PREFÁCIO

Os textos que aparecem neste volume representam o resultado dos trabalhos desenvolvidos no âmbito do TCC na faculdade de direito da UFRGS. Com o auxílio de palavras-chave eles podem ser assim representados: discricionariedade – hermenêutica – argumentação. Seu comum expressa-se com a frase: interpretação e aplicação do direito. Isto e aquilo, por sua vez, compõem o seu título.

Victor Brunatto, sob o título Doutrina do direito pura e hermenêutica filosófica, persegue a seguinte questão: quais são as comunidades entre uma e outra. Para explorar essa questão, ele dividiu o seu trabalho em três partes, a saber: 1. a interpretação na doutrina do direito pura, 2. elementos da hermenêutica filosófica e 3. norma, silogismo e hermenêutica.

Na primeira parte são tratados três pontos: a interpretação autêntica, a interpretação como problema político-jurídico e a interpretação científico-jurídica.

Na segunda, alguns elementos da hermenêutica filosófica são apresentados. Resumidamente, são eles: formação, circularidade da compreensão, pré-compreensão, transmissão, aplicação e hermenêutica jurídica.

E na terceira parte são trabalhados: a norma como esquema de interpretação, silogismo jurídico e subsunção e as comunidades com a hermenêutica filosófica. Nesta, por sua vez, são apresentados modelos de argumentação jurídica.

O trabalho de Luiz Guilherme Holleben Lopes tem como título: Hermenêutica e direito. Percurso crítico sobre a tradição jurídica bra-

sileira. É a seguinte a sua colocação da questão: como se constituiu a forma do conceito de hermenêutica, enquanto teoria da interpretação, na tradição jurídica brasileira. Ele segue essa questão em três passos, que apresentam a estrutura do seu trabalho: 1. hermenêutica na tradição jurídica brasileira, 2. os cânones de interpretação e 3. hermenêutica e direito.

No primeiro passo são apresentadas as concepções de autores clássicos brasileiros e determinada jurisprudência com isso unida.

No segundo, são invocados os cânones apresentados por Savigny, depois, feita uma contraposição entre doutrina e jurisprudência, e, por fim, exposta a duvidosidade desses métodos.

No terceiro passo, inicialmente, alguns traços da hermenêutica filosófica de Gadamer são apresentados. Eles podem ser resumidos nisto: o olhar as coisas mesmas, o pré-conceito e a lógica da pergunta. Segue, depois, a interpretação constitucional em Hesse e suas comunidades com a hermenêutica de Gadamer. Por fim, são colocados em união o modelo hermenêutico e o modelo do discurso, no plano da argumentação, em Alexy.

Rennan Sarobe Luft põe-se a questão seguinte: a superação da discricionariedade na aplicação do direito, de Kelsen a Alexy. Para enfrentá-la o autor deu ao seu trabalho a estrutura de dois capítulos, que representam uma contraposição do positivismo de Kelsen e do não-positivismo de Alexy: 1. o positivismo jurídico de Hans Kelsen e discricionariedade na aplicação do direito e 2. o não-positivismo jurídico de Robert Alexy e a sua proposta de superação da discricionariedade na aplicação do direito.

No primeiro capítulo são trabalhados dois aspectos. O primeiro diz respeito ao contexto histórico, aos pressupostos teóricos do positivismo jurídico e à teoria pura do direito de Kelsen. Este pode ser resumido nas seguintes traves: ciência do direito como ciência de normas, sua relação com a moral, a norma fundamental, da criação, aplicação e interpretação do direito resulta a discricionariedade.

No segundo, são trabalhados dois âmbitos. O do conceito de direito não-positivista e o da teoria do discurso prático racional.

O comum destes trabalhos, como já dito supra, reside no seu título. Para isso, algumas observações.

