentabilidade do conceito jurídico-natural do direito subjetivo. Basta ver Kelsen, H., (nota 42) que *deveria ter sido* familiar a Mata-Machado. Algumas passagens dessa obra mostram isso. Assim, S. 125: “Agora, mal pode por uma outra explicação ser reconhecido mais claramente que na vontade do dogma da vontade civilista trata-se de tudo, somente não de uma vontade no sentido psicológico! Porque como poderia ser comprovada a realidade de um ato físico-real pelo meio, específico para o método jurídico, de uma presunção!” S. 568 f.: “O uso do idioma da doutrina do direito natural pode encontrar sua explicação particularmente em fatores psicológico-históricos. Tem de se ter presente que essa teoria nasceu ao tempo do estado policial absoluto e não deve ser entendida, de modo nenhum, como reação política contra esse, sim, segundo toda sua estrutura — como hoje universalmente reconhecido — tem mais um caráter ético-material que jurídico-formal. Tratava-se de opor ao estado, que intervém profundamente na vida privada, que trava o indivíduo com uma rede grossa de proibições e mandamentos, com um postulado político, que se vestiu no traje da teoria que a pessoa é “livre” desde a natureza, no estado pré-estatal, que o estado o espoliou, em grande parte, dessa liberdade e

esse roubo somente pode justificar pelo fato de ele proteger o resto da liberdade. (...) O conceito do “direito natural” é, de antemão, um subjetivo e está, segundo sua natureza, em uma oposição consciente àquilo que na doutrina do direito moderna exclusiva e somente pode valer como “direito” no sentido objetivo ou subjetivo: ao direito positivo.” S. 570: “O conceito de direito do direito natural — ele era o conceito de um direito “subjetivo” compreendia justamente aquilo que no sentido do direito positivo não era direito; e precisamente, nesse sentido duplo, tanto daquele que ainda não era direito positivo e, como direito natural, foi postulado pela doutrina do direito natural contra a ordem dominante, como daquele que, como lado material da apresentação total de sua natureza, não pôde valer como direito no sentido formal. Esse conceito do direito natural, cujo caráter fundamental é um político-material, é oposto diretamente ao jurídico-formal, continua a viver ainda no conceito de direito subjetivo da teoria moderna segundo a essência. Todas as construções do direito subjetivo que foram tentadas na doutrina do direito mais recente mostram inequivocamente o traço essencial específico do direito natural. Elas compreendem exclusivamente ou em parte o elemento substancial daquele aparecimento, cuja forma somente significa o direito.” S. 572: “O erro fundamental da teoria jurídico-natural, que em seu conceito de direito subjetivo compreende somente o reflexo material do dever jurídico, repete-se, o mais claramente, na teoria da finalidade ou do interesse iheringiana. Ihering define, como se sabe, o direito subjetivo como “interesse juridicamente protegido” [com remissão à fonte] porque somente por causa do interesse o ordenamento jurídico concede direitos subjetivos, o direito subjetivo serve somente à proteção de interesses individuais. A característica constituinte dessa definição forma a finalidade.” S. 572 f.: “O que na teoria jurídico-natural significa a “liberdade”, limitada pelo direito positivo, inata do indivíduo, independente de toda ordem estatal, isso é, na definição iheringiana, o “interesse”. Tal e qual como os teóricos do direito natural, Ihering omite derivar o direito subjetivo do objetivo; ao contrário, ele entende o direito subjetivo como algo diverso essencialmente da proposição jurídica. O direito objetivo é um formal, é proteção ou limitação; o direito subjetivo de Ihering é, como o dos teóricos do direito natural, um material: o objeto da proteção, o protegido. Entre o direito no sentido objetivo e o direito no sentido subjetivo deixa Ihering, tal e qual como a teoria do direito natural, existir uma oposição: a oposição de forma e conteúdo; uma oposição, que é tão completa, que designar ambos os pólos finais com a mesma palavra “direito”, já em si tem de valer como terminologicamente inadmissível.” S. 574: “Existe uma confusão do método normativo-jurídico — o poder do direito subjetivo corresponde ao dever do dever subjetivo — com o explicativo-psicológico. Se se declara o direito subjetivo como um interesse, então o primeiro tem de depender da existência do último.” S. 575: “Se se afronta essa construção, então se mostra, que má jogada a teoria da finalidade fez aos seus representantes nesse caso. A finalidade, que aqui se apresenta como intenção do “dador de leis” misterioso, é, certamente, segundo a palavra, acolhida na definição, mas, de fato, escapou do conceito. Que possa ter sido a “intenção do dador de leis”, isto é, das pessoas que faticamente cooperaram na dação de leis, ou, ainda mais rigorosamente, dos redatores do texto legal, proteger interesses é muito provável; teria se de considerá-los irracionais, quisesse-se consentir, no fundo, a possibilidade, eles teriam estatuído uma proteção sem supor um interesse dos

protegidos. A afirmação, que o “dador de leis” quis proteger interesses, significa, de fato, nada mais que ele foi ativo conforme a finalidade. Nesse sentido, o interesse, suposto pelo dador de leis, é nada mais que o fundamento ou o motivo de sua normatização e, como tal, já em si, nem relevante para a interpretação nem para construção jurídica. Porque decisivo para o juristas é sempre somente a vontade realmente expressa do estado, não os motivos, opiniões ou intenções do “dador de leis.” S. 576: “Somente, no fundo, já é uma ideia completamente falsa, que deixa o dador de leis ou a lei dar o “direito subjetivo”; porque o direito subjetivo é um conceito jurídico, que não o “dador de leis” ou a lei forma, mas a teoria. A lei pode estatuir uma proteção e pode fazer depender essa proteção da existência de um interesse. Se com isso, ou quando, no fundo, um direito subjetivo está dado, isso tem somente a teoria de decidir.” S. 589: “Partindo do dogma, usual no uso do idioma jurídico e em si correto, que capacidade jurídica é capacidade de vontade, que pessoa e vontade são qualidades idênticas, Windscheid, como todos os outros teóricos, foi, com isso, completamente na direção errada, que ele não reconheceu a palavra “vontade” em seu sentido especificamente jurídico-ético, mas a tomou no significado de um fato físico. Com isso, porém, era inevitável uma corrente das ficções mais absurdas. A intensa rivalidade, que desde Ihering nasceu do chamado dogma da vontade e levou ao fundamento da teoria da finalidade, que pôs no lugar da vontade o fator do interesse como característica constituinte do conceito do direito subjetivo, deve ser reconduzida exclusivamente a essa maior de todas as equívocas, pela qual a teoria jurídica jamais estava fortemente determinada, que procurou compreender a “vontade” psicologicamente.” S. 592: “Com isso, porém, está manifestamente mostrado que Windscheid, completamente do mesmo modo como Ihering, entrou no conceito, especificamente jurídico-natural, do direito subjetivo.”

Também exposto mais sucintamente na *Reine Rechtslehre* (nota 9), S. 130 e seguintes, 174 f., 194 f.; página 140 e seguintes, 190, 212 e seguinte (comparar com a nota de pé-de-página 86, último parágrafo, *infra*). Seja dela mencionado apenas uma breve passagem, na S. 134 f.; página 145: “Essa visão, porém, também influenciou os representantes da escola histórico-jurídica, que não somente inaugurou o positivismo jurídico do século 19., mas também determinaram a formação do conceito da doutrina do direito geral bem essencialmente.”

Diante disso, a própria afirmação de Reale, M., (nota 5), página 252: “A teoria do direito subjetivo em termos de “vontade juridicamente protegida” esbarra com dificuldades *intransponíveis*, tais como foram apontadas desde Ihering a Kelsen, que formularam objeções *incontestáveis*.” (realçado por L. A. H.), já puxa o solo de sua teoria, sustentada na obra mencionada na nota de pé-de-página 36, *supra*, além de deixar sem sentido esta: “A essa luz, o direito subjetivo não é mais que a subjetivação do direito objetivo ou, nas palavras do próprio Kelsen, “o poder jurídico outorgado para o adimplemento de um dever jurídico”. Com esse sentido evanescente de direito subjetivo, este fica reduzido à mera atribuição de um dever ao destinatário da norma, o que equivale, praticamente, a esvaziar o conceito de seu conteúdo essencial. Tem razão Alf Ross quando adverte que toda a forma de monismo, quanto mais lógica, mais se afasta da realidade ...” (Reale, M., (nota 5), página 256 e seguinte).

Deve, aqui, ser notado que tanto em Reale, M., (nota 5), como em Mata-Machado, E. G., (nota 17), o trabalho de Georg Jellinek: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., Tübingen, 1919 (versão italiana: *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912. Tradução: Caetano Vitagliano), que trata, como o próprio título já indica, dos direitos públicos subjetivos, não desempenha nenhum papel. (Ver Reale, M., (nota 5), página 273 e Mata-Machado, E. G., (nota 17) página 300, onde este diz apenas que García Maynes o menciona e, portanto, não está nas referências bibliográficas (página 339 e seguintes.) Kelsen tratou disso com base nesse trabalho de Jellinek (ver Kelsen, H., (nota 42), S. 629 ff.). Mais recentemente Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 229 ff. Versão espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, página 247 e seguintes. Tradução: Ernesto Garzón Valdés.

Em outras palavras, a questão, aqui, coloca-se: cidadão e sua relação para com o estado, em *perspectiva jurídica*, nesses autores brasileiros, não encontra expressão. A constituição vigente, sob esse aspecto, portanto, simplesmente não entra em consideração. Um exemplo pode auxiliar a aclarar isso. Cícero Krupp da Luz, membro-colaborador do grupo de pesquisa teoria do direito, da Unisinos, com apoio do CNPq, publicou um artigo: “A construção sistêmica de governança para a proteção dos direitos humanos”, in: *Direito e democracia*. Revista de ciências jurídicas - Ulbra Vol. 8, n. 2, jul./dez. 2007, página 266 e seguintes, por um lado. O acolhimento de direitos fundamentais sociais na constituição experimentou resistências. Ver Dreifuss, René. *O jogo da direita*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1989, página 181 e seguintes, por outro. Por fim, Alexy expõe que o argumento principal para direitos sociais é o argumento da liberdade. Ver mesma obra, S. 458 ff.; página 486 e seguintes.

Disso resulta: o argumento da liberdade pode ser entendido no sentido de possibilitar o poder fazer valer juridicamente os direitos sociais. Caso contrário, os que deles carecem correm o perigo de se tornarem uma “bola à mercê das ondas” da igreja (por exemplo: deixa-se perguntar até que ponto o crescimento populacional dos anos 90, apesar do artigo 226, § 7, da constituição federal, está em conexão com a feitura de prisões atual?), movimentos sociais, ongs e assim por diante. Mas, justamente, isso parece querer afirmar o artigo de da Luz: “A interferência entre Estado e organizações não-governamentais pode ser dada a partir de duas vertentes adicionais e complementares: a primeira, dos direitos políticos, concernentes ao aperfeiçoamento do sistema partidário — as ongs poderão exercer pressão sobre o orçamento público, aperfeiçoar a democracia e combater a corrupção. A outra vertente é a implementação dos chamados direitos sociais e econômicos por meio de ações de exemplariedade e de multiplicidade que mais contribuem para o desenvolvimento” (página 280). Comparar com a nota de pé-de-página 97, 1., *infra*.

Se se confronta, agora, mais além, essa afirmação, por um lado, com a de Reale, M., (nota 5), página 237: “Afirmando que o Direito é tão-somente um conjunto de normas, Hans Kelsen chega a uma conclusão, que parece paradoxal, de que não há distinção logicamente possível entre Direito e Estado. Do ponto de vista estritamente normativo, o Estado é o Direito e o Direito é o Estado. Para o jurista, o Estado não é a pessoa do Presidente ou do Governador, tampouco é a sociedade enquanto se estrutura

numa unidade de poder, mediante um sistema objetivo de normas.” (ver também página 257), e, por outro, com a de Mata-Machado, E. G., (nota 17), página 336: “Os direitos que lhes são atribuídos [ao estado] não são direitos que ele possua como próprios; são direitos do corpo político, ao qual se substitui *idealmente* essa entidade abstrata, e que é realmente representado pelos homens aos quais se confiou o encargo dos negócios públicos e que são investidos de poderes específicos.” (essa passagem é de uma obra de Maritain, no qual se apoia Mata-Machado para a resposta em relação à personalidade jurídica do estado, como, ainda, para a em relação aos direitos subjetivos: “Mas o núcleo propriamente da Teoria fomos buscá-lo em obra de Maritain, onde se considera o direito sob o ponto de vista ético.” mesma obra, página 291, com indicação da fonte; comparar, ainda, com página 290 e seguinte, 293) resulta, então, nessa conexão, uma certificação para a questão colocada.

Pode, aqui, ficar em aberto até onde isso não se une, por um lado, com o fato de o cidadão brasileiro não ter acesso imediato ao supremo tribunal federal, por meio de uma via processual adequada, para fazer valer os direitos fundamentais violados dos quais é titular, como, por exemplo, o recurso constitucional na Alemanha. (Ver Heck, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã, in: Revista de informação legislativa, Brasília: out./dez. 1994, página 115 e seguintes; mesmo autor. O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, página 177, nota de pé-de-página 35, com mais indicações.) Uma tentativa, nesse sentido, está na lei n. 9.882, de 3. 12. 1999, artigo 2, inciso II, que, porém, além de ter sido vetado, ainda interpôs, no parágrafo 1, o procurador-geral da república que, nisso, assemelha-se ao papel de advogado da constituição, proposto por Kelsen (ver Kelsen, H., (nota 45) S. 75, p. 247; página 175; comparar com a nota de pé-de-página 101, *infra*). Que dimensão isso pode adquirir mostra o chamado caso Dantas; ver, para isso, com mais indicações, nota de pé-de-página 85, *infra*.

Por outro lado, com a falta de uma instância centralizada competente para a rejeição de normas no controle normativo. Ver sobre isso, Heck, L. A., (nota 56), página 45 e seguintes. Aqui pode, em seguimento ao exposto nesse trabalho, na página 60, nota de pé-de-página 48, último parágrafo, em conexão com aquilo da página 69, nota de pé-de-página 55, ou seja, o aspecto estrutural, ser colocado, como contrapartida, o aspecto funcional: “Esse sentido perde-se quando a Constituição escrita não mais é considerada como taxativamente vinculativa. Se o juiz, e com o mesmo direito, o político e qualquer outro - hoje, muitas vezes, em afastamento, falsamente entendido, da concepção jurídica positivista - acreditam poder passar por cima do Direito Constitucional escrito, então podem as resoluções, que são obtidas deste modo, às vezes ser mais apropriadas do que aquelas de uma interpretação mais fiel à letra. Simultaneamente, todavia, está liberado o caminho no qual a Constituição pode ser ludibriada pelo recurso a qualquer interesse discricional pretensamente superior, cuja hierarquia superior, em geral, será controvertida. A ideia fundamental da Constituição escrita é então abandonada a favor da insegurança por uma luta permanente dos poderes e opiniões que, em sua argumentação, não mais podem referir-se a uma base comum” (Hesse, K., (nota 3), S. 14, Rn. 33; página 43 e seguinte, número de margem 33). Mais adiante: “Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabe-

le por meio do fundamento deste.⁶⁰ Com isso, é tentado pôr ambos em uma relação que expressa “algo” negativo que, portanto, não satisfaz o merecimento de atenção e, por conseguinte, é, sem mais, digno de um pré-juízo.⁶¹ Eles permanecem, assim, naturalmente, como algo repulsivo na lembrança e, por conseguinte, anulam-se como objetos de curiosidade, eles são despistados.

lecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma. (...) Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a constituição” (mesmo autor, mesma obra, S. 29 f., Rn. 77; página 69 e seguinte, número de margem 77). Se se põe, agora, ainda, em conexão o afirmado por Hesse com o por Gadamer, então resulta disso, entre outras coisas, a anulação do próprio estado de direito e certeza jurídica. Ver para isso, Heck, Luís Afonso. Prefácio, in: Silva, Marcelo Cardozo da. A prisão em flagrante na constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, página 13 (e seguintes); comparar com Alexy, Robert. Direito constitucional e direito ordinário — jurisdição constitucional e jurisdição especializada, in: mesmo autor, (nota 27), página 71 e seguintes.

Por fim, com o exposto em b) 5., infra.

60 - Como, por exemplo, quando Reale, M., (nota 5), página 192 e seguinte, coloca: “Já dissemos que deve ser considerada definitivamente superada a antiga doutrina que reduzia o Direito ao “sistema das leis”. Essa doutrina, que predominou por muito tempo, subsiste apenas por força de inércia. Devido sobretudo a Kelsen, ela foi alargada no sentido de se conceber a realidade jurídica como um sistema de normas, desde as legais até às judiciais e negociais.” (Quão ambígua essa afirmação é pode ser comprovado com isto: “E a paradoxalidade, que parece residir na ideia de “juridicidade do direito”, torna-se tanto maior quanto mais — seguindo a visão tradicional — se identifica absolutamente a dação de leis com a criação do direito e, assim, a lei com o direito, de modo que as funções, unidas sob o nome da efetivação, a jurisdição e a administração (especialmente a última), por assim dizer, parecem estar fora do direito, não apresentam verdadeiramente atos do direito, e somente aplicações, reproduções do direito, já diante delas, de alguma maneira, pronto, em sua criação concluído. Se se acha que o direito está decidido na lei, então significa juridicidade absolutamente legalidade” Kelsen, H., (nota 45) S. 30 f.; p. 198 suiv.; página 124.) Mais além, na página seguinte (193), menciona a estrutura escalonada de Kelsen; na seguinte (194), afirma o apresentado pela nota de pé-de-página 29, supra, para, então, dizer: “Pois bem, ao lado dessa concepção lógico-normativa do ordenamento jurídico, põe-se uma terceira teoria que nos parece mais condizente com a vida do direito: é a teoria institucional ou, como preferimos dizer histórico-cultural ou tridimensional do ordenamento jurídico.”

61 - A palavra é aqui empregada no sentido de Gadamer, H. -G., (nota 1), S. 275; página 360 e seguinte.

Visto, porém, mais de perto, essa imagem é enganosa, porque procura ocultar o decisivo nessa conexão. Um confronto somente entre algumas *palavras*, no que segue, irá mostrar isso.

