



Marcelo Paiva dos Santos

DA NATUREZA COMUM DA FORMA DE SER DOS
POVOS. UMA ANÁLISE JURÍDICA EM SENTIDO
NEGATIVO.

Anexo I

Dissertação de Doutoramento em Direito, na área de Ciências Jurídico-Filosóficas, Orientada pelo Dr. José Manuel Aroso Linhares e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Agosto/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
CURSO DE DOUTORAMENTO EM DIREITO**

MARCELO PAIVA DOS SANTOS

**DA NATUREZA COMUM DA FORMA DE SER DOS POVOS.
UMA ANÁLISE JURÍDICA EM SENTIDO NEGATIVO.**

COIMBRA

2017

MARCELO PAIVA DOS SANTOS

ANEXO I

COIMBRA

2017

SUMÁRIO

1.	A PERSPECTIVA DE WERNER MAIHOFER SOBRE A <i>NATUREZA DAS COISAS</i>	1
2.	A PERSPECTIVA DE GUSTAV RADBRUCH SOBRE A <i>NATUREZA DAS COISAS</i>	47

1. A PERSPECTIVA DE WERNER MAIHOFFER SOBRE A NATUREZA DAS COISAS.

Uma das objeções que poderia se levantar à tese da compreensão da *forma de ser dos povos* como uma dimensão fundamental não só da prática humana, mas do próprio *ser humano* enquanto tal, a ser resguardada em termos jurídicos, seria no sentido de que o esforço em querer mostrar que *expressividades comportamentais típicas* de um povo seriam uma esfera íntima dos membros de uma comunidade, externalizada em ações das pessoas que a compõem e que, por tocar a própria essência constitutiva existencial de tais pessoas, haveria que ser protegida pelo Direito, não passaria de um intento de se encobrir aí um suposto critério de uma *objetivação axiológico-normativa existencialmente fundada* e, assim, tratar-se de mais uma tentativa frustrada de se reabilitar o pensamento da *natureza das coisas*.¹

Neste sentido do pensamento da *natureza das coisas*, se poderia também alegar, que a propositura se trataria de uma forma específica de se tentar reinventar as formulações de Werner Maihofer, especialmente quando o mesmo propõe que a verdadeira natureza do homem seria encontrada desde a sua *existência*, convertendo-se o direito natural em *direito existencial* e, ao mesmo tempo, afastando-se o risco de uma *objectiva lei moral pré-dada pela Natureza e por Deus* – proposta do Direito Natural clássico -, mas, antes, “... uma ordem e um direito humanos, a <<ordem criada pelo homem no mundo.>>”²

¹ As reflexões expendidas neste ponto específico devem-se, sobretudo, às iluminações proporcionadas pela análise da tese de Doutoramento do Prof. Dr. António Castanheira Neves, *Questão-de-facto – Questão-de-Direito ou o problema metodológico da juridicidade. (Ensaio de uma reposição crítica)*, especificamente no contido nos §§ 23 e 24, onde se analisa o pensamento da *natureza das coisas*. NEVES, A. C.. **Questão-de-facto – Questão-de-Direito ou o problema metodológico da juridicidade. (Ensaio de uma reposição crítica)** Coimbra: Livraria Almedina, 1967, pp. 699-870.

² Ibid. p. 782. Castanheira Neves se refere aos textos de Werner Maihofer *Naturrecht als Existenrecht* e *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, sendo a referida citação atinente ao segundo texto, especificamente na p. 11. Nas palavras iniciais de *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, Werner Maihofer aponta que seu objetivo seria uma tentativa, “... eine handliche Regel zu finden, deren Befolgung uns im Miteinander der menschlichen Welt in die Ordnung weist.” MAIHOFFER, W.. **Vom Sinn menschlicher Ordnung**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1956, p. 7. É de se notar que houve uma evolução no próprio pensamento de Maihofer sobre a noção de *natureza das coisas*.

Em síntese, poderia se dizer que a proposta de Maihofer se fundaria na ideia conjugativa de um *Selbstsein* - um *ser consigo mesmo* – com um *Mitsein* - um *ser com* -, ou seja, um ser consigo mesmo inserido coexistencialmente em um mundo comum – *Mitwelt* – e daí a noção de *Alssein* – *ser como* -, ou seja, um ser conforme os vários papéis que as várias situações jurídicas imporiam.³ Para Maihofer, partindo de um entendimento que equivaleria em termos semânticos às expressões *direito natural*, *natureza das coisas* e *natureza do homem*, tais noções poderiam ser entendidas, precisamente, como o “... projeto da determinação histórica do ser do homem sobre as relações com o homem.”⁴ O *direito natural*, para

Frente ao caráter *metapositivo* do seu precedente conceito de *direito natural concreto*, de onde, desde uma maior liberdade da lei positiva, se proporia obter uma maior justiça, enquanto uma forma mais elevada da *verdade do Direito*, tal como visto em *La natura della cosa*, de 1957, Maihofer parece renunciar tal ideia desde *Naturrecht als Existenzrecht*, de 1962, reafirmando-a no Colóquio de Toulouse, em 1964 (publicação das atas em 1965), no sentido de que a racionalização sobre a base de uma *natureza da coisa* e, assim, de um *direito informal*, que se referiria estritamente a uma estrutura essencial de um determinado mundo que se daria concretamente, apresentaria *limites naturais*. Para a referida observação de Alessandra Mazzei: MAZZEI, A.. Introdução à obra: MAZZEI, A.; OPOCHER, T.. (a cura di) **Fondazione ontologica del diritto e <<Natura della cosa>>**. Lavis: CEDAM, 2011, pp. 20-21. (*Lex Naturalis* – Classici del diritto naturale moderno – 6) Nas palavras de Werner Maihofer, “Non bisogna dunque mai perdere di vista questi limiti naturali di ogni ragionamento in rapporto alla natura delle cose; questo ci preserverebbe dalle illusioni sulla portata di questo metodo di argomentazione giuridica: metodo di spiegazione e di giustificazione del diritto in rapporto alla materia sociale.” MAIHOFER, W.. *Diritto e natura delle cose nella Filosofia del Diritto tedesca*. Traduzione di Franco Todescan. Em: MAZZEI, A.; OPOCHER, T.. (a cura di) **Fondazione ontologica del diritto e <<Natura della cosa>>**. Lavis: CEDAM, 2011, p. 85. (*Lex Naturalis* – Classici del diritto naturale moderno – 6) Procurou-se fazer o confronto da tradução italiana com o texto em francês. Para o texto em francês: MAIHOFER, W.. *Droit et nature des choses dans la philosophie allemande du droit*. Em: **Annales de la Faculté de Droit de Toulouse**. Vol. XII. Toulouse: Faculté de Droit, 1964, pp. 103-136. Para o texto em que já se pode perceber certa viragem no pensamento de Maihofer: MAIHOFER, W.. *El Derecho Natural como Derecho Existencial*. Em: **Anuario de Filosofía del Derecho**. Tomo IX, N° 4, Serie 1ª Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos/Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1962. Para a posição originária de Maihofer: MAIHOFER, W.. *La natura della cosa*. Traduzione di Giuseppe Berno e Alessandra Mazzei. Em: CISCATO, C.; TODESCAN, F.. (a cura di) **Percorsi contemporanei del Diritto Naturale**. Lavis: CEDAM, 2010, pp. 315-351. (*Lex Naturalis* – Classici del diritto naturale moderno – 4)

³ Ou, conforme intitulação empregada no início da segunda parte de *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, “Das in-der-Welt-Sein als Selbstsein im Alssein.” MAIHOFER, W.. *Vom Sinn...*, p. 41. Para um detalhamento explicativo das construções analíticas do *Sebstsein* e do *Alssein*, ver, respectivamente: *Ibid.* pp. 42-47 e pp. 47-52.

⁴ MAIHOFER, W.. *Le Droit naturel comme dépassement du Droit positif*. Traduction de MM. Poulantzas et Mavrakis. Em: **Archives de philosophie du droit**. N° 8. Paris: Éditions Sirev, 1963, p. 187. Tal projeto somente se realizaria desde um esforço comum ininterrupto ao qual contribuiriam, igualmente, o jurista, não somente do lado do legislador, mas também do juiz, na aplicação e desenvolvimento do direito existente, mesmo se não se empregassem expressamente as formulações também solenes de “lei moral objetiva”, “ordem natural”, “natureza das coisas” ou “Ser do

ele, se constituiria em um *direito existencial* enquanto um direito a uma existência conforme a determinação do homem entre os outros homens, ou seja, o conceito de uma exigência, uma ordem da maior satisfação possível das necessidades humanas e de um maior desenvolvimento possível das faculdades humanas.⁵

Após problematizar a viragem operada por Gustav Radbruch em seu pensamento sobre a *natureza das coisas*,⁶ Maihofer, partindo já da ideia de uma possível realização do *dever ser* no *ser*, tal como Radbruch propôs, conclui que tal empreitada só seria viável desde que se aceitasse que os valores não pertenceriam a uma esfera isolada e separada dos fatos, nem a um *reino dos valores* fora da realidade e que daria a medida das qualidades valorativas e as preferências entre as mesmas, mas que os *valores* seriam uma qualidade que pertenceria à realidade mesma.⁷

E seria desde a noção da *natureza das coisas*, tanto como *estrutura essencial dos conceitos jurídicos*, o que fora fundado nas formulações de Adolf Reinach, como se verá adiante, quanto como *estruturas essenciais das situações jurídicas*, que Maihofer procuraria enfrentar a *questão axiológica* e a *questão metodológica*, que derivariam do referido pensamento. Em termos axiológicos haveria que se buscar o que seria a *natureza* das pretensas *estruturas normativas* na realidade social – convertidas em *situações jurídicas* - e, em termos metodológicos, haveria que se identificar quais seriam os métodos para a transformação em *experiências jurídicas* das referidas realidades sociais.⁸

Para Maihofer, nem Helmut Coing nem Erich Fechner, ambos com base nas formulações de *ordem imanente às coisas*, de Dernburg, podendo se dizer o mesmo de Radbruch, teriam explicado, suficientemente, onde estaria a gênese do

homem". Nestes termos, ver: Ibid. pp. 187-188. No mesmo sentido, ver: MAIHOFER, W.. El Derecho Natural... p. 26.

⁵ MAIHOFER, W.. Le Droit naturel... p. 194. "*Le droit naturel* est ainsi pour nous le concept d'une *evolution et d'une revolution constamment recherché dans la quotidienneté, des relations humaines, vers la forme d'une société vraiment humaine.*" Id.

⁶ MAIHOFER, W.. Diritto e natura... pp. 75-79. A problematização crítica sobre a viragem no pensamento de Radbruch já podia ser vista no texto de Maihofer publicado em 1958 no *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLIV, às pp. 145-174. Para a tradução italiana do referido texto, onde a referida problematização crítica pode ser encontrada: MAIHOFER, W.. La natura... pp. 320-328.

⁷ MAIHOFER, W.. Diritto e natura... p. 79.

⁸ Id.

significado da aludida *ordem*.⁹ A única concordância entre os referidos autores seria de que a referida matéria que serviria de substrato à citada ideia de *ordem imanente às coisas* seria constituída por *entia physica* e *entia moralia*. O problema que restaria seria em como tais matérias, física ou moral, poderiam ter determinado *significado* ou um *certo valor*. A resposta estaria nos significados e na estrutura axiológico-subjetivo-objetivo constituídas nos complexos e nas conexões existenciais dos objetos do mundo social em relação ao sujeito envolvido ele mesmo na matéria social, ou seja, seria aquele processo de *socialização* da pessoa através da *interiorização* do ambiente social.¹⁰

A pergunta que restaria para Maihofer seria no sentido de saber qual seria a aludida *matéria social* na qual estariam situados os significados e as estruturas axiológicas que constituiriam, enquanto *entia moralia*, as *situações sociais*, nas quais se produziria a existência social do homem no mundo. A resposta seria de que a referida *matéria social* se constituiria dos complexos e conexões indissolúveis subjetivo-objetivo, da existência e da consciência social concreta que se interpenetrariam. A referida *existência social concreta* seria constituída da *natureza*

⁹ Desafio que Maihofer já lançara em *Naturrecht als Existenzrecht*, de 1962, quando, após delimitar as principais correntes que se desenvolveram no sentido de uma reabilitação do Direito Natural, bem como de apontar algumas críticas que poderiam ser atribuídas às mesmas, procurou explicar que a dificuldade estaria em como se conceber o conceito de *natureza* enquanto *fundamento da ordem* dada aos homens – corrente do intelectualismo – e da *medida da decisão* proposta aos homens – corrente voluntarista -. MAIHOFER, W.. *El Derecho Natural...* p. 12. A resposta viria de uma concepção da *natureza* não mais a partir da ideia de uma essência que estaria pré-fixada pela natureza e inculcada por Deus, mas, antes, a partir da *existência* que o homem levaria no mundo, ou seja, do modo como realizaria a sua essência no mundo. O homem, assim, seria entendido como um *ser concreto*, como *essência objetiva* no mundo. Ibid. p. 15. A natureza do homem, desta forma, não seria o que já existiria, mas aquilo que nasceria da forma com a qual o homem estaria situado nas relações do mundo, da maneira como reconheceria e realizaria a sua essência; daí um Direito Natural que tivesse por base um homem já *existente*, desde sua *existência mundana*, que se daria em cada caso e através da qual o homem se projetaria historicamente em suas missões essenciais. Ibid. p. 17. Para Helmut Coing, "... a expressão 'natureza da coisa' (...) parece estender a ideia de uma ordem contínua das coisas sociais; parece que uma ordem propriamente é inerente às coisas, que necessita reconhecer e considerar a justiça, para continuar a existir. [Citando Dernburg – *Pandekten* -, observa Coing que] 'As relações vitais contêm, em si, sua medida de ordem, mesmo que mais ou menos desenvolvidas.'" COING, H.. **Elementos fundamentais da Filosofia do Direito**. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 235.

¹⁰ MAIHOFER, W.. *Diritto e natura...* pp. 80-81. "L'esistenza sociale dell'uomo in questa materia sociale del mondo si <<produce>> come un processo permanente dell'<<oggettivazione>> del soggetto impegnato dalla sua esistenza nel mondo sociale esteriore, e della <<soggettivazione>> degli oggetti della materia sociale nella coscienza sociale interiore dei soggetti impegnati ..." Id. Pensamento esse que já vinha exposto anteriormente por Maihofer. MAIHOFER, W.. *La natura...* pp. 331-337.

das coisas no mundo dos homens, das pessoas desde os seus variados papéis exercidos na sociedade, de modo que não poderia ser compreendida como uma *matéria social puramente material*, não se identificando, assim, com aquilo que sociólogos chamariam de a *infra-estrutura de uma sociedade*.¹¹

O que se relevaria na realidade social, a partir do substrato da matéria social de situações específicas e típicas – *situações sociais concretas* que comporiam a infra-estrutura -, e desde uma *análise fenômeno-existencial*, seriam os pontos de vista de interesses e expectativas correspondentes das pessoas envolvidas em determinados papéis desde suas existências concretas em uma dada *situação social*,¹² o que reafirmaria a ideia originária do *Alssein*. Ideia essa que acaba mesmo se sobrepondo na concepção de Maihofer, como já em *Naturrecht als Existenzrecht*, de 1962, pode se perceber.¹³

Maihofer, a partir da por ele denominada *explicação existencial* das *situações sociais*, entende que haveria que se perquirir os significados e valores em jogo, ou seja, os *pressupostos normativos* para cada *norma jurídica*; quais seriam as ações e reações das pessoas que seriam ou não justificáveis. Tratar-se-ia da transposição da experiência da referida explicação existencial para um plano distinto, que seria o da *justificação racional* das exigências de comportamentos recíprocos que resultariam. Seria um processo de racionalização, através de posições ou negações racionais, que se daria uma noção dos interesses e das expectativas existenciais, que seriam ou não justificáveis. Em resumo, seria um processo de transformação do *direito informal*, já pré-formado na estrutura e na ordem de uma situação específica e típica, em *direito formal*, por meio da razão

¹¹ MAIHOFER, W.. Diritto e natura... p. 81. "Nella materia sociale delle situazione concrete sono dei complessi e delle connessioni al tempo stesso soggettivo-oggettive, inter-soggettive; e cioè allo stesso tempo della coscienza sociale interiore e dell'esistenza sociale esteriore fra soggetti. Questa materia sociale comprende dunque non soltanto una infrastruttura concretissima di esistenza sociale (inter-soggettiva), ma anche una *sovrastuttura* corrispondente di coscienza sociale (ugualmente inter-soggettiva). È esattamente quello che Ernst Bloch intende esprimere col suo concetto decisamente antimaterialista di *materia sociale (gesellschaftliche Materie)*." Id. *Papéis e situações correlativas* que, na visão de Günter Ellscheid, não permitiriam chegar "... ao limiar da verificabilidade empírica de afirmações sobre a natureza de uma *determinada* coisa." ELLSCHEID, G.. O problema do direito natural. Uma orientação sistemática. Em: HASSEMER, W.; KAUFMANN, A.. (Orgs.) **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 261.

¹² MAIHOFER, W.. Diritto e natura... p. 82.

¹³ MAIHOFER, W.. El Derecho Natural... p. 18.

jurídica.¹⁴ Seria através do *princípio da reciprocidade/a regra de ouro* e do *princípio da universalidade/do imperativo categórico* que seria possível efetuar a aludida transformação.¹⁵ As regras do referido *direito informal* seriam colocadas à prova da racionalidade, ou seja, à prova da sua justificação ante a razão jurídica, desde uma operação que seria conduzida, no plano horizontal – desde papéis diferentes, a exemplo de um comprador e um vendedor -, pela *regra de ouro* e, em seguida, sobreporia-se o resultado da referida operação racionalizadora a um contra-exame sobre um plano vertical - desde a suposição de papéis iguais, a exemplo de um comprador em relação a outros compradores -. No plano horizontal se colocaria a questão de saber se uma regra corresponderia ao princípio da reciprocidade/regra de ouro, se corresponderia à *vontade geral*. No plano vertical se colocaria a questão de saber se poderia se justificar a situação segundo o princípio da universalidade, que seria a regra de ação que permitiria estabilizar o equilíbrio ideal referente a uma constelação específica e típica de uma certa situação social.¹⁶

O que parece ter passado despercebido por Maihofer é que desde o complexo de *significados e valores das situações sociais* não se pode dar um salto e alçar todo o referido complexo a significados e valores especificamente *jurídicos*. Não pode haver um recorte jurídico tão amplo como os termos que Maihofer apresenta supõem. Para além do risco de se revestir com o manto da juridicidade esferas do *ser* e do agir humano não revestíveis com tal manto, não se pode negar que tal recorte jurídico, com tal grau de completude, conduziria a uma hipertrofia daquilo que deve ser o essencialmente jurídico. Nem os *papéis* exercidos pelo homem, nem as *situações* às quais o mesmo poderia estar sujeito poderiam ser *trasladadas* a um ponto de vista *valorativo* que as pessoas, enquanto *interessadas*, teriam sobre as condições de conservação e desenvolvimento dos referidos papéis e

¹⁴ MAIHOFER, W.. Diritto e natura... p. 83.

¹⁵ Id.

¹⁶ Ibid. p. 84. A *regra de ouro* se traduziria naquela moral de todas as civilizações conhecidas e que se exprimiria habitualmente desde a fórmula *Aquilo que deseja que as pessoas façam a você, faça-o também você o mesmo*. Ibid. pp. 83-84 (nota de rodapé n°47) No plano vertical se buscaria, assim, “Il modello de uno stato di cose ideale ci serve infine, nel confronto con lo stato reale delle cose, a formulare le norme che devono servire ad assicurare la sua realizzazione, sottoponendo altri, la cui azione o reazione toccano degli interessi e le aspettative giustificate dei partecipanti di una certa situazione sociale.” Ibid. p. 84.

situações.¹⁷ E é desde as noções especificamente jurídicas que se pode perceber o equívoco. Basta se pensar no papel antecipador protetivo que o Direito exerce, em termos de uma responsabilidade antecipada, seja de papéis que ainda não foram assumidos – lembre-se dos direitos do nascituro – ou mesmo de situações que também não se impuseram à pessoa – lembre-se de direitos que são assegurados antecipadamente, mas que ainda não se pode falar de uma situação que permita o exercício dos mesmos -.

O que a proposta de Maihofer também sugere é uma orientação baseada em certos fins vantajosos em razão das repercussões funcionais que exerceriam sobre os interesses e as expectativas em detrimento de outros não vantajosos,¹⁸ quase que em uma antecipação de uma orientação por efeitos que algumas propostas do funcionalismo material posteriormente vieram apresentar. E é pelo próprio exemplo que Maihofer recorre em *Naturrecht als Existenzrecht*, procurando mostrar os variados interesses que estariam em jogo em uma situação de necessidade de interrupção antecipada de uma gravidez que traria risco de morte à mãe – contingência técnica de escolha entre a vida do nascituro ou da mãe -, que se pode perceber a falta que uma ordem de valores transcendente, mas histórico-conteudisticamente atualizada desde a prática judicativo-decisória, pode fazer. Maihofer encontra a saída para a *acomodação* dos variados interesses contrapostos desde os pontos de vista que as próprias pessoas envolvidas na situação teriam da situação. Rejeita que um dos sentidos do Direito seja justamente oferecer uma ordem de valores,¹⁹ mas sem se aperceber de que a referida ordem não só pode como *deve ser historicamente atualizada*, para então poder ser um norte atualizado conteudisticamente para as pessoas em geral e os juristas em particular, ressaltando-se aqui o papel do juiz.²⁰

¹⁷ Tal como já esboçado em *Naturrecht als Existenzrecht*, de 1962. MAIHOFER, W.. *El Derecho Natural...* pp. 18-19.

¹⁸ *Ibid.* p. 19.

¹⁹ Para tanto, ver as conclusões de Maihofer no referido texto: *Ibid.* pp. 33-34.

²⁰ Para o exemplo e a discussão do mesmo: *Ibid.* pp. 19-21. Daí Günter Ellscheid ter afirmado que na teoria da natureza das coisas "... a dimensão de historicidade ainda fica, no fundo, excluída, porque a historicidade implica o estar aberto ao futuro tanto como o referenciar-se em relação àquilo que já foi. Apesar de exteriormente ser conhecida a forma como elas se constituíram, as ordens preestabelecidas, mesmo quando, numa perspectiva histórico-filosófica, podem ser

A resposta apresentada por Maihofer seria no sentido de que os fundamentos para as disputas entre interesses e expectativas, traduzida pela própria ideia de *disputa* ínsita ao Direito, não estaria nem na *socialidade insociável* do homem, conforme as lições antropológicas de Kant - socialidade insociável essa que teria sido inculcada no homem por Deus -, nem naquela *vontade de poder* que Nietzsche apregoara, mas, antes, na *estrutura do próprio mundo*, que refletiria a natureza antagonística do homem.²¹

Maihofer esboça um dos problemas de fundo das razões de uma ordem de Direito, mas não aprofunda. Não se poderia, como quis Maihofer, pretender que o fundamento não só de todas as lutas mas também do próprio Direito, fossem as contradições e disputas refletidas nas estruturas do próprio mundo. Se o Direito, desde sua específica matriz civilizacional, acabou se convertendo em uma dimensão prática do agir humano, enquanto aquele cabedal de regras de partilha dos escassos recursos que o mundo possui para oferecer ao homem, regras essas criadas pelo próprio homem, também não se pode negar que houve períodos históricos em que essa dimensão funcionou como a forma mais eficaz encontrada pelo homem para se defender dos abusos de alguns de seus semelhantes, ou seja, que o Direito também possui uma face que é expressão de uma limitação aos abusos do poder. No mesmo sentido, mas agora do lado dos *abusadores* – visão nietzscheana da *vontade de poder que dominaria o homem* -, muitas foram as situações em que a história europeia-ocidental teve a oportunidade de presenciar o uso do Direito para legitimação de barbáries e injustiças, tal como o período colonizador tão claramente mostrou e que até os presentes dias, sobretudo no âmbito das intervenções militares internacionais, ainda se vê claramente. O Direito, contudo, não se resume a essas duas faces. Possui um lado mais sublime que pode ser entendido como os referenciais seguros para um viver livre, mas autônoma e

interpretadas como transitórias, são tomadas como acabadas e decisivas e, portanto, não como possibilidades de um transcender para o futuro.” ELLSCHEID, G.. Op. cit. p. 273.

²¹ MAIHOFER, W.. El Derecho Natural... pp. 22-24. Nas palavras de Maihofer, “... que el bien de uno sea generalmente el mal del outro, parece tener un fundamento en la estructura misma del mundo. (...) [E]l fundamento último del Derecho no está en la *naturaleza antagonística del hombre* de que Kant hablaba, sino en la *estructura antagonística, antinômica, incluso paradógica del mundo*.” Ibid. p. 24 e p. 25.

responsavelmente, sem que disputas propriamente ditas estejam se desenvolvendo, sem que as estruturas do mundo acabem por ser o fundamento do próprio Direito. É aqui que o lado luminoso do Direito, se não o mais importante, certamente o mais belo, aflora, podendo se traduzir naquela ideia de um *projeto*, um *projectar de sentidos comunitários*, tal como nos fala Aroso Linhares.²² *Projeto* esse que, portanto, apresenta um viés que ultrapassa a própria ideia de um constante atualizar-se desde as experiências judicativo-decisórias que a prática jurídica oferece ao Direito, sendo, antes, expressão daquela *vocação integradora associada à institucionalização eficaz da sociabilidade* que permite o conviver harmônico das pessoas.²³

Ademais, há que se pensar que existem outros tipos de regulação da vida em comunidade, que não de matriz europeia-ocidental, judaico-cristã e greco-romana, que não se sustentam com a mesma lógica, ainda que em termos práticos consigam dar conta dos problemas da vida em comum suficientemente; ou seja, o Direito da aludida matriz não passa de uma *resposta possível* para o *necessário problema da vida em comum*, para se dizer com Castanheira Neves.²⁴

E, ainda, para Maihofer, se não poderia ser no próprio mundo que fosse encontrável o fio condutor para a ordem humana, seria o *projeto* da missão humana

²² Para a noção do Direito enquanto um *projeto cultural*, desde as formulações de José Manuel Aroso Linhares: LINHARES, J. M. A.. O projectar do mundo prático do Direito enquanto prática de comparação-*Tribuere*. Em: **Revista Portuguesa de Filosofia**. Vol. 70. Fascículos 2-3. Braga: 2014, pp. 309-326. E, ainda: LINHARES, J. M. A.. Law's Cultural Project and the Claim to Universality or the Equivalencies of a Familiar Debate. Em: **International Journal for the Semiotics of Law**. Vol. 24. Netherlands: Springer, 2011. Disponível em: < <http://www.springerlink.com/content/0952-8059> > Acesso em 10 dez 2011. Especialmente o subitem "3" e, ainda: LINHARES, J. M. A.. **O Direito como mundo prático autónomo: "equivocos" e possibilidades. Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do Direito**. Coimbra, 2013, pp. 157-169. (Mimeo)

²³ O que não significa desconsiderar aquele outro viés, traduzível no *experimentar a invenção civilizacionalmente específica de um commune autónomo*. "Este *commune* corresponde explicitamente a uma *forma de vida* e a esta não apenas enquanto *linguagem* ou *jogo de linguagem*, mas também e decisivamente enquanto ordem-*ordinans* de validade material e enquanto experiência do problema prático (constitutivamente "traduzido" como *controvérsia*). É na verdade a perspectiva microscópica desta controvérsia, levada a sério como *artefactus* prático-cultural específico (a institucionalizar uma resposta plausível aos desafios da *phronêsis* e da *humanitas*), que confere a esta *forma de vida* a sua identidade inconfundível." LINHARES, J. M. A.. O projectar... pp. 309-326.

²⁴ NEVES, A. C.. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições de emergência do Direito como Direito. Em: **Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004, p. 837/871 (mimeo).

a medida do Direito. Não uma *sociedade* que se alimentasse da *missão essencial do homem* convertida em *substância histórica*, renunciando com isto à própria *existência histórica* do homem, que superaria sempre o passado no porvir, mas uma sociedade que também visse no passado aquele necessário substrato seguro que a afastaria do extra e inumano.²⁵ Ocorre que se é verdade que tal consideração da tradição como representação de conquistas angariadas historicamente, muitas delas chegando a terem se objetivado em verdadeiros *princípios jurídicos*, também é verdade que se deve acrescentar à referida noção que mesmo tais fundamentos jurídicos estão em um contínuo processo tensional de aprimoramento conteudístico junto às práticas, mas não somente desde as decisões jurídicas sobre casos concretos, para além das inovações de cunho legislativo, como Maihofer procurou destacar,²⁶ ainda que deva se admitir que a arena judicativa se trata, sim, de um local diferenciado de atualização conteudística do Direito.