1. Interpretação e aplicação

A relação que existe entre interpretação e aplicação vem à expressão, uma vez, quando se considera que *auslegen* (interpretar) também significa explicar. Aplicar o direito, cada vez, requer, portanto, sua explicação, isto é, da norma ou do precedente.¹

Poder-se-ia achar que em Kelsen a discricionariedade dispensa a explicação. Olhando mais de perto, a resposta, contudo, é negativa. Duas passagens em Kelsen comprovam isso. A primeira está relacionada ao direito como um quadro: “O direito a ser aplicado forma . somente um quadro no interior do qual estão dadas várias possibilidades de aplicação, em que *cada ato é jurídico, que se mantém no interior desse quadro, preenche o quadro em algum possível sentido.*”² A segunda diz respeito à expressão “livre poder discricionário”: “Sobre a validade e comprovabilidade das normas da moral, da justiça, de juízos de valor sociais não se deixa dizer nada *do* ponto de vista do direito positivo, ou seja, elas não partem do direito positivo mesmo. Em relação *ao* direito positivo é a fixação do ato jurídico dentro do quadro da norma jurídica a ser aplicada livre, isto é, está no *livre poder discricionário* do órgão chamado à fixação do ato”³.

A relação entre “do direito positivo” e “ao direito positivo” indica que a discricionariedade exige justamente a explicação da norma jurídica, porque o “ao” somente é possível se o “do”, como referência, é explicável.⁴

¹ Seja aqui notado à margem que o controle intersubjetivo, tanto da interpretação doutrinária como da judicial, pressupõe justamente a interpretação como explicação.

² Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 348; versão portuguesa: *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, página 466 e seguinte. Tradução: João Baptista Machado. O itálico não está no original. Ver, com uma leve modificação, mesmo autor, *Zur Theorie der Interpretation*, in Klecatsky, Hans, Marcic, René und Schambeck, Herbert. *Die wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968, S. 1366, onde a palavra direito é substituída pela norma e a aplicação pela efetivação. O itálico não está no original.

³ Ver Kelsen, H., (nota 2), S. 351; página 470. O itálico não está no original. Comparar com mesmo autor, *Zur Theorie der Interpretation*, in Klecatsky, Hans, Marcic, René und Schambeck, Herbert. *Die wiener Rechtstheoretische Schule*. Wien: Europa Verlag, 1968, S. 1368 f.

⁴ A afirmação de Gadamer: “Pois representa a essência do saber, apreciar algo não só corretamente, mas, juntamente com isso, dos mesmos fundamentos, excluir o incorreto.” (Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Bd. 1. 6. Aufl., Tübingen:

Em Gadamer, no registro “matérias”, está assim: *Interpretation* ver também *Auslegung*.⁵

Alexy emprega o conceito de norma semântico, que parte da distinção entre norma e proposição normativa.⁶ Uma norma é, com isso, o significado de uma proposição normativa.⁷

Nos três autores está presente, portanto, a ideia de explicação no plano da interpretação.

2. A tarefa da explicação

A relação entre interpretação e aplicação vem à expressão, outra vez, quando se considera a tarefa da explicação. Ela consiste na concretização da lei no caso respectivo, portanto, na aplicação.⁸ Hesse vê a interpretação constitucional como concretização.⁹

3. Pré-compreensão, formação e ciência

Nas duas formas em que essa relação vem à expressão a pré-compreensão desempenha um papel fundamental. Sob pré-compreensão entende-se “uma ideia existente de antemão, um conceito, existente de antemão, de algo”.¹⁰ Heidegger, assim, acerta quando afirma: “. a

Mohr, 1990, S. 370. Versão brasileira: *Verdade e método*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, página 476. Tradução: Flávio Paulo Meurer; revisão: Enio Paulo Giachini), pode ser posta em conexão. Basta situar o incorreto no lado do “do direito positivo”.

⁵ Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen, Register*. Bd. 2. Tübingen: Mohr, 1993, S. 517.

⁶ Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 54. Versão brasileira: *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, página 66. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.

⁷ Ver Alexy, R. (nota 6), S. 43; página 54.

⁸ Gadamer, H.-G., (nota 4), S. 335; página 432.