1. “*Transcendental, filosofia transcendental*, designação da direção filosófica que parte de Kant. Ao contrário de transcendente, transcendental não diz respeito ao existe do outro lado do empírico, mas às condições, que tem de estar preenchidas, para que conhecimento do ser — seja qual for o tipo — seja possível (*KrV* A 11-12/B 25). É transcendental aquela reflexão que indica as condições necessárias, cumpridas a priori pelo sujeito, para algo. Ao Kant, diante de uma filosofia relacionada ao objeto, fixar uma reflexão sobre as condições da possibilidade para conhecimento ou experiência, ele efetiva, no seu entender, uma mudança copernicana na filosofia. Sua teoria é, desse fundamento, também designada como criticismo assim como idealismo transcendental. Experiência é, nisso, segundo Kant, legalmente estruturada; as leis baseiam em juízos sintéticos, que são válidos a priori. Condição suprema para experiência nesse sentido é, segundo Kant, a unidade transcendental da apercepção (da autoconsciência); todos os conteúdos de consciência devem poder ser relacionados com ela (*KrV* B 131-32). Dessa unidade original da autoconsciência são também dependentes as formas de visão espaço e tempo (*KrV*, Anm. sobre B 161). Essas são as condições necessárias para isto, que dados de sentido possam ser dados. Desde a descrição da unidade transcendental da apercepção Kant tenta deduzir categorias e proposições fundamentais (como a proposição da conservação da substância e o princípio da causalidade). As categorias e proposições fundamentais são as condições necessárias para isto, poder exceder dados de sentido com vista a juízos objetivamente válidos sobre objetos. Com isso, elas são, segundo Kant, simultaneamente, as condições de constituição para os objetos da experiência (*KrV* A 158/B 197). Em sua filosofia prática, Kant procede analogamente: diante de declarações quanto ao conteúdo sobre aquilo que é bom está a reflexão sobre as condições da possibilidade para atuação boa; essas condições são, segundo ele, liberdade de vontade e a lei moral (*KpV* Akad.-Ausc. V, 62-63). — A filosofia transcendental de Kant é radicalizada por Fichte no sentido de que o sujeito que conhece mesmo se põe e produz os objetos de seu conhecimento também segundo seu ser. Após o idealismo alemão, a filosofia transcendental alcança, na fenomenologia de Husserl e no neokantismo, no princí-

pio do século 20., um ponto culminante novo. Representantes importantes de uma filosofia transcendental orientada em Kant são, após a segunda guerra mundial, na Alemanha, W. Cramer, H. Wagner, D. Henrich e G. Prauss. — K. — O Apel e, em seguimento a ele, W. Kuhlmann desenvolvem uma transformação da filosofia transcendental que acolhe a virada lingüística da filosofia no princípio desse século (pragmática transcendental). Central para esses inícios é a discussão sobre argumentos transcendentais. Isso são argumentos que requerem indicar o que o caso deve ser para que algo, que só dificilmente pode ser impugnado, possa ser o caso. Os argumentos transcendentais mais fortes são rigorosamente reflexivos: eles devem indicar condições da possibilidade para isto, de poder, no fundo, impugnar ou pôr em dúvida algo. A figura fundamental de um tal argumento é Descartes cogito, ergo sum [penso, logo existo] (cartesianismo).”⁶²

2. “*Transcendentais*. Como tema, já pré-formados em inícios em Platon, Aristoteles, Plotin, Augustinus, Dionysios, a doutrina verdadeira dos transcendentais somente na idade média é sistematicamente desenvolvida. Conhece-se aqui um número de cinco transcendentais: res, unum, aliquid, verum, bonum [a coisa, o uno, o algum, a verdade, o bom] (comparar Thomas v. Aquin: *De Veritate* I. 1). Mais conhecida é, contudo, o número três, encontrável, presumivelmente, primeiro em Philippus Cancellarius na *Summa de Bono* (1231), mais tarde também em Thomas v. Aquin, unum (o um), verum (o verdadeiro), bonum (o bom), às quais, mais tarde, também ainda o pulchrum (o belo) — embora este é menos capaz de consenso — foi acrescentado. Por F. Suarez a doutrina dos transcendentais chega na metafísica racionalista do século 18. e 19., por exemplo, em Chr. Wolff transcendentais são »proprietaes transcendentales entis« [propriedades transcendentais do ente], portanto, tais conteúdos de ser que superam todos os gêneros (transcendem) e como qualidades fundamentais ou como auto-interpretação do ser são convertíveis com esse (ens et unum convertuntur [o ente e o um convertem-se], e assim por diante). Os transcendentais expressam, sob esse aspecto, modos do ser que não aparecem pela palavra ser, sem, por isso, ser meros sinônimos. Eles distinguem-se um do outro, conforme eles são

62 - Esfeld, Michael, in: *Metzler-Philosophie-Lexikon: Begriffe und Definitionen*/Hrsg. von Peter Precht und Franz-Peter-Burkard. 2. Aufl., Stuttgart; Weimar: Metzler, 1999, S. 601 f. [Artikel Transzendental, Transzendentalphilosophie].

vistos com vista ao ser mesmo (res, unum) [a coisa, o um] ou com vista ao outro existente (aliquid) [o algum] ou ao espírito humano (verum, bonum) [a verdade, o bom].”⁶³

3. “*Transcendência* (latim transcendere: passar por cima) diz universalmente o exceder de um determinado âmbito de distinções, ideias ou modos de ser. *Teórico-cognitivamente* transcendência indica independência de consciência e designa um lugar ou estado que existe independente da consciência que conhece ou cabe a um estado de coisas que, como independente, supera cada ato de conhecimento possível. Transcendência diz, ademais, a diferença teórico-cognitiva fundamental entre mundo interior e exterior. — Sobretudo na filosofia transcendental de Kant a transcendência da experiência de especulações conceituais determinadas é criticamente acentuada. Um conceito é, segundo Kant, transcendente quando ele excede o âmbito de experiências possíveis e, assim, não mais é acessível a uma revisão ou fundamentação pela experiência. Pelo contrário, a prova e análise de Kant das condições de experiência transcendentais permanece relacionado com experiência possível e mostra que objetos da experiência são apresentações e não coisas em si. Na *especulação ontológico-lógica* (ontologia) da escolástica, transcendência significa ultramundandade. Transcendência extrema cabe a deus que supera todo ser criador, mas já a alma da pessoa é transcendente, já que ela, em virtude de sua espiritualidade, é capaz de superar o mundo com vista à infinitude. Transcendentes são os transcendentais que, como conceitos mais gerais, superam todas as determinações categoriais do existente com vista ao ser. — Na *filosofia da existência*, transcendência diz, em Heidegger, o superar do particular existente com vista ao mundo, no fundo, e ao ser. Jaspers entende sob transcendência o ser como o abarcador que, simultaneamente, é a esfera do divino.”⁶⁴

Diante disso, o que é, agora, o decisivo? Justamente a filosofia de Kant parece sê-lo: sua distinção entre lógica geral e transcenden-

63 - Theis, Robert, in: (nota 62), S. 605 [Artikel Transzendentalien]. Aqui ainda deve ser notado: “— No interior da filosofia analítica moderna o conceito de ser cai em uma crítica, em parte, destruidora: qualquer uso de ser no sentido dos transcendentais é sem sentido ou indica um erro que leva a problemas fictícios. Somente com respeito ao emprego idiomático-normal de “é” podem logicamente ser distinguidas variantes de significado cheias de sentido” (Köhler, Dietmar, in: (nota 62), S. 530 [Artikel Sein]).

64 - Hammer, Thomas, in: (nota 62), S. 606 [Artikel Transzendenz].

tal manifesta-se não por último em uma distinção correspondente de dois tipos de juízo, ou seja, entre o juízo, cujos conceitos a ser com ele enlaçados — como em Locke — existem independente dele, e o juízo do qual primeiro resultam os conceitos enlaçados. O último, do qual se desenvolveu a doutrina „moderna“ do juízo, representa a lógica transcendental descoberta por Kant. *Ela marca um ponto de mudança na história da filosofia* (realçado por L. A. H.). Como é sabido, até Kant a doutrina do conhecimento aceitava os „objetos“ como „dados“ independentes do pensar. Kant pôs às avessas essa opinião com sua referência a Kopernicus: os objetos do pensar devem ser compreendidos exatamente como seu produto. Sob „transcendental“ Kant não compreende as determinações fundamentais do existente, conhecidas da idade média („Transzendentalien“), mas um tipo de conhecimento „que“ — segundo a famosa citação — „não tanto com objetos, *mas com nosso tipo de conhecimento de objetos, à medida que ele deva ser possível a priori*, no fundo, se ocupa“. Por conseguinte, uma lógica transcendental é „uma ciência, que“ determina „a origem, a extensão e a validade objetiva de tais conhecimentos“. ⁶⁵

Se se pergunta agora sobre o porquê disso, então a resposta parece estar situada nisto: subtraiu-se, por um lado,

a) a uma disputa objetiva, isto é, científica com ela e, por outro,

b) evitou-se, assim, a comprovação da sustentabilidade da própria posição; essa permaneceu, portanto, inalcançável e, com isso, inalterada, naturalmente, apenas sob o próprio ponto de vista (e do dos seus partidários). Dito de outro modo: tomou-se dela a dignidade de um conhecimento científico para torná-la indigna de refutação. ⁶⁶

65 - Paulson, Stanley L. Erkennen als Anerkennen. Die neukantianische Urteilslehre Heinrich Rickerts, in: *Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler*. Wien, New York: Springer, 1997, S. 757 f., citação conforme Heck, Luís Afonso. Apresentação, in: Cachapuz, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro. Um leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, página 23 e seguinte, nota de pé-de-página 32.

66 - No tocante à Reine Rechtslehre, diz Kelsen, H., (nota 7), S. XII ff.: “Em vista dos — embora só negativos — efeitos políticos que significa o desatamento exigido da política, em vista dessa autolimitação da ciência do direito, que alguns consideram uma renúncia de hierarquia, é compreensível que os adversários estão pouco propensos a satisfazer uma teoria que coloca tais pretensões. *Para poder lutar contra ela, não se deve reconhecer sua verdadeira essência* (realçado por L. A. H.). Assim se explica que os argumentos que — não verdadeiramente contra a teoria pura do direito,

mas — contra ela, segundo a imagem enganosa arranjada segundo as *carências do respectivo adversário* (realçado por L. A. H.), são dirigidos anulam-se reciprocamente e, com isso, fazem quase superficial uma recusa. Ela é completamente sem conteúdo, um jogo vazio de conceitos ociosos, acham depreciativamente uns; seu conteúdo significa, por causa de sua tendência subversiva, um sério perigo para o estado existente e seu direito, advertem outros. Como a teoria pura do direito preserva-se completamente de toda política, ela afasta-se da *vida pulsante* (realçado por L. A. H.) e torna-se, por isso, sem valor cientificamente; isso é uma das objeções mais frequentes que é feita contra ela. Mas não menos frequentemente pode ouvir-se: a teoria pura do direito de modo algum está em condições de cumprir sua exigência fundamental metódica e é mesma somente a expressão de uma estimação política determinada. Mas qual? Fascistas qualificam ela de liberalismo democrático, democratas liberais ou socialistas consideram ela um precursor do fascismo. Do lado comunista, ela é desqualificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacional-socialista ora como bolshevismo crasso, ora como anarquismo escondido. Seu espírito é — asseguram alguns — análogo à escolástica católica, outros, outra vez, acreditam reconhecer nela as marcas características de uma doutrina do estado e do direito protestante. E também tais não faltam que gostariam de estigmatizá-la como ateuista. Concisamente, não existe, no fundo, nenhuma direção política das quais ainda não se teria suspeitada a teoria pura do direito. Mas isso, justamente, comprova melhor que ela mesma o pudesse: sua pureza.

O postulado metódico que visa a isso não pode seriamente ser posto em dúvida, deve, no fundo, existir algo assim como uma ciência-direito. Duvidoso poderia somente ser até que grau ele é cumprível. Nisso, certamente, não se deve ignorar a diferença muito considerável que, justamente, nesse ponto, existe entre a ciência natural e as ciências sociais. Não como se a primeira, no fundo, não corresse nenhum perigo que os interesses políticos tentam influenciá-la. *A história comprova o contrário e mostra suficientemente claro que mesmo da verdade sobre o curso dos astros um poder mundial sentiu-se ameaçado* (realçado por L. A. H.). Se a ciência natural quase pôde impor sua independência da política, então, porque nessa vitória existiu um interesse social ainda mais poderoso: o interesse no progresso da técnica que somente uma investigação livre pode garantir. Mas da teoria social nenhum caminho tão direto, nenhum tão imediatamente razoável leva a um progresso da técnica social que concede vantagem inimpugnável, como da física e química para as conquistas da construção de máquinas e da terapia médica. Ante as ciências sociais falta ainda — não, por último, por causa de seu estado não-desenvolvido — uma força social que pudesse reagir contra o interesse preponderante, que tanto os que estão já no domínio como os que impelem ainda ao domínio têm, uma teoria complacente aos seus desejos, isto é, uma *ideologia social* (realçado por L. A. H.). Sobretudo em nosso tempo, verdadeiramente escangalhado completamente pela guerra mundial e suas consequências, no qual os fundamentos da vida social estão estremecidos profundamente e, por isso, as oposições interestatais como intra-estatais agravadas extraordinariamente. O ideal de uma ciência objetiva de direito e estado tem somente em um período de equilíbrio social perspectiva de reconhecimento geral. E assim parece, então, hoje nada ser mais inoportuno que uma teoria-direito, que quer salvaguardar sua pureza, enquanto para os outros, no fundo, não

Quanto a a):

1. Reale, por exemplo, afirma: “Como se vê, o novo conceito de transcendental implica uma diversa noção de *a priori*, que deixa de ser puramente *formal*, para passar a ser também *a priori material*.”⁶⁷;

2. Mata-Machado, por exemplo, sustenta: “Mas a época do *pre-conceito* contra o direito natural (realçado por L. A. H.) (“coisa devida” e regra) já passou.” (...) ⁶⁸ “Ainda que para, afinal, como em Kelsen, negar rotunda e enfaticamente o direito natural.”⁶⁹

existe nenhum poder ao qual oferecer-se eles não estivessem dispostos, enquanto não mais se receia de, alta e publicamente, fazer um clamor por uma ciência do direito política e para essa requerer o nome de uma “pura”, que elogia, assim, como virtude o que, quando muito, necessidade pessoal extrema, justamente, ainda poderia desculpar. Se eu, contudo, arrisco, neste tempo, reunir o resultado de meu trabalho até agora no problema do direito, então isso ocorre na esperança que o número daqueles que *apreciam o espírito mais alto que o poder* (realçado por L. A. H.) é maior que hoje possa parecer; ocorre, sobretudo, no desejo que uma geração mais jovem, no ruído selvagem de nossos dias, permaneça não completamente sem a crença em uma ciência do direito livre, na firme convicção que seus frutos, em um futuro mais distante, não irão ser perdidos.”

No prefácio da segunda edição (nota 9), página VIII, Kelsen diz: “O prefácio para a primeira edição eu antecipei à segunda. Porque ela mostra a situação científica e política na qual a teoria pura, na época da primeira guerra mundial e das sacudidas sociais por ela causadas, nasceu, e a repercussão que ela, naquele tempo, encontrou na literatura. Nessa relação não se modificou muito depois da segunda guerra mundial e dos revolucionamentos políticos, que ela teve como consequência. Hoje, tanto como antes, uma ciência do direito objetiva, que somente descreve seu objeto, encontra a resistência tenaz de todos aqueles que, desprezando o limite entre ciência e política, em nome daquela prescrevem ao direito um determinado conteúdo, isto é, o direito justo e, com isso, acreditam poder determinar um critério de valor para o direito positivo. É particularmente a metafísica ressurgida da doutrina do direito natural que, com essa pretensão, opõe-se ao direito.” Ver, sobre a relação direito positivo e direito natural, na Alemanha depois da segunda guerra, Maurer, Hartmut. Ideia e realidade dos direitos fundamentais, in: mesmo autor. Contributos para o direito do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, página 23 e seguinte. Tradução: Luís Afonso Heck.

67 - Reale, M., (nota 36), página 26 e seguinte. Ver nota de pé-de-página 74, infra.

68 - Mata-Machado, E. G., (nota 17), página 156. Que não se tratava, em Kelsen, de um *preconceito*, mas, ao contrário, da questão da cognição e, portanto, da possibilidade da fundamentação científica, mostra, por um lado, a seguinte passagem: „Mas também a suposição, que uma doutrina do direito natural pode dar uma resposta incondicional à questão sobre o fundamento de validade do direito positivo baseia-se em um engano. Uma tal doutrina vê o fundamento da validade do direito positivo no direito natural, isto é, em uma ordem fixada pela natureza como uma autoridade extrema, que é superior ao dador de leis humano. Nesse sentido, é também o direito natural direito

Quanto a b):

Reale diz o seguinte. “Tudo está em reconhecer-se que não há um modelo único de ciência, impondo-se, ao contrário, uma multiplicidade de métodos ou de vias de acesso ao real, inclusive no tocante às formas de “compreensão”, que não são as mesmas para o sociólogo e para o jurista, ...”⁷⁰ Enquanto se entende isso como Kelsen,⁷¹ está correto. Contudo, a tomada de posição de Reale, em con-

fixado, mas não por vontade humana, mas por sobre-humana. Uma doutrina do direito natural pode, sem dúvida, afirmar o fato — mesmo que ela não possa comprovar — que a natureza ordena que as pessoas devem conduzir-se de modo determinado. Como, porém, um fato não pode ser o fundamento de validade de uma norma, uma doutrina do direito natural logicamente correta não pode negar que se pode interpretar um direito positivo, correspondente ao direito natural, como válido somente quando se pressupõe a norma: deve obedecer-se o ordenar da natureza. Também a doutrina do direito natural pode, à pergunta sobre o fundamento de validade do direito positivo, somente dar uma resposta condicionada. Se ela afirma que a norma, que se deve obedecer ao ordenar da natureza, é imediatamente evidente, ela equivoca-se. Essa afirmação é inaceitável. Não só em geral, porque não podem existir normas imediatamente evidentes da conduta humana; mas também em particular, porque essa norma menos ainda que alguma outra pode ser afirmada como imediatamente evidente. Porque para a ciência, a natureza é um sistema de elementos determinados legal-causalmente. Ela não tem vontade e, por isso, não pode fixar normas. Normas podem, como imanentes à natureza, somente ser aceitas quando se aceita na natureza a vontade de deus. Que deus, na natureza, como manifestação de sua vontade — ou de algum outro modo —, ordena às pessoas conduzirem-se de determinado modo é uma suposição metafísica que, por uma ciência em geral e uma ciência do direito em particular, não pode ser aceita, uma vez que conhecimento científico não pode ter como objeto um processo afirmado do outro lado de toda experiência possível“ (Kelsen, H., (nota 9), S. S. 227; página 245 e seguinte. Por outro lado, o artigo de Kelsen, presente nesta obra no número 2 - ver sumário. Ver ainda Heck, L. A., (nota 56), página 56 e seguinte, nota de pé-de-página 48, com mais indicações). Comparar com a nota de pé-de-página 86, último parágrafo, *infra*.

69 - Mata-Machado, E. G., (nota 17), página 156.

70 - Reale, M., (nota 36), página 117.

71 - Kelsen, H., (nota 42), S. 5, expõe: “Essa oposição, que para o método das disciplinas normativas e, especialmente da ciência do direito, tem grande importância, baseia-se em uma diversidade do ponto de vista desde o qual se considera os objetos. Enquanto as ciências da natureza propõem-se como tarefa mostrar e esclarecer a conduta de fato das coisas, compreender o ser, outras disciplinas estabelecem regras que prescrevem uma conduta, exigem um ser ou não-ser, isto é, estatuem um dever. O primeiro ponto de vista designa-se explicativo, o último, normativo e as regras estatuidoras, normas, enquanto as regras do ser valem como leis da natureza no sentido amplo.” S. 41: “É uma outra coisa, se se considera a vida jurídica de fato de uma totalidade, examina as proposições jurídicas com vista ao seu ser cumprido fático ou se se

junto, parece indicar para uma outra direção, isto é, a de um sincretismo.⁷² Assim:

contenta com o conhecimento formal daquilo que essas proposições *jurídicas prescrevem*. É tarefa do histórico da cultura e descrevedor moral descrever o fazer e o omitir de um povo e comparar com suas normas jurídicas e morais. É tarefa dos psicólogos investigar os efeitos que uma proposição jurídica, que penetrou na consciência, tem sobre o querer e atuar da pessoa individual, analisar a influência motivadora das normas, reduzir a atuação jurídica ou antijurídica do indivíduo às suas causas de fato. E tarefa do sociólogo é compreender o direito como um poder fático, que domina as massas, como fato da psicologia das massas; a ele irá, da mesma forma como aos psicólogos, o direito aparecer como um processo físico real, um existente, que ele tem de esclarecer, ao ele mostrar as suas causas, deixar compreender a conduta jurídica das pessoas como inevitável" (realçado por L. A. H.). Ver também Kelsen, Hans. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*. 2. Neudruck der 2. Auf. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1928, S. 1 ff., 4 ff., 75 ff.

72 - Que é assim esboçado: "Sincretismo (grego-neolatino. Mistura, fundição). Plutarch deriva o conceito sincretismo de uma palavra creta, que designava a "camarilhagem dos cretenses" que, apesar dos litígios interiores, para fora apresentavam-se sempre fechados. Compreendido estreitamente, sincretismo diz uma apresentação no heilenismo que, sob a influência do neoplatonismo, entendeu os mitos das religiões tradicionais como demonstração de ideias eternas e, com isso, concedeu uma verdade e significado relativo para a filosofia. Em um sentido geral, sincretismo é a assunção de ideias de origem distinta e sua união em uma conexão própria. Uma filosofia sincrética seria, portanto, uma tal que, ou sob renúncia à penetração espiritual, junta já existente ou, formulado positivamente, empreende a tentativa de, na procura por unidade e validade universal, comprovar a concordância de escolas de pensar distintas e unir em um sistema abarcador. — Na ciência da religião sincretismo denomina a assunção de elementos de culto ou instrutivos de uma religião para a outra. O sincretismo apresenta, sobretudo, também um problema dos esforços de missão do cristianismo, porque ele, por um lado, quer salvaguardar sua identidade, mas, por outro, encarnar-se em culturas a ele alheias" (Wörther, Mathias, in: (nota 62), S. 582 f. [Artikel Synkretismus]).

A ideia de sistema kantiana aqui se deixa confrontar. Segundo Kant: "Eu entendo sob uma arquitetônica a arte dos sistemas. (...) Sob o governo da razão nossos conhecimentos não devem representar, no fundo, nenhuma rapsódia, mas tem de um sistema, no qual eles somente podem apoiar e promover as finalidades essenciais do mesmo. Eu entendo, porém, sob um sistema a unidade dos conhecimentos variados sob uma ideia. Essa é o conceito da razão da forma de um todo, contanto que pelo mesmo seja determinado a priori tanto a extensão do variado como o lugar das partes umas com as outras. O conceito da razão científico contém, portanto, a finalidade e a forma do todo que concorda com o mesmo. A unidade da finalidade, à qual dizem respeito todas as partes e, na ideia da mesma, também uma com as outras, faz que de cada uma parte, no conhecimento das demais, pode ser sentida a falta e não tem lugar nenhum ajuntamento casual ou grandeza indeterminada da perfeição que não tem os seus limites determinados a priori. O todo, é, portanto, estruturado (*articulatio*) e não-acumulado

1. em uma passagem é afirmado: "... embora o direito seja sempre uma *ordenação normativa da realidade social segundo certos valores*, ou, o que vem a dar no mesmo, uma *realidade social normativamente ordenada em função de experiências axiológicas*, é possível considerá-lo objeto de três ordens fundamentais de estudo, das quais a Ciência do Direito, a Política do Direito e a Sociologia Jurídica são as expressões mais relevantes."⁷³;

2. os valores são invocados para "perceber como o conceito de transcendental se enriquecia de estruturas outras que não as puramente lógicas, tendentes a se abrir ou já abertas a uma compreensão dialética do concreto"⁷⁴. Nessa conexão também se situa a sua ontogenoseologia.⁷⁵;

(*coacervatio*); ele pode, sem dúvida, crescer internamente (*per intus susceptionem*) [por dentro da assunção], mas não externamente (*per appositionem*) [por oposição], como um corpo animal, cujo crescimento não ajunta nenhum membro, mas, sem alteração da proporção, faz cada um para suas finalidades mais forte e mais hábil" (Kant, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. 3. Aufl., Hamburg: Meiner, 1990, S. 748 f. Versão brasileira: *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, página 405. Tradução: Valerio Roden e Udo Baldur Moosburger).