Também não se pode admitir que um processo de racionalização, em termos jurídico-metodológicos, garantisse um grau suficiente de justeza judicativo-decisória desde a simples colocação em prática dos filtros da *regra de ouro* e do *imperativo categórico*. Há outros estratos do sistema que haveriam que ser avaliados em tal processo. Ademais, o que se percebe na proposta de Maihofer é um amálgama entre o *plano social* e o *plano estritamente jurídico*, como adiante melhor se analisará. No mesmo sentido crítico-reflexivo, é o próprio Maihofer quem reconhece que sua propositura só seria realizável no quadro de uma estrutura social e cultural determinada,²⁷ o que, para as realidades plurais que cada vez mais têm se alargado, onde os problemas dos (des)encontros das diferenças são cada vez mais comuns, pouco poderia se aproveitar, podendo-se, só por esta razão, já se afastar qualquer tipo de semelhança da propositura que o presente estudo procura esboçar.

No que se refere aos conteúdos fundantes da concepção originária de *natureza das coisas* formulada por Maihofer, a pergunta que restaria, no dizer de Castanheira Neves, seria se a superação do *Selbstsein* na *ordem* não anularia a própria autonomia do *Selbstsein* em favor de uma objetividade puramente social e

²⁵ MAIHOFFER, W.. El Derecho Natural... pp. 25-30.

²⁶ Ibid. p. 31.

²⁷ MAIHOFFER, W.. Diritto e natura... pp. 84-85.

se, por outro lado, ao afirmar-se a autonomia, numa distinção irreduzível com o *Alssein*, não se excluiria a possibilidade de uma unidade existencial entre ambos? Castanheira Neves, com isto, alerta para “... o problema de um pensamento que pretenda ver em posições socialmente objectivadas (tipificadas) o critério de uma objectividade axiológico-normativa, que se diz existencialmente.”²⁸ E uma vez que pela proposta de Maihofer seria nas *estruturas sociais e cultural-institucionais* do *Alssein* que se encontraria o fundamento ontológico-existencial de uma ordem jurídico-social, daí emergindo os próprios conteúdos normativos, haveria que se perguntar, antes mesmo de se indagar sobre a validade de se pretender deduzir dele um conteúdo ou critério normativo, se o referido *Alssein* se revelaria com uma validade ontológico-existencial autêntica.²⁹ Isto seria impossível, no entender de Castanheira Neves, pois a autenticidade do *Alssein* só seria necessária com restrições e como poderia ser o *Alssein* admitido pelo *Selbstsein*, poderia se cair em uma necessidade de *escolha* entre um ou outro, uma vez que se encontrasse no *Selbstsein* uma oposição irreduzível. Daí Castanheira Neves indagar se não se acabaria poder aferir “... a autenticidade do *Alssein* pela admissibilidade que lhe prescreva o <<direito natural existencial>> ...”,³⁰ pois na medida em que este a assumia ou a repila não passaria a referida autenticidade de uma autenticidade indireta ou derivada.

Seria, assim, impossível que duas autenticidades antinômicas afirmassem uma e outra a mesma existência.³¹ Daí Maihofer ter entendido a ordem humana no sentido de que no *Alssein* residiria a objectivação transcendente “... (como o <<geral>> e o <<igual>> para os com-viventes) e por isso nele teria de transcender-se o *Selbstsein* para ter acesso a um sentido de objectividade – a autenticidade do *Selbstsein* como que estaria suspensa da autenticidade do *Alssein*.”³² O problema da referida distinção antinômica se resolveria desde a ideia de um *Selbstsein-no-Alssein*. Isto porque “... no plano ético se corresponderia à antítese entre o dever de

²⁸ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 786.

²⁹ Ibid. pp. 788-789.

³⁰ Ibid. p. 789.

³¹ Id.

³² Ibid. p. 790. “Mais exactamente: a <<ordem>> cumpria-se na síntese do *Selbstsein* e do *Alssein*, orientada a síntese na direcção do *Alssein*.” Id.

realizar o geral – traduzindo uma preferência pelo *Alssein* – e o direito de afirmar a individualidade – traduzindo a preferência pelo *Selbstsein* -, (...) [sendo isto superado] pela unidade constituída pelo <<*Selbstsein-no Alssein*>>.”³³

Para Castanheira Neves, o *Alssein* descreveria uma intenção objetiva, contudo, com uma objetividade a ele atribuída com um carácter que, “... subvertendo justamente o sentido ontològicamente fundamental do pensamento existencial, nos impede de pensá-lo numa unidade ontológico-existencial com o *Selbstsein*. Queremos dizer: o pensamento existencial não pode sustentar o *Alssein*, tal como ele vai pensado.”³⁴

Para além disso, Castanheira Neves pondera que tanto a *subjetividade* quanto a *objetividade* na proposta de Maihofer são pensadas em um nível pré-existencial. Isto porque seria uma subjetividade colocada ante uma exterioridade, de cunho eminentemente kantiano, não exprimindo, portanto, aquela subjetividade que é entendida numa *unidade ontológica com o mundo*, tal como Heidegger teria mostrado. De outro lado, o unitário *ser-no-mundo*, existencialmente compreendido, não poderia se traduzir na ideia de um *Selbstsein-no Alssein*, tal como pretendeu Maihofer.³⁵

Recorrendo-se a Heidegger, pode-se perceber o equívoco de Maihofer, seja porque a objetivação antecede a transcendência, seja porque a transcendência do mundo objetivado só pode encontrar o seu fundamento na transcendência da *Existência*. Trata-se, assim, de um transcender humano do mundo e para o mundo.³⁶ Logo nas primeiras páginas de *Ser e Tempo*, Heidegger, ao destacar os

³³ Id.

³⁴ Ibid. p. 793.

³⁵ Ibid. p. 795. “O *Alssein*, opondo o mundo social e cultural ao *Selbstsein*, é, como dissemos, originariamente transcendente: sendo pré-dado ao *Selbstsein*, ele é transcendente *porque* é objectivo, é no seu carácter objectivo, enquanto o modo de <<exteriorização>> com que se oferece ao *Selbstsein*, que ele funda a sua transcendência. Quando é certo que é precisamente esta <<objectividade>> e esta <<transcendência>> do mundo que o pensamento existencial leva superadas ao negar ou suprimir a objectivação e a objectividade – como insistem em supor todos aqueles que confundem o <<subjectivo>> próprio da Existência com o <<subjectivo>> pensado no <<subjectivismo>> pré-existencial -, e sim porque mostra que a <<transcendência não consiste na objectivação, antes esta pressupõe aquela>>.” Ibid. pp. 795-796. Ao final Castanheira Neves vale-se das construções de Heidegger em *Ser e Tempo*.

³⁶ Ibid. p. 796. Nas palavras de Jorge Eduardo Rivera C., tradutor da edição espanhola de *Ser e Tempo*, também utilizada neste estudo, “La palabra *Dasein* significa, literalmente, existencia, pero Heidegger la usa en el sentido exclusivo de existencia humana. Se la podría traducir, pues, por

três prejuízos que foram sendo desenvolvidos à volta da pergunta pelo sentido do ser, observa que Aristóteles já havia colocado o problema da unidade do *Ser* frente à multiplicidade das categorias quididativas.³⁷

A pretensão de Maihofer, ao convocar as formulações de Heidegger, de *Ser e Tempo*, especificamente quando introduz a noção de *Alssein*, enquanto um *Ser* de acordo com os vários papéis que seriam impostos pelas *situações jurídicas* desempenhadas pelas pessoas em suas relações no mundo, falha não só na equivalência que pretende fazer, desde o desdobramento duplice de um *Selbstsein* e um *Alssein*, sobre aquilo que fora pensado unitariamente por Heidegger, como, também, ao não se aperceber de que ao limitar a figura do *Alssein* às *situações jurídicas* também acabou restringindo o âmbito de abrangência de um dos vieses que Heidegger procurou dar ao problema da compreensão do sentido do *Ser*, pois a noção aqui é de uma completude unitária, que jamais foi pensada nos restritivos termos que Maihofer propôs. Ademais, *Ser-no-mundo* refere-se, antes, a uma *estrutura de realização*, conforme bem observa Emmanuel Carneiro Leão no posfácio à edição brasileira de *Ser e Tempo*. *Ser-no-mundo* não seria nem “... um fato nem uma necessidade no nível dos fatos.”³⁸ E não se poderiam entender as *situações jurídicas* também como posições circunstancialmente impostas às pessoas a partir de necessidades não correspondidas faticamente? – ou seja, poderiam também as *situações jurídicas* ser entendidas como *necessidades no mundo dos fatos* e, então, se afastariam daquilo que Heidegger procurou entender com a

existir o existencia. Pero con esto se pierden todas las alusiones que Heidegger hace implícitamente a la etimología de la palabra: *Dasein* significa literalmente <<ser el ahí>>, y por consiguiente se refiere al ser humano, en tanto que el ser humano está abierto a sí mismo, al mundo y a los demás seres humanos. Pero *Dasein* alude también, indirectamente, al abrirse del ser mismo, a su irrupción en el ser humano. (...) [*Existenz* es una palabra] clave en *Ser y tiempo*. (...) la *Existenz* es el modo propio de ser del *Dasein*, es – si se quiere – la <<esencia>> del *Dasein*. *Existenz* debe ser entendida como <<ex-sistencia>>, es decir, como salida afuera de sí mismo.” RIVERA C., J. E.. Notas da tradução à seguinte obra: HEIDEGGER, M.. **Ser y tiempo**. 3ª ed. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera C. Madrid: Editorial Trotta, 2012, p. 452 e p. 453. (Colección Estructuras y Procesos – Serie Filosofía)

³⁷ HEIDEGGER, M.. **Ser e tempo**. Tradução revisada de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 5ª ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011, pp. 38-39. (Coleção Pensamento Humano) Na tradução espanhola: Ibid. p. 24.

³⁸ LEÃO, E. C.. Posfácio à seguinte obra: HEIDEGGER, M.. *Ser e tempo*... pp. 557-558. Emmanuel Carneiro Leão explica que na analítica existencial da primeira parte de *Ser e Tempo* Heidegger procura interpretar, “... numa hermenêutica fenomenológica, os existenciais, isto é, as contexturas da existência em sua estrutura de articulação.” Ibid. p. 558.

expressão *Ser-no-mundo*.

Numa análise mais aprofundada, desde aqueles elementos co-constitutivos da *forma de ser dos povos* se pode perceber mais proximamente que se está tangenciando a essência constitutiva mesma da pessoa, aproximando-se àquela ideia do *Ser* de que Heidegger falou; na medida em que deste núcleo conteudístico se distancia mais se chega à noção de *ente*, do *Dasein* que é exteriorizado pelos comportamentos típicos das pessoas de um dado povo. Assim que tentar cindir o incindível não seja possível. Ambos os planos formam-se unitariamente, externalizam-se enquanto expressão de um *Sein* realizado por um *Dasein*. Daí Heidegger indagar acerca de qual ente se poderia arrancar a abertura do *Ser*.³⁹ E a resposta exigiria que ao perguntante mesmo existisse a própria possibilidade do perguntar, aí surgindo a noção do *Dasein* enquanto um ente que, ao perguntar sobre o sentido do *Ser*, já importaria a si próprio a sua própria exposição.⁴⁰ Daí a preocupação de Heidegger em reforçar as diferentes estruturas e dimensões da problemática ontológica.⁴¹

Para o *Alssein* – o “‘ser como’ ou ‘ser como tal’”⁴² -, de Maihofer, seriam as *referências* pelas quais os entes iriam referidos uns em relação aos outros no mundo que representariam a sua objetivação. Tais *referências* teriam, portanto, a objetivação nos papéis sociais que iam sendo assumidos pelas pessoas. Daí as

³⁹ HEIDEGGER, M.. *Ser e tempo...* p. 42. Na tradução espanhola: *Ibid.* p. 27.

⁴⁰ Neste sentido, na tradução brasileira: *Ibid.* pp. 42-43. Na tradução espanhola: *Ibid.* p. 28.

⁴¹ Nas palavras de Heidegger, “... 1. el ser del ente primeramente compareciente dentro del mundo (estar a la mano); 2. el ser (estar-ahí) *del* ente que se puede encontrar y determinar en un proceso de descubrimiento autónomo a través del ente que primero comparece; 3. el ser de la condición óptica de posibilidad del descubrimiento del ente intramundano en general: la mundaneidad del mundo. El ser mencionado en último lugar es una determinación existencial del estar-en-el-mundo, es decir, del *Dasein*. Los dos conceptos de ser primeramente nombrados son *categorías*, y se refieren a entes cuyo modo de ser es diferente del modo de ser del *Dasein*. El contexto remissional, que, en cuanto significatividad, constituye la mundaneidad, puede ser formalmente interpretado como un sistema de relaciones. Pero es necesario ter presente que tales formalizaciones nivelan los fenómenos hasta tal punto que éstos pierden su contenido fenoménico propio, especialmente tratándose de respectos tan <<simples>> como los que implica la significatividad. **Estas <<relaciones>> y <<correlatos>> del para-algo, del por-mor-de, de lo que está en condición respectiva, se oponen, por su contenido fenoménico mismo, a toda funcionalización matemática;** por lo demás, no son nada puramente pensado, por primera vez puesto en un <<pensar>>, sino respectos en que se mueve la circunspección ocupada en todo momento.” *Ibid.* pp. 109-110 (tradução espanhola) e *Ibid.* pp. 138-139 (tradução brasileira).

⁴² Conforme a precisa observação de Castanheira Neves. NEVES, A. C.. *Questão-de-facto – Questão-de-Direito...* p. 806.

referências serem entendidas como o *imediato e concreto fundamento ontológico* do *Alssein*. As aludidas *referências* formariam a base das *correspondências*, desde as quais se poderiam identificar as desigualdades entre os papéis assumidos pelas pessoas.⁴³ Desta forma, o que teria feito Maihofer, na observação de Castanheira Neves, teria sido tão somente definir o conteúdo do *Alssein* pelas *condições específicas* que se traduziriam em algo que teria sido assumido por alguém com aquele carácter que justamente adviria da relação desse alguém para com a outra pessoa da relação, o que seria propiciado desde a própria possibilidade ontológico-existencial que para a relação o *ser-no-mundo* ofereceria.⁴⁴

As *condições respectivas* – *Bewandtnis* – *condições específicas*, como apontado por Castanheira Neves, se refeririam ao fato de que algo teria sua maneira/forma própria/particular de ser. Contudo, essa *maneira/forma* não poderia ser entendida como algo estável e definitivo, como uma propriedade que a coisa teria em si mesma, em sua própria realidade. Seria uma *maneira/forma* de ser circunstancial, ou seja, determinada pelas outras coisas e, sobretudo, pelo ser humano desde suas relações pragmáticas com as coisas. Daí Jorge Eduardo Rivera C., explicar que “... la palabra *Bewandtnis* sólo se usa en el ámbito del quehacer humano, jamás para hablar de la naturaleza propia de las cosas.”⁴⁵

E se o *Alssein*, desde a referida estrutura e do aludido concreto sentido ontológico-existencial, ou seja,

“... com base na estrutura ontológica que lhe é definida pela <<referência>> e pela <<correspondência>> existenciais, o seu sentido ontológico-concreto vir-se-ia a

⁴³ Id. Castanheira Neves explica que “... as propriedades que concretamente se reveste um determinado <<ser como>> (*Alssein*) caracterizar-se-iam, segundo Maihofer, no seu sentido e conteúdo, por aquela específica condição que para Heidegger corresponde a algo quando é assumido por alguém com aquele carácter que justamente lhe advém na sua relação para esse alguém, com base na possibilidade ontológico-existencial que para essa relação oferece o ser-no-mundo ...” Id.

⁴⁴ Ibid. pp. 806-807. Aquelas *condições específicas*, responsáveis pela própria concretização da mundaneidade, conforme Heidegger a compreendeu, se refeririam a algo que as adquiriu “... para aquele que com elas satisfaz a <<necessidade>> correspondente, ou que nelas encontra um meio de possibilidade para a conformação da própria existência no mundo, e que por isso mesmo compreende com uma determinada *significação*.”, ou seja, “A *significação* como algo para algo: a *significação* do comprador para o vendedor, do pai para o filho, do professor para o aluno, ‘como tais’ ...” Ibid. p. 807.

⁴⁵ RIVERA C., J. E.. Op. cit. p. 465.

determinar nas <<propriedades de conformidade>> (*Bewandtnisse*) e nas <<significações>> que aquela estrutura possibilita. E posto que são aquela estrutura e este sentido os momentos constitutivos da estrutura e do sentido das <<relações da vida>> (das relações da coexistência) neles têm estas afinal <<a sua 'natureza das coisas'>>.”⁴⁶

Não resta dúvida de que o sentido que Maihofer quis atribuir ao *Alssein*, partindo da noção heideggeriana de *Bewandtnis*, acaba por ser equivocado, pois se quis agregar um sentido afeto à *natureza das coisas*, que jamais poderia ser relacionado àquilo que Heidegger empregou em *Ser e Tempo*, desde a palavra *Bewandtnis*. Daí a pretensão de Maihofer de entender que “... as <<propriedades de que concretamente se reveste um determinado <<ser como>> (*Alssein*) caracterizar-se-iam (...) no seu sentido e conteúdo, por aquela específica condição que para Heidegger corresponde a algo quando é assumido por alguém com aquele carácter que justamente lhe advém na sua relação para esse alguém, com base na possibilidade ontológico-existencial que para essa relação oferece o ser-no-mundo ...”,⁴⁷ ser desacertada. Heidegger explica que a *totalidad respeccional constitutiva*, ou seja, aquela totalidade disponível que um modo de ser de algo possuiria, antecederia as coisas em si mesmas.⁴⁸

Para além do aludido equívoco na relação entre o sentido e conteúdo do *Alssein* e a palavra *Bewandtnis*, nos termos usados por Heidegger em *Ser e Tempo*, é de se notar que Maihofer procura extrair um sentido axiológico a partir do conteúdo da própria *natureza das coisas* e, a partir desta, um critério normativo, o que novamente o leva a um outro equívoco. E é justamente com Heidegger, a partir das

⁴⁶ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 807. “Nosotros hemos traducido la *Bewandtnis* por <<condición respectiva>>. En esta frase la palabra <<condición>> dice que se trata precisamente de un modo de ser, y la palabra <<respectiva>> señala el hecho de que este modo de ser consiste en estar vuelto hacia otras cosas. En efecto, en la palabra *Bewandtnis* resuena también: dejar que algo quede vuelto (*bewenden lassen mit etwas*) hacia algo (*bei etwas*). Esta respección de algo hacia algo es aquello a lo que se refiere el término óntico <<remisión>>, que Heidegger ha venido usando hasta ahora. La *Bewandtnis* es, pues, el término ontológico que designa el ser del ente intramundano; un ser que consiste en que ese ente está constitutivamente vuelto hacia otros entes.” RIVERA C., J. E.. Op. cit. p. 465.

⁴⁷ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 806.

⁴⁸ É o que se conseguiu depreender da seguinte passagem de *Ser e Tempo*: “Por ejemplo, la totalidad respeccional constitutiva del estar a la mano de lo que está a la mano en un taller, es <<anterior>> al útil singular, y asimismo lo es la de una granja con todos sus enseres y pertenencias.” HEIDEGGER, M.. Ser y tiempo... p. 105.

considerações críticas que o mesmo tece à tentativa de Descartes de compreensão do mundo, conforme pode se extrair da análise dos §§ 19, 20 e 21 de *Ser e Tempo*, que se pode perceber, de forma mais clara, mais este lapso na proposta de Maihofer.⁴⁹

A pretensão de Descartes, segundo Heidegger, teria sido de, ao falar de *res cogitans* e de *res extensa*, representar o problema do *eu e do mundo*, dando ao referido problema uma solução radical, no sentido de interpretar o *ser* do *Dasein* da mesma forma que o *ser* da *res extensa*, ou seja, como *substância*. Sobre o substrato da *natureza material*, enquanto *estrato fundamental*, Descartes edificaria os demais extratos da realidade intramundana. Na própria *coisa* dotada de extensão se fundariam as determinações que, ao se mostrarem como *qualidades das coisas*, seriam no fundo modificações quantitativas dos modos da própria *extensio*. E seria sobre as aludidas qualidades quantitativas que se apoiariam as qualidades específicas do belo e do feio, do adequado e do inadequado; enfim, da *natureza material*, enquanto *estrato fundamental*, se extrairiam *predicados de valor não quantificáveis*. Tratar-se-iam tais predicados de valores atribuídos à coisa de *determinações ônticas de um ente que teria o modo de ser de uma coisa*. Tal atribuição de predicados de valor não seria nem a mínima nova informação acerca do *ser* dos bens. Tratar-se-ia, antes, de pressupor para os referidos bens o modo de ser do puro *estar-aí*. Os valores seriam determinações que *estariam-aí* em uma coisa. Desta forma, na concepção de Descartes, os valores teriam em definitivo sua origem ontológica unicamente na prévia posição da realidade da coisa como o estrato fundamental.⁵⁰

Por isso Heidegger adverte que mesmo a experiência pré-fenomenológica já mostraria nos entes presumidamente entendidos como *coisas* algo que não é plenamente compreendido pelo referido viés. Daí o *ser coisificado* necessitar de uma complementação, que se perfazeria quando se conseguisse compreender a espacialidade do mundo e a espacialidade do próprio *Dasein*. Assim como Descartes não teria acertado o *ser* da *substância* com a *extensio* enquanto

⁴⁹ Para a análise crítica de Heidegger sobre a proposta de Descartes: Ibid. pp. 110-123. Na tradução brasileira: Ibid. pp. 139-155.

⁵⁰ Ibid. pp. 119-120. Na tradução brasileira: Ibid. pp. 150-152.

proprietas, tampouco o recurso às qualidades valorativas conseguiria sequer por ante a vista o *ser* como *estar-à-mão*, e menos ainda convertê-lo em um tema ontológico.⁵¹ Voltando-se à proposta de Maihofer, restaria a seguinte indagação: qual seria a pretensão do mesmo senão tentar extrair da *natureza das coisas* um conteúdo axiológico?

Para Maihofer, teria sido desde a *revolução copernicana* produzida pelo idealismo subjetivista do criticismo kantiano que teria havido uma mudança radical na noção de *natureza*, tendo-se aí destruídos todos os pressupostos da concepção tradicional de direito natural.⁵² Até Kant, a *natureza* ou era vista como fazendo parte da natureza cósmica, da ordem inserida ou inscrita pela natureza ou por Deus na *natura rerum*. A ordem natural que reinava entre os homens, plantas e animais, descendia da natureza cósmica estabilizada, desde o ato da criação.⁵³ O referido conceito de *natureza cósmica universal* é que teria sido negado, radicalmente, pelos idealistas Kant, Fichte, Schelling e Hegel.⁵⁴ Em termos exemplificativos, para Fichte, os princípios e conceitos da sua doutrina filosófica do Direito Natural, enquanto *ciência filosófica real*, seriam originários da razão pura, sendo, assim, condições necessárias da autoconsciência.⁵⁵

⁵¹ Ibid. pp. 120-121. Na tradução brasileira: Ibid. pp. 152-153.

⁵² MAIHOFFER, W.. *Diritto e natura...* p. 60.

⁵³ Id. "Era solo il differente grado di necessità assoluta o di libertà relativa, che obbligava gli uni e gli altri a seguire quest'ordine della loro natura, che distingueva a questo riguardo l'animale dall'uomo." Id. Ideias essas já esboçadas em *Naturrecht als Existenzrecht*, de 1962. MAIHOFFER, W.. *El Derecho Natural...* pp. 13-15.

⁵⁴ MAIHOFFER, W.. *Diritto e natura...* p. 60. No dizer de José Lamego, "Se Fichte (1762-1814), à semelhança de Kant (1724-1804), estabelece como ponto de partida da sua abordagem o problema da relação da liberdade com o conceito de Direito, o modo como procede à 'dedução' do conceito de Direito (como condição da autoconsciência e não a partir da lei moral e das suas exigências) confere à 'dedução' do conceito de Direito uma importância fundamental na reconstrução das condições de possibilidade da 'experiência'. (...) a 'Introdução' e as secções relativas à 'Dedução do conceito de Direito' têm um alcance mais geral, pois dão conta do modo como Fichte configura as noções básicas do seu programa filosófico de uma fundamentação em termos sistemáticos absolutos da filosofia idealista transcendental." LAMEGO, J.. Apresentação à seguinte obra: FICHTE, J. G.. **Fundamento do Direito Natural segundo os Princípios da doutrina da ciência**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. VIII. (Textos Clássicos)

⁵⁵ Ibid. p. XII. Nas palavras de Fichte, "O verdadeiro filósofo tem de observar a razão no seu proceder *originário e necessário*, mediante o qual existe o seu Eu e tudo o que para ele existe. Mas, uma vez que ele não encontra este Eu agente originariamente na consciência empírica, põe-o, mediante o único ato do arbítrio que lhe está permitido *no seu ponto de partida* (que é a decisão livre de querer filosofar) e a partir daí deixa-o continuar a agir, sob os seus olhos, de acordo com as suas leis próprias, que são perfeitamente conhecidas do filósofo. O objeto da sua observação é, portanto, a razão em geral, tal como necessariamente procede, de acordo com as suas leis internas, sem

Maihofer, após explicar as bases fundantes do pensamento de Kant, como as origens da referida *revolução copernicana*, passando brevemente em revista sobre a ideia de dedução do Direito, tal como desenvolvida por Fichte, bem como da derivação que a moral teria da liberdade, nos termos propostos por Schelling, pondera que teria sido na proposta de Hegel que a noção de *natureza das coisas* teria ganhado uma nova roupagem. Em Hegel a referida noção teria sido entendida como uma fórmula para a necessidade humana que constituiria a estrutura da produção exterior da liberdade no mundo.⁵⁶ Seria no referido sentido que a Escola Histórica do Direito teria utilizado a noção de *natureza das coisas*. A *natureza das coisas* aqui compreenderia toda a dialética da existência humana no mundo, seja desde o lado da *destinação moral do homem à liberdade e à dignidade humana*, seja do lado da *natureza das coisas* enquanto o *ambiente daquela liberdade criada desde instituições jurídicas* com tudo que derivaria da natureza e da destinação dessas instituições em termos de consequências práticas.⁵⁷ Daí que, para Savigny, a *natureza das coisas* passou a ser entendida como aquele conjunto das consequências práticas derivadas da natureza e da destinação daquelas instituições que constituiriam o ambiente da liberdade e da dignidade humana, ou seja, a *natureza das coisas* enquanto aquele respeito às situações de coexistência de seres livres que se encontram em estado de *inter-ações* exteriores em um mundo comum.⁵⁸

qualquer meta exterior.” FICHTE, J. G.. **Fundamento do Direito Natural segundo os Princípios da doutrina da ciência**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, pp. 09-10. (Textos Clássicos) (nota de rodapé iniciada na p. 09) E, ainda, “O conceito de Direito deve ser um conceito originário da razão pura; (...)” Ibid. p. 12. Todavia, como observa José Lamego, toda a *Introdução* e a *Primeira Secção* da referida obra de Fichte mostram que o conceito de Direito consubstancia “... uma ontologia do reconhecimento (...) intersubjetivo, situando-se no centro do sistema da filosofia transcendental de Fichte - não é, portanto, uma mera derivação dos princípios desse sistema.” LAMEGO, J.. Op. cit. p. XIX.

⁵⁶ MAIHOFFER, W.. *Diritto e natura...* pp. 60-64. Nas palavras de Maihofer, em Hegel “... la nozione di <<natura delle cose>>, formula usata per la natura própria delle condizioni della realizzazione dell’auto-determinazione della personalità libera nel mondo esteriore, diviene la nozione-chiave di questa nuova concezione del diritto naturale.” Ibid. p. 64.

⁵⁷ Maihofer vale-se das considerações de Savigny. Id.

⁵⁸ Ibid. p. 65. Posteriormente a Savigny, a noção de *natureza das coisas* teria sido aprofundada em diversas direções por Jhering, Burkhard Wilhelm Von Leist e Adolf Reinach como uma teoria e uma filosofia da *Jurisprudência dos conceitos*, onde a *natureza das coisas* seria entendida como a natureza dos conceitos jurídicos no mundo jurídico mesmo, passando por Radbruch, Helmut Coing, Eric Fechner e outros, aqui já como uma teoria e uma filosofia da

Após apresentar a breve evolução histórica que a noção de *natureza das coisas* foi angariando ao longo do tempo, Maihofer opta pela análise das formulações de Adolf Reinach, desde a noção da *Teoria a priori do Direito*, desenvolvida por este.⁵⁹ Tal *Teoria a priori do Direito* compreenderia a natureza dos dados extrapositivos que constituiriam a base *a priori* de cada direito positivo como *estrutura e ordem essencial dos conceitos jurídicos*. Haveria uma *existência* e uma *essência* extra-positiva que pertenceria aos conceitos jurídicos independentemente do direito positivo.⁶⁰ A referida *Teoria a priori do Direito* era fundada, assim, sobre uma concepção da *natureza das coisas* dos conceitos jurídicos.⁶¹ Para se chegar à referida *essência* da aludida entidade *a priori* haveria que se partir de uma análise

Jurisprudência dos interesses, fundada sobre uma concepção da *natureza das coisas* como natureza das situações jurídicas no mundo social. Ibid. pp. 65-66.