⁹ Hesse, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, página 61 e seguintes, número de margem 60 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

¹⁰ Duden online. Ou nas palavras de Kant: “Todo nosso conhecimento tem uma relação dupla: primeiro, uma relação para com o objeto, segundo, uma relação para com o sujeito. Na primeira consideração ele relaciona-se com a ideia; na última, com a consciência, a condição geral de todo conhecimento, no fundo. – (Na verdade, a consciência é uma ideia, que uma outra ideia está em mim.)

compreensão do texto permanece duradouramente determinada pelo movimento antecipador da pré-compreensão.”¹¹

Pré-compreensão está, por sua vez, unida com formação. “Formação é um conceito histórico autêntico e exatamente desse caráter histórico da >conservação< trata-se para a compreensão das ciências do espírito.”¹² “Não é uma questão de procedimento ou conduta, mas do ser tornado.”¹³

Nisso reside o seguinte: “. uma *consciência* da pré-compreensão, *sempre* existente no jogo, deve ser pedida se se leva a sério a >cientificidade<.”¹⁴

4. Aristóteles

Por o território jurídico brasileiro estar povoado fortemente por soldados aristotélicos¹⁵ uma questão coloca-se forçosamente, a saber: o

Em todo conhecimento têm de ser distinguidas matéria, isto é, o objeto, e forma, isto é, o modo como nós conhecemos o objeto. - Vê, por exemplo, um selvagem uma casa de longe, cujo uso ele não conhece: assim ele tem, sem dúvida, precisamente o mesmo objeto, como um outro que certamente o conhece como uma habitação instalada para pessoas, na ideia diante de si. Mas, segundo a forma, é esse conhecimento de um e do mesmo objeto distinto em ambos. Em um, é mera visão, em outro, visão e conceito simultaneamente.

A diversidade da forma de conhecimento baseia-se em uma condição, que acompanha todo conhecer – na consciência. Dou-me conta da ideia: então ela é clara; não me dou conta da mesma, escura.” *Immanuel Kant Schriften zur Metaphysik und Logik 2*. Werkausgabe Band V. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel. 13 Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2014, S. 457.

¹¹ Gadamer, H.-G., (nota 4), S. 298; página 388. Gadamer, H.-G., (nota 5), S. 61.

¹² Gadamer, H.-G., (nota 4), S. 17; página 47. Pontuação no original. Seja lembrado: a ciência do direito (*Rechtswissenschaft*) conta entre as ciências do espírito (*Geistwissenschaften*).

¹³ Gadamer, H.-G., (nota 4), S. 22; página 53. Isso tem a ver com transmissão (mesmo autor, mesma página). Não do *como*, mas do *que*. Para a inversão e o prejuízo, disso decorrente, no âmbito do ensino do latim no Brasil, ver Heck, Maria Regina Diniz. *O ensino do latim no Brasil. Objetivos, método e tradição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2020. Gadamer trata a transmissão como tradição. No registro “matérias” está fixado: *Überlieferung* [transmissão] ver também *Tradition*. Gadamer, H.-G., (nota 5), S. 522. O colchete não está no original.

¹⁴ Gadamer, H.-G., (nota 5), S. 406, Fn. 55. Pontuação no original. Cientificidade (*Wissenschaftlichkeit*) tem a ver com saber (*Wissen*). Ver *infra*, pé de página 30.

¹⁵ Por exemplo, tanto na doutrina como em trabalhos sob o título de tese. Para aquilo, ver

que Aristóteles tem a oferecer no âmbito aqui tratado, isto é, no espaço delimitado pelo título deste trabalho?

a) Um “truque”

Aristóteles sustenta, no plano da atuação judicial, ou seja, justamente no plano da aplicação, o seguinte: “Que não se trata, no escrito sobre a arte de falar, de uma apresentação da filosofia do direito aristotélica, mas de um conselho advocatício, de empregar uma doutrina do direito natural, naquele tempo frequentemente sustentada, quando o direito positivo não é favorável ao assunto a ser sustentado pelo orador judicial, mostra a passagem seguinte, onde Aristoteles recomenda ao orador sustentar a teoria oposta, se isso é vantajoso ao seu assunto: ‘Fala a lei escrita a favor de seu assunto, então ele tem de dizer: a fórmula do juramento do juiz de decidir ‘segundo meu leal saber e entender’ não está aí para que o juiz pronuncie sua sentença contra a lei, mas somente para isto, que o juiz, quando ele, por exemplo, não entende o sentido verdadeiro da lei, não comete nenhum perjúrio.’” Ao orador judicial é também aconselhado sustentar a opinião, a violação da lei não-escrita é um delito maior que a violação do direito escrito. Mas Aristoteles imediatamente acrescenta: “A matéria também se deixa formular completamente de outra forma, de modo que ele faz um antijurídico grave quando ele atua contra o direito positivo escrito” (Rhetorik, I, 14).”¹⁶

b) Equidade

A equidade em Aristóteles significa: “bondade na justiça” (=equidade)¹⁷, isto é: “E isso é a essência da ‘bondade na justiça’:

Heck, Luís Afonso. Posfácio. In: mesmo autor (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 299 e seguintes. Para isto, ver mesmo autor. *A pós-graduação de direito no Brasil. Discussão e oportunidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019, página 81 e seguintes.