Aquilo apresenta uma dificuldade, por exemplo, no plano da argumentação perelmaniana com seu conceito de auditório universal. Uma vez, porque no âmbito deste o argumento é concebido tecnicamente, ou seja, como meio para a influência do auditório. As reflexões sobre o efeito de argumentos, contudo, pertencem a uma *teoria da argumentação descritiva, psicológica ou psicossocial*. Ver para isto, Alexy, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, S. 203. Versão espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, página 161. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo; outra vez, porque "quem é parcial, convence, pressuposto, ele é sincero, somente aqueles entre os quais ele conta-se. Quem quer convencer cada um tem de ser imparcial. Isso pressupõe que ele também apresenta os argumentos contrários respectivos" (mesmo autor, mesma obra, S. 214; página 169).

73 - Reale, M., (nota 36), página 60. Sob esse aspecto, na mesma página, "... a tridimensionalidade é da *essência* mesma do direito, ..." Ver nota de pé-de-página 60, supra.

74 - Reale, M., (nota 36), página 26. São citados, aqui, entre outros, Max Scheler, em outras passagens, novamente, ver página 17, 156, 256. Com isso, porém, Reale entra no âmbito do intucionismo e, com isso, expõe-se à objeção do não-cognitismo. Segundo Alexy: "Se expressões como »bom« ou »devido« não são definíveis por expressões empíricas, está mais próximo aceitar que elas representam algumas qualidades ou relações de tipo não-empírico. Essa é a tese do intucionismo. Concepções, das quais essa tese está na base, são designadas de »intuicionista«, porque essas entidades não-empíricas não são conhecidas pelos cinco sentidos, mas com base em uma outra capacidade. Em alguns autores, é essa outra capacidade algo assim como um sexto

sentido, em outros, algo assim como a capacidade de visão a priori, em, outras vez, outros, ambos se mescla [aqui, a nota de pé-de-página 16 é a seguinte: “Comparar, por exemplo, M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 5. Aufl., Berlin/München 1966, S. 87: »A sede verdadeira de todo o a priori de valores (e também da moral) é o conhecimento de valor, respectivamente, visão de valor, que se estrutura no sentir, preferir, em última linha, no amor e ódio.«]. É, ademais, debatido, quais são as identidades, que podem ser reconhecidas no modo aludido. Moore é da concepção que existe somente uma única qualidade moral imediatamente conhecível, a qualidade »boa«. Essa qualidade deve, como, por exemplo, também a qualidade »amarela«, ser simples e não-analisável. Se se segue Ross, então existem duas tais expressões não-definíveis, ou seja, »bom« e »direito«. Segundo Scheler, ao contrário, existem quatro tipos de valores, os valores do agradável e desagradável, os valores vitais, os valores espirituais, assim como os valores do sacro. Entre esses valores existe uma ordem hierárquica a priori do tipo que os valores do agradável e desagradável têm a hierarquia mais baixa e os valores do sacro, a mais alta. Com isso, são somente denominados algumas concepções intuicionistas” (Alexy, R., (nota 72), S. 58 f.; página 55; mesmo autor, (nota 59), S. 136 f.; página 149 e seguinte).

Duas outras questões colocam-se, ainda, nessa conexão. A primeira diz respeito à primazia do devido ou do bom: “... a controvérsia sobre o caráter deontológico ou teleológico da ética que, em uma boa parte, é um litígio sobre o primado do conceito do dever ou do conceito do bom ...” (Alexy, R., (nota 59), S. 127; página 140; na Fußnote (pé-de-página) 163 são citados, entre outros, N. Hartmann e M. Scheler).

A segunda, à tirania dos valores, que reconduz a Carl Schmitt. Assim, pode ler-se nele: „Ao valor superior o valor inferior tem o direito e o dever de se submeter, e o valor como tal destrói, com razão, o desvalor como tal. Isso é claro e simples e fundamentado na peculiaridade do valor. Precisamente nisso consiste a „tirania dos valores“ que entra pouco a pouco na nossa consciência“ (Schmitt, Carl. *Die Tyrannei der Werte*, in: *Säkularisation und Utopie, Festschrift für Ernst Forsthoff*. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967, S. 59). „O desvalor não tem direito diante do valor e para a imposição do valor superior nenhum preço é muito alto“ (mesmo autor, mesma obra, S. 61). „A lógica do valor deve sempre valer: que para o valor extremo o preço extremo não é muito alto e deve ser pago“ (mesmo autor, mesma obra, S. 60). No final ele, contudo, parece ser admoestador: „Um jurista que aceita isto, tornar-se efetivador de valores imediato, deveria saber o que faz. Ele deveria considerar a origem e estrutura dos valores e não deveria tomar à ligeira o problema da tirania dos valores e da efetivação do valor sem mediação. Ele deveria ter clareza sobre a filosofia-valores moderna antes de ele decidir tornar-se valorador, transformador de valores, revalorizador ou desvalorizador e, como sujeito apoiador de valores e que sente valores, proclamar a fixação de um ordenamento de graus de valores, subjetivo ou também objetivo, na forma de sentenças de juiz com coisa julgada“ (mesmo autor, mesma obra, S. 62). Ver sobre isso, ainda, Heck, L. A., (nota 56), página 17 e seguinte, nota de pé-de-página 14.

Diante do colocado, as afirmações seguintes de Reale oferecem um quadro desconcertante. Assim, por um lado, quando Reale, na página 115, (nota 36), coloca a questão: “... um problema de máxima importância para a caracterização da Jurisprudência, que

3. em um lugar é dito: "... primeiro, ao reconhecer-se que a dialética hegeliana ou marxista não é senão umas das dialéticas possíveis e a menos adequada, a meu ver, à compreensão da experiência jurídica ..."⁷⁶, em outro, porém, diz: "Se Hegel exagera quando nos diz que "ser é ser pensado", não devemos olvidar que a razão tem isto de terrível que ela converte em *seu objeto* e, por conseguinte, em *racional* tudo aquilo em que toca, como se o real só assim se tornasse pleno concreto. Muito embora se repila a identidade de pensamento e ser, seria absurdo rejeitar-se o valor da razão como instrumento culminante e decisivo na objetivação das formas culturais."⁷⁷ Mais além, ainda: "É de Hegel esta nota irônica, iniciando a sua crítica ao empirismo de Locke: "Geralmente, quando se fala de experiência, não se entende com ela patavina; e dela se fala, pois, como de coisa pacificamente notória."⁷⁸;

é o reconhecimento de que uma pesquisa não deixa de ser de ordem científica só por ser de natureza axiológica, ou por se basear a sua sistematização racional em pressupostos de valor.", mas não a soluciona. Na página 63 (nota 36) encontra-se o seguinte: "... o direito pode e deve ser estudado *cientificamente* também sob o prisma do *valor*: tal ordem de estudos corresponde à *Política do Direito*." Por outro, quando Reale, M., (nota 5), página 374, afirma: "É no âmbito da Axiologia, como um de seus temas capitais, que se situa, pois, a *teoria da justiça*."

A posição de Reale, por sua vez, diante disso tudo, é desorientadora, porque na nota introdutória (nota 36, página XV) reconhece isso: "Só depois viria *superar* (realçado por L. A. H.) a "idealidade axiológica", de inspiração platônica estabelecida por Max Scheler e Nicolau Hartmann, cujas diretrizes então *seguia*" (realçado por L. A. H.). O verbo *seguir*, que está no pretérito, remete ao ano de 1940, na mesma página. A questão, agora, impõe-se: quando se deu, então, o *superar*, se em 1968, ano da primeira edição da obra mencionada na nota de pé-de-página 36, cuja edição de 1999 é fac-similar, isso ainda era seguido?

75 - Ver Reale, M., (nota 36), página 27, 83. Aqui situa-se outro problema, contíguo ao tratado na nota de pé-de-página anterior, porque Reale também se apóia, nessa conexão, na concepção de Larenz (ver Reale, M., (nota 36), página 217), que é debatida. Ver para isso, Heck, L. A., (nota 65), página 18 e seguinte; 26 e seguintes. Comparar com Alexy, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha, in: mesmo autor, (nota 27), página 100.

76 - Reale, M., (nota 36), página 72.

77 - Reale, M., (nota 36), página 48. Nessa conexão, a afirmação de Reale, M., mesma obra, página 107: "Não será exagêro dizer-se que o realismo norte-americano, na sua unilateral posição de empirismo radical, *oculta uma angústia incontida de totalidade*" (realçado por L. A. H.), deixa ver, contudo, uma assunção da dialética hegeliana.

78 - Reale, M., (nota 36), página 2, nota de pé-de-página 3. O último mostra que Hegel é admitido, pelo menos, como escudo no âmbito da experiência. Nessa conexão,

4. a experiência jurídica está sob o solo aristotélico: “... assistindo razão a Recaséns Siches quando, nas páginas sucintas mas penetrantes com que esclarece vários aspectos do tema ora tratado, diz que “se falamos de *experiência* é porque nos achamos ante *algo dado*”, concluindo que, sob êsse aspecto, ela é “um conjunto *muito complexo, porém unitário*, de diversos dados, ...”⁷⁹;

porém, Reale expõe-se a duas objeções levantas contra Hegel: o saber absoluto e, com isso, a impossibilidade da experiência negativa. Uma olhada em Gadamer, H. –G., (nota 1), mostra isso, uma vez: „Que história do efeito nunca se torna consciente consumadamente é, do mesmo modo, uma afirmação híbrida como a pretensão de Hegel de saber absoluto, no qual a história chegou à autotransparência consumada e, por isso, elevada ao ponto de vista do conceito. Pelo contrário, a consciência histórico-efetual é um elemento da própria efetivação, e nós veremos, como ele já no *obter da pergunta certa* é eficaz“ (S. 306; página 398);

outra vez: “Segundo Hegel, é, certamente, necessário que o caminho da consciência leva a um saber-se que, no fundo, não tem mais fora de si nenhum outro, alheio. Para ele, a consumação da experiência é a >ciência<, a certeza de seu mesmo no saber. O critério sob o qual ele pensa experiência é, portanto, o do saber-se. Por isso, a dialética da experiência tem de terminar com o vencimento de toda a experiência que é obtida no saber absoluto, isto é, na identidade completa de consciência e objeto. Nós poderemos entender a partir disso porque a aplicação, que Hegel faz na história, ao ele vê-la entendida na autoconsciência absoluta da filosofia, não satisfaz a consciência hermenêutica. A essência da experiência é, aqui, de antemão, pensada daquilo em que experiência está excedida. Experiência mesma nunca pode ser ciência. Ela está em uma oposição não-anulável para com o saber e para com aquela instrução que provém do saber geral teórico ou técnico“ (S. 361; página 464 e seguinte). „A dialética de Hegel é um monólogo do pensar que, antes, pretende prestar o que, em cada conversa autêntica, sucessivamente amadurece“ (S. 375; página 482).

79 - Reale, M., (nota 36), página 34 e seguinte. Também aqui a posição de Reale, ao assumir a concepção aristotélica de experiência, torna-se atacável. Uma passagem de Gadamer, H. –G., (nota 1) S. 358 f.; página 461 e seguinte, comprova isso: “É essa universalidade da experiência pela qual, segundo Aristoteles, realiza-se a verdadeira universalidade do conceito e a possibilidade da ciência. A imagem [descrita por Gadamer nesta e na página anterior] ilustra, portanto, como a universalidade sem princípios da experiência (o enfileiramento da mesma), mesmo assim, leva à unidade da *arché* (*arche*= >comando< e >princípio<). Se se pensa, agora, como Aristoteles, a essência da experiência somente com vista à >ciência< [— que, todavia, não é a ciência >moderna<, mas >saber< —], então se simplifica o processo na qual ela realiza-se. A imagem descreve, sem dúvida, justamente, esse processo, mas ela descreve-o sob pressupostos simplificadores que, assim, não valem. Como se a tipologia da experiência resultasse por si sem contradição! Aristoteles sempre já pressupõe aqui o comum, que na fuga das observações chega ao permanecer e se forma como universal; a universalidade do conceito é para ele um *prius ontológico* (realçado por L. A. H.). O que interessa Aristoteles na experiência é somente sua contribuição para a formação do

conceito. É, assim, experiência considerada em vista de seu resultado, então, com isso, é saltado por cima do verdadeiro processo de experiência. Esse processo é, exatamente, um essencialmente mais negativo. Ele não deve ser descrito como uma formação sem ruptura de universalidades típicas. Essa formação ocorre, ao contrário, pelo fato de generalizações falsas constantemente, pela experiência, serem refutadas, de certo modo, destipificadas como tipicamente consideradas. [Gadamer chama a atenção, aqui, na nota de pé-de-página 299; 300, para o par conceitual de Karl Popper do *trial and error* [tentativa e erro.] Isso já se cunha idiomáticamente nisto, que nós falamos em um duplo sentido de experiência, uma vez, das experiências, que se inserem em nossa esperança e a certificam, a seguir, porém, da experiência que se >faz<. Esta, a verdadeira experiência, é sempre uma negativa. Se nós fizemos uma experiência em um objeto, então isso significa, que nós, até agora, não vimos corretamente as coisas e agora sabemos melhor como está com isso. A negatividade da experiência tem, portanto, um sentido particularmente produtivo. Ela não é, simplesmente um engano, que é compreendido, e, sob esse aspecto, uma retificação, mas um saber de grande alcance que é adquirido. Não pode, portanto, ser um objeto arbitrariamente recolhido, no qual se faz uma experiência, mas ele deve ser assim que nele obtém-se um saber melhor não somente sobre ele, mas sobre aquilo que antes se achava saber, portanto, sobre uma generalidade. A negação, em virtude da qual ela presta isso é uma negação determinada. Nós denominamos esse tipo de experiência *dialético*.”

O direito como ontologia, nesse sentido, volta em outras páginas, (Reale, M., (nota 36)), como, por exemplo: 85, 121, 128, 104: “... o papel da “verdadeira” Ciência do Direito consiste em descobrir as “fôrças motrizes das instituições jurídicas”, visando captar o direito anterior e subjacente às “abstrações normativas” e às decisões do juiz, isto é, o direito como “ordenamento de vida”, em seu processo histórico-social, *ao qual devem se subordinar a interpretação e as construções da doutrina, e, o que é essencial, as decisões dos magistrados*” (o itálico é de L. A. H.). Entende-se isso à francesa: jurisprudência e judicatura, de um lado, “doctrine” como a doutrina científica do direito, de outro (ver, nesta obra, número 1 - ver sumário), então a questão da experiência, no fundo, sequer se coloca. Ver nota de pé-de-página 96, *infra*, para isto; ver nota de pé-de-página 112, *infra*, para aquilo.

Se se confronta, abstraindo do último, isso com isto, na Reale, M., (nota 36), página 107: “Se o realismo exagera a natureza operacional do direito, pondo o “operador” acima do processo de que é partícipe, — até o ponto de dizer-se que o juiz se decide antes em favor de uma tese e depois procura a norma justificadora da decisão tomada —, parece-me que o seu apêlo ao direito que efetivamente se vive e na sua desconfiância pelas soluções de pura logicidade formal, está implícita a intuição de que é necessário abranger a experiência jurídica na totalidade de seus aspectos.”, então uma conclusão parece indicar-se: todas as sentenças, e, naturalmente, todas as petições, apresentam um trabalho científico. Locais de audiência equivalem, assim, a salas de aula! Talvez reside aqui, então, às avessas, a confusão de certos operadores (atuam no âmbito da civil law) professores (imaginam-se no âmbito da common law). Ver sobre o último, B) 1., *infra*.

Seja notado à margem com vista à civil law:

5. o modelo jurídico, nessa conexão, é estático: “Essa compreensão funcional dos modelos jurídicos, a bem ver, lança suas raízes nos primórdios da Jurisprudência, quando os jurisconsultos romanos compuseram as diretrizes éticas, comprovadas na *praxis*, com os ensinamentos da Lógica de Aristóteles e dos estóicos, oferecendo-os *definitivos exemplos* (itálico de L. A. H.) de *categorização da experiência jurídica*, numa coordenação lúcida de gêneros, espécies, tipos, figuras e ficções. Desde então, pode-se dizer que a vida do di-

1. quanto ao “operador”. “Da estrutura circular do entender falava-se, certamente, na teoria hermenêutica do *século 19.*, mas sempre no quadro de uma *relação formal* do particular para o todo ou do reflexo subjetivo dela, da antecipação que pressente do todo e de sua explicação seguinte em seus pormenores” (Gadamer, H.-G., (nota 1), S. 298; página 388, o itálico é de L. A. H.). Não está isso na base do dito comum atual: “Primeiro o juiz toma a decisão, depois ele vai atrás da justificação.”? Ver também citação de Gadamer na nota de pé-de-página 86, infra;

2. quanto às “fôrças motrizes das instituições jurídicas”. Em Rùthers, Bernd, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich. 2. Aufl.*, München: Beck, 1989, pode ser lido: “O conceito de direito positivo e neutro em valores, que Heck tomou por base para sua doutrina do método, era para os defensores de um pensar jurídico especificamente étnico-nacional-socialista inaceitável” (S. 40). “Ao ele [Heck] obrigar o juiz à obediência à lei rigorosa, ele escolheu, como fundamento filosófico e teórico-jurídico da jurisprudência dos interesses, o *positivismo legal*: direito era para o juiz aquilo que o dador de leis aprovou de acordo com a constituição como lei. Isso foi a ele — com uma clara indireta ao seu “*normativismo*” antiquado — objetado por seu críticos” (S. 39, com remissão K. Larenz, o itálico é de L. A. H.). “A indiferença da jurisprudência dos interesses perante conteúdos filosóficos e de concepções de mundo materiais é característico para sua origem da época passada do liberalismo. Esse método pertence, com o fim dessa época, igualmente ao passado” (S. 39, com remissão a E. Forsthoff e W. Siebert). “Sejam esses adversários [de Heck], uns com os outros, partidários de posições metódicas e teóricas distintas, por exemplo, do pensar em “*ordens concretas*” (Carl Schmitt) ou da formação e desenvolvimento de “*conceitos geral-concretos*” (Karl Larenz) (S. 40 f., o itálico é de L. A. H.). (...) “Cada interpretação tem de ser uma *interpretação no sentido nacional-socialista*” (S. 41, com remissão a escritos de Carl Schmitt).;

3. quanto à opinião de Perelman, com relação ao exposto por Reale, no antepenúltimo parágrafo, supra. Segundo Alexy: “A aprovação do auditório universal, isto é, racionalidade e objetividade, é, segundo Perelman, o objetivo, sobretudo, do filósofo. *O juiz e o dador de leis devem, pelo contrário, orientar suas decisões somente pelos desejos e convicções da comunidade que os empregou ou elegeu* (realçado por L. A. H.). (...) Isso não convence por duas razões. Por um lado, também o juiz aspira, no *espaço de juízo que resta a ele*, uma solução racional. Por outro, também o filósofo, como ainda será destacado, tem de, em sua argumentação, referir-se às ideias, determinadas pela tradição, de seus ouvintes” (Alexy, R., (nota 72), S. 203 f., Fußnote 523; página 161, nota de pé-de-página 523).

reito realiza *avant la lettre* [antes do tempo], uma esplêndida e constante *teoria de modelos*, implícita na construção dos institutos jurídicos e no fino labor de qualificação dos comportamentos individuais e sociais *típicos*.”⁸⁰ Na outra obra diz: “Em conclusão, sem pretensão

80 - Reale, M., (nota 36), página 178; e finalístico: “... será lícito afirmar que o modelo jurídico é de natureza teleológica ...” (mesmo autor, mesma obra, página 164). Aqui, pode objetar-se, uma vez: “E, apesar disso, as realidades do desenvolvimento do ocidente têm feito a análise de Aristoteles mais e mais inadequada, até hoje um estudante de imaginação, deixado a considerar a política contemporânea em termos da teoria de Aristoteles, poderia bem reportar que a república de Andorra deve ser o lugar de maior interesse.