⁵⁹ O que já vinha indicado em *A natureza da coisa*, de 1957, quando do Congresso da IVR, realizado entre 02 e 04 de outubro daquele ano, em Saarbrücken. MAIHOFER, W.. *La natura...* p. 351.

⁶⁰ MAIHOFER, W.. *Diritto e natura...* pp. 66-67. Para Adolf Reinach, desde a análise de Maihofer, a *natureza* específica dos conceitos jurídicos seria análoga à natureza dos números matemáticos, cujas existência e essência não seriam nem *física*, nem *psíquica*. Para além disso, Reinach atribuiria aos conceitos jurídicos uma existência e uma essência que seriam independentes também do pensamento humano. “Come le regole della matematica erano valide prima che l'uomo le avesse comprese, le regole *a priori* dei nostri concetti giuridici hanno pure una validità eterna.” Ibid. p. 67. Nas palavras de Adolf Reinach, “... las entidades que se denominan en general como específicamente jurídicas poseen un ser del mismo modo que los números, los árboles o las casas; (...) este ser es independiente del reconocimiento de los hombres y, en modo particular, de todo Derecho positivo.” E, ainda, “... los conceptos fundamentales del Derecho tienen un ser jurídico extrapositivo exactamente como los números poseen un ser autónomo respecto a la ciencia matemática.” REINACH, A.. **Los fundamentos a priori del Derecho civil**. Edición, traducción y estudio preliminar a cargo de Mariano Crespo. Granada: Editorial Comares, 2010, p. 23 e p. 25. (Colección Filosofía, Derecho y Sociedad – 23) Mesmo em seu último texto, *Was ist Phänomenologie?*, de 1914, Reinach mantém-se fiel à generalização absoluta do âmbito de domínio do *a priori*, incluindo aí os conceitos fundamentais do Direito. REINACH, A.. **Introducción a la Fenomenología**. Presentación, traducción y notas por Rogelio Rovira. Madrid: Ediciones Encuentro, 1986, p. 50. (Libros de bolsillo- 33)

⁶¹ Daí Reinach afirmar que para as entidades jurídicas valeriam proposições *a priori* e que tal *aprioridade* não significaria nada obscuro ou misterioso, senão que estaria embasada no simples fato de que “... todo estado de cosas que es (...) universal e necesario es denominado por nosotros *a priori*.” Haveria uma grande variedade de proposições *a priori*, que poderiam ser formuladas rigorosamente e que seriam intuitivos de forma evidente, ou seja, independentemente de toda consciência que as captasse e, sobretudo, de qualquer direito positivo. A “... aprioridad no se refiere primariamente ni a las proposiciones, ni a los juicios, ni al conocer, sino a los *estados de cosas* <<puestos>>, juzgados o conocidos. También para las relaciones *a priori*, de las que únicamente se trata aquí, no es necesario el juicio o el conocimiento, sino más bien el ser-así juzgado o conocido. La <<universalidad>> no tiene otro sentido que este ser-así, **que se funda en la esencia del objeto al que se refiere el sujeto y vale absolutamente para todo lo que participa de esta esencia.**” REINACH, A.. *Los fundamentos...* Ibid. p. 24 (nota de rodapé nº 4). Para a citação anterior: Ibid. p. 24.

pela negativa, ou seja, haveria que se constatar aquilo que não seria a *natureza* da aludida entidade *a priori*.⁶² Daí que as leis essenciais das coisas não resultariam da experiência empírica, podendo serem reconhecidas desde a *pura imaginação*.⁶³ O essencial para Reinach seria compreender que os complexos/*estado das/de* coisas estariam *a priori* – as *situações objetivas* –, isto em razão da predicação em tais complexos, a exemplo de: *o ser B* seria exigido da essência de *A*.⁶⁴

⁶² MAIHOFER, W.. Diritto e natura... p. 67. “Le leggi essenziali dei concetti giuridici (*rechtliche Gebilde*, come dice Reinach) no sono delle leggi logiche del pensiero (*Denkgesetze*), ma delle leggi ontologiche dell'essenza (*Wesensgesetze*). Queste connessioni essenziali (*Wesenszusammenhänge*), che costituiscono secondo Reinach il sostrato delle leggi *a priori*, non sono situate né nell'oggettività del mondo esteriore (*in der Welt da draußen*) né nella soggettività della coscienza interiore; esistono indipendentemente da ogni coscienza ed esperienza umana.” Ibid. pp. 67-68.

⁶³ REINACH, A.. Introducción... pp. 51-52.

⁶⁴ MAIHOFER, W.. Diritto e natura... p. 68. O texto de Adolf Reinach a que Maihofer se refere é *Was ist Phänomenologie?*, à p. 57, constituindo-se esse o último discurso de Adolf Reinach, proferido em 1914. Para a versão em espanhol do referido texto: REINACH, A.. Introducción... pp. 54-55. No texto *Teoría do juízo negativo*, de 1911, Reinach faz uma análise pormenorizada do que significaria, por exemplo, a expressão *o ser-vermelho da rosa* ou *o ser B de A*. Para Reinach, haveria que se distinguir entre *o ser vermelho* de uma rosa e *o vermelho* mesmo. *O ser vermelho da rosa* nem estaria em um jardim, nem poderia murchar, por exemplo. Nas palavras de Reinach, “... puesto que las cosas nunca pueden ser aseveradas o creídas y puesto que, por outra parte, el ser rojo de la rosa funciona como el correlato objetivo del juicio <<la rosa es roja>>, se sigue que este correlato tiene que ser diferente de la rosa misma, esta cosa del mundo externo. A partir de ahora denominaremos **estado de cosas** a tales correlatos. (...) De hecho, es la expresión más apropiada para las entidades objetivas de la forma <<ser-B de A>>. De este modo, hemos de diferenciar entre *objeto* en sentido estricto, sean de naturaleza real, como colores, sonidos, vivencias, sean de naturaleza ideal, como números, proposiciones o conceptos, y estados de cosas, como objetividades de una naturaleza totalmente distinta.” REINACH, A.. **Teoría del juicio negativo**. Traducción de Mariano Crespo. Madrid: Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, 1997, pp. 38-39. (excerpta philosophica – 22) (grifo nosso) Recorrendo a Stumpf, desde *Erscheinungen und psychische Funktionen*, que teve por base as formulações de Brentano, explica que haveria uma diferença entre *conteúdos judicativos específicos* e *conteúdos representativos (matéria)*. A expressão *estado de coisas* haveria que ser usada para *conteúdos judicativos específicos*. Reinach observa que desconheceria como Stumpf e Brentano teriam desenvolvido o conceito de *conteúdo judicativo ou de estado de coisas*, passando a esboçar sua posição desde as formulações de Husserl, em suas *Investigações lógicas*. Uma primeira característica de um *estado de coisas* seria que, em oposição aos objetos, eles seriam aquilo que no juízo seria crível ou asseverado. Os *estados de coisas* é que somente estariam em relação de fundamento e consequência. “Todo lo que, en la ciencia o en la vida diária, encontramos como conexión de fundamento y consecuencia es una relación entre estados de cosas.” Também somente os estados de coisas poderiam ser *apreendidos*, ao passo que as objetividades que formariam os elementos dos estados de coisas seriam *percebidas*. “Aprehender no es traer a la mente un estado de cosas, ni, evidentemente, aseverar un estado de cosas. En efecto, a un acto de aprehensión le es esencial que el estado de cosas correlativo esté ahí ante nosotros en el sentido más pleno, mientras que en la aseveración el estado de cosas es meramente mentado. La aprehensión puede <<ver>>; el aseverar, como tal, es ciego.” Ibid. pp. 38-39. (nota de rodapé nº 22); p. 40; p. 47 e p. 48. “La rosa roja, este **complejo unitario concreto**, es la cosa que sirve de base a todos estos estados de cosas.” Ibid. p. 42. (grifo nosso) Ao nível dos juízos formulados na base da *percepção sensível*, os *objetos* seriam vistos ou percebidos, ao passo que os *estados de coisas* seriam observados ou apreendidos. Ibid. pp. 45-46.

No entender de Maihofer, a pergunta que restaria seria a seguinte: *quais seriam os complexos de coisas constituídos de elementos ligados desde uma conexão essencial, enquanto dados ontológicos, a priori aos conceitos jurídicos?* Para o mesmo, ainda que se pudesse admitir que Reinach teria se equivocado tanto sobre o princípio quanto sobre os detalhes de sua concepção, haveria que se indagar se a referida ideia diretriz da *Teoria a priori do Direito* seria fecunda ou não. Se existiria na esfera extra-positiva dos complexos de fatos ou de atos sociais, compostos desde elementos relacionados a partir de uma conexão essencial, que formariam a base dos conceitos jurídicos.⁶⁵

Buscando assimilar algum viés das construções de Reinach, Maihofer explica que as *estruturas ontológicas conceituais* não poderiam se situar nem na objetividade do mundo exterior em si, nem na subjetividade da consciência interior em si, mas no nexó intermediário entre o sujeito e o objeto, isto é, na *relacionalidade entre a res cogitans e a res extensa*. Daí que os *complexos essenciais - natureza das coisas* - não poderiam ser percebidos por um sujeito pensante desligado de todo da sua existência, ou seja, só poderiam ser percebidos desde a *res existens* concreta e não desde a *res cogitans* abstrata.⁶⁶ Seria desde a instropecção da *res existens sociabilis* que se poderiam produzir as noções e conceitos referentes aos fenômenos sociais. Tal *produção* se daria seja pela *racionalização da experiência social empírica*, seja pela *imaginação social pura*.⁶⁷

⁶⁵ MAIHOFER, W.. Diritto e natura... pp. 68-69. Reinach explica que as conexões apriorísticas seriam formas de situações objetivas, que nos seriam dadas/pensadas/conhecidas, e não formas do pensar. REINACH, A.. Introducció... p. 56.

⁶⁶ MAIHOFER, W.. Diritto e natura... p. 69. "Effettivamente, i dati dei fatti o degli atti sociali restano assolutamente incomprensibili per l'*homo noumenon* della *ragion pura*; si presentano solo alla *ragione sociale* di un essere impegnato dalla sua esistenza esteriore e dalla sua coscienza interiore in questa vita sociale di cui cerca di studiare e comprendere i dati. Non è dunque l'introspezione della *res cogitans*, ma l'introspezione della *res existens sociabilis*, dello *zōon politicón* che può <<produre>> (...)" Id. Já em *Naturrecht als Existenzrecht*, de 1962, Maihofer procurou delinear o que poderia ser entendido como a *essência* do homem enquanto um homem existencialmente pensado. A referida concepção seria completamente nova e conduziria a definições concretas e objetivas da *essência* humana "... no ya en cuanto (abstracto) *zoon politikon* (Aristóteles) o en cuanto *homo noumenon* (Kant), sino en cuanto 'conjunto de relaciones sociales' (Marx), en las que 'realiza su esencia', a partir de la 'suma de relaciones en que vive' (Sartre)." MAIHOFER, W.. El Derecho Natural... p. 16. A existência concreta do homem no mundo seria o *produto* de algo que estaria, ao mesmo tempo, *pré-fixado e proposto*, ou seja, seria "... la dialéctica de la *naturaleza de las cosas* e de la *misión del hombre*." Ibid. p. 17.

⁶⁷ MAIHOFER, W.. Diritto e natura... p. 69.

Há algo na referida concepção de Maihofer, contudo, que ainda parece ser contraditório, sobretudo tendo em conta a premissa da qual ele se vale. Isto porque Maihofer parte da noção de *estado de coisas*, de Reinach, segundo a qual não seria nem *objeto* nem *relação*, mas somente a partir de uma questão de *necessidade essencial* que se poderia proporcionar o correlato intencional do *juízo*,⁶⁸ que traduziria um *estado de coisas*. Ocorre que Maihofer conclui que as *estruturas ontológicas conceituais* se situariam nonexo intermediário entre o sujeito e o objeto, ou seja, na **relacionalidade** entre a *res cogitans* e a *res extensa*, como acima apontado. Reinach explica que haveria estados de coisas que seriam *relações* e outros, tal como no exemplo *ser B de A*, que fora invocado por Maihofer, que não seriam. Aqui não haveria contradição alguma com a afirmação de que um estado de coisas não seria nem *objeto* nem *relação*, pois mesmo naqueles casos nos quais os correlatos de juízos são relações, a referida correlação intencional seria mediada pelo *ser estado de coisas* dessas relações e não pelo *ser relações*.⁶⁹ Como um *estado de coisas* seria aquilo que fosse crível ou asseverado em um *juízo*,⁷⁰ uma vez em se tratando a expressão *ser B de A* um *estado de coisas* que não seria uma *relação*,⁷¹ a premissa de que parte Maihofer restaria equivocada.

Para além disso, Maihofer, permanecendo vinculado à não dissociação entre os planos *empírico* e *jurídico* propriamente ditos, tal como a proposta de Reinach deixa claro, não se apercebe das especificidades da autonomização das intenções jurídicas que o processo de formação da juridicidade, para um Direito de matriz europeia-ocidental, judaico-cristã e greco-romana, acaba realizando. Contudo, não se pode negar a sensibilidade de Reinach no sentido de perceber que há uma *racionalização da experiência social empírica* no processo de *produção* das noções e conceitos jurídicos. A falha, ao que parece, radica mais na não percepção daquilo

⁶⁸ REINACH, A.. Teoría del juicio... pp. 38-39.

⁶⁹ Ibid. pp. 50-51. "No sólo izquierda y derecha, arriba o abajo, etc., sino también estar a la izquierda, estar a la derecha, estar arriba, estar abajo son llamados relaciones. Sin embargo, estos dos grupos de relaciones son fundamentalmente diferentes. Sólo los miembros del segundo grupo son estados de cosas (aunque necesitan ser completados). El primer grupo está relacionado con los correspondientes estado de cosas como el rojo con el ser rojo. Ni el rojo ni la izquierda pueden ser negados o tener modalidades como lo pueden el ser rojo y estar a la izquierda." Ibid. p. 51.

⁷⁰ Ibid. p. 44.

⁷¹ Ibid. pp. 50-51.

que, muito possivelmente, seja o mais sutil no referido processo, qual seja o fato de que a *autonomização das intenções jurídicas* em si ocorre sempre desde o exercício dialético entre as pressões que as práticas impõem ao especificamente jurídico e o que, de outro lado, e com mais intensidade, o especificamente jurídico acaba por condicionar as práticas, ou seja, como as intenções propriamente jurídicas acabam sendo, também, o elemento de contenção dos avanços das práticas. É dentro desta *tensão* que as intenções, os valores propriamente jurídicos, vão se autonomizando das práticas, sem, contudo, deixarem de ser constantemente *instigados* pelas mesmas. Não se trata, portanto, de um processo de hipostasiação dos valores. Na herança de Enrico Opocher, poderia se dizer que a validade axiológica do Direito só o é dentro do mundo dos homens, ou seja, concretamente.⁷²

Maihofer insiste que todos os conceitos *sociais e jurídicos* - coloca-os em um mesmo plano! – correspondentes à realidade social e jurídica do mundo teriam um caráter dúplice.⁷³ Tais *conceitos sociais e jurídicos* seriam *abreviações racionais*

⁷² OPOCHER, E.. Considerazione su alcuni equivoci inerenti al significato assiologico della nozione di natura della cosa. Em: **Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, p. 514.

⁷³ Adolf Reinach, buscando mostrar que as *relações a priori* possuiriam uma *dignidade própria*, chega ao ponto de afirmar que “La naturaleza del sujeto ejecutante es evidentemente indiferente para las relaciones de esencia.” E, ainda, ao tratar da *propriedade*, novamente confundindo outros planos com o jurídico e desprezando a própria historicidade constitutiva que é intrínseca ao Direito, assevera que “No queremos saber cómo la institución de la propiedad se ha conformado gradualmente en la historia de la humanidad; también son irrelevantes para nosotros conocer los factores psicológicos que han hecho posible el reconocimiento y la formación del concepto de propiedad. Sobre todo, no nos interesa saber si la propiedad o alguna forma de ella se pueden justificar moralmente y cómo se pueda justificar moralmente. Aquí nos interesan las condiciones bajo las cuales la pertenencia *a priori* en el mismo modo en que, por ejemplo, una pretensión surge de una promesa.” Nem mesmo os *costumes* poderiam levar à enunciação de proposições *a priori*. Para Reinach “... la intuición evidente de las leyes de esencia *a priori* es la que destruye la fe ciega nacida de la costumbre.” REINACH, A.. Los fundamentos... p. 68; p. 94 e p. 102. (Colección Filosofía, Derecho y Sociedad – 23) No mesmo sentido, mas alertando para uma necessária *elaboração das intuições últimas*, a partir de uma *análise fenomenológica pura*: Ibid. pp. 153-154. Outro ponto em que se pode ver negada a historicidade constitutiva do Direito pode ser visto em: Ibid. p. 134. Apesar da negação dos *costumes* como fatores motivadores da enunciação de proposições *a priori*, Reinach acaba admitindo que “Pueden ser *reconocidas* también las reglas que han tenido una lenta formación y que no han sido nunca puestas mediante una proposición dispositiva, o bien formuladas en una proposición. De este modo, se puede hacer comprensible la eficacia del Derecho no codificado.” Ibid. p. 136. Ainda que Reinach procure mostrar a distinção entre o plano *moral* e o *jurídico*, percebe-se, facilmente, que não distingue os mesmos. Reinach chega a reconhecer a dificuldade de tal tarefa quando da análise do instituto jurídico da *propriedade*. Ibid. p. 94. Para Reinach a *Teoria a priori do Direito* que propõe se relacionaria com *relações de essência intuitivamente evidentes*. Ibid. p. 74. (nota de rodapé nº1) e p. 102. O direito positivo só protegeria algo porque, anteriormente a isto, haveria já uma *propriedade* de algo. Ibid. p. 75. Se a afirmação parece óbvia em um sentido, em

outro, como naqueles casos em que ainda uma propriedade sobre algo não foi constituída, não parece tão óbvio assim. Para além de o Direito *deitar seu manto* sobre situações fáticas específicas, a assimilação pelo Direito de dadas situações da vida também é justamente para casos em que tais situações ainda não se perfizeram, mas se perfazerão. A justificativa é em ambos os sentidos e não somente pelo viés que Reinach procura defender. As regras para o convívio humano não vieram inscritas no homem, foram por este criadas justamente em razão da escassez dos bens e da necessidade do estabelecimento de regras para que o arbítrio e a prepotência não imperassem. O que é revestido de juridicidade é tão somente aquelas situações que tal viés diferenciado de proteção mereça, o que não significa dizer que se possam ser extraídos, *a priori*, *direitos* ou *deveres* de cunho especificamente *jurídicos*. Isto tudo não implica dizer que não haja relações envolvendo *pretensões* ou *obrigações*, derivadas de respectivas *promessas sociais*, e que com independência do direito positivo. Desta forma, para além da confusão entre o plano estritamente *social* e o plano *jurídico*, Reinach parece centrar suas comparações com o direito positivo em específico, como se a adequada compreensão da juridicidade e do Direito como um todo se restringisse à referida esfera. A própria invocação da figura da *promessa* enquanto base para a obrigação de cumprimento de uma respectiva obrigação, tal como desenvolvida no Capítulo primeiro da referida obra de Reinach – Ibid. pp. 29-69 -, quanto às ideias trabalhadas já em um plano inequivocamente jurídico, no que se refere aos institutos da *propriedade* e da *posse* - Ibid. pp. 71-86 -, ratificando seu entendimento de que haveria uma *verdade a priori fundada na essência da pertença* – Ibid. p. 79 (nota de rodapé nº 4) -, que seria o fundamento *jurídico* dos direitos de posse e propriedade, também se assenta em um pressuposto equivocado. Basta se pensar no exemplo de um transporte coletivo, um ônibus, completamente lotado, inclusive em seus assentos preferenciais, destinados a pessoas idosas, deficientes físicos ou mulheres grávidas, que recebe um passageiro notavelmente idoso e que, vendo as ocupações completas dos assentos preferenciais por pessoas idosas iguais a ele, se dirige a uma pessoa jovem, sentada em um assento não preferencial, e pede à mesma para sentar-se, sendo ignorado pela referida pessoa, que permanece em seu assento por ter ali sentado antecipadamente. Evidentemente que num plano moral a conduta do passageiro jovem seja absolutamente reprovável. Contudo, em termos estritamente *jurídicos* nada poderia o passageiro idoso fazer; não poderia invocar o seu *direito* de assento preferencial em razão da sua idade. A reprovação que a conduta do passageiro jovem causaria poderia decorrer de eventuais reprimendas verbais que os demais passageiros poderiam lhe opor, mas, jamais, uma consequência extrema ao ponto de retirá-lo de seu assento coercitivamente. Desta forma, não é uma situação fática por si só o fundamento *jurídico* de um direito ou de um dever estritamente *jurídico*. Uma dada situação fática pode sim ter um *âmbito material*, *Sachbereich* para Friedrich Müller, relevável juridicamente, desde o próprio *pré-saber jurídico* – Castanheira Neves -, que possibilita sua delimitação, mas, jamais, uma situação fática qualquer, ainda que traga consigo um qualquer ato ou fato da vida que seja comparável à atos ou fatos com relevância jurídica, poderia servir de fundamento jurídico. Não se nega, portanto, que haja um dado ato ou fato da vida que, *aprioristicamente*, para usar a própria linguagem de Reinach, guardaria uma situação ou comportamento que poderia gerar consequências *jurídicas*. O que se pretende esclarecer é que *nem sempre* tais *situações* ou *comportamentos* terão uma relevância especificamente *jurídica*. Para a noção de *Sachbereich*, de Friedrich Müller: MÜLLER, F.. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. Traducción de Luis Villacorta Mancebo. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, año 9, núm. 27, set./dic. 1989, p. 123. “Los elementos materiales que tienen sus raíces en lo real sólo forman parte del ámbito normativo en la medida en que se pueda demostrar, al concretar la norma para un caso concreto, que se trata de componentes imprescindibles de la normatividad concreta.” Id. Em relação à noção de *pré-saber jurídico*, Castanheira Neves explica que se trataria do “... prévio <<saber>> jurídico que vai oferecido nas normas positivas, e ainda nos precedentes judiciais, nas elaborações doutrinárias, etc., não poderá nunca dispensar uma autônoma posição do problema jurídico do caso decidendo.” NEVES, A. C.. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 1**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 161. Reinach, após analisar o instituto da *representação* – Ibid. pp. 104-120 -, acaba por admitir que seu intuito não passava do reconhecimento de *duas vias de investigação*, “... cuya separación radical constituye una clarificación y una ampliación del conocimiento jurídico. Por un lado, la exposición y la fundamentación teleológica de disposiciones generales jurídico-positivas que

cambian en relación a factores económicos o de otros género y, por otro, la investigación de las leyes eternas del ser que se fundan en los conceptos jurídicos fundamentales.” Tudo para se concluir que “... no queremos negar la existencia de construcciones jurídico-positivas muy diversas de la teoría a priori del Derecho. Tales teorías son plenamente justificadas.” REINACH, A.. Los fundamentos... p. 120 e p. 120 (nota de rodapé n° 35). Reinach, já na fase conclusiva de sua obra sobre a *Teoria a priori do Direito*, chega ao ponto de sobrepor as *leis essenciais* e as *relações que teriam validade em si mesmas*, sobre o que poderia ser entendido como *justo*. Para Reinach, “Mucho más importante que el <<sentido>> para lo que es *justo*, es el <<sentido>> para lo que es *jurídicamente relevante*, es decir, la capacidad de individuar aquellos hechos peculiares para los cuales valen leyes esenciales o la capacidad de intuir las relaciones que tienen validez en sí. La segunda etapa es, pues, constituida por la verificación del resultado obtenido, en particular, se debe examinar si esto es sostenible frente a consideraciones de equidad y oportunidad.” Ibid. p. 152. No mesmo sentido: Ibid. p. 157. E é quando procura, no último tópico de sua obra, enfrentar supostas confusões que poderiam ser efetuadas entre a sua propositura teórica e outras de cunho jusnaturalista que Reinach deixa claro a absoluta confusão do plano jurídico com simples situações fáticas/atos sociais que fundamentariam um suposto embasamento *a priori* para o Direito. Para Reinach, a *Teoria a priori do Direito* teria seu caráter distintivo precisamente “... en el hecho de que es independiente de *todo* Derecho, del Derecho <<vigente>> no menos que de un Derecho <<válido>> o de uno pensado como válido. (...) No hablamos de un Derecho superior, sino de simples leyes del ser. (...) [Existiriam] leyes puramente jurídicas que subsisten independientemente de la <<naturaleza>>, independientemente de la evolución real del mundo.” Ibid. p. 156 e p. 161. Tudo para se concluir, com Castanheira Neves, que “... para um tal pensamento [o de Adolf Reinach] a nossa atitude não pode deixar de ser a da maior perplexidade. Pois se é claro que ele se recusa ao problema da relação entre o direito e os factos porque não teria a ver com a função normativa do direito (situando-se numa intenção temática em que esse problema deixaria de ter sentido), ou porque se desconecta da função normativa concretamente interessada e historicamente actuante sem a qual o direito não poderá ser *direito*, já tudo o resto – em que inclusive essa atitude se justificaria – se nos oferece de todo equívoco e problemático. Propondo-se a revelação do ser específico das <<formações jurídicas>>, não será, no entanto, uma ontologia *jurídica*, já que esse ser <<não é ainda direito>>, não é ainda o ser do direito. Aliás nunca poderíamos estar aqui em face de uma ontologia do direito, se expressamente se reconhece a possibilidade de <<flagrantes contradições>> entre o ser explicitado e o ente (o direito normativo e real), que deveria decerto manifestar aquele ser em estrita coerência ontológica para que pudéssemos dizê-lo o ser deste ente – o ser contraditório com o ente é, evidentemente, um *non sens* ontológico. As <<essências>> que se dizem intuídas não podem, pois, ser essências do direito, a sua imanente constituição ontológica. Talvez desse modo se evite o clássico erro do <<ontologismo>>, ou melhor, do essencialismo, com a sua inválida pretensão de deduzir intenções normativas de quaisquer pressupostas <<essências>>. Mas não se vê em que o abandono desse erro seja acompanhado de uma positiva aquisição de verdade, pois a esse dualismo tradicional – com a sua antinômica pretensão de operar no tempo com o atemporal, de fazer história com o que recusa história – vem a substituir um dualismo ainda mais radical e bem mais misterioso, já que, rompendo as pontes de um para com o outro termo, o ser essencial o vemos apenas uma presença extática do qual não se sabe o que tenha a ver com o ente real ou sequer porque se dualiza perante este. Com efeito, se não nos revela dele a sua essência ontológica (em que se exibisse a inteligibilidade do seu ser) também não nos oferece – menos ainda nos oferece – o dualístico fundamento ontológico-paradigmático das formações reais, o seu <<eidos>> transcendente, aquele fundamento hipostasiado (a um tempo ser e norma) da platónica e idealista metafísica clássica de que se alimentou o tradicional pensamento do <<direito natural>>. Ainda deste erro de um <<outro e mais elevado direito>> se pretende salvaguardar o pensamento de Reinach. Temos, assim, que este se ocupa de um <<ser>> que não é o *ser-direito*, que não é também o *ser do direito*, e menos ainda o *ser-validade* para o direito – ocupando-se do direito, não nos dá nem o direito, nem o ser, nem o fundamento do direito! Pois verdadeiramente só nos dá – ou só nos poderá dar – uma fenomenologia da conceitualização jurídica; só nos poderá revelar, enquanto fechado nos parêntesis da pura intencionalidade, a estrutura eidética do ser ideal-lógico dos conceitos jurídicos – aquele específico ser ideal que eles como conceitos e, portanto, como entidades lógico-ideais nunca deixarão de ter -,

da experiência social das pessoas e *categorias racionais* da mesma experiência social. O que distinguiria os conceitos jurídicos e sociais seria o fato de ambos serem verificados e ajustados constantemente desde o confronto de dois aspectos: a *abreviação da experiência* e a *categorização da experiência*. Enquanto *abreviação da experiência*, os conceitos sociais e jurídicos seriam transformados em *conceitos ideais*, desde um processo interno de *posição e negação*, onde seriam filtrados os elementos que seriam ou não constitutivos dos momentos encontrados no ato real. Daí que o complexo dos momentos essenciais do ato social seria transformado em um complexo de elementos essenciais de um conceito social correspondente. Tal grau de operação de *filtragem dos elementos* somente seria possível através da *razão social*. O referido esquema operativo de transformação racional se encontraria na base de todos os métodos de construção dos conceitos jurídicos.⁷⁴

Ocorre que Maihofer acaba levando para a *produção* dos conceitos jurídicos a mesma operação, o mesmo *esquema operativo* de transformação racional da experiência social. Seria pelo método da redução, desde o *princípio da eliminação imaginativa*, que se permitiria dizer se um dado elemento social pertenceria ou não ao conceito jurídico. Seria a *resistência* da razão social humana que forneceria a *medida* e indicaria os *fins* das definições, ou seja, a base dos conceitos jurídicos.⁷⁵

com as suas conexões de essência e as suas leis morfológicas. E não podendo, por outro lado, garantir de tal modo a subsistência dos conceitos eideticamente analisados, pois não pode anular (mas apenas deixar em suspenso a sua gênese metodológica), nem garantir, pela mesma razão, a permanência da sua validade funcional; não condicionando, assim, antes estando dependente da validade metodológica dos conceitos, um tal pensamento (uma tal fenomenologia jurídica) vale metodologicamente o que valerem os conceitos jurídicos e enquanto eles (enquanto os conceitos que pressupõe) valerem. Não indo além da análise redutiva das conceituais objectivações jurídicas, não interessará senão às intenções estritamente teórico-analíticas da <<lógica do direito>>. O seu suposto conhecimento das jurídicas <<essências>> não é mais, numa palavra, do que o conhecimento da estrutura lógica dos conceitos jurídicos.” NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... pp. 643-645.