¹⁶ Kelsen, H. O fundamento da doutrina do direito natural. In: Heck, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 72 e seguinte. Tradução: Luís Afonso Heck.

¹⁷ *Aristoteles. Nikomachische Ethik*, übers. u. komm. v. Fr. Dirlmeier, Frankfurt am Main: Fischer Bücherei, 1957, S. 120.

retificação da lei ali onde ela, por causa de sua formulação geral, é lacunosa.”¹⁸

O Sr. Santolim, contudo, afirma em sua tese de doutorado: “A equidade, instrumento fundamental para a integração das normas jurídicas, pode ser considerada não um *princípio*, e sim como uma técnica a ser utilizada, de modo a construir a adequada argumentação para legitimar a aplicação do direito.”¹⁹ Creifelds²⁰ situa, deve ser notado, o uso da equidade somente no âmbito do direito civil e, nesse, no setor da relação obrigacional.

c) Universalidade do conceito

A universalidade do conceito está, em Aristóteles, carregada com um problema. Em conjunto: “A imagem ilustra, portanto, como a universalidade sem princípios da experiência (o enfileiramento da mesma), mesmo assim, leva à unidade da *arche* (*arche* = comando e >princípio<). . A imagem descreve, sem dúvida, justamente esse processo [no qual se realiza a experiência], mas ela descreve ele sob pressupostos simplificados, que assim não valem. . A universalidade do conceito é para ele um prius [antes] ontológico.”²¹

d) Definição, sentido do conceito e premissas

Também nesse plano Aristóteles está defronte de objeções.

Eu cito Popper, uma vez: “O problema da definição e do >sentido do conceito< é a fonte mais importante da influência intelectual de Aristoteles, que infelizmente ainda prepondera, a fonte de todo escolasticismo rico em palavras e vazio, que não só na idade média fez das suas, mas que também aflige nossa filosofia contemporânea; pois

¹⁸ Aristoteles, (nota 17), S. 121.

¹⁹ Ver Heck, Luís Afonso. *A pós-graduação de direito no Brasil. Discussão e oportunidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019, página 154, pé de página 6. Ver infra, letra e).

²⁰ Creifelds, Carl. *Rechtswörterbuch*. 11. Aufl. München: Beck, 1992. Verbete Billigkeit, que somente remete ao verbete prestação.

²¹ Gadamer, H.-G., (nota 4), S. 358; página 461. Pontuação no original. O colchete é de L. A. H.

mesmo uma filosofia tão moderna como a filosofia de L. Wittgenstein ressentir-se, como nós iremos ver, dessa influência. O desenvolvimento do pensar desde Aristoteles deixa-se, como me parece, reunir assim: cada disciplina que empregou o método de definir atolou-se no estágio de um fazimento de palavras vazio e em um escolasticismo infrutífero, e a dimensão, na qual as ciências distintas foram capazes de fazer progressos, dependeu da dimensão na qual elas foram capazes de libertar-se desse método essencialista. (*Esse é o fundamento por que uma parte tão grande de nossas >ciências sociais< ainda sempre se encontra na idade média.*)²²