Existe um número de razões para essa divergência da política moderna em relação a Aristoteles, mas duas sobressaem-se como de maior importância. Considerado filosoficamente, não é provavelmente muito dizer que o conceito de *estado* cristalizou durante a renascença. Ele foi o sustentáculo da teoria política no tempo do absolutismo como desenvolvida por escritores como Bodin e Hobbes. Ele obteve sua apoteose final em Hegel; Hegel e seus seguidores têm inspirado ambos os pensamentos, conservador e radical, de todo oeste durante os últimos cem anos. O estado, modelado sobre o conceito grego de polis, foi divinizado por eles como a encarnação completa de todos os valores como representados pela cultura humana” (Friedrich, Carl J. *Constitutional government and democracy. Theory and Practice in Europe and America*. Fourth Edition. Massachusetts, Toronto, London: Blaisdell Publishing Company, 1968, p. 4 f.).

Mais adiante: “Em qualquer caso, pouco do que Aristoteles tem a dizer concernente à polis pode ser corretamente dito do *governo* moderno. A palavra *estado* tem sido o veículo para confundir o tema.

A abordagem do grande filósofo grego da política era basicamente estática (realçado por L. A. H.). Eles procuravam estabilidade como o principal objetivo da política. Quando eles escreviam de ideais como justiça e felicidade, eles pensavam nesses como verdades eternas, como algo inalterável e imodificável. Certamente, a *Politics* de Aristoteles contém a teoria da revolução e mudança na ordem política, mas seu interesse era motivado pela questão: como ela pode ser prevenida? A ideia que mudança, e mesmo revolução, pode ser positiva, forças criativas de grande valor era alheia para eles. A partir daí ele explicou e justificou um pouco extensamente a escravidão porque ela parecia ter uma função essencial na ordem existente das coisas.

O moderno, o ocidental caminho é o de acentuar o *vindouro*, de ver a mudança não só como inevitável, mas também como desejável, pelo menos, às vezes” (p. 5 f.).

E, outra vez: “À compreensão do Estado atual, que descobriu a historicidade de seu objeto (e de sua própria historicidade), a “invasão do tempo”, a qual deixa converter aquela em “categoria da estrutura interna do Estado e direito”, está proibido o recurso a semelhantes ideias de Estado como uma unidade situada do outro lado das forças históricas reais, determinada, substancial-imutável; isso tanto mais que o desenvolvimento industrial moderno e as alterações, que ele produziu, não mais admitem descurar o problema da formação da unidade política e isolar o “Estado” de seu substrato sociológico” (Hesse, K., (nota 3) S. 7, Rn. 9; página 31, número de margem 9).

Essas objeções têm de ser entendidas no sentido de indicar que não se pode avaliar a capacidade de prestação da constituição desde setores do direito sob o ponto de vista ontológico, porque isso, primeiro, transforma a constituição de critério normativo em objeto (ver para isso, Heck, Luís Afonso. O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, página 130, 264 e 128, respectivamente), segundo, impede a produção da congruência entre o direito constitucional e o direito ordinário (ver para isso, Heck, L. A., (nota 65), página 11, nota de pé-de-página 2 e página 19) e, terceiro, espolia, assim, de antemão, a constituição da sua força normativa (ver para isso, Hesse, Konrad. Die normative Kraft der Verfassung. Tübingen: Mohr, 1959. Versão brasileira: A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes), uma vez que o seu sentido deontico e dinâmico é simplesmente anulado.

A isso, parece, contudo, exatamente, ser visado em nosso país, a partir de setores do direito, como, por exemplo, do direito penal, do direito do trabalho e do direito civil. Assim:

1. nosso direito penal é finalista, com base em Hans Welzel. Deixa perguntar-se em que medida, por exemplo, questões como encefalia e aborto, não são cunhadas por isso. A indicação de Alexy, R., (nota 72), S. 29, Fußnote 39; página 32, nota de pé-de-página 39, parece instrutiva: “Para o entrelaçamento, que está na base dessa jurisprudência [do tribunal constitucional federal e do tribunal federal], de motivos jurídico-naturais, predominantemente tingidos teologicamente, com elementos da ética dos valores Hartmann-Scheleriana, comparar H. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. Göttingen 1962, S. 225.”;

2. no direito do trabalho, Américo Plá Rodrigues, é muito citado; ver, por exemplo, Camino, Carmen. Direito individual do trabalho. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, página 90 e seguinte, 97, 101, 521; Delgado, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, página 198, 212 e seguinte, 215, 777 e seguinte. Sua posição está na vizinhança aristotélica: “De todas as definições consultadas, permitimo-nos destacar a que *Ernesto Eduardo Borga* propõe na “Enciclopédia Jurídica Omeba”: “Um princípio jurídico fundamental é algo que devemos admitir como pressuposto de todo ordenamento jurídico. Informa a totalidade do mesmo e aflora de modo expresso em múltiplas e diferentes normas, nas quais o legislador muitas vezes necessita mencioná-los” (Plá Rodrigues, Américo. Princípios de direito do trabalho. São Paulo: Edições LTr, 1978, página 15, nota de pé-de-página 15).

Mais adiante: “Por isso distingue *Aristóteles* uma democracia em que imperam as resoluções populares e não as leis ... também para *Santo Tomas de Aquino* a lei é uma *ratione ordinatio* [ordem pela razão], em contraste com a vontade conturbada pelas paixões de um indivíduo ou de massa de homens” (mesmo autor, mesma obra, página 248; isso provém de Carl Schmitt, citado na nota de pé-de-página 457). Em outro trabalho, Plá Rodrigues apóia-se em Jaques Maritain para dar a definição do contrato do trabalho: ver mesmo autor, Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1982, página 17 e nota de pé-de-página 2.

Quanto a Carl Schmitt: o fundo dessas expressões pode, certamente, ser apreciado com algumas tomadas de posição de Carl Schmitt em outro escrito seu, intitulado

Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. 2. Aufl., Berlin: Dunckler und Humblot, 1993. Assim, S. 19: „Cada ordem, também a „ordem jurídica“ está vinculada aos conceitos de normal concretos, que não são derivados de normas gerais, mas sacam de sua própria ordem e para a sua própria ordem tais normas.“ S. 21: „O último fundamento jurídico de todas as validades e valores jurídicos pode encontrar-se juridicamente em um processo da vontade, em uma decisão, que como decisão, no fundo, primeiro cria „direito“ e cuja „coisa julgada“ não pode ser derivada de regras-decisão“ (pontuação no original, a cada vez). S. 34: „O *direito natural tomista-aristotélico* medieval é uma unidade de ordem viva, estruturada em graus de essência e ser, em superposição e sotoposição, classificações e separações.“ S. 34: „O decisionismo da teoria do estado e do direito de *Hobbes* é a expressão científico-jurídica mais consequente e, por isso, também histórico-juridicamente mais rica em consequências do novo pensamento de soberania.“ Com respeito à filosofia do direito e do estado de Hegel é afirmado, S. 38: „Nela o pensamento da ordem concreta torna-se mais uma vez vivo com uma força imediata, como mal ainda se poderia esperar depois do desenvolvimento teórico-estatal e teórico-jurídico do século 17. e 18., antes do fracasso das gerações seguintes.“ E S. 39: „O estado de Hegel, ao contrário, não é a tranquilidade burguesa, certeza e ordem de um funcionalismo legal calculável e coercível. Ele nem é mera decisão soberana, nem uma „norma das normas“, nem uma combinação alternante, variável entre estado de exceção e legalidade, de ambas essas ideias de estado. Ele é a ordem concreta das ordens, a instituição das instituições.“;

3. no direito civil pode ser mencionada Martins-Costa, Judith. Uma vez: Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil, in: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, página 73 e seguintes. Outra vez: Notas sobre o princípio da função social dos contratos (www.realeadvogados.com.br/pdf/judith.pdf), onde, no último parágrafo, afirma, com remissão à Suma Teológica, de Tomás de Aquino, o seguinte: “Aqui está o verdadeiro *salto qualitativo* (realçado por L. A. H.) que encontro no art. 421: o entender-se que a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum, expresso na função social do contrato, pressupondo *internamente conformado* o direito de liberdade (*de* (realçado por L. A. H.) contratar) em campos de especial relevância ao bem comum.”

Essa concepção, apresentada pela Martins-Costa, pode ser situada no que segue: “A liberdade de atuação, que garantir a cada um é o único sentido e finalidade do ordenamento jurídico, não é uma liberdade para atuações absolutamente arbitrárias, mas a atuação moralmente responsável» (Karl Larenz, *Die rechtsphilosophische Problematik des Eigentums*, in: Th. Heckel (Hrsg.), *Eigentum und Eigentumsverteilung*, München 1962, S. 30). Esse modo de ver, que dissolve direito e ética em uma conexão de sentido e de realização teleológica — eu acima já a caracterizei e critiquei circunstanciadamente — não satisfaz o conceito jurídico kantiano, malogra, ademais, a concepção de ética dirigida ao motivo de Kant. Por mais que possa a Larenz, e a outros, também sempre, custar ver: a liberdade de atuação exterior individual, legal-juridicamente definida, compatível com a liberdade de cada um, é, precisamente, a horrorizada »liberdade para atuações absolutamente arbitrárias«. A salvaguarda do direito de liberdade é livre de obrigação; a configuração do espaço de liberdade jurídi-

de atingir uma definição rigorosa, podemos dizer que o *ordenamento jurídico pode ser visto como um macromodelo, cujo âmbito de validade é traçado em razão do modelo constitucional, ao qual devem imperativamente se adequar todos os modelos jurídicos.*”⁸¹;

co-racionalmente delimitado não é, por parte do direito, posta a serviço da confirmação moral. A liberdade jurídica de Kant é, essencialmente, »liberdade de ...« —, ou seja, de arbitrariedade alheia que obriga, que impõe atuações — e não »liberdade para ...« (por exemplo, para o cumprimento do dever, para a responsabilidade moral etc.). Essa questão: liberdade legal-formalmente limitada e neutra em valores ou ético-materialmente determinada e vinculada a valores também o tribunal constitucional federal colocou-se. Ela diz no idioma da lei fundamental: livre desenvolvimento da personalidade ou liberdade de atuação geral ou »se, sob o conceito do livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de atuação humana deve ser entendida no sentido mais amplo ou se o artigo 2, alínea 1 [(1) Cada um tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, à medida que ele não viola os direitos de outros e não infringe a ordem constitucional ou lei moral;], limita-se à proteção de uma medida mínima dessa liberdade de atuação, sem a qual a pessoa, no fundo, não pode desenvolver sua instalação essencial como pessoa moral-espiritual« (BVerfGE 6, 36). Tribunal e doutrina dominante decidiram-se por uma interpretação livre de valores do artigo-liberdade; outros, ao contrário, dirigiram-se contra esse modo de ver e, na garantia jurídico-fundamental do direito ao desenvolvimento da personalidade, viram a marca, legal-fundamental e que vincula o estado, de uma imagem humana ético-moral que deve, determinante de sentido, ser projetada sobre o direito de liberdade de atuação, cujo âmbito normativo, com isso, é consideravelmente limitado e, por fim, encolhe sobre o âmbito nuclear da personalidade (chamada »teoria do âmbito nuclear« ou »teoria nuclear da personalidade«). Segundo essa teoria, significa »livre desenvolvimento da personalidade a repercussão da humanidade autêntica no sentido da concepção da cultura ocidental« (Hans Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1953, S. 673; comparar ders., Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Köln u. Opladen 1963); o conceito de atuação no artigo 2, alínea 1, da lei fundamental, cobre, segundo essa interpretação, somente tais atuações que, segundo essa imagem humana ético-material, inequivocamente são caracterizáveis como condições de desenvolvimento e de repercussão” (Kersting, Wolfgang. Wohlgeordnete Freiheit. 3. Aufl., Paderbon: Mentis, 2007, S. 162, Fußnote 206); comparar com Heck, L. A., (nota 65), página 29 e nota de pé-de-página 49.

Em uma outra passagem é afirmado: “A teoria do direito natural moderna parte, em rigorosa inversão do dito aristotélico da prioridade ontológica e axiológica da comunidade da polis, da »soberania do indivíduo« como ponto de partida absoluto” (Kersting, W., mesma obra, S. 271).

Diante disso tudo, a questão da constituinte exclusiva, que sempre de novo é posta, fica completamente sem sentido, isto é, alheia à realidade, e mostra, mais além, que tampouco os seus partidários levam realmente a sério a constituição existente.

81 - Reale, M., (nota 5), página 197. A questão da estática e da dinâmica em Kelsen não foi tratada. (Ver para isso: a indicação na nota de pé-de-página 45, supra; Kelsen, H., (nota 7), S. 63 f.; Kelsen, H., (nota 9), S. 198 ff.; página 217 e seguintes; Kelsen, H., (nota 11), S. 203 ff.; página 323 e seguintes.) Reale, M., (nota 5), não a menciona; mesmo autor, (nota 36), só terminologicamente: “Para o conhecimento integral do direito, quer de um ponto de vista estático, quer de um ponto de vista dinâmico, é indispensável, porém, que a descrição fenomenológica do direito se eleve ao plano da compreensão histórica.” (página 53); mesmo autor, (nota 17), existe o título: “Estática e Dinâmica do Direito” (página 469), mas Kelsen é resumido literalmente a três linhas, na página 470: “... entre o Direito como “sistema estático” e como “sistema dinâmico”: o primeiro concebível como “sistema de normas determinantes dos atos de conduta humana”, o segundo correspondente aos “atos de conduta humana determinados por normas.”

Deve, aqui, ainda ser notado: a ideia da dinâmica também já se encontra presente no tratamento da matéria do título anterior — “Dever Ser e Imputabilidade” (Reale, M., (nota 17), página 461) —, na página 464, 465, 466. A duvidosidade das conexões nas quais Reale a situa pode ser comprovada por meio da nota de pé-de-página 39, supra, e 90, infra.

Sob aquele título Reale, M., (nota 17), página 469, ainda afirma: “... — é verdade que do mundo do *ser* não se pode passar para o *dever ser*, porque aquilo que é não se transforma naquilo que deve ser; a recíproca, porém, não é verdadeira, porque o *dever ser*, que jamais possa ou venha a *ser*, é sonho, é ilusão, é quimera, não é *dever ser* propriamente dito.” Se, com isso, é achado a fórmula Kant, então, deve, primeiro, ser colocado o que segue: “Sobre a base de uma ética, que considera o fato-ser da vida moral, também a célebre fórmula de Kant, segundo a qual a lei moral tem validade plena, apesar do fato, se ela é cumprida ou não cumprida, também teve de encontrar oposição. À medida que se deixa valer a norma, no fundo, somente como fato da vida psíquica subjetiva, como uma direção de vontade realmente existente no indivíduo, uma lei moral de modo algum pode ser imaginável que não leva em si mesmo sua tendência de cumprimento. Para a norma objetivada tem de, então, ser aceito que ela deixa de ser norma quando ela não mais é cumprida, que a validade da norma, seu dever depende de seu efeito: seu ser. Uma norma objetiva, que não mais vive de fato como tendência de atuação subjetiva nas pessoas particulares, perdeu seu caráter como lei moral. O princípio que uma norma somente pode ser considerada como tal à medida que ela não estatui meramente um dever, mas também determina um ser, fundamenta sua justificação precisamente no fato que cada lei moral tem sua origem do interior da pessoa como impulso moral e com esse desaparece. Para a consideração genético-psicológica, a oposição entre a lei moral objetiva e a vontade subjetiva do indivíduo é somente uma aparente; o substrato real da norma é exclusivamente a disposição de vontade moral do indivíduo que, perante uma norma objetiva independente, aparece somente como construção de um processo de objetivação intelectual” (Kelsen, H., (nota 42), S. 24).

Pode, agora, ser oposto o seguinte: “Já Schleiermacher polemizou, nos artigos já citados sobre a diferença entre lei natural e lei moral, contra a fórmula Kant-Fichte [a oposição formal entre ser e dever como Kant e Fichte a formularam] e suas exposi-

6. numa passagem a teoria tridimensional “integra-se, com efeito, nos amplos quadros do historicismo contemporâneo, ...”⁸²;

ções, cuja ideia fundamental voltou na maioria dos escritos posteriores sobre o problema duvidoso, devem aqui ser reproduzidas porque elas contêm uma argumentação que, de fundamento duplo, tem importância para a ciência do direito: uma vez, a maioria dos filósofos do direito e teóricos do direito positivo assumiram essa argumentação para o campo do direito e, segundo, Schleiermacher deduz a invalidade da fórmula kantiana para a lei moral de sua suposta inaplicabilidade para a lei jurídica...” (Kelsen, H., mesma obra, S. 25). Para objetar isso, Kelsen invoca Eucken, na nota de pé-de-página 1: “... o problema da relação de lei natural e moral foi trazido por Kant ao primeiro plano. Porque ao ele elevar a moral além de toda transmissão psíquica, teve de a lei moral com seu deve realçar-se da lei natural até uma oposição rude. A um Schleiermacher pareceu, com isso, o moral posto sob uma mirada unilateral e espoliado de um apoio seguro na natureza humana; isso o moveu a defender a conexão estreita entre lei moral e natural. Mas essa ideia legítima Schleiermacher exagerou fortemente e, com isso, debilitou o característico da moral. Quem inclui a moral na natureza da pessoa dá ao conceito da natureza um novo sentido e tem de separar ela rigorosamente de toda mera existência; assim, Kant tem razão melhor que Schleiermacher. A equiparação imediata de lei natural e moral corresponde ao estado da ética antiga; ela ficou caduca e contradiz a situação histórico-mundial, depois que a relação das pessoas para com a vida espiritual deixou reconhecer graves confusões. Também seria fácil de mostrar que onde sempre pensadores modernos formularam as leis da moral fundamentalmente como leis naturais, o decorrer da investigação sempre de novo coagiu eles para o reconhecimento de um tipo desviador” (mesma obra, S. 26, Fußnote 1).

Sob esse aspecto, também Gadamer está ao lado de Kant: “Abertura para o outro inclui, portanto, o reconhecimento que eu, em mim, devo deixar valer algo contra mim, também quando não existisse nenhum outro que o fizesse valer contra mim” (Gadamer, H. -G., (nota 1), S. 367; página 472).

Diante disso, as afirmações de Reale, M., (nota 17), página 470, são misturadoras.

Mata-Machado, E. G., (nota 17), simplesmente a ignora.

Com vista aos números 4 e 5, deve, aqui, ser remetido a Hansen, João Adolfo. Introdução, in: Pécora, Alcir (org.). Poesia seiscentista. Fênix renascida & postilhão de Apolo. São Paulo: Hedra, 2002, página 21 e seguintes.

82 - Reale, M., (nota 36), página 111. Isso parece, por um lado, anular-se com isto, página 81: “Ora, foi o positivismo jurídico, com o seu desmedido apêgo à letra da lei e a sua acanhada compreensão da *mens legis* [espírito da lei], identificada com a presumida “intenção do legislador”, — tudo como decorrência de seu paradoxal e mutilado conceito de “realidade” —, que contribuiu decisivamente para confinar a Jurisprudência entre os muros da Hermenêutica jurídica, e de uma Hermenêutica subordinada a cânones de exegese verbal estrita, rompidos os laços com os conteúdos vitais da experiência humana.” Isso, por outro, desse modo, passa um mal-entendido da conexão entre positivismo, teorias do objetivo da interpretação subjetivas e objetivas e cânones. Assim:

7. em dois lugares, pelo menos, Reale parece assumir Carl Schmitt, embora não seja mencionado no índice dos autores. Uma vez, quando diz: "... a tal ponto que conceitos como os de "instituição" ou de "institucional", ..."⁸³ e, outra vez: "*É este o momento decisivo e decisivo do Poder.*"⁸⁴

1. até onde se pode ver, as teorias do objetivo da interpretação subjetivas e objetivas vão além do positivismo. "É o sentido de uma norma ou de uma proposição normativa, isto é, a expressão idiomática de uma norma, duvidoso, então se pergunta se o objetivo da interpretação é a averiguação do sentido subjetivamente achado do fixador da norma ou do sentido objetivamente unido com a proposição normativa. Conforme isso, distinguem-se teorias do objetivo da interpretação *subjetivas* e *objetivas*" (Dreier, Ralf. Interpretation, in: *Staatslexikon*, 3. Bd. 7. Aufl., Freiburg-Basel-Wien: Herder Verlag, 1987, Spalte 180). Para a posição de Kelsen a esse respeito, ver I. B) 3. a) e b), supra; para a questão do direito subjetivo, unida a isso, em Kelsen, ver nota de pé-de-página 59, supra;

2. além disso, os cânones podem ser reconduzidos a Savigny: "Decisivo para quase todas as novas investigações tornou-se a doutrina do método de *F. C. v. Savigny*, que se baseia em uma quantidade fundamental de quatro cânones: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático" (mesmo autor, mesma obra, Spalte 181);

3. a objeção que Reale faz aqui ao positivismo, cabe, na verdade, à escola histórica, em cuja vizinhança encontra-se Reale mesmo, pois "seu sistema é difícil de classificar, porém, demonstra a influência do historicismo. Ele descreve-o como "realismo cultural"" (Zaibert, Leonardo A., Gracia, Jorge J. E., (nota 57), p. 485): "Com isso, tornou-se definitivo o "alheamento" da Ciência do Direito do fundamento da realidade histórica, social e política do direito" (Heck, L. A., (nota 80), página 36, com mais indicações). Ver, ainda, Savigny, F. K. v. Metodología jurídica. Buenos Aires: Depalma, 1979. Tradução: J. J. Santa-Pinter; Hesse, K., (nota 3), S. 21 ff., Rn. 53 ff., página 56 e seguintes, número de margem 53 e seguintes. Nessa conexão, Gadamer ainda afirma: "É um acaso que a preleção-hermenêutica de Schleiermacher foi publicada pela primeira vez dois anos antes do livro de Savigny [System des heutigen römischen Rechts. 8 Bde. Berlin, 1840/49, Reg.-Bd 1851.] na edição-póstuma? Teria de se, uma vez, examinar expressamente o desenvolvimento da teoria hermenêutica em Savigny, que Forsthoff suprimiu em sua investigação" (Gadamer, H. -G., (nota 1), S. 332, Fußnote 268; 429, nota de pé-de-página 269). No texto pode ser lido: "Também para os juristas a tarefa hermenêutica consistiria, então, em nada mais que comprovar o sentido originário da lei e aplicar como o correto. Assim ainda Savigny, no ano de 1840, no System des römischen Rechts, considerou a tarefa da hermenêutica jurídica puramente como uma histórica. Como Schleiermacher nenhum problema viu nisto, que o intérprete tem de equiparar-se com o leitor originário, *assim ignora também Savigny a tensão entre o sentido jurídico originário e o atual*" (realçado por L. A. H.) (aquí está situada a nota 268; 269) (Gadamer, H. -G., (nota 1), S. 331 f.; página 428 e seguinte). Comparar com S. 177 ff., sobretudo, 201 ff., 304 f., 319, 345, 347; página 241 e seguintes, sobretudo, 270 e seguintes, 396, 414, 445, 448 e mesmo autor. Hermeneutik und Historismus, (nota 2), S. 387 ff.; página 449 e seguintes.