⁷⁴ MAIHOFFER, W.. Diritto e natura... pp. 69-70. “È così che il complesso dei momenti che incontriamo nell’atto sociale à trasformato in un complesso di elementi essenziali di un concetto sociale corrispondente. Solo la nostra ragione sociale è in grado di dirigere una tale operazione di posizioni e di negazioni, comprendendo in maniera più o meno esplicita il significato sociale di un certo complesso di fenomeni.” Ibid. p. 70.

⁷⁵ Id. “... è soltanto l’esperienza interna che noi facciamo con una tale manipolazione immaginativa attraverso la reazione della nostra ragione sociale, che ci permette di dire che un elemento (B) è essenziale per il fenomeno sociale (A), e che un altro elemento (X) è solo accidentale.” Id.

É por isso que se pode dizer que a própria ideia de *entia moralia*, de Pufendorf, não é exatamente a noção de *razão social* humana de que fala Maihofer, pois enquanto para aquele os *entes morais* se encontravam ao nível exclusivo da realidade social, portadores de uma *moralidade social geral*, para Maihofer a *razão social* humana acaba sendo entendida em uma espécie de *amalgama* entre o plano da realidade social em si e o próprio plano jurídico. Não se consegue perceber uma autonomização das intenções especificamente jurídicas e, assim, reforça-se aqui a apreciação de Pedro Pais de Vasconcelos que procura atribuir à proposta de Maihofer uma base assente na noção de *entia moralia*, de Pufendorf.⁷⁶

Ademais, o processo de constituição/formação das intenções jurídicas e, assim, da própria juridicidade, não resulta do fato de um dado elemento de um conceito jurídico ser ou não essencial a um dado fenômeno social, mas, antes, da circunstância de um dado fato social possuir ou não um *recorte jurídico* extraível de si e experimentado junto ao sistema jurídico. No referido processo de realização prática do Direito, e que também pode ser entendido como o processo de reafirmação da própria juridicidade em sua especificidade constitutiva, primeiro, desde um *pré-saber jurídico* - Castanheira Neves -, faz-se um recorte dos dados com *relevância jurídica* em um determinado fato ou ato social. Só então é que se dirige ao sistema numa primeira busca de *critérios jurídicos* que poderiam albergar o *recorte jurídico* previamente efetuado. O *prius*, portanto, é o caso jurídico concreto. A referida busca de critérios jurídicos junto ao sistema se impõe pela própria faceta da lei que decorre do fato de ser um ato de vontade/*voluntas*, a expressão de um poder. Trata-se, aqui, da busca da *ratio legis* e, assim, do respeito da própria *presunção de autoridade* que a lei possui. Contudo, o processo de realização/experimentação dos dados jurídico-relevantemente recortados num primeiro momento não pode parar por aí. Em seguida, é desde a experimentação/confrontação com os fundamentos/princípios jurídicos, entendidos enquanto *ius*, é que se completará o

⁷⁶ É o que pode se perceber da análise de *Recht und Sein*, de Maihofer, onde se percebe a remissão direta pelo mesmo da noção de *entia moralia*, de Pufendorf. MAIHOFER, W.. **Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie**. Frankfurt am Main: Vittoria Klostermann, 1954, pp. 109-110. (Philosophische Abhandlungen – Band XII) Para o texto de Pedro Pais de Vasconcelos: VASCONCELOS, P. P.. A natureza das coisas. Em: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. (Separata)

teste da *validade jurídica* dos critérios até então selecionados. Em tal fase o que se busca é a *ratio iuris*, aquela objetivação plausível das exigências dos princípios, visando o respeito, portanto, à *presunção de validade*. Também não se pode esquecer da experimentação que é feita junto à jurisprudência judicial, onde o que se visa é o respeito à *presunção de justeza* da decisão e, por fim, aquela experimentação junto à própria jurisprudência doutrinal, onde o que se visa é o respeito à *presunção de racionalidade*. As vinculações que o sistema apresenta, assim, se dão de formas diferenciadas, a depender do estrato do sistema que esteja a se referir.⁷⁷

A perspectiva de Maihofer, uma vez que se preocupa mais com a construção de *conceitos jurídicos*, não se atenta tanto ao importante fato de que tais *conceitos* adquirem sua constituição conteudística justamente a partir do processo de realização do Direito, *concretização*, para se dizer com Friedrich Müller. É no processo de realização do Direito, especificamente a partir da resolução dos casos jurídicos concretos, que mais facilmente se pode perceber a especificidade constitutiva que o jurídico possui, ainda que, por evidente, não se possa reduzir a compreensão da juridicidade e do próprio Direito a este momento privilegiado.

Para Maihofer, haveria duas possibilidades de construção dos conceitos jurídicos. Uma delas se daria a partir da *explicação sintética da coerência* de um dado fenômeno social com seus elementos constitutivos, ou seja, desde a ótica dos fatos sociais e, de outro lado, desde a *explicação genética* da consequência do conjunto dos elementos para os atos sociais. Maihofer exemplifica que na análise de um ato de furto, haveria o pensamento que se ater a todos os momentos essenciais da execução de um referido ato, ou seja, aqueles momentos que fossem eliminados ocasionariam a perda do sentido específico e do respectivo significado social.⁷⁸ Percebe-se que até aqui Maihofer ainda está no nível *pré-reflexivo*. Ocorre que, logo em seguida, os referidos *momentos essenciais* seriam transformados em *elementos constitutivos* de um conceito que daria um resumo exato de todos os traços

⁷⁷ As referidas considerações fazem parte de anotações junto às aulas de Filosofia do Direito, no Curso de Mestrado, ministradas pelo Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares, no ano letivo de 2012/2013, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Assim, qualquer inconsistência é de única e exclusiva responsabilidade do autor do presente estudo.

⁷⁸ MAIHOFFER, W.. Diritto e natura... pp. 70-71.

essenciais daquele ato social e que seriam necessários para *definir* um tal ato ou fato como ato ou fato social.⁷⁹

Maihofer, assim, ainda se move no plano da *valoração social* que é dada a um determinado ato ou fato social, sem deixar de reconhecer que até o referido estágio não se teria um *conceito jurídico* que seria procurado como pressuposto – *Tatbestand* – de uma certa norma jurídica. Procura acentuar que haveria que se distinguir entre os pressupostos normativos definidos desde os conceitos jurídicos e as consequências normativas formuladas nas normas jurídicas. Neste sentido, seria impossível definir um conceito jurídico que servisse de instrumento nas operações jurídicas sem se imaginar as consequências jurídicas e sociais de uma tal conexão do conceito com a referida norma. Daí que o método de construção dos conceitos jurídicos usados dissesse respeito à estrutura ontológica dos fatos ou dos atos sociais correspondentes que dessem apenas conceitos fundados sobre a estrutura ontológica da vida social, transformados em *elementos normativos*, desde uma *redução imaginativa*, o que, contudo, não poderia nem determinar definitiva e validamente a norma que deveria ser relacionada a um certo conceito, nem precisar a norma em si.⁸⁰

O que Maihofer acaba não deixando claro é que se por um lado os *pressupostos normativos* ganham um *recorte jurídico-conteudístico* dos conceitos jurídicos, esses também se constituem a partir das alternâncias de conteúdo que as próprias práticas vão oferecendo, ainda que, nessa última direção, em uma *velocidade menor*. A questão não está, portanto, em se determinar as *consequências jurídicas e sociais* existentes na conexão entre conceito e norma, mas em perceber que a simples remissão a uma *ideia* com roupagem jurídica, que seria fruto das próprias prescrições legais, seria insistir em uma posição que remeteria a última palavra sempre àquilo que o legislador já teria ditado.⁸¹

Se o *caminho* pode ter sido acertado, o *destino* da proposta parece ter se desviado daquele ponto em que realmente deveria chegar. O *caminho* da busca do

⁷⁹ Ibid. p. 71.

⁸⁰ Id.

⁸¹ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 775. Nas palavras de Castanheira Neves, “Quer dizer, a <<natureza das coisas>>, com este sentido, falha inclusive na missão que fundamentalmente se justificaria, a de superar o positivismo jurídico legalista.” Id.

sentido jurídico, das intenções propriamente de Direito, parece ter sido a intenção de Maihofer. Contudo, parou-se justamente no local onde o positivismo jurídico legalista já teria parado. Não percebe Maihofer que o Direito, enquanto uma dimensão prática do homem, é um *regulador da vida em sociedade* que foi escolhido ou imposto (como para a maioria dos povos colonizados) pelo homem. É justamente o fato de ser um *regulador/ordenador* da vida em comunidade que mostra que as suas intenções específicas, recortadas conteudisticamente da realidade, mas sem deixar de estarem permanentemente em reconstituição diante das pressões daquelas, é que têm a primazia sobre as intenções práticas em geral. A questão a ser colocada, então, é se uma dada experiência, um dado fato ou ato no mundo da vida pode ser reconhecido ou não como sendo *de Direito*, como sendo possuidor do revestimento da juridicidade.

Afinal, o *dirigir-se ao Direito* não pode se dar partindo do pressuposto de que o Direito seria um *objeto de conhecimento*, que poderia ser conhecido, ou seja, com uma intenção de conhecimento, de verdade teórica, tal como os normativismos propuseram em uma linha analítica, para a qual a resposta à pergunta *o que é o Direito?* já está pré-determinada na própria pergunta. Ou, ainda, conforme outras propostas que pretenderam encontrar o Direito na realidade social, nas práticas, e, daí, o papel da sociologia ou mesmo da psicologia.⁸² A perspectiva aqui nesta segunda vertente seria empírico-explicativa, mantendo-se a ideia diretriz de que o Direito seria um *objeto*, um fenômeno a ser explicado. O ponto de partida é desde uma perspectiva macroscópica, ou seja, o Direito explicado desde as realidades. Não se ignora que o Direito como *projeto cultural* vem sendo construído como *obra humana*.⁸³ Todavia, tal *obra humana* possui uma linguagem própria, instituições e práticas que são assumidas como suas. Ocorre que todos os referidos

⁸² Arthur Kaufmann, nos idos de 1957, desde *Naturrecht und Geschichtlichkeit. Recht und Sittlichkeit*, já questionava se haveria que existir uma *pretensão de conhecimento do Direito*. KAUFMANN, A.. **Derecho, moral e historicidad**. Traducción de Emilio Eiranova Encinas. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000, p. 32. Kaufmann também ressalta que o Direito seria, antes de tudo, um *fator estável e privado da dimensão humana, sem por isso poder ter a pretensão de ser válido para todas as culturas*. Id.

⁸³ Como já apontado, a noção do Direito enquanto um *projeto cultural* foi extraída das formulações de José Manuel Aroso Linhares. Para um texto onde se pode conferir a referida construção: LINHARES, J. M. A.. *Law's Cultural...* Especialmente o subitem 3.

recursos são relativamente contingentes, daí as referidas propostas do cognitivismo empírico entenderem que falar de Direito não pode ser entendido como falar de um *objeto necessário*, pois tudo poderia ser pensado diferentemente para se produzir outros efeitos. O Direito, assim, seria o que as decisões contingentes determinassem que o Direito fosse. A pergunta *o que é o Direito?* não faria aqui mais sentido. A pergunta seria, agora, dirigida ao como se organizar os recursos para se alcançar determinados efeitos sociais. Os recursos seriam mobilizados para se tornarem mais produtivos. Tratam-se de perspectivas marcadas pela instrumentalidade do Direito, pela busca de modelos de eficácia e de eficiência. O Direito não possuiria intenções próprias. Daí que a pergunta seria *para que serve o Direito?*⁸⁴

A proposta de Maihofer, contudo, ao reconhecer as *limitações naturais* das racionalizações relativas à *natureza das coisas*, não deixa de reconhecer, também, que a mesma se trataria de um *método de argumentação jurídica*, um *método de explicação e justificação* do Direito em relação à matéria social.⁸⁵ Trata-se, assim, do reconhecimento de que por detrás de sua visão da noção de *natureza das coisas* está uma intenção teórico-explicativa específica, que busca, desde tal perspectiva, uma justificação para o Direito no que se refere à realidade social. A intenção, ao

⁸⁴ Para uma análise crítica dos referenciais da *eficácia* e da *eficiência*, ambos objetivos pensados dentro dos *princípios-ponte*, que se encarregariam da ligação entre as *proposições normativas* e as *proposições não-normativas*, no modelo da social engenharia, tal como desenvolvido por Hans Albert, estando o objetivo da *eficácia* situado num plano de universabilidade e dentro do princípio-ponte da *explicabilidade*, traduzindo-se em uma verificação da possibilidade de os recursos mobilizados pelo legislador serem ou não efetivamente aptos em alcançar o fim originariamente pretendido, daí a ideia de *eficácia*, e situando-se a *eficiência*, agora já num plano concreto, partindo das circunstâncias específicas da ordem jurídica e da sociedade onde a medida ditada pela proposição com pretensão normativa seria aplicada, e aqui já dentro do princípio-ponte da *realizabilidade*, ou seja, onde o que se busca é verificar a *viabilidade* de uma dada propositura legislativa, em termos de uma antecipação maximizadora da tática e daí a ideia de *eficiência*: LINHARES, J. M. A.. **Is Law's practical-cultural Project condemned to fail the Test of "contextual congruence"?** A Dialogue with Hans Albert's social Engineering. Coimbra, 2011. (mimeo), especialmente às pp. 04-05. O referido estudo serviu de base para a apresentação do Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares no 25º Weltkongress der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, realizado em Frankfurt am Main, entre 15 e 20 de agosto de 2011. Conforme Aroso Linhares observa, as "... categories and formulations (such as efficacy and efficiency, strategy and tactics), which are not certainly by Albert, whose possibilities Castanheira Neves however eloquently mobilizes when he reconstitutes (and criticizes) legal pragmatic (material) functionalism(s) ..." Ibid. p. 04, nota de rodapé nº 07. Para o texto de Castanheira Neves, onde são desenvolvidas as referidas categorias: NEVES, A. C.. O funcionalismo jurídico. Em: NEVES, A. C.. **Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – Digesta** -. Volume 3º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 199 e ss. e pp. 224-242.

⁸⁵ MAIHOFFER, W.. Diritto e natura... p. 85.

que parece, volta-se antes de tudo para se procurar entender *o que é o Direito?*

Contudo, o que ora se defende é que o Direito é um *projeto humano-cultural*, com sentido específico, que tem a ver com a institucionalização de uma comunidade de sujeitos-pessoas, onde precisa haver uma reciprocidade entre *autonomia e responsabilidade*. A pergunta que haveria que ser efetuada quando se dirigisse ao Direito, desde tal perspectiva de cunho *jurisprudencialista*,⁸⁶ é *quais seriam as exigências de sentido/intenções que permitiriam dizer que certa resposta ao problema da vida em comum seria uma resposta 'de Direito'?* A distinção se relaciona aos *valores* que as ordens realizam, ou seja, o que, no plano das intenções, distinguiria o Direito das outras intenções. A pergunta, assim, está totalmente voltada para o horizonte de validade associado ao momento de realização; trata-se de uma validade associada às intenções *prático-normativas*, às intenções realizáveis quando da construção das respostas aos problemas; assim, a resposta teria que ser a realização de uma *validade comunitária*.

Desde tais reflexões, voltando-se à temática objeto da presente investigação, qual seja a da verificação da possibilidade da consideração, em termos jurídicos, de *expressividades comportamentais típicas* de pessoas dos mais variados povos e, em sendo possível tal tratamento pelo Direito, em que termos haveria que se conferir tal tratamento jurídico, é de se perceber que a perspectiva que se defende baseia-se na defesa de um Direito em sentido forte, com uma autonomia específica, realizável em termos *metodonomológicos* com o adequado grau de *justeza judicativo-decisória*, entendido, ainda, propriamente como uma dimensão da prática humana para as pessoas que o têm como o regulador da vida em comum e que, portanto, é orientado *transcendentemente* desde uma ordem de valores específicos, *construídos e atualizados historicamente*.

O que restaria saber seria em que termos poderia uma concepção do Direito, desde o referido viés, admitir comportamentos que, numa primeira análise e em casos extremos, poderiam se mostrar como absolutamente *contrários* até mesmo aos princípios mais fundamentais da referida ordem *comunitariamente fundada*. E é justamente a partir do confronto crítico-reflexivo com perspectivas

⁸⁶ No sentido aqui da proposta de António Castanheira Neves.

jurídicas que foram sendo construídas, sobretudo a partir do pós-Segunda Guerra, que se percebe mais facilmente os riscos de se cair em uma proposta que tenda a visualizar na noção de *natureza das coisas* uma justificativa, para não se dizer mesmo uma fundamentação para o próprio Direito. Isto porque a *forma de ser dos povos*, tal como a análise de alguns de seus elementos co-constitutivos mostrou, acaba por deixar refletir a ideia forte de que as *expressividades comportamentais típicas* de um povo fazem parte da própria essência constitutiva das pessoas que as expressam; tocam uma esfera das mais sublimes das referidas pessoas, tocam aquela *expressão última da subjetividade humana* e, portanto, não parece restar dúvida de que não se pode pretender responsabilizar alguém pela externalização dos referidos comportamentos, desde que, obviamente, tais pessoas não tenham passado por um período mínimo de enculturação. De outro lado, as intenções propriamente jurídicas – de um certo *direito* -, que não o de matriz europeia-ocidental, judaico-cristã e greco-romana, podem acabar por se diluírem nas próprias práticas, não guardando uma precisa correlação com o Direito. O desafio, portanto, está em como se chegar a uma resposta especificamente jurídica, desde tal Direito, desde sua específica matriz civilizacional, respeitando suas especificidades constitutivas e de realização, não o diluindo nas próprias práticas, sem, contudo, deixar de ser a impositiva necessidade de resposta uma afronta a princípios fundamentais da constituição desse próprio Direito.

Dando continuidade na análise crítico-reflexiva sobre a proposta derivada da noção de *natureza das coisas*, nos termos desenvolvidos por Maihofer, uma vez se admitindo que a ordem jurídica não passaria de uma *ordem ético-jurídica* tão somente enquanto uma *ordem humana*, fruto da objetivação de “... um certo modo de ser da existência em suas relações com o mundo”,⁸⁷ haveria que se questionar como seria possível pensar uma tal *objetividade* que vinculasse “... o jurídico enquanto expressão explicitamente normativa dessa ordem ...”⁸⁸ Isto porque um tal sentido não passaria do reconhecimento de uma projeção do *poder-ser existencial* do próprio homem, entendido como sua *natureza e fundamento*, vendo-se aí “... uma

⁸⁷ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito..., p. 782.

⁸⁸ Id.

<<natureza das coisas>> que transcenda, fundamente e vincule as prescrições normativas do direito ...”,⁸⁹ ou seja, a assunção de que a irreduzível subjetividade humana haveria que partilhar seu lugar cimeiro com “... uma dimensão de coexistência, uma dimensão social, um <<ser-com-outros>> ...”⁹⁰

Poder-se-ia alegar, ainda, que o que aqui se propõe não passaria de uma tentativa fracassada de tentar se vincular o Direito (e o valor) ao *ser*, “... em ordem a justificar a dedução do normativo e do seu dever ser a partir do ser, ou melhor, em ordem a pensar o *ser como fundamento do dever ser*.”⁹¹

Contrapondo-se à crítica de Alessandro Baratta sobre a proposta de Maihofer, que se trataria de um “... recurso ao operador kantiano do *imperativo categórico*, como suporte da componente axiológica da Natureza das Coisas.”,⁹²

⁸⁹ Id.

⁹⁰ Ibid. p. 783. Tudo para se concluir que, em razão da referida dimensão social do homem, “... uma das suas manifestações existenciais não poderia também deixar de traduzir a participação em certas estruturas institucionais, em dadas estruturas socialmente concretas e objectivas, expressões mesmas dessa coexistência. E teríamos encontrado aí, nessa dimensão heterónoma (objectiva) do ser hominal <<próprio>> um substratum objectivo, igual e fungível para cada um dos participantes (*típico*), a base para um <<direito natural institucional>>, que justamente resultaria do sentido ontológico-normativo de aquelas formas de coexistência, e assim da <<natureza das coisas>>.” Ibid. pp. 783-784.

⁹¹ Ibid. p. 761. Observações críticas essas às intenções das várias propostas que viram na ideia da *natureza das coisas* uma possível fundamentação para o Direito. A diferença que poderia se dizer entre as propostas que pretendiam fundamentar o Direito na ideia de *natureza das coisas* e aquelas derivadas da noção de Direito Natural residiria no fato de estas últimas circunscreverem “... imediatamente pelo <<*homem*>> (considerado autònomamente ou em si) o ser que releva para o direito, vindo assim a referir-se a uma <<natureza>> única – a <<natureza do homem>>, seja ela a natureza racional ou ideal, i. é., o *logos*, a *ratio*, ou a natureza existencial e naturalística, o seu ser volitivo e impulsivo-instintivo – para aí pretender encontrar o princípio único (ou fundamental) do jurídico ...”, ao passo que as propostas assentes na ideia de *natureza das coisas* procurarem “... antes o relevante na vária contextura que oferece o *mundo* humano em que decorre a <<vida prática>>, e por isso vem a pluralizar ou a <<pontualizar>> a <<natureza>> (que será o princípio normativo) através **dos diversos modos-de-ser que se manifestariam nas <<coisas>>**, nos dados ônticos e normativamente decisivos desse mundo. Com o que já vai indicado o que em ambos os pensamentos é, em geral, idêntico (a comunhão no mesmo tipo de fundamento) e o que [em] ambos também se distingue (o <<objecto>>, o modo de pensar e as consequências).” Ibid. pp. 761-762. (grifo nosso)

⁹² VASCONCELOS, P. P.. Op. cit. pp. 739-740. Nas palavras de Alessandro Baratta, “... Maihofer inserisce dall'esterno, nell'ontologia del diritto, il principio della sua normatività: la teoria ontológico-esistenziale della natura del fatto diventa <<diritto naturale concreto>> non per sua virtù, ma per questo elemento razionalistico che il Maihofer riprende da Kant. Il modo della ragionevolezza è il modo in cui l'io empirico libera il suo agire dalla particolarità delle sue inclinazioni per adeguarsi all'universale morale. Il dualismo tra l'io empirico e l'io noumenico si introduce nel terreno esistenziale ed ontologico, ad esso ben poco adeguato: in quanto il soggetto realizza l'essere-se-stesso, nell'essere-come; e non la particolarità del suo essere-se-stesso, ma la sua soggettività razionale <<in sè>>, e cioè l'universalità dell'io noumenico.” BARATTA, A.. *Natura del fatto e Diritto Naturale*. Em:

Pedro Pais de Vasconcelos observa que, ainda que se reconheça ser o *imperativo categórico* um *topos* tipicamente kantiano, a *regra de ouro* utilizada também por Maihofer já remontaria ao Sermão da Montanha e ao Segundo Mandamento e, assim, nada teria "... a ver com o criticismo e com o dualismo metodológico."⁹³ A redução da proposta de Maihofer a um *neokantismo*, portanto, não seria acertada para Pedro Pais de Vasconcelos, pois, na verdade, o que Maihofer teria feito é

Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, III Serie – XXXVI -, 1959, p. 211.

⁹³ VASCONCELOS, P. P.. Op. cit. p. 740. Ainda que se possa questionar sobre qual específico 2º Mandamento Pedro Pais de Vasconcelos esteja a se referir, pois há uma divergência de entendimentos da referida ordem para as religiões judaico-cristãs, supõe-se tratar-se do *Amarás o teu próximo como a ti mesmo*. É interessante notar que logo nas primeiras páginas de *De officio hominis et civis, juxta legem naturalem libri duo*, Pufendorf, procurando esclarecer o que competiria ao Direito Natural e à Teologia Moral, partindo da ideia da frágil natureza humana, pondera que não seria adequado pretender deduzir o Direito Natural de uma natureza íntegra do homem, pois o Direito Natural não se dirigiria para aonde a razão não pudesse alcançar, podendo-se ver mesmo que o Decálogo, enquanto expressado em frases negativas, pressuporia, manifestamente, a natureza corrupta do homem. Nas palavras de Pufendorf, "... en el primero precepto, [do Decálogo] en cuanto parece presuponer que el hombre es proclive a aceptar la idolatría y el politeísmo. En efecto, si se sitúa al hombre dotado aún de su naturaleza íntegra, en el que había un conocimiento nítido de Dios, y que además disfrutaba por así decir de una revelación familiar, no veo cómo se le pudiera ocurrir a una mente concebir algo semejante a sí, al que quisiera dar culto en el lugar del Dios verdadero, o junto con él, o creer que la divinidad habitaba en esa figura que él mismo había fabricado. Por tanto, **no necesitaba obedecer a frases negativas**, para no adorar a dioses ajenos, sino que le bastaba un precepto sencillo y afirmativo, amarás, honrarás y darás culto a Dios, a quien has conocido como creador de este universo y creador tuyo también. **Lo mismo resulta en cuanto al segundo precepto**. Pues ¿cómo con un precepto negativo se prohibiría blasfemar a Dios, a quien comprendía nítidamente la majestad y los beneficios de Él, y a quien no perturbaban los malos deseos, y cuyo espíritu se confiaba plácidamente en el estado que le había asignado Dios? ¿Cómo podía experimentar éste una locura tan grande? Más bien al contrario, sólo con el precepto afirmativo se le instaba a glorificar el nombre de Dios. De otra manera parece que hay que hablar del tercer y del cuarto precepto; éstos, como son afirmativos y no presuponen necesariamente la naturaleza corrupta, pueden encontrar su lugar en ambos estados. **Pero respecto de los demás preceptos que se refieren al prójimo, la situación es de igual forma muy clara**. Pues al hombre tal como al principio fue creado por Dios, le era suficiente haber aceptado sencillamente amar a su prójimo; a ello también por su naturaleza estaba inclinado. **Pero ¿cómo se le podía prescribir que no matara, cuando aún no había caído sobre el hombre la muerte, que por el pecado entró en el mundo?** Pero ahora es muy necesario un precepto negativo, cuando en el lugar del amor se introducen tantos ódios entre los hombres, que se da también campo abonado a ellos: quienes por mera envidia o ambición de poseer la fortuna de otro no dudan en arruinar a otros no sólo inocentes, sino incluso amigos y que habían actuado bien con ellos, y ciertamente no se ruborizan de disimular ese horrible y irracional impulso de su ánimo con el nombre de la conciencia. (...) las sociedades políticas que hay ahora no tuvieron su lugar en el estado de inocencia, tampoco allí hubo lugar para los preceptos que presuponen ese género de sociedades y el poder referidos a ellas." PUFENDORF, S.. **De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros**. Traducción y notas de María Asunción Sánchez Manzano y Salvador Rus Rufino. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 09 e p. 11. (Clásicos Políticos) (grifos nossos) Pufendorf continua procurando mostrar, com a análise dos demais mandamentos do Decálogo, que o homem possui uma natureza imperfeita, corrupta. Ibid. pp. 10-11.

recepção a noção de *entia moralia*, de Pufendorf. Os tais *entia moralia* não se esgotariam no âmbito do *ser*, pois conteriam iminentes critérios de *dever ser*. Seria da referida axiologia, própria dos *entia moralia*, que Maihofer extrairia a base valorativa de sua proposta. Desta forma, a referência ao *imperativo categórico* e à *regra de ouro* deveria ser entendida à luz dos *entia moralia*.⁹⁴

Pode-se perceber que poderia ter sido extraída a referida conclusão de Pedro Pais de Vasconcelos no sentido de que os *entia moralia* de Pufendorf é que dariam a base axiológica à proposta de Maihofer quando este aponta que o homem apenas desejaria, apenas poderia exigir, com base em uma *constelação determinada*, dada sobre a realidade social, contendo interesses e expectativas que seriam contrapostos com as demais pessoas na vida cotidiana, ou seja, desde uma realidade dada antecipadamente ao homem, conforme aquela *determinação*.⁹⁵ Seria desde a intuição inteligente e razoável do homem que o mesmo poderia valorar sobre as coisas, ou seja, desde tal intuição que exsurgiria a exigência. Ocorre que o próprio Maihofer adverte que tal compreensão do sentido histórico do homem, nas suas relações com os outros homens, se exprimiria em uma dupla maneira: pela relação com a natureza das coisas particulares ou a ordem das coisas e por relação com as determinações gerais do homem, a *natureza* ou a *essência* do homem. Maihofer adverte, também, que se apoiaria sobre a *natureza particular* do homem, sobre o *ser objetivo do homem*, tal qual o mesmo se encontraria historicamente nas circunstâncias onde se realizaria seu *ser* enquanto *sujeito-objeto* determinado, a exemplo de um comprador ou locador, de um médico ou de um paciente, etc. Desde tais referências isoladas à *natureza concreta do homem* não se poderia, ainda, deduzir alguma ordem. Essa ordem adviria da análise das significações e dos valores de cada situação que se apareceria ao homem, das relações vitais (das relações jurídicas) ou conceitos vitais (conceitos jurídicos, a exemplo da *família*), com a constelação própria de interesses (condições de conservação e de desenvolvimento dos participantes) e aspirações, que determinariam os respectivos

⁹⁴ VASCONCELOS, P. P.. Op. cit. p. 740.