Outra vez: “Aristoteles tinha, sem dúvida, razão quando ele acentuou que nós não devemos tentar comprovar ou demonstrar nosso saber *todo*; toda prova tem de partir de premissas; a premissa como tal, isto é, a dedução das premissas, não pode, por isso, nunca determinar definitivamente a verdade de uma conclusão, mas somente mostrar que a conclusão tem de ser verdadeira, *pressuposto*, que as premissas sejam verdadeiras. Se nós queremos comprovar as premissas mesmas, então nós removemos com isso a questão sobre a verdade somente um passo para trás, a uma nova série de premissas, e assim por diante, *ad infinitum* [até o infinito]. Para evitar um tal regresso infinito (como os lógicos o denominam), ensinou Aristoteles que nós temos de supor a existência de premissas, cuja verdade não se deixa pôr em dúvida e que não carecem de nenhuma prova; e tais premissas ele denominou >premissas fundamentais<. Se nós aceitamos esse método, com cujo auxílio nós derivamos as conclusões dessas premissas fundamentais, então nós podemos dizer que, segundo Aristoteles, todo saber está contido nas premissas fundamentais e que nós possuímos o saber todo, assim que nós somente dispomos de uma lista enciclopédica de todas as premissas fundamentais. Mas como nós obtemos essas premissas fundamentais? Como Platon, acredita também Aristoteles que nós, afinal de contas, obtemos todo nosso saber por um compreender intuitivo da essência das coisas. >Nós podemos somente conhecer uma coisa, ao nós conhecermos sua essência<, escreveu Aristoteles, e >o saber de uma coisa consiste no conhecimento de sua essência<. Uma >premissa

²² Popper, Karl. *Lesebuch*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 2015, S. 70. Pontuação no original. O itálico não está no original.

fundamental< é para ele somente uma proposição que descreve a essência de uma coisa. Mas uma tal proposição é justamente aquilo que ele denomina uma definição. Por isso, *todas as >premissas fundamentais das provas<* são definições.”²³

Por fim: “A doutrina da definição aristotélica levou a um resultado semelhante. Primeiro, ela produziu uma grande parte de cavilação. Mais tarde, porém, os filósofos iniciaram a sentir que um argumentar sobre definições não é possível. Desse modo, o essencialismo despertou não somente o falar em torno, ele levou também à decepção no argumento, isto é, à decepção na razão. Escolasticismo, misticismo, desesperação na razão – isso são os resultados inevitáveis do essencialismo platônico e aristotélico. E com Aristóteles o levante aberto de Platon contra a liberdade converte-se em levante escondido contra a razão.”²⁴

e) Aristóteles e Tomás de Aquino

Os pressupostos ontológicos de seu sistema de direito natural ainda têm lugar no âmbito demarcado pelo título deste trabalho? A resposta é negativa. Basta considerar o seguinte: esse “sistema de direito natural somente se torna compreensível dos pressupostos *ontológicos* nos quais ele está fundado:

ao direito natural escolástico é alheio aquele fendimento entre ser e dever ser que o dualismo do método pós-kantiano provocou entre

²³ Popper, K., (nota 22), S. 71. O colchete não está no original.

²⁴ Popper, K., (nota 22), S. 84. Como complemento: “A doutrina do método toca-se estreitamente com a lógica. Isso assenta uma vez nisto, que Aristóteles expõe simplesmente conclusão e prova como o método científico, porque, segundo ele, a aquisição do saber racional (*mathesis*) procede *sempre de um conhecimento precedente*. A lógica formal desenvolvida da análise aristotélica prescinde, todavia, do conteúdo do conhecimento, de modo que a lógica, como diz *Kant*, apresenta somente o “título para métodos possíveis”.” Krings, Hermann, Stegmüller, Wolfgang, Baumgartner, Hans Michael. Método, in Heck, L. A., (nota 19), página 36. Tradução: Luís Afonso Heck. Pontuação no original.

Em conexão, a definição do silogismo de Aristóteles diz: “O silogismo é um raciocínio em que, reconhecidas e concedidas algumas coisas, deduz-se necessariamente delas outra coisa que não está concedida.” Gelio, Aulo. *Noches Áticas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, página 183. Tradução do latim por Francisco Navarro y Calvo. Gelio cita essa definição em grego.

ciência da realidade e dos valores e que até hoje faz parte dos pressupostos do pensar jurídico. Para o direito natural escolástico a ordem da essência (ontológica) converge com a ordem de valores (ética);

todo existente tem seu lugar predeterminado na conexão abrangedora do ser. Esse lugar determina a *essência* (essentia) que cabe a cada particular. As essências formam uma ordem hierarquicamente graduada, na qual o ser se apresenta analogamente. Elas ascendem do grau mais baixo do mundo inferior do mundo criatural, da matéria não-enformada, da *materia prima* [matéria prima], até ao deus-criador como a forma formans [forma que forma]. O inferior está associado ao superior, a parte ao todo;