Mata-Machado, da mesma forma como Reale, apoia-se em Siches.⁸⁵ “Quando se vive em um Estado civilizado, regido pelos prin-

Ver também B) 2., infra.

83 - Reale, M., (nota 36), página 161. Ver Hesse, K., (nota 3), S. 127, Fußnote 4; página 229, nota de pé-de-página 4; Alexy, R., (nota 59), S. 442, Fußnote 163.

84 - Reale, M., (nota 36), página 194. O parágrafo, do qual a proposição citada é a última, trata de uma exceção, assim como Schmitt. Ver Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*. 7. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1989, S. 110, 176, 180. Versão espanhola: *Teoría de la constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s./d., página 128, 204 e seguinte, 209.

85 - No prefácio, assinado por Patrus Ananias de Souza, pode ser lido: “Este livro, como os outros publicados pelo autor, especialmente *Contribuição ao Personalismo Jurídico e Direito e Coerção*, insere-se numa vigorosa tradição de pensamento e ação: o personalismo-comunitário. Essa tradição, que sempre se renova, remonta a Aristóteles e a Tomás de Aquino e teve em *Jacques Maritain* (realçado por L. A. H.) e Emmanuel Mounier e, em certa medida, Paul Ricoeur suas expressões mais conhecidas e reconhecidas. No Brasil, além do Professor Edgar, podemos destacar Alceu Amoroso Lima, Dom Hélder Câmara e Carlos Josafá. Henrique Lima Vaz, seguramente nosso maior filósofo, bebeu também nessas boas e fecundas águas e nelas iniciou a elaboração de sua vigorosa obra filosófica, dando-lhe também valiosa contribuição. Vaz, todavia, foi além, estabelecendo um instigante diálogo entre essa tradição e o idealismo alemão, especialmente Hegel” (Mata-Machado. E. G., (nota 17), página 15 e seguinte); “À luz de sua radical inspiração, Edgar da Mata-Machado estabelece como fundamento da norma e do ordenamento jurídico os direitos da pessoa humana e a expansão e aprofundamento da democracia, mas também a lei moral derivada da ideia e da experiência de Deus” (mesmo autor, mesma obra, página 17).

Nessa tradição, já pelo nome do fomentador, também se situa a publicação: *Realismo — Revista ibero-americana de filosofia e filosofia do direito*, feita pelo instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul, e, por conseguinte, a formação marista. Aqui somente deve ser chamada a atenção sobre o artigo de Andrés Ollero, publicado naquela (Ollero, Andrés. *O direito ao torto* in: *Realismo — Revista ibero-americana de filosofia política e filosofia do direito*, Vol. 1., n. 1, 2006, página 7 e seguintes), e precisamente, em dois sentidos:

1. o modo de apresentação da matéria. Não se trata tanto de objetivamente refutar, mas de subjetivamente sugerir. Isso parece estar muito próximo do emotivismo de Stevenson. Segundo Alexy: “Em todas as três definições [apresentadas antes por Alexy] o definidor tem duas partes. A primeira parte, uma declaração sobre a posição do falante, expressa o significado, *descriptivo* (descriptive), a segunda, um imperativo, o *emotivo* (emotive), do termo analisado” (Alexy, R., (nota 72), S. 62; página 57 e seguinte). A objeção mais significativa contra a teoria de Stevenson dirige-se, porém, contra o modo de ver psicológico do discurso moral. Ver para isso, Alexy, R., (nota 72), S. 68; página 62. Isto significa, nessa conexão, que o discurso moral somente pode, quando muito, ser psicologicamente esclarecido, mas não justificado. Ver para isso, Alexy, R., (72), S. 54; página 52;

2. a proposta de Ollero para a solução das questões apresentadas por ele é simplesmente ainda a boa vida (mesmo autor, mesma obra, página 16). Aqui devem, por conseguinte, ser consideradas e, portanto, distinguidas claramente, algumas questões. A primeira diz: “O homem que afirma que a filosofia, por exemplo, não fez progressos enfatiza que existem ainda aristotélicos, não que o aristotelismo malogrou para o progresso” (Kuhn, Thomas S., (nota 1), p. 163; página 204 e seguinte). Ou expresso de outra forma: conhecimentos científicos antigos, em geral, não são anulados por novos, mas relativizados. Ao negar isto, isto é, a relativização, porém, não se afirma aquilo, isto é, a não-anulação, somente se absolutiza o antigo. A segunda diz respeito ao fato de, porque ainda existem aristotélicos, querer deduzir justamente disso, então, que não houve progresso, também não no direito. Daqui resulta uma concepção estática, que já indica para a terceira. Ela refere-se à união absoluta, ontologicamente já dada, entre fim e ruptura. Dito de outro modo: o que não entra no fim aristotélico, significa sempre ruptura, jamais progresso, ou ainda, ruptura, expressão negativa para cobrir justamente isto, ou seja, porque não se deixa *corromper* na enformação aristotélica (no plano político, isso permite, então, o uso da designação *inimigo*). Aqui pode ficar em aberto a questão, até que ponto a corrupção não está acoplada ao aristotelismo (isto é, à versão medieval-cristã) que, assim, está na base dela. Contra aquilo pode ser objetado que, por exemplo:

a) a teoria da evolução de Darwin prova o contrário (ver, sobretudo, capítulo dois, capítulo oitavo e terceira parte de: Darwin, Charles. *Die Abstammung des Menschen*. Paderbon: Voltmedia), uma vez que ela não pressupõe um fim. Nisso também parece residir o fundamento para a resistência contra ela, a partir dessa tradição;

b) no âmbito das ciências do espírito, a hermenêutica também segue outros caminhos. Quanto a Aristóteles, ver Gadamer, H.-G., (nota 1), S. 357 f. (comparar nota de pé-de-página 79, supra); página 460 e seguinte; quanto a Hegel, ver Gadamer, H.-G., (nota 1), S. 346 ff.; página 447 e seguintes. Aqui também tem lugar a menção a: Popper, Karl R. *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*. Band II, 7. Aufl., Tübingen: Mohr, 1992. Tradução: Paul K. Feyerabend. Título original: *The open society and its enemies*. Versão portuguesa: *A sociedade aberta e seus inimigos*. Vol. 2. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1974. Tradução: Milton Amado; mesmo autor, *Das Elend des Historizismus*. 7. Aufl., Tübingen: Mohr, 2003. Tradução: Leonhard Walentik. Título original: *The Poverty of Historicism*. Versão brasileira: *A miséria do historicismo*. 3. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1980. Tradução: Octanny S. da Mota e Leônidas Hegenberg.

No setor jurídico, Hesse também recusa isso. Ver Hesse, K., (nota 3), S. 5 ff., Rn. 5 ff.; página 29, número de margem 5 e seguintes; ver também a nota de pé-de-página 80, supra;

c) no âmbito das ciências naturais pode ser invocado Kuhn, que igualmente não compartilha a suposição dessa união absoluta. Ver Kuhn, Thomas S., (nota 1), p. 205 f.; página 251 e seguintes.

Nessa tradição também se deixa colocar, por exemplo, o trabalho de Eros Roberto Grau: *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. Algumas passagens oferecem a prova para isso. Assim: página 116 diz: “Cada conjunção ou jogo de princípios será informada

por determinações da mais variada ordem: é necessário insistir, neste ponto, em que o fenômeno jurídico não é uma questão científica, porém uma *questão política* e, de outra parte, a aplicação do Direito é uma *prudência* e não uma *ciência*.” Página 130: “Os princípios gerais do Direito são, assim, efetivamente *descobertos* no interior de determinado ordenamento. E o são justamente porque neste mesmo ordenamento — isto é no interior dele — já se encontravam, em estado de latência.” Página 133: “Nisso, fundamentalmente, repousa a força dos princípios, força que, como vimos, é de tal ordem que, mercê de sua *objetividade* e *presencialidade normativa* — que independe de consagração específica em qualquer preceito particular — vai ao ponto de excluir qualquer relevância à noção de discricionariedade judicial.”

Quando agora, perante o apresentado, opõe-se a ideia de horizonte, então essa tradição, indicada por de Souza, coloca-se sob a suspeita da “mediocridade” (científica). Assim, Gadamer, H.-G., (nota 1), S. 307 f.; página 400: “Quem não tem horizonte é uma pessoa que não vê longe o suficiente e, por conseguinte, sobrestima o evidente para ele. Às avessas, ter horizonte significa não estar limitado ao próximo, mas, sobre ele, poder ver para fora. Quem tem horizonte sabe estimar o significado de todas as coisas dentro desse horizonte, segundo proximidade e distância, grandeza e pequenez. Correspondentemente o acabamento da situação hermenêutica significa a obtenção do horizonte da questão correto para as questões que, em vista da tradição, colocam-se para nós.” S. 308; página 400: “Quem omite pôr-se dessa maneira no horizonte histórico, do qual fala a tradição, irá entender mal o significado dos conteúdos da tradição.” S. 309; página 402: “Como o particular nunca é um particular, porque ele sempre já se entende com outros, assim também é o horizonte fechado, que deve abarcar uma cultura, uma abstração. (...) O horizonte é, ao contrário, algo no qual nós caminhamos para dentro e que conosco caminha. Ao movente os horizontes removem-se.” S. 318; página 413: “Pois notoriamente faz parte das características essenciais do fenômeno moral que *o agente mesmo tem de saber e decidir e por nada pode-se deixar tomar isso*” (realçado por L. A. H.). S. 334; página 432: “A pertença do intérprete ao seu texto é como a pertença do ponto de visão para com a perspectiva dada em uma imagem. Não se trata disto, que se devesse procurar e ocupar esse ponto de visão como um lugar, mas que aquele, que entende, não escolhe arbitrariamente seu ponto de vista, mas encontra dado o seu lugar. Assim é, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, essencial que a lei vincula todos os membros da comunidade jurídica em modo igual.” S. 337; página 436): “Mostra, contudo, também a história da hermenêutica como o interrogatório dos textos é determinado por uma pré-compreensão extremamente concreta.” S. 373; página 479: “Conduzir uma conversa significa pôr-se *sob a condução do objeto* ao qual os parceiros da conversa estão dirigidos. Conduzir uma conversa pede não sufocar com argumentos ou outro, mas, ao contrário, considerar realmente o peso objetivo da outra opinião” (realçado por L. A. H.).

Não se pode, portanto, nesse sentido, ignorar que certas decisões do supremo tribunal federal (como, por exemplo, as assim conhecidas: *anencefalia* (ADPF 54 – Distrito Federal), *Raposa Serra do Sol* (PET/3388 – Petição), *Dantas* (HC 86724/DF – Distrito Federal; MS 25580/DF – Distrito Federal; HC 95009 MC/SP – São Paulo; MS 27496 MC/DF – Distrito Federal; HC 96580/SP – São Paulo; HC 95009 – São Paulo;

cípios de cultura cristã-ocidental, então, o trato com o direito positivo costuma ser amável, pois, afinal de contas, a ordem jurídica dos povos que se acham sob uma democracia liberal — preocupada, além disso, em resolver os problemas de justiça econômica — está, de regra, em comunhão com as exigências da Estimativa e da Axiologia Jurídica, e é possível não se sentir a preocupação primacial e premente pelas solicitações jusnaturalistas. Mas quando, por longos anos, se presenciou, dia a dia, o ultraje constante e maciço à justiça e a todos os valores éticos, o puro império da força posta a serviço da degradação do homem, então se volta à vista para as pautas que devem inspirar a ordem jurídica, volta-se a pensar no direito natural. Claro que sem recair nos erros em que incorreu o Jusnaturalismo da Escola Clássica, e, sobretudo, de seus epígonos.”⁸⁶

HC 95718/DF – Distrito Federal), *célula-tronco* (ADI 3510/DF – Distrito Federal) estão, em grande medida, *nessa tradição* e têm de, por isso, também, uma vez, *nela* ser *compreendidas* e, por conseguinte, *esclarecidas*. Nisso, então, a questão da fundamentação racional, necessariamente, estará posta em questão. Ver para isso, Heck, L. A., (nota 65), página 28, nota de pé-de-página 44.

Para o conjunto, comparar Malheiro, Perdigão. *A escravização no Brasil*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976. 2 v.; Janus. *O papa e o concílio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1930. Versão e introdução de Ruy Barbosa; Barbosa, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Atlantida Editora s. d., página 30 e 106; Calógeras, J. Pandiá. *Os jesuítas e o ensino*, in: *Revista americana*, Rio de Janeiro: 1911; Rodrigues, José Honório. *Teoria da história do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978; Teixeira, Anísio. *Padrões brasileiros de educação (escolar) e cultura*, in: *Revista brasileira de estudos pedagógicos*, vol. XXII, jul./set. 1954, n. 55, página 7 e seguinte, 3 e seguintes. *Der Spiegel*, Nr. 6/8.2.10, S. 60 ff.

86 - Mata-Machado, E. G., (nota 17), página 156. A força de efeito dessa visão, que está em conexão estreita com a tradição trabalhada na nota anterior, pode ser vista no livro: *Primeiras jornadas brasileiras de direito natural. O estado de direito*. São Paulo: RT, 1980, no qual pode ser lido, na página V: “Com suas palavras de encerramento [de Francisco Elías de Tejada y Spínola] das primeiras jornadas brasileiras, no auditório da Associação Paulista de Magistrados, deslumbrou os presentes pelo profundo conhecimento da história das ideias e das instituições políticas do Brasil, que demonstrou. (...) ..., discorreu de improviso, com entranhado afeto e indisfarçável emoção, sobre o sentido da formação cultural brasileira, nas perspectivas do mundo luso e hispânico a que pertencemos ...”

Mais além, em que medida a igreja (considerada, aqui, sobretudo, a católica) emprega essa visão como “meio” para a sua influência no exercício da competência jurídico-constitucional de um dos poderes do estado, *o judiciário*, pode ser apreciado em: Rios, Roger Raupp (org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do

Advogado Editora, 2007, página 141 e seguintes (152); 169 e seguintes (185); 73 e seguintes.

Se se confronta, agora, isso com a afirmação de Gadamer: “Pelo contrário, Heidegger descreve o círculo assim, que a compreensão do texto permanece duradouramente determinada pelo movimento antecipador da pré-compreensão” (Gadamer, H. –G., (nota 1), S. 298; página 388), então fica, nisso, claro qual é o alcance do papel que essa visão é capaz de desempenhar na *formação* confessional, o que, outra vez, coloca a questão da extensão da compatibilidade entre estado laico versus *ensino* confessional. Hesse diz: “Não é questão de sua situação jurídico-constitucional especial a *influência política* das igrejas, assim como sua *intercalação*, característico para a atualidade, *no cumprimento de tarefas públicas determinadas*, por exemplo, no ensino e radiodifusão ou no quadro da ajuda social e à juventude. O *status* especial da liberdade e independência, que é concedido a elas pelo artigo 140 da Lei Fundamental [as determinações dos artigos 136, 137, 138, 139 e 141 da constituição alemã de 11 de agosto de 1919 são componentes desta lei fundamental.], encontra sua razão, mas também seu limite, nisto, que para a ordem da coletividade, embora ela seja religiosamente neutra, *fé e predicação eclesial são outra coisa como as opiniões e aspirações das forças seculares* (realçado por L. A. H.). Se as igrejas dirigem-se, ultrapassando seu encargo direto, ao *âmbito secular-político* (realçado por L. A. H.), então valem também para elas as regras gerais. Sua situação é, nesse ponto, fundamentalmente a mesma como a de todos os outros grupos que tentam influir sobre o *processo político* (realçado por L. A. H.); elas não podem pretender liberdades mais amplas, elas estão sujeitas às mesmas vinculações, mas elas têm também os mesmos direitos” (Hesse, K., (nota 3), S. 206, Rn. 474; página 363, número de margem 474).

Se se contrapõe, agora, ainda, essa visão, tanto ao âmbito do dador de leis como da jurisdição, sob a perspectiva da teoria da argumentação, então muita coisa, mais além, parece falar contra ela. Assim:

“As regras da razão

(2.1) Cada um que pode falar tem permissão de participar em discursos.

(2.2)

(a) Cada um tem permissão de pôr em questão cada afirmação.

(b) Cada um tem permissão de introduzir no discurso cada afirmação.

(c) Cada um tem permissão de manifestar suas colocações, desejos e carências.

3. Nenhum falante pode, pela *coerção dominante dentro ou fora do discurso* (realçado por L. A. H.), ser impedido nisto, de salvaguardar seus direitos determinados em (1) e (2).

As regras da fundamentação

(5.2.1) As regras morais que estão na base das concepções morais do falante têm de resistir à revisão em uma gênese histórica crítica. Uma regra moral não resiste a uma tal revisão,

a) quando ela, sem dúvida, originalmente era racionalmente justificável, entretantes, porém, perdeu sua justificação, ou

b) quando ela já originalmente não era racionalmente justificável e também não se deixam alegar fundamentos novos suficientes para ela” (Alexy, R., (nota 72), S. 361 ff.; página 283 e seguintes).

B) Reale tenta apresentar dois Kelsen: o primeiro, enquanto vivente na europa, teria sido, por se assim dizer, formal, o segundo, residente na américa, material. Assim: “Kelsen tinha inicialmente uma posição radicalmente normativa, sustentando que o elemento essencial do Direito é a validade formal. Escreveu ele as suas primeiras obras sob a influência do meio austríaco, onde o primado da lei escrita é tradicional. Para subtrair-se à perseguição racial do nazismo mudou-se para os Estado Unidos e lá entrou em contato com um tipo de Direito que, antes de ser escrito, é de base costumeira e jurisprudencial, vendo-se, assim, obrigado a reconhecer que o Direito, tomado na sua acepção ampla, *pressupõe um mínimo de eficácia*. De certa forma, voltava ao ensinamento do mestre da geração anterior à dele, Rudolf Stammler, que, com base na sua concepção de norma de direito como “norma de cultura”, ...”⁸⁷

Na outra obra, ele afirma: “Nessa concepção que talvez se pudesse qualificar de “normativismo operacional”, não estamos tão longe, como parece, do último Kelsen, ou seja, a Teoria pura do Direito já dobrada às exigências do *common law*, quando o antigo mestre vienense se inclina a abandonar os originários pressupostos neokantianos de sua concepção transcendental da experiência jurídica, para dar ao seu conceito de norma certa referibilidade fática de caráter operacional, na qual é perceptível a influência neopositivista.”⁸⁸

Seja, nessa conexão, somente lembrado que a igreja católica tem uma estrutura vertical e o estado de direito democrático, uma horizontal. Em outras palavras: às três regras da razão, acima apresentadas, correspondem as exigências de igualdade de direitos, universalidade e ausência de coerção, respectivamente. Ver para isso, Alexy, R., (nota 72), S. 168 ff.; página 136 e seguinte. Comparar com Müller, Jörg Paul. *Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung*. München: dtv, 1993.

Contra essa visão deixa levantar-se, mais além, também a objeção da não-cognitividade, enquanto variável do naturalismo. Ver para isso, Alexy, R., (nota 72), S. 55 ff.; página 52 e seguintes. Mais além, a multiplicidade das teorias do direito natural forma o fundamento por que o tribunal constitucional federal alemão nunca aplicou o direito natural como critério normativo. Ver para isso Heck, L. A., (nota 80), página 131, com mais indicações. Para esse conjunto, ver nota de pé-de-página 113, *infra*.