⁹⁵ MAIHOFER, W.. Le Droit naturel... p. 180. Seria aquela *existência concreta do ser* do homem no mundo, desde cada um dos papéis que são desempenhados na sociedade. Ibid. p. 184.

papéis desempenhados na vida em sociedade.⁹⁶ Daí porque Castanheira Neves observar que não seria por outra razão que a *natureza das coisas* procurada por Maihofer não seria “... a natureza de quaisquer entidades relevantes na realidade humana, mas só a das entidades culturais (*entia moralia*).”⁹⁷

A noção de *entia moralia*, no dizer de Cabral de Moncada, teria sido uma “... das duas coisas em que Pufendorf foi original ...”⁹⁸ Pufendorf abre sua obra *De jure naturae et gentium* com um capítulo intitulado *De origine et varietate entium moralium*, mostrando sua preocupação pela busca do *ser*.⁹⁹ No texto *De officio hominis et civis, juxta legem naturalem libri duo*, espécie de resumo das ideias de *De jure naturae et gentium*, visando produzir um texto mais acessível não somente aos estudantes mas também aos governantes, dado o período de conturbações que a Europa da época vinha superando,¹⁰⁰ Pufendorf, ainda que não faça uma menção direta e específica aos *entia moralia*, como na obra originária *De jure naturae et gentium*, não deixa de expor sobre a referida noção.¹⁰¹

⁹⁶ Ibid. pp. 180-181. “Cela exige que l’homme ne satisfasse point seulement à la *nature particulière* des circonstances dans lesquelles il se réalise en tant que *personnage détermine* (juge, médecin, frère, époux, acheteur ou locataire), en tant qu’être que nous avons nommé *l’être en tant que ...* (Alsein), mais qu’il corresponde en même temps au lieu de la contredire à sa *vocation universelle* en tant qu’*homme en general et en tant que soi-même*.” Ibid. p. 183.

⁹⁷ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 829. (nota de rodapé n° 199)

⁹⁸ MONCADA, L. C.. **Filosofia do Direito e do Estado**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 187. (I- Parte Histórica)

⁹⁹ Para a observação: Id. (nota de rodapé n° I) Todo o Primeiro Livro da referida obra de 1672 teria sido dedicado à teoria das formas do *ser moral*. Pufendorf teria se baseado nas formulações de seu Mestre, Erhard Weigel, seu Professor em Jena, para construir a sua primeira teoria da peculiaridade do mundo espiritual/moral, sem interferência do mundo físico. Pela primeira vez, no dizer de Hans Welzel, teriam sido expostas as estruturas essenciais dos conteúdos do mundo da cultura em contraposição à existência natural – o Direito teria se convertido nas mãos de Pufendorf no Direito da cultura e no conjunto das normas que obrigariam o homem, ao cultivar sua natureza biológica, visar a superação do *naturalis incultus*. WELZEL, H.. **Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material**. 2ª edición. Primera reimpresión. Traducción de Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar S. A. de Ediciones, 1974, pp. 175-176. (Biblioteca Jurídica)

¹⁰⁰ O referido texto foi produzido em 1673, sendo que em 1648 tinha sido assinado o Tratado de Westfalia, instaurando-se um novo ambiente de diversidade e tolerância na Europa. Para a referida observação: RUFINO, S. R.. Apresentação à seguinte obra: PUFENDORF, S.. *De los deberes...* p. XXX. (Clásicos Políticos) Para a menção ao objetivo e público da referida obra: Ibid. pp. XXXIV-XXXV. Para as datas das publicações das obras de Pufendorf, ver a sinopse biográfica do mesmo: Ibid. pp. XII-XVI.

¹⁰¹ A análise dos três primeiros capítulos da referida obra deixa isto evidenciado. Ibid. pp. 17-38, especialmente à p. 37, Pufendorf fala daqueles *princípios comuns* que estariam marcados no espírito humano e que seriam angariados pelo ser humano desde o nascimento.

Pufendorf definiu os *entes morais*¹⁰² como “... certos ‘modos’ que os seres inteligentes atribuiriam às coisas naturais ou aos movimentos físicos, visando dirigir e restringir a liberdade das ações voluntárias do homem, e para colocar qualquer ordem, qualquer conveniência, e qualquer beleza, na vida humana.”¹⁰³ Pufendorf justifica que a sua apelação à categoria *entes morais* decorreria do fato de que os mesmos regulariam os costumes e as ações do homem, para atribuir ao ser humano uma característica totalmente diferente da simplicidade grosseira e da insubordinação dos animais brutos.¹⁰⁴

O que causa certa estranheza na defesa da proposta de Maihofer que Pedro Pais de Vasconcelos aponta, no sentido de que a base valorativa do estudo daquele decorreria da noção de *entia moralia*,¹⁰⁵ é o fato de Pufendorf negar que o substrato que sustentaria a noção de *entes morais* seria decorrente de um princípio interno da *substância das coisas*. Para Pufendorf, a melhor maneira de explicar como os *seres morais* são formados seria através do termo *impositio*.¹⁰⁶ Os *entes morais* seriam ligados pela vontade de seres inteligentes às coisas, seriam *impostos* às coisas, devendo a sua existência unicamente à determinação de seres livres.¹⁰⁷

¹⁰² Na tradução de Jean Barbeyrac o mesmo utilizou *Etres Moraux*, que se aproximaria, na língua portuguesa, à *seres morais*. BARBEYRAC, J.. Tradução à seguinte obra: PUFENDORF, S.. **Le Droit de la Nature et des Gens ou Systeme General des Principes les plus importants de la Morale, de Jurisprudence, et de la Politique**. Traduit Du latin par Jean Barbeyrac. Tome Premier. A Basle: Chez Emanuel Thourneisen, MDCCLXXI, p. 01 e ss. O título do Capítulo I ficou com a seguinte tradução ao francês: *De l'origine des Etres Moraux, et de leurs différentes sortes en général*. O confronto com outras traduções e estudos efetuados sugere a adoção da expressão *entes morais*, pois em latim, a expressão originariamente utilizada por Pufendorf foi *entia moralia*.

¹⁰³ PUFENDORF, S.. **Le Droit de la Nature et des Gens ou Systeme General des Principes les plus importants de la Morale, de Jurisprudence, et de la Politique**. Traduit Du latin par Jean Barbeyrac. Tome Premier. A Basle: Chez Emanuel Thourneisen, MDCCLXXI, p. 03. (tradução livre)

¹⁰⁴ Id.

¹⁰⁵ VASCONCELOS, P. P.. Op. cit., p. 740.

¹⁰⁶ PUFENDORF, S.. Le Droit de la Nature... p. 04. Jean de Barbeyrac valeu-se do termo francês *Institution* para traduzir a palavra latina *Impositio*, justificando que o sentido de *Impositio* seria de tudo aquilo que fosse inventado e estabilizado, por oposição àquilo que adviria da natureza. A ideia que Pufendorf quis passar seria de que as *coisas morais* existiriam por *imposição* e não por elas mesmas ou pela sua natureza. Id. (nota de rodapé n° 2) Barbeyrac explica, ainda, que os *entes morais* seriam adicionados ao próprio homem no momento da criação, como *obrigações naturais*; os *entes morais* emanariam originariamente da determinação e da vontade do Criador. Ibid. (nota de rodapé n° 3) O homem, contudo, teria a *vontade* livre para direcionar seu agir, daí os diferentes rumos que poderia dar à sua vida. É o que se pode extrair das explicações de Barbeyrac na nota de rodapé seguinte. Ibid. pp. 04-05. (nota de rodapé n° 4)

¹⁰⁷ Ibid. p. 04.

Os *entia moralia* teriam por finalidade última a *perfeição da vida humana*, ao contrário dos *entia physica*, que visariam a perfeição do universo. O pressuposto dos *entia moralia* seria a liberdade da vontade humana.¹⁰⁸ Os *entia moralia* seriam os modos de ser morais, orientados por *valores éticos*. Ao contrário dos *entia physica*, que possuiriam um curso uniforme de se manifestar, os *entia moralia* moveriam-se nas mais variadas direções – ideia da *multiformidade da moral* -, daí a necessidade de um enquadramento, desde leis, para tais direcionamentos múltiplos, pois a admissão dos mesmos implicaria uma confusão.¹⁰⁹

Os *entia moralia* seriam fundados a partir da categoria de *modo* ou *modus essendi*.¹¹⁰ Seriam “... os particulares modos de ser acrescentados às coisas e movimentos físicos pelos seres inteligentes, com o fim de dirigir e temperar a liberdade dos actos humanos voluntários e imprimir na vida humana uma certa ordem e um certo decoro.”¹¹¹ Na leitura de Cabral de Moncada, pode-se perceber que o acento sobre o indivíduo que Pufendorf proclama não deixa de transparecer, no fundo, um certo totalitarismo, pois entendeu existir *entes morais* com fins distintos dos fins dos indivíduos, ou seja, uma “... <<volunté générale>> transcendendo a

¹⁰⁸ Nas palavras de Pufendorf, “Al igual que el hombre se considera sobre todo <<autor de sus acciones>> con esta denominación porque él las realiza voluntariamente, así en cuanto a la voluntad se debe observar en primer lugar que hay que afirmar su espontaneidad, en todo caso al menos en aquellas acciones de las cuales se suele exigir razón por parte del hombre en el foro humano. En caso contrario, si no se le concede al hombre claramente nada de espontaneidad, entonces quien determina esa condición se tomará por autor de la acción, a la cual el hombre, forzado, presa su capacidad física y recursos.” PUFENDORF, S.. De los deberes... p. 20. (Clásicos Políticos) Pufendorf explica que vários seriam os fatores que atuavam na inclinação da vontade humana. Desde fatores de ordem natural, como o clima, o ambiente, o solo, a fatores de ordem física, como da geração a que pertenceria a pessoa, a idade, a conformação dos órgãos de que a mente se serviria, a alimentação, a saúde, bem como fatores de ordem cultural, como o nível de estudos da pessoa, os costumes, aqui justificando-se as ações reiteradas. Ibid. pp.20-21.

¹⁰⁹ WELZEL, H.. Op. cit. p. 176.

¹¹⁰ PUFENDORF, S.. Le Droit de la Nature... p. 03.

¹¹¹ MONCADA, L. C.. Op. cit. p. 187. “Estes seres modais, porém, como a <<forma>> aristotélica, não são substanciais; não subsistem por si; só podem existir nelas (*ens in alio*) e imprimir-lhes uma certa razão que elas antes não tinham. E assim como os seres físicos se originam por meio de um acto de <<criação>>, estes <<seres morais>> originam-se por meio de um acto que ele chamava de <<imposição>>. Ora a sociedade civil, o Estado, e a sua soberania, (...) não são mais do que verdadeiros <<entes morais>> neste último sentido. Pufendorf teria sido assim, porventura, **o primeiro a construir uma Ontologia das coisas políticas, e a achar uma categoria ou dimensão ôntica apropriada para as situar, em oposição à região do mundo puramente sensível.** (...) Há, assim, qualquer coisa na essência do social, **qualquer coisa de ontológico, de transpessoal, que, segundo Pufendorf, ultrapassa o indivíduo, que se lhe vem juntar, embora ele não saiba explicá-lo nem defini-lo.**” Ibid. pp. 187-188 e p. 194. (grifos nossos)

simples vontade das maiorias e de uma ordem universal de que fariam parte os destinos humanos na sociedade e na história.”¹¹²

Ademais, sobre a tese do *bem e do mal*, tal como vinda da tradição tomista, segundo a qual *bem e mal* seriam entidades existentes *em si* e, assim, que certas ações seriam boas ou más em si mesmas, *por suas naturezas*, a mesma é refutada por Pufendorf, que entendia que dizer que uma dada ação, como a de *roubar*, seria *má por natureza*, não passaria de uma *pura afirmação* que se apresentaria como evidência racional, mas que, de outro lado, ainda careceria dos trabalhos probatórios, ou seja, o trabalho começaria quando se iniciasse a busca das razões pelas quais uma conduta haveria que ser considerada boa ou má.¹¹³ Ocorre que ao buscar um *conceito empírico geral* para sustentar um Direito Natural geral, Pufendorf acaba por encontrar, justamente na ideia de *natureza das coisas e do homem*, o fundamento em aparente contradição.¹¹⁴

Para além disso, a correspondência que Pedro Pais de Vasconcelos encontra entre os *entia moralia*, sobre os quais se assentaria a proposta de Maihofer, com a noção de *normatividade jurídico-culturalmente vigente*, de Castanheira Neves, não guarda sentido.¹¹⁵ Ainda que se possa reconhecer a *base fático-fenomenológica* em que se fundaria o pensamento normativo da *natureza da coisa*, com a advertência de que não se “... pretenda traduzir-se objectivamente e renuncie a fundamentos simplesmente especulativos, frutos de aleatórias <<construções>> metafísicas que pertencem já ao passado.”,¹¹⁶ não se pode negar

¹¹² Ibid. p. 195. “Sente-se como a latejar, já aí, dentro duma filosofia da história, uma hipostasiação do social.” Id. Percebe-se certa diferença entre tal posição de Cabral de Moncada, se comparada a de Hans Welzel. Para Welzel a crítica de *indiferentismo* que se fez à Pufendorf, em razão de uma negação absoluta de um valor objetivo, fazendo depender toda diferença axiológica da determinação arbitrária por parte de uma *vontade superior*, era desacertada, pois para Pufendorf havia uma indiferença axiológica nos elementos físicos. WELZEL, H.. Op. cit. p. 178. O próprio Pufendorf alerta em *De officio hominis et civis, juxta legem naturalem libri duo* sobre a *instituição humana* que seria sustentada por um *pacto geral*. PUFENDORF, S.. De los deberes... p. 72. (Clásicos Políticos)

¹¹³ WELZEL, H.. Op. cit. p. 183. Para Pufendorf, quem apelasse ao *em si*, acreditaria não ter que aportar mais nenhuma prova, senão que decretaria simplesmente que haveria que se contentar com aquilo. Id.

¹¹⁴ É na noção de *imbecilias*, enquanto o desamparo do homem entregue a si mesmo, que Pufendorf encontra a ideia mais expressiva da natureza humana. Ibid. p. 185.

¹¹⁵ VASCONCELOS, P. P.. Op. cit. pp. 740-742.

¹¹⁶ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 826.

que o nível de atuação em que os *entia moralia* operam é ainda *pré-reflexivo* e, assim, mesmo que consistente naquilo que fundaria a *normatividade jurídico-culturalmente vigente*, com esta não se confunde.¹¹⁷ Afinal, os conteúdos que as situações fáticas objetivam nem sempre são aqueles conteúdos que se perfizeram desde algo que os transcende e os orienta, sendo, ao mesmo tempo, orientados pelas referidas situações fáticas.¹¹⁸ O que ainda falta em um nível puramente sociológico/*pré-reflexivo* é o momento em que as intenções jurídicas se irradiam sobre as práticas condicionando-as, sendo intrinsecamente constitutivo de tal momento a própria irradiação conteudística que as práticas se encarregam de lançar sobre as intenções jurídicas. Aquele momento de irradiação das intenções jurídicas se autonomiza, intencionalmente, das próprias práticas, daí diferenciando-se dos *entia moralia* de Pufendorf. Como bem observou Welzel, ao explicar os *entia moralia*, há a necessidade de um *enquadramento, desde leis dos vários direcionamentos morais* que as situações fáticas/realidade vão criando.¹¹⁹

É precisamente desde a *diferença de velocidades* que existe entre as mutações sociais e o Direito especificamente que se pode perceber a especificidade do jurídico em ação. Se é verdade que as próprias práticas vão *reinventando* os

¹¹⁷ Para um detalhamento do nível *pré-reflexivo*, como sendo aquele derivado da própria *espontaneidade normativa* que as pessoas em geral possuem, e sobre a qual não poderia o pensamento jurídico confiar a fundamentação da validade jurídica: Ibid. pp. 834-835.

¹¹⁸ Ibid. pp. 826-827. A *normatividade jurídico-culturalmente vigente* seria "... espontânea e historicamente assumida, geralmente reconhecida ou eficazmente imposta, não importa) [vindo] sempre a realizar-se segundo formas de organização social que, ao lograrem (ou no modo como logram) objectivar-se em <<instituições>>, adquirem o carácter de entidades objectivas de sentido normativo no mundo socio-cultural em que surgem, e como tais passam a integrar o património cultural e a realidade social de uma certa comunidade numa certa época." Ibid. p. 824. O outro tipo de *fenômeno sociológico-normativo* ou *realidade normativo-cultural* seria a *consciência jurídica social*, encontrada "... em situações socialmente tipificadas (em situações que se vão socialmente tipificando) e que, no contexto ético-cultural comunitário, são por eles vividas com a convicção espontânea de uma correlativa normatividade – a normatividade que se traduz sempre pela referência a essas situações, socialmente características, daquele tipo de conduta tida em geral pela reacção <<socialmente adequada>> (o mesmo é dizer: <<natural>>, <<razoável>>) perante tais situações -; e de tal modo que se pode dizer, com base nessa vivência fenomenologicamente unitária da <<experiência da vida>>, que a situação implica sem mais (como que já em si) um critério de conduta – é isto um facto que a sociologia comprova, um <<dado sociológico>> que não é lícito ignorar-se. (...) Nestes termos é decerto válido referirmo-nos a uma normatividade e juridicidade <<fática>> para significar uma juridicidade que vai associada imediatamente, no âmbito de uma comum experiência social, à facticidade típica de certas situações, que lhes vai associada sem a dependência de um quadro normativo previamente traçado que houvesse de projectar-se, através de uma aplicação intencional, nessas situações." Ibid. pp. 822-823.

¹¹⁹ WELZEL, H.. Op. cit. p. 176.

conteúdos jurídicos, também é verdade que isso somente se perfaz em uma *velocidade* muito menor do que aquela que a irradiação conteudística das práticas propicia.¹²⁰

Também se pode perceber a distinção entre a tentativa de aproximação da noção de *entia moralia*, de Pufendorf, tal como propõe Pais de Vasconcelos, e a ideia de *normatividade jurídico-culturalmente vigente*, de Castanheira Neves, desde a diferenciação que existe entre as *avaliações* que são efetuadas e os *objetos de avaliação*, as *situações fáticas* em si. A situação fática não se encontra no mesmo plano da *avaliação* que sobre ela é lançada. O ato de *avaliação/valoração* implica para a *situação fática* algo que a transcende numa *validade/juridicidade*. Também aqui, neste momento avaliativo, se podem perceber as diferenças das perspectivas, pois é da referida *validade/juridicidade* que se pretende erigir racionalmente um *critério normativo explícito* e não propriamente da situação fática em si.¹²¹

O ponto nevrálgico residiria justamente no fato de as realidades objetivadas, tal a noção da *natureza das coisas* sugere, poderem apresentar excessos quanto aos próprios conteúdos objetivados e a admissibilidade dos mesmos enquanto fator da própria *mutabilidade/evolução* da realidade. Tais excessos é que irradiariam o sentido sobre as realidades objetivadas e não aquelas que poderiam obter de tais excessos o sentido, pois que os mesmos, uma vez sendo

¹²⁰ Não foi outro o pano de fundo das preocupações do Prof. Dr. Mário Alberto Pedrosa dos Reis Marques quando procurou pontuar a necessidade de uma *equacionalização* entre as discrepâncias que a velocidade das práticas e a do Direito apresentam. MARQUES, M. A. P. R.. Tempo, movimento, velocidade, aceleração: a caminho de um Direito gestor? Em: ALVES, J. L.; DIAS, A. S.; D'ALMEIDA, L. D.; MENDES, P. S.; RAPOSO, J. A.. (Orgs.) ***Liber amicorum de José de Sousa e Brito: estudos de direito e filosofia***. Coimbra: Edições Almedina, AS, 2009, pp. 411-424. (Estudos de homenagem)

¹²¹ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 828. “Queremos dizer que já quando se afirma deduzir-se um critério jurídico da <<natureza das coisas>>, o fundamento dessa dedução não vai verdadeiramente referido a algo que à <<coisa>> pertencesse em si e por si, com necessidade ontológica e portanto independentemente do transcender-se a própria coisa por uma intenção de validade – tal como pretende insinuar a expressão <<natureza>> -, mas vai sim referido à validade de juridicidade postulada intencionalmente na <<coisa>>: o jurídico só se <<deduz>> da pressuposta validade da coisa, de uma já sua pressuposta juridicidade.” Ibid. pp. 828-829. Daí Castanheira Neves falar do *ato concretamente constituinte*, que daria sentido à *realização normativa concreta de carácter constitutivo*, pois “... o critério prévio não pré-determina em absoluto a decisão ou solução concreta, pois nesta concorre com autonomia o constitutivo do acto (e do agente) da decisão concreta, e terá de admitir toda a variabilidade de concretização material que essa mediação implica.” NEVES, A. C.. **O instituto dos <<assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 40.

excessos/algo novo, guardariam uma autonomia em relação às próprias realidades objetivadas. Nem os excessos poderiam ser deduzidos da realidade objetivada, pois assim o fosse se estaria negando a própria *novidade* na qual os mesmos se constituiriam, nem a autonomia dos mesmos poderia ser negada, como, em ambos os sentidos, teria a ideia de *natureza das coisas* proposto. Daí que tentar extrair o fundamento da juridicidade das *objetivações culturais históricas* ser desacertado. Seria justamente naquela *autonomia de fundamentação* que a juridicidade, num exercício contínuo de transcendência das realidades objetivadas, conseguiria "... assumir em si a historicidade e se reve[laria] capaz, por isso mesmo, de dar fundamento de validade às realizações históricas sem lhes negar esse mesmo carácter histórico."¹²² Isto porque o *espírito* não seria somente a capacidade de objetivação, antes, a *capacidade constitutiva de seu mundo* que, ao historicizar-se nos processos de objetivação permite perceber as contingências de tais realidades objetivadas, necessitando dar espaço à "... afirmação do fundamento da sua validade quando iluminadas pelas autônomas intenções do Espírito que as constituem e lhe são constitutivas."¹²³

¹²² NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 831. Sentido esse, em certa medida, também observado por Enrico Opocher, para quem a Filosofia do Direito não poderia ignorar que à ciência jurídica é confiada, em substância, a constituição do seu próprio objeto. Cf. OPOCHER, E.. Op. cit. p. 514.

¹²³ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 831. Fazendo um balanço da visita de Kelsen a Buenos Aires, entre 05 e 25 de agosto de 1949, Carlos Cossio, ao explicar o desenvolvimento da tese egológica a Kelsen, em 12 e 14 de agosto daquele ano, pondera que a Teoria Egológica por ele desenvolvida partiria de uma fenomenologia existencial da cultura. Esta, por sua vez, seria tudo o que faria o homem, atuando segundo valorações. Cossio entenderia que a ideia de *vida humana plenaria* abarcaria tanto o produto da obra humana quanto os atos em si que distinguiriam o homem dos demais animais. O referido *dualismo* se unificaria como *vida humana plenaria*, em oposição à *vida biológica*, caso não fosse bem projetado o problema da cultura no plano existencial, ou seja, desde uma fenomenologia existencial da cultura. *Cultura*, desta forma, uma vez compreendida em suas *duas metades*, seria sinônimo de *vida humana plenaria*. Daí Cossio afirmar que "Así, el sentido que tenga una estatua, que es el ser de ella, es tan del hombre plenario como el que tenga un robo o la guardia de un boxeador. Por lo demás, la vida humana plenaria será llamada vida biográfica, vida histórica, vida social, vida artística, vida jurídica, vida religiosa, e incluso estilo romántico, estilo dórico, etc., según el acento que se quiera destacar con estas formas elípticas del decir." A *vida plenaria*, assim, se oporia à *vida biológica*; seria entendida como *cultura*, desde a compreensão de "**... su íntima unificación (...) [de] los dos aspectos de la cultura: el que como vida plenaria objetivada consta de los productos del hacer humano, que quedan subsistiendo con autonomía óptica respecto de su hacedor (objetos mundanales), y el que como vida plenaria viviente consta de los quehaceres actualizados inseparables de su hacedor (objetos egológicos)**". Es claro que, **una vez colocados en uno o outro ámbito, la elipsis gramatical nos autoriza a hablar simplemente de vida plenaria en ambas hipótesis, de la misma manera que no acarrea confusión si decimos simplemente vida objetivada y vida viviente.**" COSSIO, C..

No entendimento de Cossio, haveria uma peculiaridade dos objetos culturais que, sendo também, tal como os objetos naturais, *inquestionavelmente reais*, possuiriam uma *estrutura essencial*, que consistiria de um *substrato perceptível* e de um *sentido espiritual*, ambos *indissoluvelmente compenetrados em uma estrutura dialética*. Neste sentido, o referido *substrato perceptível* seria compreendido desde seu *sentido* e esse *sentido* desde seu *substrato*. Isto se daria desde a interpretação, a partir da exteriorização perceptível do substrato ao sentido imanente que o vivificaria com a ideia de *vida plenaria*.¹²⁴

Ainda poderia se objetar à similitude de posições proposta por Pais de Vasconcelos entre as construções de Pufendorf sobre os *entia moralia* e as de Castanheira Neves sobre a *normatividade jurídico-culturalmente vigente* o fato de as exigências que ao pensamento jurídico se impõem se tratarem de uma análise justamente *crítica e refundamentante* dos próprios conteúdos jurídicos socialmente oferecidos pela realidade, atendo-se à estrutura e validade dos referidos conteúdos,

Teoría egológica y Teoría Pura. (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina) Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 206 e p. 207. (Mundo Hispanico) (grifo nosso) O *sentido*, assim, uma vez criado sobre algo, não se objetivaria no mundo desvinculado do homem, fora do homem, "... como un conjunto de pensamientos cristalizados, que pueden ser repensados por cada uno de nosotros ...", como entendera Luis Recaséns Siches, antes, o *sentido* seria sempre *re-criado* pelo homem quando o mesmo o *reviveria*. A existência dos sentidos culturais seria a existência das vivências mesmas. O homem não poderia ser eliminado do seio dos objetos culturais, daí Cossio falar que a distinção entre uma *vida humana objetivada* e uma *vida humana viviente* seria uma distinção do cultural "... tendiente a deslindar una región específica." A cultura não seria um "... producto separable que pueda quedar ya hecho, ahí afuera. La cultura, como la vida, está permanentemente haciéndose. Ni siquiera en pleno los objetos mundanales pueden quedar ya hechos, ahí afuera. Sólo los substratos de los objetos mundanales pueden correr esta suerte." Para as citações de Cossio: COSSIO, C.. **Teoría de la verdad jurídica**. Ensayo preliminar de Eduardo Héctor Méndez. Buenos Aires: Librería el Foro, 2007, p. 81 e p. 80. (Colección Clássicos del Derecho) Cossio vale-se para suas críticas a Siches, sobretudo, do seguinte texto do filósofo espanhol: SICHES, L. R.. **Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho**. Tercera edición. Mexico: Editorial Porrúa, S.A., 1952, especialmente desde o Capítulo Primero, intitulado *El universo, la vida humana, la sociedad y el Derecho*, às pp. 17-150.