cada indivíduo está relacionado à sua essência geral, como realidade à possibilidade. Ele cumpre sua finalidade de existência pelo fato de ele atualizar sua potência de essência. A essência forma, assim, o objetivo determinado de todo existente – ela é, simultaneamente, tipo do ser e norma ética: *agere sequitur esse* [o agir segue o ser]. Enquanto a criatura sem razão realiza inconscientemente seu objetivo da essência, tem de o animal rationale [animal racional] chegar ao seu objetivo da essência em livre decisão. A liberdade da pessoa, porém, não é uma qualquer, mas uma escolha determinada final na ordem determinada dos valores e bens;

a pessoa do homem forma, como retrato fiel de deus, uma finalidade própria no cosmo de valores ontológico. O caráter de pessoa não exclui que o homem também seja *ens sociale* [ser social]: seu ser pessoa realiza-se primeiro na comunidade dos co-humanos. As formas de comunidade refletem a ordem-essência no plano institucional. Elas são, com isso, mesmas hierarquicamente graduadas segundo o montante do valor que elas, como enteléquia,* levam em si. O estado como a

* Segundo Kelsen: “Que a suposição de um valor, imanente à realidade, tem caráter metafísico-teológico mostra uma análise daquela filosofia que sustenta, de modo clássico, o princípio do valor imanente à realidade: a doutrina aristotélica da enteléquia.

Enteléquia (*enteleceia*) é o movimento inerente a todas as coisas, dirigido a uma determinada finalidade (*telos*). Essa finalidade é: trazer a coisa à sua consumação. É uma finalidade objetiva que a coisa naturalmente tem, isto é, ser assim como deve ser, portanto, ser “bom”. Na *Metaphysik*, I, 7, Aristoteles faz valer contra a doutrina das idéias platônica que, segundo essa, a finalidade é uma idéia transcendental,

comunidade mais ampla (*societas perfecta*) [sociedade perfeita] é superior aos grêmios, que somente realizam finalidades particulares; como o valor do belo está mais alto que o do útil, as instalações da cultura estão sobre aquelas da economia;

essa hierarquia dos valores e essências é reconhecível ao *lumen naturale* [luz natural] à razão humana. O direito natural escolástico é, com isso, intelectualista: *nihil volitum, nisi cognitum* [nada é querido se não é conhecido]. O otimismo filosófico-cognitivo já por isso não precisa ser posto em dúvida, porque na hierarquia das instituições humanas a sabedoria do intérprete do direito natural superior, cada vez, é sancionada pela autoridade superior, cada vez. (Do intelectualismo para o positivismo é, portanto, somente um passo.).²⁵

5. Teorias pós-modernas e do sistema

No território jurídico brasileiro também se encontram representantes da pós-modernidade e de Niklas Luhmann. Por exemplo, para aquela pode ser mencionada a Sra. Cláudia Lima Marques, para este, o Sr. Leonel Severo Rocha. Se se pergunta se aquela e este, por sua vez, têm algo a dizer no âmbito delimitado pelo título deste trabalho a resposta também é negativa.

Cito, para isso, Becker: “Sua análise [de Niklas Luhnmann: colchete de L. A. H.] parece-me, até hoje, em aspecto variado, não poder ser evitada. Ela leva à questão, que forma o título dessa contribuição: o

a idéia do bem, enquanto enteléquia é o movimento, imanente às coisas, para o bem. O conceito de enteléquia é a expressão da interpretação teleológica, essencial para a filosofia aristotélica, da natureza. Uma tal, porém, pressupõe, consciente ou inconsciente, explícita ou implicitamente, uma visão fundamental teológica. Para a pergunta inevitável: de onde vem a finalidade da natureza, não existe nenhuma resposta que a suposição de uma autoridade transcendental, que fixa à natureza sua finalidade. Isso também é o caso na filosofia de Aristoteles, embora, em consequência de certas peculiaridades de sua metafísica, não muito claro expressa-se e, por isso, nem sempre é conhecido pela interpretação-Aristoteles tradicional.

O conceito central dessa metafísica é deus como o “movedor não-movido”. Kelsen, H., (nota 16), página 56.