87 - Reale, M., (nota 5), página 114 e seguinte.

88 - Reale, M., (nota 36), página 100. Que o dito nessa página, e nas páginas da nota de pé-de-página anterior, assim não é correto pode ser comprovado se se examina o afirmado pelo Kelsen inicial (ver, para isso, Heck, L. A., (nota 56), página 53 e seguintes, nota de pé-de-página 48) e pelo Kelsen final (ver, Kelsen, H., (nota 11), S.

Um outro trabalho também pode ser mencionado: “Sendo um neokantiano ligado à Escola de Cohen, o princípio fundamental de Kelsen é a distinção a que tantas vezes nos temos referido, entre *ser* e *dever ser*, que, a princípio, se apresenta com caráter irreduzível e quase que “entitativo”, sob o influxo também da Escola de Baden, para, aos poucos, adquirir um valor, por assim dizer, metodológico-funcional, notadamente no chamado período norte-americano, ou seja, de convívio com o mundo *yankee*.”⁸⁹ Em outro lugar: “Posteriormente, no entanto, Kelsen desenvolveu sua doutrina, fixando mais clara correspondência entre eficácia e vigência; e isto se deve, a nosso ver, especialmente à convivência com o mundo norte-americano, onde a vida jurídica se expressa no *Common Law*, ou seja, é experiência jurídica ligada ao elemento fático, aos usos e costumes e aos precedentes jurisdicionais.”⁹⁰ Por fim: “A maior preocupação pelos

111 ff.; página 176 e seguintes). Deve ser notado que o “inicial” é entendido pela obra, da mesma forma como o “final”. Para a periodização, ver nota de pé-de-página 98, 1., infra.

89 - Reale, M., (nota 17), página 458 e seguinte. Se se olha novamente o Kelsen inicial (ver Kelsen, H., (nota 42), S. VI f., 3 ff.) e o Kelsen final (ver Kelsen, H., (nota 11), S. 44 ff.; página 70 e seguintes), então isso, novamente, não se confirma.

90 - Reale, M., (nota 17), página 465. A não-confirmação também ocorre aqui. Basta ver Kelsen inicial (ver Kelsen, H., (nota 42), S. 33 ff.) e Kelsen final (ver Kelsen, H., (nota 11), S. 112 f.; página 177 e seguintes). Mais além, Reale, M., (nota 17), página 465, afirma, uma vez: “Kelsen, escrevendo na Áustria e no meio cultural germânico, onde o formalismo jurídico sempre foi bastante acentuado, ...” Aqui deve ser lembrado, por um lado, que teorias dos valores dos direitos fundamentais já foram sustentadas ao tempo da constituição do império de Weimar, de 11 de agosto de 1919. E um dos autores mais influentes foi Rudolf Smend com sua obra *Verfassung und Verfassungsrecht*, in: *Staatsrechtliche Abhandlungen*. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Umblot, 1968, S. 119 ff.

Versão espanhola: *Constitución y derecho constitucional*, in: *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1985, página 37 e seguintes. Tradução: José M.a Beneyto Pérez. Ver sobre isso, Alexy, R., (nota 59), S. 134; página 148; ver o mesmo autor, mesma obra, para a relação entre princípios e valores, na S. 125 ff.; página 138 e seguintes. Para a época da lei fundamental, de 23 de maio de 1949, deve ser citado Hesse, K., (nota 3), S. 28, Rn. 72; página 66, número de margem 72) com a formulação do princípio da concordância prática. Ver sobre isso, Heck, L. A., (nota 65), página 20, com mais indicações. Por outro: “Lá [nos Estados Unidos] Jhering deixou uma influência eficaz e permanente sobre os realistas do direito e a ciência do direito americana” (Eidenmüller, H., (nota 52), S. 409).

E outra vez, mesmo autor, (nota 17), página 474: “Um liberalismo cético, afinalista, porque aberto igualmente a todos os fins, anima as ideias desse campeão da democracia sem conteúdo social e econômico determinado [Kelsen], tal como no-lo revelam

as páginas de sua *Teoria Geral do Estado* ou de sua obra sobre *Essência e Valor da Democracia*.” Essa afirmação é capaz de, à primeira vista, impressionar. Vista mais de perto, ela, contudo, mostra-se despistadora:

1. uma vez, porque contra Kelsen pôs-se Schmitt: com o método dialético, sob o uso das categorias “estado total” em oposição ao sistema do “pluralismo” ele pretendeu fundamentar sua tese: o presidente do império deve ser o guarda da constituição. Ver para isso, Heck, L. A., (nota 5), página 15, com mais indicações.

Kelsen coloca a questão: “É uma ficção típica, da qual se serve quando se opera com a “unidade” da “vontade” do estado ou a “totalidade” do coletivo em um outro sentido que meramente formal para, com isso, justificar uma configuração, quanto ao conteúdo, determinada da ordem estatal” (mesmo autor. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in: *Die Justiz*, Band VI, 1930/31, Berlin-Grunewald: Dr. Walther Rothschild, S. 601. Versão brasileira: Quem deve ser o guarda da constituição, in: mesmo autor. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, página 266. Tradução: Alexandre Krug). Mais adiante, S. 612; página 279: “Da conexão interna — nunca diretamente afirmada por C. S. mesmo — que existe entre a construção do “estado total” e a “unidade homogênea, indivisível do povo alemão todo” resulta isto, que o “pluralismo” completamente do mesmo modo está em uma oposição para com esta como aquela “unidade”, que significa o “estado total”. (...) Essa unidade não é um postulado meramente político-ético como preâmbulos constitucionais costumam estabelecer frequentemente, mas uma realidade social ... (...) Mas isso não impede, censurar os “interessados desse pluralismo” (ou aos teóricos, que o apóiam?) “de cobrir com véu a realidade com auxílio de um chamado formalismo” (S. 36).” Por fim, S. 614; página 281 e seguinte: “Porque isso é o sentido verdadeiro da doutrina do poder neutro do monarca, que C. S. transfere ao chefe de estado republicano, que ela deve cobrir a contrariedade de interesses efetivamente existente, radical, que se expressa no fato dos partidos políticos e no fato, ainda mais significativo, apoiador, da contradição de classes. Em uma formulação democrático-ficta a fórmula dessa ficção diz, por exemplo: o povo que forma o estado é um coletivo homogêneo uniforme, tem, portanto, um interesse coletivo uniforme, que se manifesta em uma vontade coletiva uniforme. Essa vontade coletiva, que está do outro lado de todas as contradições de interesses e, assim, sobre os partidos políticos — ela é a “verdadeira” vontade do estado — o parlamento não cria; esse é o teatro das contradições de interesses, estilhaçamento político-partidário — C. S. iria dizer “pluralista”. Seu criador ou ferramenta é o chefe de estado. O caráter ideológico dessa interpretação é notório.” Para o princípio da maioria, em conexão com isso, ver Hesse, K., (nota 3), S. 63 f. Rn. 142, S. 88, Rn. 197, S. 14, Rn. 33; página 124, número de margem 142, página 164 e seguinte, número de margem 197, página 43 e seguinte, número de margem 33;

2. outra vez, porque ignora o início do primeiro e o último parágrafo do X título, que diz: “Democracia e concepção de mundo”. Diz o início do primeiro parágrafo: “Quando — como foi mostrado no precedente — democracia é somente uma forma, somente um método de criar ordem social, justamente então parece seu valor — contanto que, agora, também, segundo isso, a questão — em medida extrema problemático. Porque com uma regra de criação específica, com uma determinada forma de estado ou de sociedade ainda não está, em nenhum modo, respondida a questão, notoria-

mente muito mais importante, sobre o *conteúdo da ordem estatal*” (Kelsen, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. Neudruck der 2. Auflage Tübingen 1929, Aalen: Scientia Verlag, 1981, S. 98, o itálico é de L. A. H.). Deve ser observado que na versão espanhola (Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona – Buenos Aires: Editorial Labor, S. A., 1934. Tradução: Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra.) falta esse título X; além disso, a informação dada por Luis Legaz y Lacambra, na página 5, não é correta. Uma vez, porque a segunda edição é do ano de 1929 e não, como informado, de 1921; outra vez, porque o título “Forma de Estado y Filosofía”, é, certamente, “Forma de estado e concepção de mundo”. Isso pode ser verificado em Kelsen, H., (nota 7), S. 156, 162. Comparar nota de pé-de-página 113, penúltimo parágrafo, *infra*.

No último parágrafo pode ser lido: “Talvez se irá aos *crentes*, que *politicamente empregarão crentes* (realçado por L. A. H.), objetar que justamente esse exemplo antes fala contra que a favor da democracia. E essa objeção tem de se deixar valer; certamente, só sob uma condição: se os crentes de sua verdade política, que, se necessário, também terá de ser imposta com força sangrenta, são tão seguros como — o filho de deus” (mesmo autor, mesma obra, S. 104). Isso, por sua vez, deve ser trazido à conexão: “O valor da liberdade e não o valor da igualdade é que determina a ideia da democracia em primeiro lugar” (mesmo autor, mesma obra, S. 93). Aqui salta à vista: a constituição dirigente canotilhiana, à medida que ela deixa associar-se *politicamente* à crítica hegeliana de esquerda, porque a assume como pressuposto, precisamente por isso, torna-se *filosoficamente* incompatível com a hermenêutica gadameriana. Ver para isso, Heck, L. A., (nota 5), página 16, nota de pé-de-página 15. Contudo, alguns pregam, ao sustentar, simultaneamente, a ambas, talvez jesuiticamente (em seu modo de argumentação, ou semelhante, muito hipócrita e astuto; inclinado a prejudicar outros por tergiversações e sofismas (Duden Deutsches Universalwörterbuch, 2. Aufl., Mannheim, Wien, Zürich: Dudenverlag, 1989, S. 789)), justamente o contrário, como, por exemplo, provavelmente o mais fervoroso entre eles, Lenio Luiz Streck (Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, página 252 e seguintes, nota de pé-de-página 467, página 192 e seguintes, respectivamente) para, assim, velar a versão política que a concepção canotilhiana apresenta da concepção hegeliana. Ver para isso, Heck, L. A., (nota 5), página 16 e seguintes. Essa versão não deveria, todavia, enganar sobre isto: a igualdade pode, também estatalmente, ser realizada, até imposta, a liberdade não. Tem-se-a, não se a recebe, também não pela igualdade.

Mais além, quando Reale, M., (nota 17), página 465 diz: “... , mas ao entrar em contato com o Direito banhado na experiência social, tal como se realiza nos Estados Unidos da América do Norte, compreendeu que era necessário completar sua doutrina, dando maior e diverso relevo ao problema da “eficácia” ou da “efetividade” do Direito, *acentuando e desenvolvendo a parte dinâmica de sua concepção, até então apreciada de forma prevalentemente estática.*”, contradiz o exposto pelas notas de pé-de-página 42 e 43, *supra*, o que ainda fica mais claro, por um lado, quando, na nota de pé-de-página 16 (mesmo autor, mesma obra, mesma página), acrescenta: “Já se notava, aliás, essa tendência na época da publicação do seu compêndio da *Teoria Pura do*

atos humanos, enquanto conteúdo de normas; o desejo de mais rigorosa determinação da funcionalidade norma-conduta em seu aspecto dinâmico; a *longa experiência* (realçado por L. A. H.) com o *Common Law*, têm levado Kelsen a pôr em primeiro plano problemas que antes ocupavam posição mais ou menos obscura em suas cogitações, fazendo uma distinção fundamental entre a *Ciência do Direito*, que estuda o conteúdo da *norma jurídica (Soll-Norm)*, isto é, aquilo que deve ser enquanto *prescrição normativa estatuída por uma autoridade*, e a *Teoria Pura do Direito*, a qual estuda a *proposição jurídica (Soll-Satz)*, destinada a *descrever* o “dever ser” da norma. Essa distinção entre o caráter *descritivo* da Teoria Pura do Direito e a natureza *normativa* da Ciência do Direito, já enunciada claramente por Kelsen nas conferências de Buenos Aires, em 1949, adquire contornos precisos na 2. edição de sua *Reine Rechtslehre*, de 1960.”⁹¹

Direito (1933-34), ...” e, por outro, pelo que afirma no parágrafo seguinte da página 465.

91 - Reale, M., (nota 17), página 471 e seguinte. Duas observações aqui se tornam necessárias. A primeira: essa afirmação está em contradição com esta: “Na realidade, porém, a compreensão total do Direito, na doutrina de Kelsen, não exclui, mas antes tem implícita uma *tricotomia*. Como observa Kunz, essa tricotomia está na base da obra kelseniana, que abrange uma *Teoria Pura do Direito* ao lado de uma *Teoria da Justiça* e de uma *Sociologia Jurídica*, como distintas apreciações da experiência jurídica, respectivamente sob os prismas lógico, filosófico e sociológico. São três perspectivas fundamentalmente distintas, mas, como vimos, por mais que Kelsen pretenda ser normativista, nos *domínios da Ciência do Direito como tal* (realçado por L. A. H.), ele jamais se liberta de enfoques fáticos e axiológicos (...) Podemos, pois, dizer que o aspecto normativista *prevalece* na Teoria Pura...” (mesmo autor, mesma obra, página 479). Pois, o que lá se separa, aqui se junta.

A segunda: aquela afirmação tem de ser vista desta forma: “No ano de 1945 [Kelsen e sua esposa Margarete chegaram a New York em junho de 1940] aparece como um marco do desenvolvimento posterior a “*General Theory of Law and State*”. Nela é feito claro, sobretudo, um ponto que indica para o futuro: o requisito de uma separação rigorosa entre a ordenação de dever da autoridade jurídica — da *norma jurídica (Rechtsnorm)* — por um lado, e da descrição dessa ordenação de dever pela ciência do direito — da *proposição jurídica (Rechtssatz)* —, por outro. 3. Uma outra reunião de sua doutrina *Kelsen* apresenta no ano de 1960 com a segunda edição da “*Reine[n] Rechtslehre*”; esta é — perante a primeira edição — consideravelmente ampliada e, em medida mais forte, uma apresentação do estado da doutrina que a primeira edição. Sobre o desenvolvimento da doutrina é, frequentemente, chamada a atenção nas notas. Como passo do desenvolvimento mais importante deve, dessa obra, sobretudo, ser realçada a diferenciação do conceito de dever-[ser], que leva à distinção de normas jurídicas que ordenam (que proibem), que autorizam e que permitem — no desenvol-

Mata-Machado procura, por sua vez, mostrar um Kelsen transformado por John Austin. Ele afirma: “A partir daí, sua influência [de John Austin] foi enorme na área anglo-americana da cultura jurídica, sendo de salientar-se que a circunstância de ter o próprio Kelsen, depois que se fixou nos EE.UU., aderido ao essencial das teses analíticas.”⁹²

Mais adiante, diz: “Esses “pensamentos fundamentais” *incluem*⁹³ (realçado por L. A. H.) as conclusões da Escola Analítica ingle-

vimento posterior também: que derogam” (Walter, Robert. Vorrede zum zweiten Neudruck, in: Kelsen, H., (nota 7), S. 6 f.).

92 - Mata-Machado, E. G., (nota 17), página 133. Ele remete aqui para “La Teoría pura del derecho: introducción a la problemática científica del derecho”, p. 209-237. Na bibliografía final encontra-se o equivalente: “Reine Rechtslehre, einleitung in die Rechtswissenschaftliche problematisch. Leipzig: [s.n.], [s. d.] p. 139.” E na página 183 diz: “..., embora a atribua, no seu livro de 1944, ...” Na bibliografía final não está registrado esse livro de Kelsen de 1944, também não na página 143, onde Mata-Machado trabalha o título: “2 Quem é Kelsen e sua obra”. O afirmado, portanto, não pode ser tido como correto, porque, por um lado, “La Teoría pura del derecho: introducción a la problemática científica del derecho” e o seu equivalente, na bibliografía final, são, na verdade, a primeira edição da Reine Rechtslehre, ver nota de pé-de-página 7, supra, e, assim, por outro, não se pode ver como se deu essa “aderência”.

93 - Mata-Machado, E. G., (nota 17), página 142. Esse verbo torna a afirmação extremamente duvidosa, porque no parágrafo anterior, Mata-Machado situou esses “pensamentos fundamentais” numa citação da Reine Rechtslehre, de 1934, embora a citação da nota de pé-de-página 3, da página 142, remeta à edição de 1960, o que pode ser comprovado ao se confrontar as obras de Kelsen na bibliografía final, página 347 e seguinte. O texto, no qual eles, pensamentos fundamentais, estão situados, tem como título: “24. A redução do direito subjetivo ao objetivo. a) A norma jurídica como dever jurídico”, é este: “Justamente nesse ponto entra a teoria pura do direito com sua crítica a opinião doutrinária dominante, ao ela, com maior ênfase, põe no primeiro plano o conceito de dever jurídico. E, também nesse ponto, ela tira somente a última consequência de determinadas ideias [“pensamentos”] fundamentais que, na teoria positivista do século 19., já estavam postas, mas não foram desenvolvidas sobre inícios proporcionalmente modestos” (Kelsen, H., (nota 7), S. 47).

Mais além, no artigo de Kelsen (Kelsen, Hans. The pure theory of law and analytical jurisprudence, in: Harvard Law Review, vol. LV, 1941-1942), na p. 54, é afirmado: “Como a teoria pura do direito limita-se a cognição do direito positivo e exclui dessa cognição tanto a filosofia da justiça como a sociologia do direito, sua *orientação* (realçado por L. A. H.) é muito idêntica como a da assim chamada jurisprudência analítica, que encontrou sua clássica apresentação anglo-americana no trabalho de John Austin. Cada uma procura alcançar o seu resultado exclusivamente pela análise do direito positivo.” Comparar, mesmo autor, General Theory of Law & State. Third printing. New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2008, p. XXXVII f. Versão espanhola: Teoría general del derecho y del estado. México: Imprenta Univer-

sa com as quais Kelsen foi entrar em contato mais íntimo quando se transportou, exilado, para os Estados Unidos da América. Realmente, em artigo publicado na “Harvard Law Review” (1941), expôs, em vigorosos traços, sua própria teoria, com o evidente propósito de compará-la à chamada jurisprudência Analítica, dominante nos meios juscientíficos anglo-americanos. Afirma aí, ao lado da *coincidência* (realçado por L. A. H.) entre as duas orientações, do ponto de vista metodológico, o intuito de retirar do pensamento austiniano suas últimas consequências.”⁹⁴

sitaria, 1950, página VII e seguinte. Tradução: Eduardo Garcia Maynes. Deve ser observado que Mata-Machado, E. G., (nota 17), página 142 e seguinte, cita essa passagem também. Diante disso, pode, portanto, ser dito: o “incluir” vai por conta de Mata-Machado, mas não de Kelsen. O mesmo pode ser objetado, em outra conexão, ao “retomava” de Reale, M., (nota 17), página 456. Comparar nota de pé-de-página 113, penúltimo parágrafo, infra.

94 - Mata-Machado, E. G., (nota 17), página 142. Aqui cabem duas observações. A primeira: o final da página 142 e o início da 143 são ocupados por uma citação do artigo de Kelsen, H., (nota 93). A página indicada é a 220, quando, na verdade, é a 54, como já visto na nota de pé-de-página anterior. Deve ser notado que a referência da nota de pé-de-página 5, na página 143 (Mata-Machado, E. G., (nota 17)), está traduzida e se encontra na bibliografia final (página 347) com a mesma indicação da página 220, porém, com outra citação, portanto, não está citada em separado. O artigo de Kelsen, H., (nota 93), está, na bibliografia final, citado no original e em separado (página 348).

A segunda: ao contrário do que Mata-Machado sustenta, Kelsen, em 1941, somente poderia fazer uma contraposição entre a doutrina dele e a de Austin para mostrar comunidades e diferenças entre ambas, mas não demonstrar essa *pretendida influência* de Austin, pois como ela teria se dado? Até os títulos e sua sequência no artigo de Kelsen, H., (nota 93), comprovam isso. Assim: I. Teoria do direito e filosofia da justiça; II. Jurisprudência normativa e sociológica; III. O conceito de norma; IV. O elemento de coerção; V. O dever legal; VI.: O direito legal; VII. A teoria do direito estática e dinâmica; VIII. O direito e o estado; IX. direito internacional e nacional. Nessa conexão, deve, ainda, ser apresentado o que segue.

Kelsen diz: “Enquanto a teoria pura do direito nasceu independentemente da famosa *Lectures on General Jurisprudence* de Austin, ela *corresponde* (realçado por L. A. H.) em importantes pontos com a doutrina de Austin. É afirmado que onde elas diferem a teoria pura do direito conduziu o método da jurisprudência analítica mais consistentemente do que Austin e seus partidários têm feito com sucesso.

Isso é verdade, sobretudo, no que toca ao conceito central da jurisprudência, a norma. Austin não emprega esse conceito e não dá atenção para a distinção entre “ser” e “dever” que é a base do conceito de norma. Ele define direito como “regra” e “regra” como “comando” (Kelsen, H., (nota 93), p. 54).