¹²⁴ COSSIO, C.. Teoría egológica... p. 208. "El sentido de un objeto cultural no es el efecto psicológico que casualmente nos producen esos fragmentos de la Naturaleza que son su substrato, aunque eso también le toque ser -: sustrato y sentido están en una relación de compenetración que se capta en ese acto gnoseológico primario que es la comprensión. Por eso la Teoría Egológica no dice que los objetos culturales *tienen* un sentido, cual si existieran objetos naturales a los que les llega desde fuera el añadido de un sentido sustante que no se podría ser independientemente. La Teoría Egológica dice que los objetos culturales *son* sendos sentidos; su ser es un ser en un sentido, es decir, su ser consiste en existir: se trata de sentidos existentes y ex-sistentes cual es la entidad de la vida plenaria en general." Id.

e não às simples objetivações derivadas das situações fáticas.¹²⁵

A correção que talvez pudesse ser efetuada na perspectiva de Pais de Vasconcelos seria no sentido de que os *entia moralia*, de Pufendorf, poderiam até ser admissíveis em concepções, senão do Direito, mas da regulação da vida em comunidade, que admitissem que simples práticas reiteradas, *expressividades comportamentais típicas*, tal como ocorre com a *forma de ser dos povos*, para comunidades possuidoras de um direito de matriz não europeia-ocidental, o que, não se pode esquecer, se constituiria numa diluição do plano estritamente jurídico em um *continuum prático*. Não se pode negar que tais modelos de regulação da vida em comunidade não só existem, mas *co-existem* com modelos assentes na aludida matriz europeia-ocidental. O desafio está, justamente, em encontrar uma saída para os problemas de ordem prática decorrentes dos (des)encontros das diferenças, desde as especificidades da referida concepção de Direito, sobretudo quando se vê confrontada com outras concepções da regulação da vida em comum.

Desde já se pode perceber que tentativas de mensurações valorativas em tais situações seriam de todo desacertadas; falhariam mesmo ao nível de justeza judicativo-decisória, pois não se poderia admitir o que é apenas um recorte intencional-axiológico conteudístico da realidade em confronto com algo que é tido como o *todo* da realidade enquanto a intenção e sentido da própria ordenação da vida de uma dada comunidade, de um dado povo. Falta, portanto, um critério eminentemente jurídico capaz de atender às exigências impostas pela própria dialética *sistema X problema*, ou seja, um critério que corresponda ou a um *direito* ou a um *dever jurídico*.

¹²⁵ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 835. “Não só para assim trazer ao nível reflexivo o que começou por ser pré-reflexivo, mas sobretudo porque só desse modo, fazendo temática a constituição do jurídico, poderá orientar criticamente a vida jurídica e considerar a autêntica validade do direito que concretamente se realiza. Demitir-se-ia o pensamento jurídico da sua verdadeira vocação se renunciasse a ser em todos os planos a autónoma consciência crítica da juridicidade e se se abandonasse às formas de irracionalismo e misticismo jurídicos que se cobrem com as designações de <<direito da vida>>, direito emergente da <<natureza das coisas>>, etc. E se é falsa, não é também menos perigosa a convicção de que o direito se encontra <<já feito>>, seja na lei ou na natureza, na vida ou nas coisas, e susceptível, assim, tão-só de uma aceitação passiva e conformada, pois é isso o fatalismo do <<estado de facto>>, a homologação das injustiças estabelecidas – e homologação em nome do direito, o que sobretudo é grave -, esquecendo que o direito é uma tarefa e um problema humano, o problema da sua humanização e dignificação libertadora num contínuo esforço de crítica axiológica.” Id.

2. A PERSPECTIVA DE GUSTAV RADBRUCH SOBRE A NATUREZA DAS COISAS.

As objeções aos rumos tomados no presente estudo no sentido de que *expressividades comportamentais típicas* das pessoas haveriam que ser respeitadas, mesmo que externalizadas em territórios que considerassem uma ordem de valores incompatível com os valores orientadores dos referidos comportamentos, também pode receber uma análise crítica em outro viés. Poder-se-ia alegar, como já brevemente se observou, que o estudo pretende extrair uma base valorativa orientadora de um Direito de matriz europeia-ocidental, judaico-cristã e greco-romana exclusivamente a partir das próprias práticas, diluindo-se o Direito em um *continuum* prático e, portanto, esmaecendo as especificidades constitutivas dessa dimensão prática do homem construída e reinventada historicamente desde um modelo civilizacional específico. É nesse sentido que a proposta de reabilitação do pensamento sobre a *natureza das coisas*, tal como foi desenvolvida por Gustav Radbruch, pode ser proveitosa no sentido de mostrar que também em relação a tal pensamento o que ora se propõe não se confunde, pois tal proposta de Radbruch, em termos prático-operatórios, acaba por se converter em um regresso a derivações de um *legalismo*, não se afastando, também, do intuito inicial de conciliar *realidade e valor, ser e dever ser*, ou seja, da não superação do binômio *conceito de Direito e ideia de Direito*, que é perceptível até os últimos escritos do autor.¹²⁶

¹²⁶ *Binômio* esse desenvolvido por autores da *Allgemeine Rechtslehre* alemã e, sobretudo por Rudolf Stammler, tendo sido mantido por culturalistas, como Radbruch. Nas palavras de Radbruch, “El *concepto del Derecho* es a la *Idea del Derecho* lo que el ser al deber ser.” RADBRUCH, G.. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. 8ª reimpresión. Traducción de Wenceslao Roces. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 46. (Filosofía del Derecho – 42) Para a referida dicotomia uma coisa seria o Direito, o *discurso vigente*, aquilo que efetivamente o Direito seria, para o que se trataria de um problema do *conceito de Direito*. De outro lado, aquilo que o Direito *deveria ser* seria um problema atinente à própria *ideia de Direito* e, assim, afeto à Filosofia do Direito. A referida separação acabou sendo cultivada em compartimentos estanques, convertendo-se em uma estrutura de pensamento dominante, traduzindo-se na própria influência que o pensamento kantiano exerceu. Os referidos apontamentos foram extraídos das aulas ministradas pelo Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares, no ano letivo 2012/2013, junto ao Curso de Mestrado em Direito, na disciplina de Filosofia do Direito. Qualquer inconsistência é de única e exclusiva responsabilidade do autor. Para um estudo sobre a *Allgemeine Rechtslehre*: LINHARES, J. M. A.. Os Desafios-Feridas da *Allgemeine Rechtslehre*. Um Tempo de *Teoria do Direito* Reconhecido (Reencontrado?) Pela Perspectiva de Outro *Tempo de Teoria*. Em: ALVES, J. L.; DIAS, A. S.; D’ALMEIDA, L. D.; MENDES,

Se em Maihofer pôde-se perceber, assente nas formulações de Adolf Reinach, uma tentativa de explicar a concepção da *natureza das coisas* como *ordem e estrutura* imanentes aos conceitos jurídicos, também é o próprio Maihofer que procura, agora nas formulações de Radbruch, uma noção de *natureza das coisas* como *ordem e estrutura* imanentes às *situações jurídicas*, que forneceria uma ideia de *natureza das coisas* como *estrutura axiológica* resultante da *existencialidade das coisas*. Assim, as concepções *formal e material* de *natureza das coisas* para Maihofer.¹²⁷

Enquanto *estrutura axiológica das situações jurídicas*, a *natureza das coisas* seria fundamentada por uma filosofia orientada pelos valores fundamentais da justiça, da utilidade e da certeza, que, conjuntamente, constituiriam a *ideia de Direito* para Radbruch.¹²⁸

Fora já entre 1923 e 1924, desde *Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze*,¹²⁹ que Radbruch, partindo das influências sofridas desde Emil Lask,¹³⁰ no que se refere à relação que toda ideia de valor teria sobre alguma matéria e, especificamente no campo jurídico, onde as ideias jurídicas apareceriam essencialmente determinadas pelas matérias jurídicas,¹³¹ esboçou sua preocupação

P. S.; RAPOSO, J. A.. (Orgs.) **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Edições Almedina, S. A., 2009, pp. 261-314. Também pode se ver uma menção ao *rígido dualismo stammleriano* em Alessandro Baratta: BARATTA, A.. *Natura del fatto e Diritto...* p.194.

¹²⁷ MAIHOFER, W.. *Diritto e natura...* pp. 74 e ss. A referida noção desenvolvida por Radbruch, em um sentido estreito da *natureza das coisas*, segundo Maihofer, já seria encontrada nos filósofos idealistas desde Kant a Hegel, bem como nos romanistas e pandectísticos como Savigny e Dernburg, sendo aprofundada por Radbruch. *Ibid.* p. 75.

¹²⁸ É em um dos últimos textos de Gustav Radbruch, fruto de um Curso ministrado pelo mesmo em 1947, quando seus então alunos Harald Schubert e Joachim Stoltzenburg tomaram apontamentos das suas lições e submeteram os mesmos ao próprio Radbruch, convertendo-se, assim, no texto *Vorschule der Rechtsphilosophie*, traduzindo-se na última fase do pensamento de Radbruch, que se pode perceber, mais atualizadamente, a noção de *ideia de Direito*, tal como a compreendeu Radbruch nessa fase final de sua vida. RADBRUCH, G.. *Introducción...* pp. 31 e ss.

¹²⁹ Artigo publicado originariamente em *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, XVII, pp. 343 e ss.. Para a tradução italiana: RADBRUCH, G.. *Idea del Diritto e materia del Diritto. Uno Schizzo*. Traduzione italiana di Giuseppe Berno e Alessandra Mazzei. Em: MAZZEI, A.; OPOCHER, T.. (a cura di) **Fondazione ontologica del diritto e <<Natura della cosa>>**. Lavis: CEDAM, 2011, pp. 51-58. (*Lex Naturalis* – Classici del diritto naturale moderno – 6)

¹³⁰ O que fora assumido, expressamente, pelo próprio Radbruch. *Ibid.* p. 55 (nota de rodapé nº 4).

¹³¹ RADBRUCH, G.. *Introducción...* p. 30. Emil Lask, logo no início de sua *Rechtsphilosophie*, na crítica que faz ao apriorismo jusnaturalista, no que se refere à não restrição suficiente dos postulados da razão à função de princípios de ordenação meramente formais, já

com a compreensão do que seria o *especificamente jurídico* dentro da realidade.¹³²

Para Emil Lask, partindo da questão fundamental que representaria o antagonismo entre os princípios racionais, universais e eternos e os princípios meramente temporais, condicionados, como fundamento do saber,¹³³ tanto o Direito Natural quanto o Historicismo teriam conduzido a um vazio. Por um lado o Direito Natural, em sua pretensão de extrair do absoluto do valor o substrato empírico e, de outro, o Historicismo, ao contrário, pretendendo do substrato empírico extrair o absoluto do valor. Daí o Direito Natural destruir a autonomia do empírico por um processo de hipostasiação dos valores e, assim, cair no erro da ahistoricidade, e o Historicismo, já não a História ou a concepção histórica do Direito, destruir toda Filosofia e concepção do mundo, pois acabaria por efetuar uma nivelção de todos os valores no processo de busca do valor absoluto desde o substrato empírico, convertendo-se, desta forma, em um perigoso relativismo.¹³⁴ Daí seu entendimento de que “El Derecho Natural y el Historicismo son los dos escollos de los que debe

ressalta que tais postulados se manifestariam sobre uma *matéria dada*. Lask também fala da necessidade de um *substrato empírico* que seria necessário às exigências da razão. Ou, ainda, que a tentativa do jusnaturalismo de hipostasiar em realidades por si mesmas, objetivando as forças da razão, ao contrário de entender a referida objetivação desde um processo integrador da mesma a outro elemento que seria material, teria levado a razão pura, ao invés de submeter toda realidade, à pretensão de erigir-se a si mesma como a realidade plenária, colocando-se no próprio lugar do existente, equivocando-se, portanto. LASK, E.. **Filosofía Jurídica**. Traducción de Roberto Goldschmidt. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946, p. 15 e p. 16. No mesmo sentido, agora já na parte analítico-jurídico-metodológica da consideração das realidades pelo Direito, Lask aponta que mesmo o jusformalismo jurídico poderia se referir tão somente a uma comparação ideal de significações jurídicas, com o “... substrato prejurídico apreendido por el derecho, el cual siempre tiene que yacer en las *realidades* concretas y abstractas de la cultura, así como en las realidades de la ‘vida’ cotidiana.” Ibid. p. 66. Ou, ainda, “... el derecho, como ‘derecho en sentido subjetivo’ y ciertamente en la forma de las relaciones jurídicas ‘particulares concretas’ y demás vinculaciones jurídicas subjetivas, es violentamente transplantado, por así decirlo, en la multiplicidad y singularidades de la vida real.” Ibid. p. 74.

¹³² Logo no início de seu *Esboço* de 1923/24, Radbruch desenvolve a noção da relação de determinação que a matéria exerceria sobre a *ideia*. “Come l’idea artistica si adegua al materiale, e quindi muta, a seconda che si realizzi nel bronzo o nel marmo; così è connaturato ad ogni idea il fatto di essere adatta alla materia. Chiamiamo questo rapporto *determinatezza materiale dell’idea* (*Stoffbestimmtheit der Idee*), appropriandoci consapevolmente del doppio significato di questa denominazione – determinata *attraverso-per mezzo* (*durch*) la materia, perché determinata *per* (*für*) la materia; e qualificiamo l’idea, nella misura in cui cerchiamo di pensarla prima e indipendentemente da ogni determinatezza materiale, come *pura forma dell’idea* (*reine Form der Idee*).” RADBRUCH, G.. *Idea del Diritto...* p. 51.

¹³³ Conforme observação de Enrique Martinez Paz: PAZ, E. M.. Prólogo à seguinte obra: LASK, E.. Op. cit. p. xv.

¹³⁴ LASK, E.. Op. cit. pp. 27-28.

cuidarse la Filosofía del Derecho.”¹³⁵ Na busca de equacionalizar os opostos, Lask acaba convertendo a expresión naturalista dos fatos no *principio universal da cultura*, que podería abarcar, inclusive, um *objeto natural*.¹³⁶ A solución metodológica dada por Lask, no confronto entre a *matéria de direito* e a *matéria inerte*, redundaría, segundo Maihofer, numa equiparação (de todo discutível!) entre as mesmas,¹³⁷ o que tería sido assimilado na primeira fase do pensamento de Radbruch.

Ocorre que a análise do texto fundamental de Lask, sua *Rechtsphilosophie*, não mostra exatamente essa orientação apontada por Maihofer. Ademais, a própria orientação tomada na segunda fase do pensamento de Radbruch também isso sugere. O que parece ter levado à aludida equiparação entre *matéria de direito* e *matéria inerte*, por Maihofer, decorre do fato de Lask ter afirmado que “... los límites entre la elaboración precientífica y la científica se desvanecen y, demás, muy frecuentemente la actividad trunca de la conciencia precientífica es por la ciencia indudablemente rectificadora y perfeccionada, pero es continuada en la misma dirección.”¹³⁸ E, ainda, “... no debe realizarse ninguna separación fundamental, especialmente entre la metodología de los conceptos jurídicos precientíficos y la de los conceptos jurídicos científicos.”¹³⁹ Daí a observação de Castanheira Neves da acentuação, tanto de Lask quanto de Radbruch, no sentido de ser a “... realidade de relevo jurídico (no sentido de <<realidade para o direito>>) sempre apreendida através de <<conceitos jurídicos pré-científicos>> (Lask) ou de <<conceitos sociais correspondentes aos conceitos jurídicos>> (Radbruch).”¹⁴⁰

Não se trata, ao que parece, de uma *equiparação* entre *matéria de direito* e *matéria inerte*, como sugeriu Maihofer, mas, sim, que para uma matéria ser considerada *de direito* deve fazer parte, *antecipadamente*, da própria realidade em

¹³⁵ Ibid. p. 28.

¹³⁶ PAZ, E. M.. Prólogo à seguinte obra: LASK, E.. **Filosofía Jurídica**. Traducción de Roberto Goldschmidt. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946, p. xvii.

¹³⁷ *Equiparação* essa que tería sido observada por Maihofer. MAIHOFER, W.. La natura... p. 322. Texto esse de 1957, sendo reiterado em 1964, no Colóquio realizado em Toulouse. MAIHOFER, W.. Diritto e natura... pp. 77-78.

¹³⁸ LASK, E.. Op. cit. p. 60.

¹³⁹ Ibid. p. 61.

¹⁴⁰ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 435. Para a citação do texto de Lask: LASK, E.. Op. cit. p. 61. Para a citação do texto de Radbruch: RADBRUCH, G.. Idea del Diritto... 56.

geral, seja desde um âmbito *pré-científico*, como quis Lask, seja desde *conceitos sociais* que pré-constituíam os puros dados de fatos, como propôs Radbruch.¹⁴¹ Isto não parece equivaler, propriamente, à uma *equiparação* entre *matéria de direito* e *matéria inerte*.¹⁴²

Lask entende que os materiais pré-científicos, não excluindo dos mesmos a relação valorativa que os informa, fariam parte do material propriamente das ditas *verdadeiras ciências culturais*. Os *limites*, portanto, entre as elaborações pré-científicas e científicas se esmaeceriam. A atividade científica se encarregaria de retificar e aperfeiçoar o material pré-científico, mas sempre desde uma *mesma direção*.¹⁴³ O resultado disto é que a metodologia teria, em alguns casos, como objeto de suas investigações, algo diferente das formas científicas, podendo, com isso, em tais casos, se referir não somente às ciências culturais, mas à própria *realidade cultural* e ao próprio *social*, valendo-se isto também para o Direito, residindo aqui a razão de que, em termos metodológicos, não haveria uma profunda separação entre os conceitos jurídicos pré-científicos e os científicos propriamente,¹⁴⁴ o que, também, não deixa de ser discutível. Assim, o que Lask parece ter pretendido acentuar é a *aproximação* que o tratamento metodológico deve dar à *realidade em geral* e à *realidade jurídica*, em especial, e não, como apontou Maihofer, uma *equiparação* entre as referidas matérias.

¹⁴¹ Nas palavras de Radbruch, “... materia del diritto è il *dato di fatto preconstituito per mezzo di concetti sociali*. Questi concetti sociali sono di tipo pregiuridico, ma corrispondono a concetti giuridici; o meglio, ad essi corrispondono concetti giuridici; sono, in una certa misura, pinze concettuali dell’ordinamento giuridico, adattate il meglio possibile alla struttura dei fatti sociali, per afferrarli e ricondurli ad una trattazione giuridica. Sono questi i concetti a partire dai quali si costruiscono le fattispecie giuridiche.” Id.

¹⁴² Alessandra Mazzei, em sua análise tanto dos textos de Radbruch quanto de Maihofer, sobre a *natureza das coisas*, não deixa de observar, também, que Maihofer não teria retido, suficientemente, a extensão ao conceito de *matéria jurídica* que Radbruch teria desenvolvido. A referida *matéria de direito* não se limitaria ao simples dado de fato sensível *pensado naturalisticamente*, o que já vinha sido exposto por Radbruch em seu *Esboço* de 1923/24. Nas palavras de Mazzei, Maihofer “... esprime invece le sue perplessità proprio in mérito alla confusione che può ingenerare nel discorso giuridico una materia concepita <<naturalisticamente>>.” e, com isto, parece que ele “Non sembra ritenere sufficienti queste precisazioni ...”. Para as citações de Alessandra Mazzei: MAZZEI, A.. Introdução... p. 09 (nota de rodapé n° 29).

¹⁴³ LASK, E.. Op. cit. pp. 59-60. Lask explica que em razão disto, “... los puntos de vista críticos metodológicos, pueden ser transferidos de la función científica a la precientífica y, por consiguiente, desde el punto de vista metodológico unilateral, no solo las *ciencias culturales*, sino también los respectivos campos culturales, pueden ser considerados como razón teórica condensada, es decir, como encarnaciones de conceptuaciones – aunque precientíficas.” Ibid. p. p. 60.

¹⁴⁴ Ibid. pp. 60-61.

O próprio processo de *isolamento* do âmbito jurídico e sua hipostasiação em *um poder de vida separado*, se constituiria, assim, pela consciência pré-científica, cabendo à *ciência*, também aqui, dar o rigor conceitual ao processo de seleção pré-científico.¹⁴⁵ Destacando o objeto da Jurisprudência como algo *meramente significativa*, ou seja, não como algo *que é*, mas como algo *que deve ser*, Lask ressalta que ao passo que para a Filosofia o referido caráter de *dever ser* derivaria de uma validade absoluta, para a qual não haveria nenhuma autoridade empírica, a Jurisprudência teria sua razão formal em um mandamento positivo, mediante a *vontade da comunidade*.¹⁴⁶ Percebe-se já aqui algum esboço de uma validade jurídica assente na própria ideia de uma validade construída historicamente, associada, portanto, às práticas comunitárias, contudo, desde a ótica de que se valera como fundamentação o próprio positivismo jurídico formal.¹⁴⁷ Para

¹⁴⁵ Ibid. p. 62. Nas palavras de Lask: “... es tarea de la *metodología*, frente a la hipostasiación, destacar el punto de vista copernicano, concebir el ser circunscripto en un ámbito jurídico específico, como el resultado de una elaboración – en parte precientífica, en parte científica – de la ‘realidad’ teórico cognoscitiva en un mundo abstrato, referido a significaciones culturales de una determinada especie.” Id. Ainda que seja contestável o caráter de *cientificidade* que Lask procura atribuir ao Direito, o que é compreensível pela época e contexto em que o mesmo escreveu a sua obra, e que também parece ter sido traído por uma intenção de cunho teórico, ao pretender hipostasiar, ao nível de um *mundo abstrato*, as construções conceituais jurídicas, não se pode negar a sensibilidade que o mesmo teve para a percepção do fenômeno jurídico, de sua constituição a partir da realidade.

¹⁴⁶ Ibid. pp. 67-68.

¹⁴⁷ Ainda que Lask destaque que “El momento de lo dado empírico, de lo existente de hecho, (...) no es (...) relevante únicamente para la doctrina social del ser del derecho, sino, precisamente, también para la doctrina jurídica del deber ser del derecho.” Ibid. p. 68. E daí Lask concluir que “... la ciencia jurídica puede constituir solamente el método completamente incomparable de un operar puramente empirista con un mundo pensado de significaciones.” Id. É de se ressaltar que Lask, **contudo**, no início de sua *Rechtsphilosophie*, tratando da solução dada pelo positivismo jurídico formal, pondera que “La positividad jurídica formal no es más que una *forma de valer*. Porque aquí aparece una forma de valer, como ‘realidad empírica’ y, por consiguiente, como producto de la objetivación del Derecho Natural. El hipostasiar actúa, en este caso, como transformación de una especie de validez en otra, de una normatividad absoluta en una normatividad empírica o, simplemente, como la conversión de la racionalidad del derecho en una obligatoriedad externa incondicionada para los órganos y miembros de la comunidad consiste la esencia de la norma jurídica positiva. La tesis del positivismo jurídico formal, que se vincula con esto, dice, entonces, que esta normatividad positiva encuentra la *razón* de su carácter vinculatoria únicamente en la autoridad de una comunidad humana; es decir, que la norma jurídica vigente no representa algo válido por su significación objetiva, ni por su racionalidad intrínseca, sino que sólo representa algo que se debe hacer, por ser mandado efectivamente. Precisamente, esta *conexión* entre autoridad de la comunidad, que se manifiesta exteriormente, y obligatoriedad constituye el criterio jurídico formal disuelto por el Derecho Natural. Es decir, que el Derecho Natural hace derivar – emanantísticamente – la vinculación *externa* de los miembros de la comunidad, en forma inmediata, de la significación *absoluta* de un postulado jurídico; por lo tanto, de su dignidad puramente ideal. (...) De esta manera, se elimina completamente el criterio de la autoridad de la comunidad y se pone en su lugar a la razón,

Lask, nenhum fenômeno cultural, enquanto fator conceitualizador, seria equiparável ao Direito, daí a importância da conceitualização pré-científica, o que, aliado ao caráter teleológico do Direito, sintetizaria o âmbito delimitável do especificamente jurídico.¹⁴⁸

Lask procurou ressaltar, baseando-se em Savigny, Puchta e Stahl, a perda do caráter *naturalista - livre de relações valorativas* - de tudo o que fosse *assimilado* como *especificamente jurídico*.¹⁴⁹ O *especificamente jurídico* perante a realidade, em termos jurídico-metodológicos, seria alcançado desde dois momentos. Primeiro, desde a *transposição*, dirigida por relações de *fim*, do substrato real a um mundo mental de *puras significações* e, conjunta e secundariamente, desde a extração dos conteúdos parciais da totalidade do vivido. Seria a função de *refinamento* que o jurídico desempenharia. Seria aquela tendência de *generalização e nivelção* do Direito e a deslocação que o mesmo faria da impressão total imediata da realidade, com a qual teria relação a sua determinabilidade e uniformidade, assim como a sua elevação sobre o mero ponto de vista sentimental.¹⁵⁰ Ocorre que o entrecruzamento do mundo jurídico concretizado com a realidade interessaria, de imediato, à prática judicial e somente mediatamente à *ciência jurídica*, buscando-se, com isso, fugir do risco de uma adaptação unilateral ao Direito em sentido objetivo e, assim, a uma identificação entre Direito e significação normativa.¹⁵¹

Ainda que Radbruch tenha buscado sua inspiração em Lask, ao que parece, não conseguiu perceber, nessa primeira fase de seu pensamento, que o *condicionamento material dos valores* efetuado por Lask fora para o mesmo se opor às hipostasias racionalistas do Direito Natural, pois, conforme análise de

como una suprema fuente formal del Derecho, de la cual éste emana sin y contra la ley humana; ...” Ibid. pp. 10-12. Lask conclui que o *Direito Natural no sentido formal* deveria incluir sempre o *momento material*. Nas suas palavras, “Por lo general se piensa en este sentido material, cuando se reprocha al Derecho Natural la formulación de un código ideal válido para todos los tiempos y pueblos.” Ibid. p. 15.

¹⁴⁸ Para um desenvolvimento das referidas ideias: Ibid. pp. 60-71.

¹⁴⁹ Ibid. p. 71. “Lo metodológicamente relevante en esto es que el mundo formado jurídicamente, conoce posibilidades de estructuración completamente distintas, inauditas para la consideración gnoseológica y naturalista y, a menudo también, para la concepción de la vida; y conoce nuevas síntesis, nuevos principios de unidad y de individualización. Lo que naturalistamente es un ‘continuum’, puede ser jurídicamente un ‘discretum’; lo que naturalistamente es sólo una pluralidad colectiva, jurídicamente puede ser una unidad distinta de la mera adición.” Ibid. pp. 71-72.

¹⁵⁰ Ibid. 72-73.

¹⁵¹ Ibid. p. 77.

Castanheira Neves, “... uma consideração crítica dos valores se não poderia desligar da realidade empírica e histórica a que eles sempre iriam referidos ...”¹⁵² Também fora um dos objetivos de Lask alertar para o risco do historicismo em querer “... sacar mágicamente del substrato empírico lo absoluto del valor.”¹⁵³ O que Lask propôs, assim, foi uma ligação entre *realidade* e *valor* desde um *vínculo crítico particular*, ou seja, “... pela <<referência da realidade a valores>> ...”, nas palavras de Castanheira Neves.¹⁵⁴

Ocorre que se Lask quis afastar as *especulações metafísicas e racionalistas do juraracionalismo*,¹⁵⁵ não conseguiu excluir o dualismo metodológico entre *ser* e *valor*, sendo conduzido a “... um pensamento de intenção ontológico-transcendente.”¹⁵⁶ Na análise de Castanheira Neves, tal atitude de Lask, no sentido de ressaltar a intervenção conjunta do *empírico* e do *significativo*, teria-lhe permitido afirmar o dualismo entre *ser* e *valor*, reafirmando-se, com isto, a característica típica do neo-kantismo. Lask chega muito próximo daquilo que efetivamente ocorre na relação entre *ser* e *valor*, desde o âmbito do jurídico. Contudo, não percebeu que o

¹⁵² NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 772. Para a análise de Lask: LASK, E.. Op. cit. pp. 24 e ss.

¹⁵³ Ibid. p. 27.

¹⁵⁴ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 773. A referida passagem destacada por Castanheira Neves é do próprio Lask.

¹⁵⁵ Na precisa observação de Castanheira Neves. Id.