²⁵ Isensee, Josef. *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1968, S. 21 f. Itálico no original. Os colchetes, não.

que permanece? O que permanece do direito se ele passou o *labirinto das cascatas de reflexões* de Luhmann? Tanto tempo demorou, compreender e assimilar também somente algumas das inumeráveis ideias do “Recht der Gesellschaft”, tão rápido tornou-se claro para mim *que Luhmann na resposta a essa questão notoriamente não tinha interesse.*”²⁶

Mais adiante: “Aqui se mostra *um problema de todas as teorias do direito enformadas pós-modernamente: elas não oferecem nenhum motivo para a práxis jurídica.* Luhmann diz que “o ponto da insegurança suprema e da última não decididade [é] aquele ponto do qual pode observar-se todo outro melhor.” A teoria do direito pós-moderna observa, em um certo sentido, o sistema do direito desde esse ponto. Um direito aclarado e refletido não pode ignorar tais observações; ele tem de observar-se a si mesmo. Somente leva seu enlace com a “última não decididade” a isto, que a posição de observador para os participantes do sistema jurídico, em todo o caso, *para o juiz, é completamente inidônea* assim que eles *têm de entrar em ação* (garantia da justiça). *Aqui se revela o ponto cego de teorias do direito pós-modernas.*”²⁷

Depois: “*Para uma investigação teórico-jurídica seria, assim, insuficiente deter-se na desconstrução do direito, em sua ironização behaviorista.* Uma teoria do direito pós-moderna que não se esforça pela resposta da questão, quais valores suas observações para a prática observada podem ter, como, portanto, normatividade *conveniente* – a resposta fundamentada para questões jurídicas pendentes de decisão – sob as condições de contingência é possível, detém-se na metade caminho. *A descida daquele ponto supremo, do qual Luhmann observa e descreve é, para aquele que não se quer limitar a uma sociologia puramente observadora, mas, em vez disso, refletir sobre a realização de decisões fundamentadas, inevitável.*”²⁸

Finalmente: “Quando, portanto, a *teoria dos sistemas representa a estabilização contrafactual de esperanças como função do direito,*

²⁶ Becker, Christian. *Was bleibt? Recht und Postmoderne. Ein rechtstheoretischer Essay.* Baden-Baden: Nomos, 2014, S. 5.

²⁷ Becker, C., (nota 26), S. 120 f.

²⁸ Becker, C., (nota 26), S. 124.

então tem de, no discurso jurídico, forçosamente ser decidido sobre isto, *quais* esperanças devem ser dotadas com uma pretensão de validade contrafactual, assim como, uma vez que essa decisão não pode realizar-se sem fundamentação, *porque* essas e não aquelas esperanças devem ser estabilizadas. Mas isso, porém, não é nada mais que a questão sobre isto, *quais* esperanças (em co-humanos, no estado) pode ter-se justificadamente, portanto, formulado com mais páhtos, qual é o estado de dever da sociedade, com o qual o particular pode contar. *Justamente a análise teórico-sistêmica sempre acentuou que o direito tem de responder tais questões segundo critérios próprios. Ela somente não se ocupou com isto, quais critérios são esses.*”²⁹

6. A questão

O exposto sob as letras a-e, número 4., e sob o número 5., supra, deixa colocar a seguinte questão: caso isso deva ser reconduzido à falta de pré-compreensão, isto é, de formação, então Aristóteles, Tomás de Aquino, teorias pós-modernas, Luhmann não são *realmente* conhecidos nos arraiais respectivos do território jurídico brasileiro (*nota bene*: realmente). Trata-se, então, de opiniões³⁰ e, assim, salas

²⁹ Becker, C., (nota 26), S. 131 f. O itálico, das frases, não está no original.