Um pouco antes pode ser lido: “Por conseguinte, o objeto da jurisprudência sociológica não é a norma legal em seu significado específico de “manifestação-dever”, mas o

Se, diante disso, se olha, contudo, mais de perto, então aparecem dois fatos que indicam em outra direção, que é, nessa conexão, a decisiva.

1. O primeiro fato diz respeito à diferença, por se assim dizer, entre o direito natural da common law (razão artificial) e o da civil law (razão natural). Carl J. Friedrich certifica isso: “A tentativa de Bacon de substituir essa ideia de um direito fundamental (que ele reconheceu como direito feito pelo juiz), ressuscitando a doutrina romana do direito natural como regra da reta razão, fracassou completamente. Isso é digno de atenção e significativo, porque as doutrinas do direito natural foram tão exitosas no continente como fazedoras de caminho para o absolutismo monárquico. Bacon quis colocar o direito natural sobre ambos, common law e direito legislado. Por „direito natural“ ele achava, naturalmente, a regra da reta razão natural. Isso encontrou a oposição intensa de Sir Edward Coke que, em resposta, desenvolveu a doutrina da „razão artificial do direito“. Essa noção peculiar teve importância decisiva no desenvolvimento do procedimento judicial.”⁹⁵

Sobre a razão artificial do direito Friedrich diz: “A doutrina da “razão artificial” de então saiu do argumento quanto a se o rei estava

comportamento legal (ou ilegal) do homem. (...) *Jurisprudência sociológica está lado a lado com a jurisprudência normativa e nenhuma pode substituir a outra porque cada uma trata com problemas completamente diferentes. É justamente por essa razão que a teoria pura do direito insiste claramente distinguindo elas uma da outra para evitar o sincretismo do método que é a causa de numerosos erros* (realçado por L. A. H.). (...) *Jurisprudência normativa trata com a validade do direito; jurisprudência sociológica com sua eficácia*” (mesmo autor, mesma obra, p. 52) (realçado por L. A. H.); sobre o sincretismo do método, ver ainda Kelsen, H., (nota 7), S. 2; mesmo autor, (nota 9), S. 1; página 2.

Por fim, ainda: “É da maior importância distinguir claramente entre normas legais que se compreendem no objeto da jurisprudência e manifestações da jurisprudência que descrevem esse objeto” (mesmo autor, mesma obra, p. 51). Para esta proposição, ver a nota de pé-de-página 98, 1. a), infra.

Em Mata-Machado, E. G., (nota 17), página 143, lê-se: “Embora a Teoria pura do Direito haja surgido independentemente das famosas *Lectures on General Jurisprudence* de Austin, *concorda* (realçado por L. A. H.) em pontos importantes com sua doutrina. Pode dizer-se que, onde elas diferem, a Teoria pura do Direito desenvolveu o método da jurisprudência Analítica mais firmemente do que o lograram fazer Austin e seus colaboradores.” É digno de nota que o verbo *correspond* foi traduzido por *concordar*; aquele tem caráter objetivo, este, subjetivo. Comparar nota de pé-de-página 113, penúltimo parágrafo, infra.

95 - Friedrich, C. J., (nota 80), p. 106.

ou não estava sobre a lei. (...) Por isso, sua ideia que a “razão natural”, *que não está em conexão com o conhecimento do direito do país* (realçado por L. A. H.), pode ser empregada na interpretação de leis foi rejeitada por Coke na forma extremamente explícita: „Razão é a vida do direito, sim, até o *common law* mesmo é nada mais que razão; o que tem de ser entendido como uma perfeição artificial da razão, obtida por longo estudo, observação e experiência e não como razão natural de cada homem ... durante muitas sucessões de épocas [o direito na Inglaterra] tem sido afinado e refinado por um número infinito de homens graves e eruditos e por longa experiência desenvolveu tamanha perfeição para o governo deste reino, como a velha regra pode ser, com razão, verificada nele, que nenhum homem por sua razão privada pode ser mais sábio do que o direito, que é a perfeição da razão.“ Por conseguinte, a razão claramente não é um critério, filosófico ou outro, trazido para o direito pelo lado de fora, mas a essência do direito mesma, adquirida no processo do estudo do direito.”⁹⁶

96 - Friedrich, C. J., (nota 80), p. 106 f., com mais indicações. Mais adiante é afirmado: "Coke fez o *common law*, como nós vimos, a base do seu ataque sobre a concepção de Jame da prerrogativa a partir do direito divino" (mesmo autor, mesma obra, p. 112). Comparar com Kriele, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 5. Aufl., Opladen: Westdeutscher Verlag, 1994, S. 114. Versão espanhola: *Introducción a la teoría del estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980, página 193 e seguinte. Tradução: Eugenio Bulygin. Reale, M., (nota 36), parece ter uma noção disso. Assim, na página 144, afirma: “Há uma *astúcia da razão jurídica* governando, em sua substância, as relações sociais; traduzindo o impulso dialético ordenador da experiência jurídica, como implicação de fatos e de valores em normas, cuja interpretação se procura determinar em consonância com as exigências do conjunto do ordenamento, no qual se espelha o estado atual da consciência ético-jurídica de um povo. Não será exagêro dizer-se que o direito é uma imediata e natural exigência da razão, quase a razão como natureza, na sua original postulação de ordem.” Na página 273: “a diferença que existe com referência à tradição romanística, não está na certeza da juridicidade, que a todos os sistemas acomuna, mas sim no que tange ao processo ou à gênese dos preceitos.” E na página 37 pode ser lido: “É essencial, todavia, observar que se devem em um primeiro momento, mais a juristas ou a sociólogos do direito — como os nomes de Holmes e Cardozo, Gény e Duguit, Ehrlich e Heck, Carnelutti e Ascarelli e tantos outros o demonstraram —, do que a filósofos propriamente ditos, as análises e atitudes mais decisivas no sentido de inserir a problemática jurídica na experiência social, consoante a tão discutida advertência de Wendel Holmes logo no início de sua obra clássica sobre o *Common Law*: “A vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência.”” Essas afirmações, contudo, se consideradas em conexão e, portanto, em conjunto, demonstram confusão. Assim: “A chave para a compreensão do fundamento de legi-

2. O segundo fato é designado com a palavra “problema”. Gadamer afirma com respeito a isso: “Em Aristóteles ›problema‹ designa tais questões que se apresentam como alternativas abertas porque para ambos os lados fala diverso e nós não acreditamos decidir elas com fundamentos, visto que são questões muito grandes. Problemas, portanto, não são questões reais que se colocam e, com isso, recebem a indicação de sua resposta da sua gênese de sentido, mas são alternativas do achar que somente se pode deixar ficar e que, por isso, somente podem encontrar um tratamento dialético. Esse sentido dialético de ›problema‹ tem seu lugar, verdadeiramente, não na filosofia, mas na retórica. (...) É significativo que no século 19., com o desmoronamento da tradição imediata do questionar filosófico e do surgir do historicismo, o conceito de problema ascendeu para validade universal —, um sinal para isto, *que a relação imediata para com as questões objetivas da filosofia não mais existe* (realçado por L. A. H.). Assim, caracteriza o embaraço da consciência filosófica perante o historicismo que ela refugiou-se na abstração do problema e não via nenhum problema nisto, em que modo problemas verdadeiramente ›são‹. A história do problema do neokantismo é um bastardo do historicismo. A crítica no conceito de problema, que é conduzida com os meios de uma lógica da pergunta e resposta, tem de destruir a ilusão como se os problemas existissem como as estrelas no céu. *A reflexão sobre a experiência hermenêutica transforma os problemas de volta em perguntas que se fazem e têm seu sentido da sua motivação* (realçado por L. A.H.).”⁹⁷

timidade desse estado constitucional [na Inglaterra do 17. século] encontra-se na realidade histórica melhor que em todas as abstrações teóricas posteriores. Na luta contra a tentativa da introdução do absolutismo na Inglaterra *todos os argumentos essenciais foram desenvolvidos não-acadêmica, mas politicamente*” (Kriele, M., mesma obra, S. 93; página 163 (realçado por L. A. H.)). Em outra passagem, Kriele diz: “Dessa perspectiva, os doutrinadores da soberania na Inglaterra fizeram, portanto, um erro duplo: primeiro, já é, em si, uma tolice apoiar o poder do rei em vez de na autoridade do direito em uma doutrina abstrata, seja como for fundamentada racional ou *«jurídico-naturalmente»*, porque uma tal doutrina precisamente não pode fundamentar nenhuma *«auctoritas»* [autoridade] geral e faz depender o rei de mera *«potestas»* [poder]. Segundo, deveriam, porém, aqueles cínicos que desprezam a autoridade, que encontram o seu prazer no jogo da pura *«potestas»*[poder], pelo menos, não deixar de calcular essa corretamente: do contrário, eles cometem, o que, em seus olhos, «é pior que uma infração: um erro»” (mesma obra, S. 99; página 172).

97 - Gadamer, H. -G., (nota 1), S. 382 f.; página 490 e seguinte; ver também Gadamer, H. -G. Begriffsgeschichte als Philosophie, in: (nota 2), S. 81 ff., 77 ff.; página 99

e seguintes, 94 e seguintes. Reale, M., (nota 36), página 79, diz: “Foi isso exatamente que ocorreu, — consoante observação feita por Recaséns Siches —, com grande número de juristas a partir do século passado, quando vieram, pouco a pouco, perdendo contacto com os problemas políticos, em geral, e com a problemática forense, em particular, isto é, com o direito vivido dia a dia por legisladores, juizes e advogados, acabando por se isolarem numa “*Filosofia jurídica acadêmica*.” Ver também página 38, nota de pé-de-página 19, onde a perda de contato com a experiência do direito é denominado de pecado capital da Filosofia Jurídica Acadêmica. Tanto aqui como lá é indicado o livro *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 1959, de Recaséns Siches.

Do trabalho de Siches (*Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, S. A., 1973) deve ser destacado, nessa conexão, o que segue: “Os juristas de hoje em dia têm clara consciência da hierarquia eminentíssima das produções jusfilosóficas do século XX, por exemplo, das de Del Vecchio, Stammerl, Radbruch, Kelsen, Hauriou, Renard, etc ...” (página 2). (...) “A filosofia do direito elaborada por eles, assim como por nós, a maior parte de jusfilósofos de língua castelhana — tanto os hispano-americanos como os espanhóis —, tem sido principalmente *acadêmica*” (página 2). (...) “Agora bem, sucede, como já se apontou, que à filosofia jurídica acadêmica tem correspondido ação muito escassa, se é que tem chegado a ter alguma, na produção e no processamento dessas transformações” (página 7). (...) “Sem embargo, quando se fura a superfície das coisas, se vai mais além das aparências periféricas e se chega ao autêntico miolo desses problemas, dá-se conta de que eles oferecem uma semelhança impressionante, se é que não uma identidade essencial em todos os tempos e em todos os ordenamentos jurídicos, por debaixo de diversificações efetivas no que toca a mecanismos, formas e detalhes não-essenciais. É, por exemplo, impressionante ler hoje em dia as páginas que Aristóteles escreveu no capítulo X do livro V de sua ética a Nicômano sobre os problemas da equidade na aplicação judicial do direito” (página 12). Na página 20 e seguinte, Siches menciona nomes de autores que ele entende como da filosofia não-acadêmica. E, na página 11, diz: “Sucede nas grandes crises, como a atual, precisamente o contrário do que ocorre nos períodos normais do desenvolvimento histórico: que já não vale aquele aforismo enunciado por Leonardo de que a teoria é o capitão e a prática são os soldados. *O que acontece é, antes, que o capitão perdeu todo o controle e tem quedado-se sem emprego dirigente na história* (realçado por L. A. H.); e que os soldados, cada um deles por si, indisciplinadamente, seguem um caminho próprio e singular, caindo, muitas vezes, em conflito uns com os outros.”

Dessa apresentação salta à vista:

1. o não-reconhecimento deste pressuposto: “Isso já pressupõe naquele que deve receber esse auxílio — no ouvinte da preleção aristotélica — muita coisa. Ele tem de possuir tanta maturidade de existência que ele, da instrução, que se torna dele, nada mais peça que ela pode e deve dar. Expresso positivamente: ele tem de mesmo já, por exercício e educação, ter formado em si uma postura que, conservar nas situações concretas de sua vida e confirmar pela conduta correta, permanece seu desejo constante” (Gadamer, H. -G., (nota 1), S. 318 f.; página 413). Isso pode ser trazido à conexão: “Caracteriza decididamente a superioridade da ética antiga sobre a filosofia mo-

ral da modernidade que ela, com vista à indispensabilidade da tradição, fundamenta a travessia da ética na política, a arte da dação de leis correta” (Gadamer, H. –G., (nota 1), S. 285, com remissão à ética a Nicômano aristotélica; página 372 e seguinte;

2. a subestimação da palavra do poeta: ““Técnica ama providência e providência ama técnica.” Isso quer dizer: êxito afortunado está, em geral, com aquele que aprendeu sua matéria” (Gadamer, H. –G., (nota 1), S. 321; página 416. Assim: “E justamente na capacidade de poder analisar fatos da vida sob pontos de vista normativo-jurídicos reside o ponto essencial do talento do jurista, não, em primeiro lugar, nos conhecimentos de lei” (Kaufmann, Arthur. Analogie und “Natur der Sache”. 2. Aufl., Heidelberg: Rv. Decker & C. F. Müller, 1982, S. 38). Na S. 70 (mesmo autor, mesma obra) está a menção à resposta de Kriele: ele acha que isso não pode ser considerado literalmente, porque, do contrário, isso seria “a descrição de uma prevaricação por comprovação incorreta tanto do fato como da norma”;

3. a não-consideração do papel da força de juízo: “Um médico, por isso, um juiz ou um perito em estado pode ter na cabeça muitas regras bonitas, patológicas, jurídicas ou políticas nesse grau, que ele mesmo, nisso, pode tornar-se professor exaustivo e irá, contudo, na aplicação das mesmas, infringir facilmente, ou, porque nele há falta de força de juízo natural (embora não do intelecto), e ele, sem dúvida, pode ver o geral em abstrato, mas se um caso concreto cai sob isso, não distinguir, ou também por isso, porque ele não foi, por exemplos e negócios reais, adestrado o suficiente para esses juízos. Isso é também a única e grande utilidade dos exemplos: que eles aguçam a força de juízo” (Kant, I., (nota 72), S. 194; página 102. (...) “Mas a filosofia transcendental tem o peculiar: que ela, além da regra (ou, ao contrário, da condição geral para regras), que é dada no conceito puro do intelecto, simultaneamente, a priori, pode indicar o caso sobre quais elas devem ser aplicadas” (mesmo autor, mesma obra, S. 195; página 103);

4. a versão romântica, ou seja, filosofia acadêmica *versus* filosofia não-acadêmica. Por conseguinte, isso deixa situar-se na relação iluminismo=razão e romanticismo=sentimento. Este resultou, nisso, tão preconceituoso como supunha ser aquele. Ver sobre isso, Gadamer, H. –G., (nota 1), S. 276 ff.; página 361 e seguintes;

5. o de fato: “A pergunta acerca do ‘posto’ da filosofia está plantada hoje como então. Kant dizia: ‘Vemos agora a filosofia em um posto realmente deplorável, que se pretende seja firme, sem que interesse que tenha um ponto de apoio no céu ou na terra. Aqui deve demonstrar sua vigência como fundamento de suas próprias leis, não como arauto de quem lhe dita um sentido ou lhe insinua não se sabe que natureza tutelar.’ Hoje confere-se à filosofia uma posição totalmente oposta: que deve fazer a filosofia na hora atual? Quiçá somente lhe resta a tarefa de *justificar* — a partir de seu profundo conhecimento do homem — a *pretensão daqueles que não querem saber, mas atuar*” (Marcuse, Herbert. A sociedade opressora. Caracas: Editorial Tempo Novo, 1970, página 130 e seguinte, com indicação bibliográfica (realçado por L. A. H.). Tradução de Italo Manzi. Isso não dá razão, ao fim e ao cabo, ao prefácio da *Reine Rechtslehre*, repetido na segunda edição, sobretudo ao seu último parágrafo? (Ver nota de pé-de-página 66, supra.) Ver também Kelsen, H., (nota 93), p. XXXIX; página IX e seguinte.

Diante do colocado pode, agora, se se persevera, por um lado, na divisão da common law e da civil law, com vista aos respectivos direitos naturais, e, por outro, no problema, com vista à experiência, ser comprovado:

1. ao Kelsen americano foram atribuídas posições, da perspectiva da common law, que ele nunca assumiu;⁹⁸

2. com isso, foi renunciada à questão do problema na civil law, colocada no âmbito da filosofia, porém, considerada a partir da common law, no âmbito do direito;⁹⁹

Diante disso, agora, não é clara a posição de Reale sustentada na nota introdutória (nota 36), página XXIII, onde alude ao “pensamento problemático”, “ao ensaio VI”, cujos temas, nele tratados, seriam, se escrito hoje, “analisados mais diretamente à luz do “pensamento conjectural” e aos “meus estudos sobre a conjectura, a partir sobretudo das referências de *Kant* (realçado por L. A. H.) sobre o pensamento problemático ...”

98 - Isso, agora, deixa certificar-se ainda:

1. pela chamada periodização da teoria do direito de Kelsen. Carsten Heidemann divide-a em quatro fases: 1. a construtivista: (1911-1915) – transição, 1915-1922; 2. a transcendental: 1922-1935; 3. a realista: 1935-1962; 4. a lingüístico-analítica: depois de 1962. Stanley L. Paulson divide-a em três fases: 1. a construtivista: desde e inclusive 1911 – transição, 1913-1922; 2. a clássica: 1922-1960, 2.1 período neokantiano: 1922-1935 e 2.2 período híbrido: 1935-1960; 3. a céptica: depois de 1960. Ver para isso, Paulson, Stanley L. Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization, in: Oxford Journal of Legal Studies, volume 18, Oxford University Press, 1998, p. 161. Nesse trabalho, página 153 e seguintes, como também neste: Paulson, Stanley L. Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen’s Legal Theory, in: Oxford Journal of Legal Studies, volume 19, Oxford University Press, 1999, p. 351 e seguintes, Paulson refuta a periodização de Heidemann, com razão. E, com mais razão ainda, seus argumentos deixam aplicar-se também contra o apresentado por Reale e Mata-Machado, que sequer tratam de uma periodização. Ambos os trabalhos de Paulson são acompanhados de ampla indicação bibliográfica.

Além disso, ainda tem de ser notado o seguinte:

a) na última proposição da citação de Kelsen (sexto parágrafo), na nota de pé-de-página 94, supra, Heidemann vê o abandono do cerne da tese da fase transcendental, ou seja, que o juízo e o objeto de cognição são idênticos. Paulson objeta que isso somente faz sentido se Kelsen antes, de fato, defendeu essa doutrina identidade-objeto-juízo, o que não é o caso. Ver Paulson, S. L., primeiro trabalho citado (volume 18), p. 162; ver também, mesmo autor, segundo trabalho citado (volume 19), p. 356;

b) a linguagem da citação do primeiro parágrafo da nota de pé-de-página 12, supra, empregada na conferência em Salzburg, em 1962, sobre direito natural, é representativa para a postura de Kelsen, assumida em sua mudança pós-1960. Ver Paulson, S. L., segundo trabalho citado (volume 19), p. 354 f., com mais indicações;

c) *realismo* é uma *persuasão filosófica* e não deve ser confundido com o *realismo legal*. Ver Paulson, S. L., primeiro trabalho citado (volume 18), p. 155 (realçado por L. A. H.);

3. disso resultou não só uma mistura de filosofia e direito, mas também de direitos naturais distintos,¹⁰⁰ com o que a solução pretendida mesma se coloca seriamente em questão. Dito em outras palavras: para não tratar a questão: o direito natural da civil law serve para fundamentar juízos de valor e de obrigação? (e, assim, driblar Kelsen) ela foi tentada ser respondida com o direito natural da common law (para, assim, atacar Kelsen e, naturalmente, Kant).¹⁰¹

III.

2. pela distinção do pressuposto do fundamento do direito natural e do direito positivo, isto é, deus e norma fundamental, respectivamente. Isso é mostrado, também, e sobretudo, pelos trabalhos número (...), publicado em 1927-1928, e número (...), publicado em 1964, ambos presentes nesta obra (ver sumário). Porém, com isso, agora, o ponto de partida de Mata-Machado, E. G. e Reale, M., não só não se sustenta, mas também se revela contraditório.

99 - O papel que, para ficar com a expressão, a common law desempenhou no âmbito idiomático alemão pode ser comprovado, por exemplo, pelos trabalhos seguintes: Habermas, Jürgen. *Wahrheitstheorien*, in: *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, S. 127 ff. Versão espanhola: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 3. ed. Madrid: Ediciones Cátedra, S. A., 1997. Tradução: Manuel Jiménez Redondo; mesmo autor, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. 7. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. Versão brasileira: *Consciência e agir comunicativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Tradução: Guido A. de Almeida; mesmo autor, *Erkenntnis und Interesse*. 2. Aufl., Frankfurt a. Main: Suhrkamp, 1973. Versão brasileira: *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. Tradução: José Nicolau Heck; Alexy, R., (nota 66) e (nota 51).