¹⁵⁶ Id. O que também fora observado por Alessandro Baratta, nos idos de 1968. Baratta aponta que “In Lask tuttavia il passo dal neocriticismo alla fenomenologia non è compiuto del tutto. I due elementi della correlazione restano ancora problematicamente separati o separabili, e perciò la logica di questa correlazione tende a scindere in una *logica della realtà*, nella quale è presente l’esperienza idealistica e fichtiana di Lask, e una *logica della filosofia* (intesa come logica dei valori e delle idee costitutive della coscienza), nella quale è presente la crisi della filosofia neokantiana dei valori e si intravede, al contempo, la concezione fenomenologica della coscienza come intenzionalità. E perciò il problema che resta aperto al fondo di questa teoria della correlazione dei valori e dei fatto so traduce in due diversi ordini di problemi relativi l’uno ad una logica della realtà, che non riesce del tutto a fondarsi sulla logica del valore o della filosofia, e l’altro ad una logica del valore, che non riesce del tutto ad aderire storicamente alla logica della realtà. (...) [O que teria como consequência] che il valore con cui si incontra il fatto, sul piano della logica della realtà, non è quel valore che va incontro al fatto sul piano della logica della filosofia; e, inversamente, il fatto che si incontra con il valore, sul piano della logica della realtà, non è lo stesso fatto cui va incontro il valore sul piano della logica della filosofia. (...) l’incontro del valore con il fatto avviene (...) attraverso l’individuazione di una struttura assiologica della coscienza, nella quale i valori costitutivi non hanno come correlato propriamente i fatti della storia, ma dei tipi, degli schemi, o addirittura delle *essenze*, che sono termini noematici all’interno di una struttura oggettivo-soggettiva, la quale non riesce a coincidere con la struttura oggettivo-soggettiva che unisce, nella *logica della realtà*, i fatto ai valori.” BARATTA, A.. **Natura del fatto e giustizia materiale. Certezza e verità nel diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, p. 184, p. 185 e p. 187.

sentido “... é algo que advém à realidade (às <<coisas>>) graças à ideia e que só nesta se funda: a realidade adquire um sentido que lhe <<vem de fora>>, da ideia, não é o sentido a expressão da imediata constituição ontológica (no seu ser em si e por si) da realidade material.”¹⁵⁷ Daí que somente “... através de uma referência de sentido, da específica referência da realidade a valores mediante um *acto de pensamento* (pela mediação do <<sujeito>>), a realidade se pode afirmar com sentido.”,¹⁵⁸ o que iria de encontro às propostas reabilitadoras do pensamento da *natureza das coisas*.

Talvez seja justamente em razão dos referidos delineamentos teóricos desenvolvidos por Lask que Radbruch, já em seu último escrito, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, passou a perceber uma ordem de valores que iria emergindo da própria realidade social, entendendo a *natureza das coisas* como a *relação vital* relativa a uma *ideia de Direito*, ou seja, um *Sollen* realizado no *Sein*, o valor que exsuriria da realidade, contrapondo-se à sua posição inicial no sentido de que a *natureza das coisas* seria uma simples determinação da ideia desde a matéria do Direito. Neste sentido, toda a ideia de valor estaria destinada a uma determinada matéria e se encontraria, também, determinada por ela.¹⁵⁹

Contudo, mesmo nessa segunda parte de seu pensamento, Radbruch continuou a se referir a Lask, particularmente no que se relaciona ao fato de Lask acentuar que toda ideia de valor estaria sujeita a uma determinada matéria, o que, no campo especificamente jurídico, redundaria na noção de que as ideias jurídicas apareceriam essencialmente determinadas pela matéria jurídica, desde a época em que florescessem, desde o *espírito do povo* em que surgiriam, em resumo, pelo que Radbruch chamaria a *natureza das coisas*, ou seja, aquela *determinação material da ideia*.¹⁶⁰ Apesar das alterações e nivelações que realizaria o ordenamento jurídico com a estrutura do mundo pré-jurídico, ele seria capaz de transpor, até certo grau, na esfera da significação jurídica, as peculiaridades e diferenças, o que se daria em

¹⁵⁷ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 773.

¹⁵⁸ Id.

¹⁵⁹ Para essa última passagem: RADBRUCH, G.. Introducción... p. 29.

¹⁶⁰ Ibid. p. 30.

duas direções: seja mantendo certo núcleo do dado psico-físico,¹⁶¹ seja apoiando-se nas unidades de vida e cultura já formadas teleologicamente.¹⁶² Seria esta a forma encontrada por Radbruch para amenizar a tensão existente no dualismo *ser e dever ser*.¹⁶³

Ocorre que a *pura matéria* só adquire relevo jurídico a partir de um *ato de pensamento, prévio* e, portanto, *constitutivo* que, partindo dos *valores informativos*, valores esses constantemente informados pelas próprias práticas, acaba tendo de si destacado o âmbito com relevância jurídica, constituindo-se em *matéria de direito*. É o referido *ato de pensamento prévio e constitutivo* que confere o *sentido normativo* à matéria. No dizer de Catanheira Neves, "... a matéria do direito determina o conteúdo do jurídico apenas na medida em que um sentido jurídico lhe foi previamente insinuado."¹⁶⁴

A reflexão que o presente ponto de análise sugere, sobretudo quando o objetivo maior da investigação é justamente a forma de consideração jurídica que deva ser dada às *expressividades comportamentais típicas* de pessoas dos mais variados povos, mesmo que orientadas por *valores* diversos daqueles que orientam o Direito, radica justamente no fato de como referidos comportamentos típicos externalizados haveriam que ser *respeitados*, mesmo se confrontantes com o arcabouço axiológico orientador do regulador da vida em sociedade que prevalecesse em um dado território. Uma perspectiva do Direito, assente em *valores*, como a que aqui se defende, parece, em uma análise mais ligeira, justamente ir de encontro ao referido *respeito* que se deva dar às aludidas expressividades comportamentais. A angustiante tarefa de buscar uma solução, desde o plano *jurídico*, parece sinalizar para a impossibilidade, para não se dizer o próprio *contrasenso*, que seria considerar de uma maneira a formação do arcabouço valorativo que fundamentaria o Direito de uma específica matriz e de outra um

¹⁶¹ "... así cuando diferencias naturales de las cosas o de los fenómenos afectan eficazmente, de una manera cualquiera, el mundo de pensamientos jurídicos ..." LASK, E.. Op. cit. p. 83.

¹⁶² Id. Conjuntamente, Lask ressalta que "... las relaciones de la vida ofrecen ya un material típicamente formado, preparado, por lo tanto, para la normación jurídica." Id.

¹⁶³ RADBRUCH, G.. Introducción... p. 30.

¹⁶⁴ NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 774.

arcabouço valorativo outro que fundamentaria um outro tipo de regulativo da vida em comum, que orientaria outras pessoas, sobretudo uma ou algumas que se vissem em vias de serem constrangidas juridicamente desde um regulador social que não o seu. Tratar-se-iam coisas iguais desigualmente. Se o ponto de partida para a compreensão do conteúdo e relevância que os valores informadores da ordem regulativa de uma sociedade é o critério para se dizer estar ou não ante uma situação respeitante ou não à referida ordem, o mesmo caminho deve ser seguido quando se está voltando os olhos, sobretudo, quando se está considerando em termos prático-jurídico-decisórios, para situações que tenham como suporte fático a exteriorização de *expressividades comportamentais típicas*, ainda que informadas valorativamente por um cabedal axiológico destoante daquele que orienta a ordem valorativa à qual se cinge o julgador, uma vez tendo sido a conduta em julgamento exteriorizada dentro de um período em que ainda não houve a enculturação.

Tendo como ponto reflexivo nevrálgico o que se aludiu e mesmo como o ponto de luz a não perder de vista, não resta dúvida de que a busca para uma proposta de solução *jurídica* para os referidos problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças passa, necessariamente, pela forma como se pode resolver a tensão entre *realidade e valores*.

A análise da proposta de Radbruch deixa de todo evidenciada a complexidade que a temática apresenta. Mesmo num plano em que não se consegue perceber uma consideração mais alargada da problemática, ou seja, restringindo-se ao tratamento da referida tensão entre *realidade e valores* desde a ótica de problemas de ordem prática que levam em consideração uma mesma ordem de valores informativa, já se pode perceber as dificuldades que o assunto sugere. Levando-se isso para o âmbito problemático que atine aos conflitos de ordem prática envolvendo arcabouços valorativos diferentes, potencializam-se os desafios, chegando-se a colocar em questão os próprios *limites* que o Direito, desde sua específica matriz civilizacional, acaba apresentando diante de determinados problemas de ordem prática.

Não fora outra a razão que tivera levado o próprio Radbruch a firmar posição a respeito da temática, ou seja, um confronto extremo e violento de *valores informativos* da vida em comum, que o nazismo mostrou ao mundo, ao propagar a

ideologia nazi, que tinha como um de seus principais eixos a superioridade racial dos arianos, o que culminou com a Segunda Grande Guerra.¹⁶⁵

Foi a partir do artigo *Arbitrariedade legal e Direito supralegal*, de 1946,¹⁶⁶ que Radbruch desencadeou um ataque direto ao positivismo jurídico, atribuindo ao mesmo a responsabilidade diante da degeneração nazi-fascista. Nas palavras de Radbruch, “El positivismo ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrário y delictivo. El positivismo, además, no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes.”¹⁶⁷ E foi justamente em nome da *certeza* e da *segurança jurídica*, enquanto suportes principiológicos de uma validade lógico-formal, que os tribunais sob o regime nazi proferiram suas decisões, agindo formalmente conforme um Direito assim por eles entendido. Tudo que fosse *encaixável* dentro da *moldura jurídica* construída também por princípios ideológicos fundamentadores do regime nazi, seria *conforme ao Direito*. Contudo, no dizer de Radbruch, na *força* se poderia fundar, talvez, uma *necessidade*, mas nunca um *dever* e uma *validez/valor*.¹⁶⁸

Na observação de Alessandra Mazzei, seria justamente o problema da relação do Direito com o *valor* que se referiria diretamente à relação ineludível entre *Direito* e *justiça* e a uma sua eventual declinação, à luz daquilo, entre *justiça* e *verdade*, que representou o *núcleo essencial* da filosofia do Direito de Radbruch.¹⁶⁹ Não foi diferente a análise de Maria Isabel Azareto de Vásquez, para quem, baseando-se nos estudos de Erik Wolf e de Lon Fuller sobre Radbruch, concluiu que teriam sido situações externas que teriam levado a uma acentuação de determinado ponto fulcral do pensamento de Radbruch sobre os demais. A ditadura nacional-socialista alemã, desde 1933, e a própria ocupação aliada da Alemanha no pós-

¹⁶⁵ Ilmar Tammelo também ressalta o ressurgimento do interesse pela temática da *natureza das coisas* no pós-Segunda Guerra, sobretudo desde a influência de Radbruch, que, por sua vez, teria tido algum interesse, praticamente por toda sua vida acadêmica, pela temática. TAMMELO, I.. La natura dei fatti come <<tópos>> giuridico. Em: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, III Serie – XL -, 1963, pp. 655-656.

¹⁶⁶ O referido artigo, intitulado originalmente como *Gesetzliches umrecht und übergesetzliches Recht*, foi publicado em agosto de 1946, no *Süddeutsche Juristen Zeitung*, nº 5.

¹⁶⁷ RADBRUCH, G.. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**. Traducción de María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 35. (Colección Nueva Teoría)

¹⁶⁸ Id.

¹⁶⁹ MAZZEI, A.. Introdução... p. 02.

1945, bem como a aparição da filosofia existencialista e o renascimento da teologia na vida cultural alemã, teriam sido os grandes responsáveis pela acentuação diferenciada que Radbruch conferiu ao seu pensamento.¹⁷⁰

É sobre a temática do *relativismo axiológico* – as outras duas pedras-angulares do pensamento de Radbruch, segundo Wolf, teriam sido o problema da razão objetiva e das relações entre a teologia e a filosofia jurídica¹⁷¹ – que se pode perceber uma possibilidade de mudança na ordenação da trilogia jurídica (justiça, eficácia, segurança), onde um dos três citados valores seria acentuado em detrimento dos demais, o que sempre teria orientado o pensamento de Radbruch. Daí que a acentuação de um *valor* não implicaria a perda da igualdade axiológica da trilogia e seria justamente quando tal acentuação ocorresse que seria possível perceber o relativismo acentuando a importância do valor questionado. A partir de 1933, o relativismo de Radbruch teria passado a acentuar o valor *justiça* porque a situação (*Natur der Sache*) exigia, pois havia um regime onde a formalidade legal, rotineiramente, tentava encobrir a injustiça, o mesmo se dando no pós-1945, mas aqui no sentido de prevenir a repetição de um poder estatal sem justiça.¹⁷²

O relativismo radbruchiano vinha justamente como um antídoto para o paradoxal problema axiológico. Radbruch percebeu os riscos de uma prematura cristalização dos valores absolutos e a ela opôs o relativismo, consistindo esse não em uma limitação ao conhecimento, mas em um alerta que indicaria o único caminho para o conhecimento verdadeiro. E seria justamente a noção de *natureza das coisas*, tal como entendida por Radbruch, que desempenharia o papel de *compensadora* no relativismo. Se o relativismo axiológico tinha suas raízes no aspecto negativo da personalidade de Radbruch,¹⁷³ o pensamento sobre a *natureza das coisas* assentava-se no lado positivo da mesma, ou seja, na “... necesidad de afirmar, de aceptar y permanecer capaz a todo posible desenvolvimiento intelectual y

¹⁷⁰ VÁSQUEZ, M. I. A.. Prólogo à obra: RADBRUCH, G.. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**. Traducción de María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 08. (Colección Nueva Teoría)

¹⁷¹ María Isabel Azareto de Vásquez vale-se da obra *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbrich Rechtsphilosophie*, de Erik Wolf, publicada em 1959, nos *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*. XLV/4, p. 482. Ibid. p. 09.

¹⁷² Ibid. pp. 10-11.

¹⁷³ Ibid. p. 09.

espiritual. Esto lo lleva en el campo de la jusfilosofía, a la ética realista de hacer lo que las condiciones sociales requieren.”¹⁷⁴

Teria sido a experiência de Radbruch com o direito inglês (1935) que o conduziu à noção de *natureza das coisas*.¹⁷⁵ Seria pela noção de *natureza das coisas* que o intelecto, liberto de ideologias pelo relativismo, permaneceria objetivo. Seria a partir do referido ponto de vista que Radbruch teria focado a indagação básica sobre o *social*: “¿Constituye lo social uno de los fundamentos de la existencia humana?”¹⁷⁶ Desta forma, a unidade do relativismo com o conceito de *natureza das coisas*, traduzindo-se na própria continuidade do pensamento de Radbruch – *evolução orgânica* e não uma *revolução* – estaria nas considerações de ordem teológica no seu pensamento jurídico – a *crença do incrédulo*, segundo Wolf -.¹⁷⁷

É desde o texto *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, publicado originariamente em 1941, na *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*,¹⁷⁸ que foi revisado e republicado, posteriormente, em 1948, no texto *Hernmarck, G. C. (Hrsg.) Festschrift für Rudolf Laun. Hamburg zum 65. Geburtstag. Hamburg: J. P. Toth, 1948, pp. 157-176.*, que se pode perceber a preocupação de

¹⁷⁴ Ibid. p. 12.

¹⁷⁵ Nas palavras do próprio Radbruch, “De la misma manera el *case law* anglosajón significa – dentro de las limitaciones normativistas de los *statutes* y de los *precedents* obligatorios – una invención jurídica de la naturaleza de la cosa y en especial la *equity* es un intento de hacer valer la naturaleza de las cosas frente a las partes rígidas del *common law*, un intento que por cierto solo desemboca finalmente en un precedente obligatorio de un *case law*. Este modo del pensamiento jurídico inglés está profundamente arraigado al genio inglés: ‘Todo el comportamiento de los ingleses en su jurisprudencia y también en su política están basados en el método empírico; primero ocuparse de los problemas cuando surgen; predomina una tendencia adversa al exceso de definiciones (*overdefinition*) y a la anticipación de regulaciones legales (*prolectic law*).’” RADBRUCH, G.. **Relativismo y Derecho**. Traducción de Luis Villar Borda. Reimpresión. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, pp. 58-59. (Monografías Jurídicas – 82) A citação de Radbruch é do texto de Henry Slessor, *The Law*, de 1936, à p. 16. É importante notar a relação que Heinrich Scholler faz da influência que os trabalhos comparatísticos de Radbruch surtiram em seu aluno Arthur Kaufmann, quando este desenvolve a temática da analogia, pois “... toda comparação do Direito deve ocupar-se com a questão da analogia e todo trabalho jurídico-comparativo de êxito tem por base uma teoria aproveitável da analogia.” SCHOLLER, H.. Uma introdução ao Direito Comparado de Gustav Radbruch e seu retorno ao Direito suprapositivo. Em: RADBRUCH, G.. **O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana**. Tradução de Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 06. (Coleção Academia Brasileira de Direito Constitucional – Grandes nomes do Direito)

¹⁷⁶ VÁSQUEZ, M. I. A.. Op. cit. p. 12.

¹⁷⁷ Ibid. p. 13.

¹⁷⁸ RADBRUCH, G.. *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*. Em: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Milano: Fratelli Bocca, Editori, II Serie – Anno XXI -, 1941-XIX, pp. 145-156. É o próprio Radbruch quem alerta para a revisão e ampliação do texto em 1948. RADBRUCH, G.. *Relativismo*... p. 53 (nota de rodapé nº 2).

Radbruch voltar-se, de especial forma, ao pensamento sobre a *natureza das coisas*.¹⁷⁹

Desde então, Radbruch começa a considerar a *natureza das coisas* como o significado de uma relação vital a uma ideia de Direito.¹⁸⁰ A *natureza das coisas* seria o objetivo maior daqueles que buscariam amenizar o dualismo entre *ser e dever ser, realidade e valor*, onde a razão seria buscada nos próprios entes. A *natureza das coisas*, assim, seria uma *forma do pensamento jurídico*. Ao contrário do Direito Natural, que, por decorrer da razão, aspiraria fundar um direito igual para todos os tempos e povos, na natureza das coisas se evidenciariam as variedades das construções jurídicas e históricas.¹⁸¹

Para Radbruch, a teoria jurídica não teria, até então, esclarecido, suficientemente, a essência lógica da natureza da coisa, ou seja, o nexó entre a comprovação do *ser* (ontologia) e o *juízo valorativo*. Neste sentido, a *coisa* indicaria o substrato que conformaria o Direito, incluindo-se aqui o estado de Direito vigente, o que revelaria a *natureza das coisas* como um elemento histórico, tradicional e conservador da Filosofia do Direito e da própria política jurídica.¹⁸² *Matéria de direito* seria a vida em comum dos homens, a totalidade das relações vitais das ordens de existência dentro da sociedade, o mesmo que os fatos que fariam parte de tais

¹⁷⁹ Para o referido texto republicado em 1948: Ibid. pp. 53-70. No entender de Maihofer, teria se operado uma mudança sobre o pensamento da *natureza das coisas* em Radbruch. Se até a 3ª edição de *Rechtsphilosophie*, originariamente publicada em 1932, Radbruch teria aderido, como os neo-kantianos em geral, à filosofia dos valores, entendendo a *natureza das coisas* como uma simples determinação da ideia desde a matéria de direito, a partir do aludido artigo de Radbruch, verifica-se uma definição da *natureza das coisas*, sobretudo de *natureza*, que se contradiz com todo o significado que o mesmo teria atribuído à base das premissas do seu neo-kantismo originário. MAIHOFFER, W.. Diritto e natura... p. 78.

¹⁸⁰ Nas palavras de Radbruch, “La naturaleza de la cosa no ha sido, conforme su esencia, y a su sentido, pensada jamás por alguien como algo real, más bien como el sentido objetivo tomado de la estructura de las relaciones vitales, o como la respuesta a la pregunta: ¿cómo puede esta relación vital así formada ser pensada razonablemente, es decir, como realización de una idea y cuál idea? Se buscará em verdad el sentido jurídico y la idea de derecho que en él se realiza.” RADBRUCH, G.. Relativismo... p. 64.

¹⁸¹ Ibid. pp. 53-56. Daí a natureza das coisas ser “... corrientemente adecuada para fundamentar concepciones periódicas históricas, nacionales y conservadoras. Es así muy comprensible que la Escuela Histórica, a pesar de su posición de combate contra el derecho natural, sirve de buen grado a la naturaleza de la cosa. (...) Únicamente cuando la Escuela Histórica se vio estrechada por el positivismo y en esencia solo cuando predominó el temor a poner en peligro la seguridad jurídica, cayeron derecho natural y naturaleza de las cosas bajo la misma condenación.” Ibid. p. 56 e p. 57.

¹⁸² RADBRUCH, G.. Introducción... p. 28.

relações e ordens. Os grandes fatos e as relações elementares seriam as bases de todo o Direito. *Matéria de direito* seria uma conceituação multifacetada da realidade pré-formada.¹⁸³

Desta forma, num primeiro estrato do qual deveria a *natureza* ocupar-se estariam os fenômenos que constituiriam os fundamentos naturais da regulamentação jurídica, a exemplo das relações com as coisas materiais que as pessoas guardariam, das próprias relações entre as pessoas, até os produtos colocados à disposição da técnica, que não mais constituiriam as circunstâncias de fato pura e simples, mas *formações sociais pré-jurídicas* ou *pré-formas sociais*. Num segundo estrato do esquema articulado desenvolvido por Radbruch estariam as *pré-formas das relações/regulamentações jurídicas*, que se constituiriam nas relações vitais reguladas pelo costume, pelos hábitos, pela tradição, pelos usos, ou seja, o direito consuetudinário subdesenvolvido. Finalmente, no último estrato se constituiriam em matéria jurídica as regulamentações jurídicas, ou seja, as relações da vida reguladas juridicamente, que poderiam ser o ponto de partida das exigências no sentido da natureza da coisa com respeito a uma ulterior regulamentação jurídica. Esses, em resumo, seriam os três aspectos da *coisa*.¹⁸⁴

Quanto à *natureza*, Radbruch não a entendia em um sentido naturalista ou, como em geral se entende, no sentido de um *existir*. Para ele, baseando-se em Dernburg, a *natureza* haveria que ser entendida como uma imagem conceitual para algo puramente ideal. Haveria que se buscar, assim, o sentido jurídico e a ideia de Direito que se realizaria nele. O sentido jurídico de uma coisa significaria uma parcela; determinadas características que seriam recortadas da totalidade de uma relação vital por um aspecto determinado. Daí, agora baseando-se no pintor Anselmo Feuerbach, Radbruch ponderar que assim como o *estilo* na pintura seria a omissão daquilo que não seria essencial na mesma, no Direito o *estilo jurídico* seria o abandono daquilo que não fosse o essencial. As características jurídicas de uma relação vital seriam como que *agrupadas* debaixo da ideia de Direito, normalmente

¹⁸³ RADBRUCH, G.. Relativismo... pp. 59-61.

¹⁸⁴ A referida *estratificação tríplice* foi extraída a partir da análise do seguinte trecho do texto de Radbruch: Ibid. pp. 61-63. E, ainda: RADBRUCH, G.. Introducción... pp. 27-28. Também neste sentido foram as observações de Alessandra Mazzei: MAZZEI, A.. Introdução..., pp. 10-11 (nota de rodapé nº 32).

sendo esse um sistema teleologicamente informado, ou seja, um sistema de fins e meios jurídicos. As relações vitais, desta forma, se integrariam em um instituto jurídico, na forma de um *tipo ideal*, constituindo-se o referido procedimento na *construção jurídica*.¹⁸⁵

Desta forma, a *natureza das coisas*, para Radbruch, seria o *sentido de uma relação da vida comunicada por uma ideia jurídica*. Não seria, portanto, um mero *existir*, mas estaria *vinculada a um existir*, constituindo-se no sentido que adviria de uma *relação vital fática*, enquanto reflexo de uma ideia de Direito. O *sentido* da *natureza das coisas* adviria, portanto, da *ideia de Direito* que, por sua vez, ainda não se provaria como válida por si só, mas, tão somente, depois que exteriorizada, desde seu *sentido*, nas próprias *relações vitais fáticas*.¹⁸⁶

Ocorre que ao entender que a *natureza das coisas* seria um meio de interpretação que deveria se cingir, em última instância, ao *espírito da lei*, Radbruch

¹⁸⁵ RADBRUCH, G.. Relativismo... pp. 64-65. Nas palavras de Radbruch, “El camino de este procedimiento conduce desde las relaciones vitales y sus reglas de conducta particular, pasando por su sentido interpretativo idealmente relacionado, hasta el tipo ideal de la institución jurídica; la presentación de los resultados sirve, al contrario, para ir desde la institución jurídica y desplegar a partir de ella las reglas jurídicas individuales, no solo las que han establecido el punto de partida de la construcción, sino a continuación, nuevas reglas jurídicas, que se siguen con lógica consecuencia de la esencia de la institución jurídica. Tal exposición es al mismo tiempo una prueba sobre el ejemplo: ella crea mediante la plenitud y no contradicción de las reglas jurídicas deducidas, la garantía para la corrección de la construcción. Con esto es la naturaleza de la cosa el resultado de un método rigurosamente racional, no un ‘caso fortuito de intención’.” Ibid. pp. 65-66. Enrico Opocher, de certa forma, acaba também por entender que o sentido que haveria que ser dado à palavra *natureza* da expressão *natureza das coisas*, pois um dos sentidos atribuíveis à *natura* seria justamente o sentido de *natura giuridica*. Excluído um tal sentido, o outro que seria atribuível seria de *essenza* que, em se referindo à palavra *coisa*, em termos *jurídicos*, justamente a algo que se resolve em uma *série de comportamentos*, restaria tanto o *ato de qualificação jurídica* a ser atribuído a tais comportamentos quanto a ideia mais específica de uma *situação de fato*, redundaria em uma *essência dos comportamentos*, que não mais seria do que o fato de que a *finalidade* orientaria e condicionaria tal essência. Enfim, *natureza das coisas* corresponderia a um recurso de que se valeriam alguns juristas, voltado a valorar a finalidade dos comportamentos em análise. OPOCHER, E.. Op. cit. pp. 513-514.