³⁰ “Opinião é, na filosofia moderna, juntamente com a fé e o saber, determinada como um ato de esclarecimento da verdade (para o antigo conceito $\nearrow$ [significa remissão] doxa). À opinião ou ao opinar são atribuídas as qualidades do puro subjetivo, indeterminado e alterável, assim como o ser fortemente influenciado pela percepção sensual. Com isso, a opinião é, perante o saber, um modo deficiente da atividade de conhecimento. Descartes acentua que o mero opinar sempre está unido a um pensar vinculado à ideia e, por conseguinte, não possibilita nenhum conhecimento sobre deus ou a alma (*Discours de la méthode*). No modelo graduado do considerar verdade de Kant o opinar está no lugar inferior, uma vez que ele é insuficiente tanto subjetiva como objetivamente. Nisso, ele diferencia-se da fé, cuja pretensão de validade permanece puramente subjetivamente, e do saber, que é um considerar verdade suficiente subjetiva como objetivamente (*KrV*). A opinião pode também ter o status da hipótese da razão quando ela, de fundamentos subjetivos, é suficiente para um considerar verdade. Opiniões somente podem existir em juízos sobre objetos empíricos, não no âmbito do inteligível. Juízos da razão não são, por isso, opiniões, uma vez que a razão reconhece ou a priori ou de modo nenhum. Isso vale do mesmo modo para todos os princípios éticos. Fichte põe a opinião no mundo do alterável, que perante o ser é uma mera aparência ou o puro nada (*Darstellung der Wissenschaftslehre 1801*). O

de aula de direito restam na memória como *Quatschbuden* (barracas de disparate).³¹

7. O resultado

Neste prefácio foi tentado mostrar, por um lado, que a pré-compreensão, ou seja, formação, é pressuposto da aplicação. Sua ausência ou viciosidade reflete-se, portanto, na aplicação do direito. Isso pode ser comprovado, por exemplo, em determinadas decisões do supremo tribunal federal.³²

Por outro, que a *subtilitas intelligendi* (entender), a *subtilitas explicandi* (explicar) e a *subtilitas applicandi* (aplicar) são chamados de subtilitas, porque elas são entendidas, não tanto como métodos, sobre

opinar é contraposto ao pensar, caracterizado pela independência do espírito (*Anweisung zum seeligen Leben*). Enquanto para o pensar o ser é um e idêntico consigo mesmo, portanto, também possui somente uma possibilidade, realidade e necessidade, o opinar parte de várias possibilidades e escolhe – motivado pela propensão ao subjetivo – uma dessas possibilidades. Com isso, cada opinião é unilateral e parcial e sua duração está submetida à propensão ao pessoal. Concretamente Fichte determina sua época atual como manifestação histórica de um empenho por opiniões científicas e sua propagação publicista. Fichte comprova esse desenvolvimento com o termo da república-sábios (*Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters*). Hegel, ao contrário, exclui de antemão o conceito de opinião da história da filosofia, uma vez que a filosofia é ciência objetiva da verdade por um conhecer que entende, não por um opinar. A opinião é também aqui meramente uma ideia subjetiva que se distingue por arbitrariedade e cujo conteúdo não possui universalidade. A opinião não é uma ideia existente em si e para si (*Vorlesungen über der Geschichte der Philosophie*). Segundo Hegel, a opinião não pode compreender a conexão necessária entre a realidade do espírito e sua existência sensual, uma vez que ela considera a existência sensual como mera casualidade (*Phänomenologie*). Em oposição ao saber a opinião dirige-se imediatamente à existência sensual como um particular e individual. Essa imediatidade do opinar é contraposta à certeza sensual, cuja verdade é o geral. Claro fica o opinar na fisionomia ou na paleografia, cujo foco dirige-se imediatamente à existência sensual, à letra ou à forma da cabeça, e sobre esse fundamento formula uma opinião sobre a personalidade de uma pessoa (*Phänomenologie*).” Mittelstraß, Jürgen (Hg.). *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*. Band 3. Stuttgart - Weimar: J. B. Metzler, 2004. Pontuação no original, menos o colchete.

³¹ Ver supra, pé de página 14.

³² Ver Heck, Luís Afonso. Site www.conhecerparareconhecer.com.br. Marcador: supremo tribunal federal.

os quais se dispõe, como uma capacidade, que pede fineza particular do espírito.³³

Os três trabalhos reunidos neste volume estão, assim, a serviço da formação dessa fineza.

Eu agradeço aos membros das bancas pela participação, a cada vez: Vera Maria Jacob de Fradera, Maria Cláudia Cachapuz e Paulo Gilberto Cogo Leivas.

Um agradecimento também cabe ao Sergio Antonio Fabris pela feitura deste volume, porque, com isso, torna possível o acesso a esses trabalhos para o público em geral.

Luís Afonso Heck
Prof. da UFRGS

Gravataí, verão de 2021

³³ Gadamer, H.-G., (nota 4), S. 312; página 406.