100 - Que se expressa, também, na terminologia.

101 - Segundo Kelsen, a ciência do direito tem de limitar-se ao conhecimento e descrição das normas jurídicas positivas. Assim, a opção por uma de várias possíveis decisões deve ficar reservada à "interpretação autêntica" dos tribunais, porque aqui se trata de um juízo de valor e não de uma questão de verdade científica. Alexy, ao contrário, utiliza um conceito de ciência do direito mais amplo que abarca a argumentação, que está relacionada com a solução de questões práticas. Na base da concepção de Kelsen está a convicção que juízos de valor e de obrigação não são suscetíveis de verdade ou fundamentáveis racionalmente e, por conseguinte, não podem ser objeto de um tratamento científico. Para Alexy, o último não é exato e é essa a tese da investigação realizada no trabalho *Teoria da argumentação jurídica* (ver nota 72). Ver para isso, com mais demonstrações, Alexy, R., (nota 72), S. 264, Fußnote 6; página 207, nota de pé-de-página 6 (aspas no original). Com isso, não só a afirmação para a colocação da investigação, feita no início da introdução deste posfácio, mas também o título deste volume encontram aqui sua justificação.

Por fim, deve, primeiro, ser chamada a atenção para três pontos da teoria de Alexy. O primeiro diz: para a teoria dos direitos fundamentais a distinção teórico-estrutural mais importante é a entre regras e princípios. “Essa distinção é o fundamento da teoria do fundamentar jurídico-fundamental e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver uma teoria de barreira adequada, nem uma doutrina das colisões que satisfaz, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Ela forma um elemento fundamental não só da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também da dos direitos de proteção, organização e procedimento e a prestações em sentido restrito. Problemas como os do efeito perante terceiros de direitos fundamentais e da divisão de competências entre tribunal constitucional e legislador podem, com seu auxílio, ser tornados mais claros. A distinção entre regras e princípios forma, além disso, o vigamento de uma teoria material-normativa dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida da resposta sobre a questão da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Com tudo isso, é a distinção entre regras e princípios um dos pilares de fundamento da construção da teoria dos direitos fundamentais.”¹⁰²

O segundo consiste nisto: “A questão sobre a racionalidade do fundamentar jurídico leva, assim, à questão sobre a fundamentabilidade geral de sentenças práticas gerais ou morais. A discussão dessa questão foi longamente prejudicada por uma contraposição infrutífera de duas posições fundamentais, que se apresentam em variantes sempre novas, de posições subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou irracionalistas, por um lado, e posições objetivistas, absolutistas, cognitivistas e/ou racionalistas, por outro. Para uma tal postura-tudo-ou-nada, contudo, não existe motivo. A discussão ética mais recente, que metodologicamente essencialmente está influenciada pela lógica moderna, filosofia do idioma, teoria da argumentação, da decisão e da ciência e quanto ao conteúdo orientada fortemente por ideias kantianas, mostrou que teorias morais *materiais*, que a cada questão moral dão rigorosamente uma resposta com certeza intersubjetivamente coercitiva, sem dúvida, não são possíveis, que, porém,

102 - Alexy, R., (nota 59), S. 71; página 81 e seguinte. Seja aqui lembrada a CF, artigo 5 a 17.

teorias morais *procedimentais* são possíveis, que formulam regras ou condições do argumentar prático racional. Uma versão particularmente prometedora de uma teoria moral procedimental é a do discurso prático racional.”¹⁰³

O terceiro diz respeito ao enlace entre sistema jurídico e argumentação jurídico-fundamental.¹⁰⁴ Isso, por sua vez, remete à teoria da argumentação jurídica de Alexy. Aqui deve ser destacado:

a) a resposta a essas questões¹⁰⁵ tem grande importância teórica e prática. Dela depende, pelo menos, junto, a decisão sobre o caráter científico da ciência do direito. Ela tem, ademais, peso considerável para o problema da legitimidade da regulação de conflitos sociais por decisão judicial;¹⁰⁶

b) as questões, onde e em qual proporção valorações são necessárias, como essas valorações comportam-se para com os argumentos a serem designados “jurídico-especificamente” e para com a dogmática jurídica e se tais valorações são racionalmente fundamentáveis não podem, nessa introdução, ser respondidas em primeiro lugar. Elas são objeto desta investigação;¹⁰⁷

c) a fraqueza aludida das regras do discurso é ainda intensificada pelo fato de algumas regras serem constituídas de tal forma que elas somente podem ser cumpridas aproximativamente. Tudo isso, contudo, não faz essas regras sem sentido. Elas, sem dúvida, no âmbito do discursivamente possível, não podem criar nenhuma certeza definitiva, como explicação da pretensão de correção, como critério para a correção de declarações normativas, como instrumento da crítica de fundamentações não-rationais, assim como, como precisão de um ideal a ser aspirado elas são, contudo, de importância considerável.¹⁰⁸

Diante disso pode agora, aqui, ficar em aberto se, e dado o caso, até que ponto, a teoria dos princípios, de Humberto Ávila,¹⁰⁹ dá,

103 - Alexy, R., (nota 59), S. 499; página 530. Comparar com o apresentado na nota de pé-de-página 86, parte final, supra.

104 - Ver para isso, Alexy, R., (nota 59), S. 493 ff.; página 524 e seguintes.

105 - Ver Alexy, R., (nota 72), S. 22 ff.; página 27 e seguinte. Resumido, ver letra b, infra.

106 - Alexy, R., (nota 72), S. 24; página 28.

107 - Alexy, R., (nota 72), S. 24; página 28 e seguinte.

108 - Alexy, R., (nota 72), S. 36; página 37 e seguinte.

109 - Ávila, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

primeiro, conta disso (III), e, por conseguinte, daquilo (I, II), para, segundo, superar isto, e, igualmente, aquilo,¹¹⁰ e, assim, portanto, oferecer uma proposta jurídico-científica que satisfaz melhor, o que parece estar querido pelo subtítulo do seu trabalho.¹¹¹

CONCLUSÃO

Depois de tudo isso pode, por fim, afiladamente formulado, ser dito que a vida do ordenamento jurídico do estado brasileiro, em geral, ainda se encontra refém de uma visão¹¹² jurídica, sem dúvida, de direito natural, mas com aura de caverna e, portanto, sitiada em torno do segundo grau da cultura.¹¹³ A lei é impotente contra o direito re-

110 - Essa conexão deixa perguntar pela extensão que pode assumir a desvantagem de, na pretensão da construção (estrutural) de uma teoria científica, não se ocupar com, pelos menos, duas questões: a de que se tem de entender o todo do particular e o particular do todo (ver para isso, Gadamer, H.-G., (nota 1), S. 296 ff.; página 385 e seguintes) e a do paralelismo entre os quebra-cabeças e os problemas da ciência normal. Quanto a isto, diz Kuhn: “Caso ele seja classificado como quebra-cabeça, o problema tem de ser caracterizado mais do que como uma solução assegurada. *Ele tem de ter, além disso, regras que limitam tanto a natureza das soluções aceitáveis como os passos pelos quais elas devem ser obtidas* (realçado por L. A. H.). Solucionar um jogo de quebra-cabeça não é, por exemplo, simplesmente “fazer um quadro”. Ou uma criança ou artista contemporâneo poderia fazer isso, espalhando peças selecionadas, como formas abstratas, sobre algum fundo neutro” (Kuhn, T. S., (nota 1), p. 38; página 61).

111 - Seja aqui, na margem, notado: “Rejeitar um paradigma sem, simultaneamente, substituí-lo por um outro é rejeitar a própria ciência. Esse ato reflete não no paradigma, mas no homem. Inevitavelmente ele será visto por seus colegas como “o carpinteiro que dá a culpa às suas ferramentas”” (Kuhn, T. S., (nota 1), p. 79; página 110; comparar com p. 175; página 218).

112 - Aqui empregado no sentido de Gadamer, H. -G., (nota 1), S. 305 ff.; página 397 e seguintes; comparar com Alexy, R., (nota 72), S. 318, Fußnote 124; página 249, nota de pé-de-página 124.

113 - Ver para isso, Weber, Alfred. *Kulturgeschichte als Kultursoziologie*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Büchergilde Gutenberg, 1950, S. 26, 120 ff. Versão espanhola: *Historia de la cultura*. 4. ed. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956, página 15 e seguinte, 89 e seguintes. Tradução: Luis Recaséns Siches. Mais adiante (S. 162 f.; página 120 e seguinte) lê-se: “... pelo fato de ele [Aristoteles] ter substituído a transcendência platônica por uma outra, pela sua doutrina das formas (Eidoi) que, segundo sua concepção e, no fundo, a grega, não se comportam para com o mundo material como conceitos vazios, que estão atrás ou sob ele, mas como seu existente primevo, do qual as formas visíveis derivam sua existência pelo fato de elas

sultante dessa visão, pois, como o deôntico (dever-(ser): mandamento, proibição, permissão) poderia ordenar algo àquilo que já se entende, desde sempre, como ôntico (ser), a não ser para fazê-lo valer (revelar)?¹¹⁴ Diante disso, a verdadeira “reforma”,¹¹⁵ para usar uma

terem parte nele e assim, no fundo, primeiro, realmente estão aí. (...) Também nesse representante, certamente mais concreto e mais sóbrio, da concepção de mundo grega, une-se, como se vê, em tipo peculiar, interpretação do mundo mecânico-racional com, em última instância, meta-racional e domina, nesse quadro, um cosmos de formas firmes únicas que, em um sentido mais profundo, somente pode ser compreendido simbolicamente;”

Deve ser notado que a primeira proposição do parágrafo, no qual está situada a primeira parte da citação feita, termina assim: “..., cujo significado fundamental também hoje ainda não se passou.” Essa proposição, Siches não traduziu. Ao contrário, reinterpretou e, além disso, independentizou: “Y nos damos cuenta, además, de que todavía hoy no hemos salido del campo de su influencia.” Aqui se coloca, agora, a questão, isto é, até que ponto esse método — de tradução — não deve ser reconduzido à “pedagogia” e à “didática de Port-Royal:” às “escolinhas (...). Coerentes com seus princípios teológicos e morais, os Senhores de Port-Royal anteciparam-se aos outros educadores, mesmo religiosos, em relação ao expurgo das obras latinas que traduziam. La Fontaine fala dos expurgos feitos por De Saci em suas traduções, antes mesmo de o jesuíta Jouvancy fazê-lo. *Justificavam tais depurações com o respeito devido à inocência da criança e ao Espírito Santo que nela habita* (realçado por L. A. H.). (...) Daí também a seleção bastante rigorosa das obras que traduziam” (Bassetto, Bruno Fregni, Murachco, Henrique Graciano. Prefácio à edição brasileira, in: Arnauld e Lancelot. Gramática de Port-Royal. São Paulo: Martins Fontes, 1992, página XX e XXVI, respectivamente; ver página XXVII, com mais indicações. Tradução: Bruno Fregni Bassetto e Henrique Graciano Murachco. Título original: *Grammaire generale et raisonnée*). Esse método de tradução possibilita, por conseguinte, duas coisas: uma vez, não se *traduz* o que está escrito, mas se *interpreta* o que se entende ou se julga entender do escrito e, outra vez, isso justifica, então, o *adonar-se* do texto original e em original. Portanto, com isso, a cientificidade da tradução, que se apresenta em sua objetividade, passa ao subjetivo do tradutor e, assim, ela perde-se. Esse método, além disso, afeta não apenas palavras, mas, sobretudo, também a marcha das ideias do texto original. Isso, assim, não descobre um aliado, vetusto e fiel, do aristotelismo? Ver nota de pé-de-página 85, número 2, supra.

Se se sai agora do âmbito jurídico, então o dito mostra ainda uma atitude de “sentimento de vida “romântico”” (Heuss, Alfred. *Römische Geschichte*. 10. Aufl. Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 2007, S. 475), porque, sob o título Paganismo e cristianismo (S. 473), escreve esse autor antes de mencionar ele, S. 475: “Aí foi, ademais, estudado Livius, lido Vergil e dotado com esclarecimentos pormenorizados (por Servius), novamente editado Terenz, concebida uma gramática latina (por Donat). *Todas as ideias foram, com intenção expressa, reconduzidas ao passado pré-cristão e a atualidade, com gestos categóricos, foi afastada empurrando*” (realçado por L. A. H.). Mais adiante, S. 477: A “lei escolar” proibiu, por conseguinte, a dação de lição retórica por cristãos. Formação grega deveria ser incompatível com a

fê cristã" (em aspas, a cada vez, no original). A afirmação seguinte não se deixa pôr na vizinhança do último?: "... provocando ciúmes e a ira dos que se julgavam donos da educação, *os escolásticos com os jesuítas à frente*" (realçado por L. A. H.) (Bassetto, B. F., Murachco, H. G., mesma obra, página XXIV).

114 - Comparar Barbosa, Ruy. A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida Editora s. d., página 176 e seguintes (página 169 e seguintes); ver também página 30 e 106.

Ao lado disso, ainda, deixa colocar-se o seguinte: "*Conhecimento*. O significado do conceito pode averiguar-se pela análise do conceito »conhecer«. »Conhecer« é, em geral, concebido como aquisição de saber. Sempre que nós dispomos sobre um saber, nós também temos um conhecimento de igual conteúdo. Por conseguinte, o conceito do conhecimento é aclarado pela análise do conceito de saber. Para que se possa falar disto, que uma pessoa A sabe algo, têm de as condições seguintes estar cumpridas: (1) se A diz que ela sabe que seu nome é Müller, então não pode ser o caso, que ela isso realmente sabe e que ela chama-se Meier. Se uma convicção é um saber, tem de a convicção ser verdadeira, do contrário, ela não seria um saber, mas uma equivocação. (2) Se A manifesta uma opinião p, que, sem dúvida, é verdadeira, da qual A mesma, porém, não acredita que ela é verdadeira, não se pode falar de saber. A manifesta, sem dúvida, uma proposição verdadeira, mas que A mesma sabe p irá negar-se à A. A tem de achar que p, isto é, é saber, segundo (1) e (2), uma opinião verdadeira. (3) A poderia, todavia, só casualmente ter adivinhado que p é verdadeira. Nesse caso, não se iria, outra vez, atribuir à A um saber de p. Tem de, adicionalmente, existir também ainda fundamentos para achar que p é saber, por conseguinte, uma opinião fundamentada verdadeira (assim também Platon no *Theaitetos*). (4) Que existam tais fundamentos, porém, ainda não é suficiente para falar de saber. Poderia ser que p é fundamentado, mas A, de modo algum, conhece os fundamentos relevantes. Nesse caso, ainda não se irá atribuir à A um saber de p. A tem de ter mesmo os fundamentos para p, portanto, conhecer (esse ponto é, por exemplo, pelo »externalismo epistêmico«, impugnado). (5) E. Gettier chamou a atenção sobre isto, que, além disso, deve ser suposto que A tem de ter não só alguns fundamentos para p, mas os corretos para saber p. Fundamentos corretos são, nisso, aqueles dos quais p deixa derivar-se logicamente objetivamente. Outras especificações semânticas são possíveis, contudo, deve ser conservado que nós conhecemos, que p, quando a nós pode ser atribuído um saber de p em virtude de determinações do tipo mencionado. A semântica citada do conhecimento contém, pelo menos, dois problemas: (a) mesmo no uso do idioma filosófico existe o modo de falar do conhecimento falso, e assim por diante, que se converte em »contraditio in adjecto« [contradição no adjetivo acrescentado], quando nós utilizamos (muito rigorosamente) o conceito de conhecimento esboçado; as condições (1)-(5) podem levar a um regresso. Fundamentos para opiniões são mesmos somente fundamentados, quando eles podem ser derivados de outros fundamentos, e assim por diante. Caso uma opinião somente então deva ser uma opinião, quando os fundamentos que fundam mesmos são fundados, termina-se em um regresso. Isso mostra que as reflexões, acima feitas, somente dão uma entrada que problematiza no debate semântico.

Tradicionalmente, conhecimento é entendido como uma »reflexão« adequada do mundo do objeto no sujeito. Isso chama a atenção sobre isto, que conhecer é orientado

por objetos do conhecimento, isto é, ele tem caráter intencional. Pelos objetos (que não necessariamente tem de ser interpretados realisticamente) o sujeito recebe dados determinados. O conhecer deixa frequentemente se circunscrever como a elaboração de uma ordem correta desses dados ou informações. Essa ordem correta é possibilitada por duas capacidades do conhecimento elementares. Primeiro, existe a possibilidade de distinguir dados sensuais um do outro, pode ter lugar uma discriminação sensorial. Essa permite, por exemplo, identificar formas. No processo de discriminação (às vezes, inconsciente) um dado é separado do continuum [contínuo] de dados, no qual ele manifesta-se, e inserido em novas conexões (por exemplo, esquemas apreendidos de formas). Segundo, podem os dados sensuais, ordenados desse modo, ser classificados, isto é, trazidos sob conceitos gerais. Dados particulares são, nisso, integrados em uma classe e conhecidos como caindo sob uma qualidade que constitui a classe. O dado particular é inserido em um todo coerente (no caso ideal), em que esse processo é possibilitado pelo fato de se reconhecer a qualidade, constitutiva de conceitos já conhecida, no dado singular. Sob esse aspecto, conhecer é, nesse plano, sempre já um reconhecer. Conhecer deve ser caracterizado como um separar e um sintetizar seguinte sobre isso, como um destruir de uma ordem natural e como estabelecer simultâneo de uma, por exemplo, semântica. Casos especiais são: (1) quando, por exemplo, obtém-se conhecimento sobre o sistema bancário, o componente sensual não tem lugar e o conhecer converte-se somente no estabelecer de uma ordem semântico-lógica. (2) Muitos animais, ao contrário, não dispõem sobre conceitos, isto é, eles estabelecem somente uma ordem de percepções. Se aqui ainda pode ser falado de conhecimento, é debatido. (3) Existe também um conhecimento de estados interno-subjetivos. — As duas capacidades de conhecimento denominadas chamam a atenção sobre duas fontes possíveis do conhecimento. Parte-se disto, que todo conhecimento é derivável de experiência sensorial, representa-se um empirismo ou sensualismo. Supõe-se, ao contrário, todo o conhecimento procede do intelecto, isto é, de conceitos e dos juízos formados deles, então se representa um racionalismo. Kant tentou unir ambos os inícios; em sua »forma pura« eles mal ainda são representados. A filosofia deixa descrever-se como um processo de aumento de conhecimento constante. *Sua tarefa é distinguir conhecimentos de equívocos* (realçado por L. A. H.). Essa tarefa é possibilitada, em primeiro lugar, pela teoria do conhecimento. Essa disciplina está, por isso, empenhada para, por uma problematização das fundamentações de declarações, pôr à disposição meios de separar declarações verdadeiras de falsas. Todavia, sua tarefa também consiste nisto, aclarar a origem do conhecimento. Somente assim nós podemos também entender nossos conhecimentos e sua validade e não temos de considerar eles como casualidade” (Gesang, Bernward, in: (nota 62), S. 144 f. [Artikel Erkenntnis]).

115 - Aqui entendida, com Kersting, como melhoramento não só no jurídico-político, mas também no moral. Este pede uma "revolução na atitude na pessoa" (Kersting, W., (nota 80), S. 371). Segundo Kant: "Que, porém, alguém uma pessoa não meramente legal, mas moralmente boa (muito agradável a deus), isto é, virtuosa segundo o caráter inteligível ... torne-se, que, quando ela reconhece algo como dever, de nenhuma outra mola propulsora carece, mais além, que dessa ideia do dever mesma: isso não pode por reforma paulatina, enquanto o fundamento das máximas permanece desleal, mas tem de por uma revolução na atitude na pessoa ... ser efetuado; e ela pode tornar-se

palavra que agora corre, mais uma vez, por nosso país, reside, assim parece, também, e sobretudo, na saída desta caverna: não mais se submeter *naturalmente* a um direito *de natureza*,¹¹⁶ mas, doravante, formular *racionalmente* as leis para poder cumprir e aplicar *corretamente* o direito. Ela situa-se, portanto, nos *pressupostos*. Nesse âmbito também se decide, finalmente, a possibilidade do tratamento científico do direito.¹¹⁷

Luís Afonso Heck
Prof. da UFRGS
Porto Alegre, Verão de 2009

uma nova pessoa somente por um tipo de renascimento como por uma nova criação ... e modificação do coração" (6, 47). Citado segundo Kersting, W., mesma obra, S. 371, Fußnote 236. Pontuação no original, a cada vez.

116 - Que encontra sua expressão, a cada vez, no *desejo*, que em geral é qualificado de político, do superior, tanto no âmbito legislativo, como no administrativo ou judicial. E o seu cumprimento obedece, por conseguinte, somente à sua satisfação.

117 - Comparar com Heck, Luís Afonso. Hermenêutica da constituição econômica, in: Revista de informação legislativa, Brasília: jan./mar. 1992, página 443.