¹⁸⁶ RADBRUCH, G.. Relativismo... p. 66. “La naturaleza de la cosa no es válida por sí misma, no es una fuente del derecho, y solo es válida en la medida en que una fuente del derecho expresa o tácitamente le garantiza un espacio. Es un medio de interpretación, pero lleno de lagunas hasta el punto en que el sentido de las relaciones vitales que transmite y la idea en que se funda, no están en contradicción con el espíritu de la ley. Es la *ultima ratio* de la interpretación y perfeccionamiento de la ley, que solo se utiliza cuando para la regulación de una relación vital no se suministra una idea del legislador concreto, antes bien es necesario apelar al *legislador en general*, al legislador en abstracto.” Ibid. pp. 66-67. Mesmo em *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Radbruch volta a acentuar o papel decisivo que a *ideia de Direito* teria, inclusive, em relação à própria *natureza das coisas*: “Es cierta que la naturaleza de las cosas se enfrenta a la idea del Derecho con la exigencia de una estructuración sensata – con sentido – de la materia jurídica dada, pero la decisión final incumbe a la idea de Derecho.” RADBRUCH, G.. Introducción... p. 30.

acaba por retroagir em sua proposta de atenuação da tensão entre *realidade* e *valor*, *ser* e *dever ser*. A proposta se converte, em termos finais, em um retrocesso a propostas mais conservadoras, que acabam remetendo ao *espírito da lei*, restando o campo de atuação da noção de *natureza das coisas* somente para aqueles casos em que o referido *espírito da lei* não fosse alcançável. Ainda que sinalize para o papel da *natureza das coisas* enquanto *pauta para o legislador*, Radbruch não consegue alcançar o ponto de toque entre *ser* e *dever ser*, entre *realidade* e *valor*. Não consegue perceber a autonomia constitutiva e constantemente atualizável que os valores possuem em uma comunidade; que os valores são os vértices orientadores da vida em comum e que, em termos especificamente jurídicos, convertem-se mesmo em princípios jurídicos e, assim, nos próprios fundamentos do Direito. Os princípios, assim entendidos, ou seja, entendidos enquanto *jus*, se projetam nas práticas;¹⁸⁷ tratam-se de um horizonte de validade que será

¹⁸⁷ Os princípios podem ser entendidos enquanto *ratio*, traduzindo-se naquela visão normativista dos mesmos, fruto, sobretudo, das construções de Bierling e sua *doutrina dos princípios* e do Jhering do *Espírito do direito romano*; visão essa, portanto, do século XIX, onde os princípios seriam obtidos desde as próprias normas, num esforço de *concentração lógica* e de *generalização* e, assim, seriam considerados como normas mais gerais e abstratas que seriam obtidas desde outras normas, com a consequência, portanto, de não poderem funcionar como limites de validade das normas. Os princípios podem ser entendidos, também, enquanto *intentio*, concepção essa desenvolvida, sobretudo, a partir das formulações de Rudolf Stammler, para quem os princípios seriam apenas *princípios morais* ou *comunitários* até que fossem declarados em termos prescritivos, seja por uma decisão legislativa, seja por uma decisão judicial, ou seja, onde a juridicidade seria conferida por uma prescrição autoritária. Tal visão dos princípios, que os entende como *intentio*, enquanto princípios morais ou pré-jurídicos num primeiro momento, também teria importância nas práticas jurídicas. Na política legislativa se prestariam a atender às exigências comunitárias, enquanto exigências de uma moralidade política, mas não porque princípios de direito vigente; também teriam sua razão de ser nas práticas jurídicas porque no momento da realização do Direito atuavam ante indeterminações ou ausência de normas. Finalmente, pode-se compreender, como aqui se compreende, os princípios enquanto *jus*, enquanto *direito vigente*, onde a juridicidade é algo que lhes é imanente. Aqui os princípios são estabilizados pelas práticas jurídicas e pela comunidade de juristas, funcionando como limites de validade às próprias normas. Para uma análise pormenorizada sobre o assunto: LINHARES, J. M. A.. Na <<coroa de fumo>> da teoria dos princípios. Poderá um tratamento dos *princípios como norma* servir-nos de guia? Em: CORREIA, F. A.; LOUREIRO, J. C.; MACHADO, J. E. M.. (Orgs.) Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Em: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica 104. (AD HONOREM – 6)**. Volume III - Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 395-421. Conforme a observação de Aroso Linhares, a referida distinção mobilizada pelo mesmo e “... as correspondentes formulações (...) (princípios normativos como *jus*) — devem-se inteiramente a Castanheira Neves, que as tem mobilizado desde a sua fundadora lição-síntese sobre os princípios [ver *Sumário de uma lição-síntese sobre «Os princípios jurídicos como dimensão normativa do direito positivo (a superação de positivismo normativista)»*, policop., Coimbra, 1976]. A recriação que proponho no texto não seria de

pressuposto pelas pessoas de uma comunidade que, ao pressupô-lo, acabam por reinventá-lo. Afastando-se de um regresso a um jusnaturalismo, a referida concepção dos princípios não os compreende de forma imutável, a-histórica ou indisponível. Antes, as exigências, os valores associados aos referidos princípios, são assumidas como criações humanas e, assim, criações culturais. São compromissos que orientam, mas que resultam das práticas humanas e que vão se estabilizando comunitariamente nas práticas juridicamente relevantes. Enquanto *exigências*, tais princípios são para serem cumpridos e, assim, devem ser afetados pelos problemas de ordem prática, pois somente *in concreto* que se pode perceber as exigências associadas a tais princípios. A própria mutabilidade dos problemas vai exercendo uma pressão conformadora sobre os princípios, o que se perfaz desde a experiência judicativo-decisória que se vai fazendo dos mesmos. Se esses são orientações para a prática, devem se especificar em *respostas* a problemas de ordem prática. Há, como se percebe, uma noção de *circularidade* na referida dialética orientadora – *sistema X problema* -. A experiência dos problemas vai se refletindo na própria compreensão dos princípios; as respostas aos problemas sempre está acrescentando algo aos princípios. Contudo, trata-se de um processo de transformação paulatino, de uma evolução lenta e gradual da comunidade e da própria experiência comunitária. As transformações não podem ser arbitrárias, nem mesmo se fruto de atos de poder. Os *valores*, assim, objetivados em termos jurídicos nos princípios, são contexto da prática, pois dão sentido às escolhas que se fazem e, ao mesmo tempo, são correlatos dessa mesma prática e jamais imunes a ela. A prática, nessa medida, em termos circulares, contribui para a transformação dos princípios, que são exigências de realização que serão projetadas no contexto.

Ainda que Radbruch se esforce em tentar mostrar que a *natureza das coisas* teria como *guia dominante* a própria *ideia de Direito*, quando propõe um papel subsidiário para a *natureza das coisas*, relega a mesma a um plano secundário, resolvendo-se os problemas pela recorrência à alternativa do *espírito do legislador* e, em última instância, portanto, ao próprio conjunto de regras postas. O relevo dado

resto possível sem a mediação privilegiada das suas aulas e ensinamentos orais.” Ibid. p. 04 (nota de rodapé n° 18).

ao fato de que a *ideia de Direito* não só teria que ter em consideração a *natureza das coisas*, mas que seria determinada internamente por ela,¹⁸⁸ acaba sendo ofuscado pela saída que Radbruch propõe.¹⁸⁹

Ao tentar submeter a noção de *natureza das coisas* à reprovação kantiana assente na invalidação da fundamentação ou limitação de um *dever* a partir de um *ser*, Radbruch ressalta que a *natureza das coisas* apareceria, primeiramente, desde o aspecto da possibilidade de realização de *ideias de Direito*, ou uma certa função de *resistência do torpe mundo* que a *natureza das coisas* desempenharia, onde as ideias, se almejassem ser factíveis, haveriam que se conformar.¹⁹⁰ Ocorre que a tentativa de Radbruch de minimizar ou mesmo conciliar *realidade* e *valor* acaba, em verdade, por reafirmar o dualismo, pois as *ideias informadoras/valores* só se realizariam se conformes àquilo que a *matéria de fato* ditasse. Neste sentido, como o próprio Radbruch reconhece, a *natureza das coisas* apareceria como *um impedimento para a realização do pensamento jurídico*.¹⁹¹ Todavia, mesmo no referido ponto percebe-se certa confusão entre o que venha a ser a *ideia de Direito*, enquanto uma ordem valorativa informadora e aquilo que possa se entender por *pensamento jurídico*, enquanto um conjunto de reflexões que são erigidas em torno do Direito como um todo. Ademais, a realidade constitui-se, antes, no substrato atualizatório, desde um impulsionar menos intenso que a ordem de valores que sobre ela se projeta e orienta. O fato de a *natureza das coisas interpretar o clima histórico sobre o qual se forjaria o pensamento jurídico, influenciando, assim, o próprio conteúdo desse*,¹⁹² não possibilita afirmar que ela se perfaça enquanto um *impedimento à realização do pensamento jurídico*.

Quando Radbruch procura atenuar a força do fático sobre a *ideia de Direito*, acaba por justificar isto na relação estreita entre Direito e poder, constituindo-se parte fundamental da *ideia de Direito* a própria *segurança jurídica*,

¹⁸⁸ RADBRUCH, G.. Relativismo... p. 67.

¹⁸⁹ No mesmo sentido crítico-reflexivo foram as observações de Alessandro Baratta a respeito da referida posição de Radbruch. BARATTA, A.. Natura del fatto e Diritto... p. 199.

¹⁹⁰ RADBRUCH, G.. Relativismo... pp. 67-68.

¹⁹¹ Ibid. p. 68. E vai mais além, ao complementar que a *natureza das coisas* entraria "... más a menudo en el contenido del pensamiento jurídico mismo." Id.

¹⁹² Id.

correspondendo a essa só um Direito que nem se inclinaria nem se arrastaria ante o poder.¹⁹³ Ainda que se possa concordar sobre a vinculação interna entre Direito e poder, uma vez em se tratando de um Direito de matriz europeia-ocidental, não se pode, a partir disto, se concluir que a *ideia de Direito* se sobreporia à própria noção de *segurança jurídica*, vendo-se nessa uma supremacia, portanto, ante o poder. O que Radbruch acaba por não conseguir é justificar a força do fático perante a ideia, ainda que consciente do poder que essa, em verdade, exerce sobre o fático. Para não se contradizer em seus fundamentos, acaba por dissimular a primazia que a ideia exerce sobre o fático.

Por último, Radbruch tenta mostrar a ideia de Direito vinculada à realidade, inspirando-se em Goethe, desde a noção de que todo ideal, quando é *separado/hipostasiado* do real, acabaria esgotando a realidade e se esgotando, finalmente, em si mesmo.¹⁹⁴ Ocorre que Radbruch acaba não percebendo que o processo de hipostasiação apontado por Goethe quer se referir a uma desvinculação total da realidade no processo de idealização, o que, contudo, longe está do que efetivamente ocorre no Direito. O processo entre a ordem de valores e a realidade é dialético, ininterruptamente informado por ambos os pólos, porém, com um grau de pressionamento da parte do fático em menor intensidade para a ordem de valores que, por isso, acaba se sobrepondo enquanto cabedal axiológico informativo das próprias práticas. Radbruch parece não ter conseguido equacionar o processo de tensão existente entre *realidade* e *valor*,¹⁹⁵ percebeu-o, mas não soube compreender as razões que impõem uma primazia dos *valores* sobre a realidade, pois, afinal, se é de uma *ordem regulativa*, enquanto alternativa humana para auxílio do bom convívio entre as pessoas que se está falando, não se pode perder de vista que a inversão do poder de pressão de um polo sobre o outro – *realidade* e *valor* – se constituiria no esmaecimento da própria ideia fundante, da razão principal da escolha e desenvolvimento de um específico Direito enquanto regulador da vida em comunidade, qual seja o seu papel de *controle do social* e *garante*. Ademais, não se

¹⁹³ Id.

¹⁹⁴ Ibid. p. 69.

¹⁹⁵ Não foi outra a conclusão que Ilmar Tammelo chegou. TAMMELO, I.. Op. cit. pp. 665. No mesmo sentido foi a conclusão de Castanheira Neves. NEVES, A. C.. Questão-de-facto – Questão-de-Direito... p. 776-777.

poderia pretender que uma proposição fundada sobre um *dever ser* pudesse ser logicamente derivada de uma posição fundada sobre um *ser*.¹⁹⁶

¹⁹⁶ O que, conforme observação de Ilmar Tammelo, já remontaria a David Hume, em *Treatise on Human Nature*. TAMMELO, I.. Op. cit. pp. 673. “... una volta che il regno dell’essere e quello del dover-essere sono concepiti come diversi, nessun espediente concettuale può compiere il <<miracolo logico>> di convertirla diversità in identità. Ciò, naturalmente, non esclude vari rapporti tra i due regni: si è d’accordo nel riconoscere che l’essere del comportamento umano viene giudicato facendo riferimento ai parametri del dover essere, e che tali parametri sono stabiliti dal comportamento umano.” Id. No dizer de Richard Marvyn Hare, baseando-se em Hume, é impossível “... deduzir uma proposição de ‘dever-ser’ a partir de uma série de proposições de ‘ser’ – uma observação que, como ele [Hume] corretamente diz, ‘subverteria todos os sistemas de moralidade comuns’ e não somente aqueles que já tinham aparecido no seu tempo.” HARE, R. M.. **A linguagem da moral**. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 31. A obra de Hume a que Hare se refere é *Treatise of Human Nature*. Sobre a impossibilidade da dedução de juízos de *dever ser* do *ser*, o que posteriormente acabou sendo chamado de *falácia naturalista*, desde os descobrimentos da Lógica Formal, já nos finais do século XIX, Hume observou que “Em todos os sistemas de moral que encontrei até aqui tenho sempre notado que o autor durante algum tempo procede segundo a maneira comum de raciocinar, estabelece a existência de Deus, ou faz observações sobre a condição humana; depois, de repente, fico surpreendido ao verificar que, em vez das cópulas *é* e *não é* habituais nas proposições, não encontro proposições que não estejam ligadas por *deve* ou *não deve*. Esta mudança é imperceptível mas é da maior importância. Com efeito, como este *deve* ou *não deve* exprimem uma nova relação ou afirmação, é necessário que sejam notados e explicados; e que ao mesmo tempo se dê uma razão daquilo que parece totalmente inconcebível, isto é, de como esta nova relação se pode deduzir de outras relações inteiramente diferentes. Mas como os autores geralmente não têm esta precaução, tomarei a liberdade de a recomendar aos leitores e estou persuadido de que esta ligeira atenção destruirá todos os sistemas correntes da moral e mostrar-nos-á que a distinção do vício e da virtude não se baseia apenas nas relações dos objectos, nem é apreendida pela razão.” HUME, D.. **Tratado da natureza humana**. Tradução de Serafim da Silva Fontes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 543. (Textos Clássicos) Para as demais informações sobre o tratamento da referida impossibilidade de dedução de juízos de *dever ser* do *ser* ao longo da história: DUSSEL, E.. Algunas reflexiones sobre la “falacia naturalista” (sobre la necesaria articulación de la ética y las ciencias empíricas) Em: **Realidad – Revista de Ciencias Sociales y Humanidades**. San Salvador, pp. 543-554. Disponível em: < <http://www.uca.edu.sv/revistarealidad/archivo/4de3b58a738e0algunasreflexiones.pdf> > Acesso em 1º mai 2013. Para Enrique Dussel, o que seria *necessário e coerente* no pensamento de Hume é que as paixões e os sentimentos é que passariam do *ser* ao *dever ser*, o que vai ao encontro das conclusões de Alessandro Baratta, como se verificará. Ibid. p. 551 (nota de rodapé nº 7). A *falácia naturalista*, para Dussel, se situaria estritamente como *falácia* denunciada pela **lógica formal analítica e no nível discursivo desta lógica**, o que também fora observado por Castanheira Neves, como se observará adiante. Ibid. p. 546. Para Alessandro Baratta, as posições críticas da noção de *natureza do fato*, em geral, se limitariam a constatar a exigência de uma escolha ou tomada de posição valorativa como implicitamente necessária a integrar o silogismo prático, **sem chegarem a afirmar a irracionalidade e a não fundamentabilidade daquela escolha** - p. 105 do texto a seguir citado de Baratta, e pp. 108-109, aqui em uma análise crítica às posições de Norberto Bobbio e Ulrich Klug (neste ponto Baratta questiona que muitas vezes não se verificam os critérios da escolha de fins) -, o que, como se procurará mostrar, também não deixou de ser uma preocupação de Hans Albert. Em uma análise às formulações de Moore, desde *Principia ethica*, a partir da noção de *conceitos qualificadores*, entendidos como aqueles conceitos que servem para qualificar as coisas, propriedade ou relações segundo norma ou valores, conforme o desenvolvera Scarpelli em *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Baratta observa que o equívoco consistiria em negligenciar o elemento característico e determinante do uso de um conceito qualificador. Quando se aplica um conceito qualificador não se põe em uma atitude **descritiva** nos confrontos daquilo a que isso se refere, mas se introduz um elemento pessoal de comprometimento, de escolha ou de valoração. O

equivoco das posições que defenderiam que o silogismo prático somente seria válido quando e na medida em que a afirmação da relação entre uma causa e uma possível consequência se acrescentasse uma qualificação axiológica ou deontológica do fim, tal como Bobbio e Klug apregoaram, residiria no fato de se assentarem sobre um fundamento subjetivo, lançando uma sombra de dúvida sobre a objetividade e o rigor do silogismo prático. A dificuldade colocada ao princípio da falácia naturalística à recuperação de um fundamento ontológico das escolhas práticas poderia ser superada radicalmente somente se fosse superada a perspectiva filosófica que tornaria rígida e abstrata a separação entre *ser* e *dever ser*, entre *meio* e *fim*. O regresso a Hume, portanto, para a busca da noção da *falácia naturalística*, não consideraria, suficientemente, a grande distância que separaria a filosofia humiana do dualismo metodológico. Nos confrontos da razão prática a realidade humana não se colocaria como uma série de elementos ônticos na expectativa de receber, desde um particular procedimento, uma qualificação axiológica e normativa. Ao invés, a função da razão na antropologia humiana seria relativa aos objetos capazes, pelas suas próprias naturezas, de moverem a ação, ou seja, **os objetos das paixões**, compreendidos como os conteúdos nos quais se concretizaria a finalidade intrínseca da paixão mesma, à qual seria, em relação aos objetos, única, qual seja a *finalidade de realizar-se*. A paixão não teria a necessidade de buscar fora de si um fim que a qualificaria, como se fosse por sua vez qualificado, enquanto fim, desde uma instância superior e reguladora, mas, antes, teria o seu fim em si mesma. Baratta contrapõe a tese humiana sobre as paixões à tese de Spinoza, considerando aquela com um cunho mais subjetivista e psicológico e esta mais objetivista e organicista. BARATTA, A.. *Natura del fatto e giustizia...* pp. 105-112. Pode-se dizer que o debate sobre a falácia naturalista se reascendera, sobretudo, desde as discussões travadas pelos estudiosos de São Tomás de Aquino, o que se dera, mormente, em decorrência das posições de Germain Grisez e John Finnis. Para os referidos autores, em oposição a outros intérpretes de São Tomás, a razão seria prática e faria prescrições de sua própria natureza e não na pressuposição de algum ato prévio de vontade. O entendimento pela razão dos bens humanos seria sempre prático e nunca teórico. SIMPSON, P. P.. **Vices, virtues, and consequences: essays in moral and political philosophy**. U.S.A.: The Catholic University of America, 2001, p. 109. (Studies in philosophy and the history of philosophy – v. 35) Os equívocos, segundo Peter Phillips Simpson, na esteira da análise de Moore, decorreriam da tentativa de se tentar definir a *bondade*, o *bom* tentando entender a referida noção como um *objeto*, o que seria impossível, pois *bom* seria uma propriedade não-natural, que seria única e peculiar para ela mesma. O *bom*, portanto, seria tanto indefinível (tratar-se-ia de um *open-question argument* e, assim, tudo dependeria do sentido que se atribuisse previamente a *bom*, com o que no próprio perguntar já se teria a resposta), quanto não-natural (decorrência de se associar *natural* com *científico* e *científico* com *livre de valores*). As maiores objeções a Moore teriam decorrido da pretensão de entender que em *bom* haveria alguma propriedade cuja presença, de alguma maneira, se conhecia. Para Moore a referida propriedade era *intuível*. Contudo, Moore não teria explicado que tipo de coisa a referida intuição era. O problema é que pessoas diferentes poderiam ter diferentes intuições sobre o que fosse o *bom*. Outro questionamento teria se assentado no fato de que a noção de *bom* teria alguma conexão com a ideia de *ação*, do agir humano, o que Moore não teria explicado. Por fim, ainda se contestava a questão da *superveniência* que a ideia de *bom* carregaria consigo. *Bom* seria/carregaria algo superveniente para Moore porque sempre estaria ligado a outras propriedades. Ocorre que *bom* sempre significaria alguma coisa a mais que as propriedades em razão das quais *bom* seria predicado. Desta forma, *bom* não seria redutível às suas propriedades – Ibid. pp. 110-112 -. Daí a solução que tanto emotivistas quanto prescritivistas (as duas principais escolas que seguiram Moore) adotaram: *bom* não era uma propriedade em seu todo nem um objeto de cognição. *Bom* servia, antes, para expressar atitudes ou volições ou prescrições. Dizer algo sobre o *bom* não seria, portanto, afirmar alguma coisa sobre ele, mas uma forma de aprová-lo ou elogiá-lo. *Bom*, nesse sentido, seria mais propriamente um termo volitivo que cognitivo. Daí que para a referida teoria a falácia naturalista seria cometida quando se tentasse analisar julgamentos de valor em termos fáticos ou cognitivos – Ibid. p. 112 -. São Tomás, ao contrário, não era nem prescritivista nem emotivista, tendo oferecido uma análise cognitiva do *bom*. Daí que sua teoria só se sustentaria se o mesmo tivesse outra forma de considerar as características da falácia naturalista. Assim, as distinções *ser - dever-ser* e *fato - valor* haveriam que se apresentar diferentemente. Desta forma, mesmo que a análise de São Tomás considerasse a questão da superveniência e as demais

objeções, ainda assim não conseguiria explicar como o conhecimento do *bom* levaria para a *ação* – Ibid. p. 113 -. Desta forma, Peter P. Simpson propõe uma análise bipartida da teoria de São Tomás, sendo uma relativa à questão *fato – valor* e outra relativa à questão do *ser – dever-ser*. Quanto à questão *fato – valor*, Simpson observa que a chave para se perceber a perspectiva de São Tomás residiria na compreensão do que o mesmo entenderia por *conhecimento*. Neste sentido, aqueles que dizem que o naturalismo seria uma falácia tenderiam a limitar o conhecimento àquilo que fosse observável ou cientificamente comprovável. São Tomás estende o conhecimento para o *ser*, o todo do *ser* ou o *ser* como tal. Este seria o *objeto* da mente. O que sabemos quando sabemos ou refletimos sobre algum objeto sensível não seria apenas as propriedades sensíveis ou quantificáveis do objeto, mas a realidade ou existência da coisa e suas propriedades. O que impressionaria a mente seria o que as coisas *são*. Para compreender o alcance dos objetos do conhecimento, portanto, seria necessário considerar o *ser* e suas divisões. De acordo com São Tomás, haveria duas maneiras básicas do *ser* ou modos do *ser*. Uma seria a forma das *categorias* e outra a forma dos *transcendentais*. As *categorias* se constituiriam nas específicas formas nas quais as coisas seriam; formas, portanto, que seriam distintas e exclusivas. Os *transcendentais* seriam as formas gerais que as coisas possuiriam, podendo uma mesma forma aqui abrigar mais de uma forma específica/categoria – Ibid. p. 114 -. Insere-se aqui a ideia de *superveniência*, que fora explicada por São Tomás, ao contrário do que os prescritivistas e emotivistas entendem, em termos *cognitivos* e não de forma *volitiva*, como aqueles concluíram – Ibid. p. 117 -. Especificamente para a noção de *bom*, São Tomás a considera juntamente com a noção de *verdade*. O *algo a mais* que esses termos expressam não surge quando se considera um *ser* em relação a si mesmo (como no caso da indivisibilidade), mas quando são considerados em conexão com outra coisa. A outra coisa, no caso da verdade, é a *mente*, e, no caso de *bom*, é o *desejo*. *Verdade* expressa o *ser* de uma coisa, que diz respeito à cognição e ao julgamento mental. O que a mente julga em um julgamento não é outra coisa que o *ser* que é julgado. A mente julga apenas o *ser* como tal, e declara que ele é como é. A *verdade* expressa o *ser* de uma coisa junto com a ideia de *isto é como o ser é*, ou seja, junto com a ideia de um julgamento que então é. Esta consideração surgiria do *ser* de uma coisa mesma e não da adição de *alguma coisa a mais* a esta coisa. Isto seria uma consideração que envolveria a referência a um julgamento mental. Neste sentido, *bom* seria semelhante a *verdade*. Tratar-se-ia de uma referência ao *desejo* e *realização*. *Bom* expressaria a ideia de que o *ser* de uma coisa, como tal, responderia ou realizaria o *desejo*. *Bom* expressaria o *ser* juntamente com a ideia de *fim* ou *objetivo*, ou de realização ou perfeição. Exemplificativamente falando, um morango seria *bom* pelo simples fato de ser *morango* e não por ser vermelho e suculento, ou seja, seria *bom* não pela adição de alguma propriedade. Seria *bom* apenas por ser o que é, só por isso o morango seria *desejado*. Mesmo na ausência de desejo o *ser* continuaria sendo *bom*. Esta consideração da superveniência da bondade é também uma explicação cognitiva. Dizer que *bom* está sendo considerado, juntamente com uma referência ao desejo e à satisfação é dizer que *bom* é, como tal, um *objeto de conhecimento* ou *cognição*, pois seria a *cognição mental* que o consideraria. Em razão da *matematização* do método da ciência moderna, ela ignoraria a teleologia da natureza e, assim, ignoraria a *bondade* das coisas. Os descobrimentos seriam *fatos* e não *valores* a serem considerados. Para São Tomás, ao contrário, *teleologia* expressaria a ideia de que as coisas em um estado de movimento ou mudança são as coisas no caminho para se tornar algo ou para deixar de ser alguma coisa. O algo que elas estão se tornando é o objetivo ou fim a se tornar. Este não é contrário à evidência da natureza, já que a natureza é precisamente um todo organizado de movimento ou mudança das coisas. Desta forma, se se deseja negar a teleologia da natureza e por este motivo acusar São Tomás de cometer a falácia naturalista, então a base da crítica altera-se. Essa crítica não é mais baseada na lógica, mas na física ou em uma visão própria da natureza. Quanto à questão do conhecimento, a forma com que se conhece a bondade seria a mesma forma com que se conhece qualquer outro ser ou realidade, ou seja, seria sempre através da mente. Tudo se daria através da reflexão sobre a evidência dos sentidos. O aspecto de *bondade* de uma coisa também seria reconhecido da mesma forma. Qualquer dificuldade nesta contabilização não poderia ser suposta como sendo exclusiva para a consideração cognitiva do *bom* – Ibid.pp. 117-119 -. Quanto à distinção *is – ought*, Simpson explica que, a teoria do *bom* de São Tomás poderia, aparentemente, não conseguir responder suficientemente aos elementos da falácia naturalista, pois seria uma teoria cognitivista e a distinção *is – ought* seria fatal para as

teorias cognitivistas. O ponto central na referida distinção *is – ought* é que os juízos de valor orientam a ação e, portanto, envolveriam julgamentos sobre o que *deveria* se fazer. Esses julgamentos de valor, contudo, não seriam julgamentos do que é o caso e daí não poderem destes decorrerem. Isto também pode ser colocado em termos da relação entre pensamento e vontade. A questão então se resumiria a como o pensamento poderia se mover em direção ao desejo ou vontade de alguma coisa. A implicação da distinção *is – ought* é que não poderia ser feita. Pensar e querer pertenceriam a esferas distintas. Se o pensar afeta a escolha é porque já se estaria comprometido ou envolvido com o que se estaria pensando. Haveria, assim, dois ângulos para o problema *is – ought*: o ângulo das decisões e o ângulo das relações entre diferentes faculdades. Para Simpson, a resposta de São Tomás abrangeria ambos. A solução seria encontrada em São Tomás desde um correto entendimento da *bondade*. Este seria o *conceito ponte* entre pensamento e desejo. Para São Tomás, *bom* estaria em ambas as esferas, e não em apenas uma, como os prescritivistas e emotivistas assumiriam. Isto ocorreria porque *bom* seria um tipo de conceito cognitivo. Entender cognitivamente *bom* é *ser* como objeto de desejo. Assim, uma mesma consideração de *ser* é um objeto de *pensamento* e de *desejo* ao mesmo tempo. Contudo, se o objeto é o mesmo, a abordagem não seria. O pensamento releva o *bom* como algo a considerar e conhecer. O *desejo*, por sua vez, releva o *bom* como algo para se conseguir ou se desfrutar. A mudança do pensamento para o desejo carrega consigo o seguinte fato: o objeto é um, mas as orientações a ele são diferentes. Para São Tomás, segundo Simpson, a *mente* moveria o *desejo*, pela apresentação dele com os seus objetos, ou seja, *bens*. A mente conceberia algum *bom* e esta concepção de *bom* se tornaria um foco para o *desejo*. Então, somente pelo fato de que *pensamento* e o *desejo* são o que eles são, e que eles compartilhariam um objeto comum, a mudança de pensar sobre algo *bom* para desejá-lo se tornaria facilmente compreensível. O que um concebe e conhece o outro vem desejar. Este seria um processo natural somente porque *pensamento* é o que é e *desejo* é o que é. O movimento do *pensamento* ao *desejo* encontraria sua explicação no *desejo* e não no *pensamento*. A não ser que o *desejo* fosse como tal ordenado para o *bom*, nenhuma quantidade de *pensamento* sobre o *bom* se moveria para desejar nada. Algo análogo aconteceria no caso da visão. A estrutura do olho é ordenada para ver, tome ou não lugar um ato de ver em específico – *Ibid.* pp. 119-120 -. Isto responderia a objeção de Grisez e Finnis de que nenhuma verdade teórica poderia se mover para o desejo. A teoria poderia fazer isso desde a apresentação de algum desejo como seu objeto. Contudo, Grisez e Finnis, juntamente com muitos não-naturalistas, estariam corretos no sentido de que isto não seria a teoria enquanto tal que explicaria este fato. Para Simpson, eles estariam errados em supor que a teoria não poderia mexer, em absoluto, com *desejos*. Eles não estariam dando a devida atenção ao fato do desejo e a sua natural ordenação ao *bom*. É assim que se pode perceber que o movimento do desejo para o pensamento começaria com um *is* que seria o *is* da *bondade*. Quanto ao ângulo do julgamento e a relação com a questão do *is – ought*, a posição de São Tomás se dirigiria ao como se conseguir sair de um *is judgment* e chegar a um *ought judgment*. A primeira parte da resposta residiria em considerar como se consegue um *desejo* do *bom* desde um julgamento teórico em que *x* é *bom*. A segunda parte da resposta estaria em perceber como o *desejo*, uma vez focado em algo *bom* apresentado a ele pelo *pensamento*, volta-se sobre o *pensamento* e o move para um tipo diferente de pensamento, qual seja o *pensamento prático*. O *pensamento prático* diferiria do *pensamento teórico* em seus fins, ou seja, em sua orientação. O fim da teoria seria a *verdade* e o fim da prática seria a *ação*. No *pensamento prático* se pensa em ordem de descobrir o que fazer. A *ação* não procede somente do *pensamento* por ele mesmo, mas do *pensamento* com um *desejo*, ou mesmo o *desejo* por si só, como ocorre no caso das *paixões*. O homem agiria porque *deseja* agir. O *pensamento prático*, assim, seria o *pensamento* informado pelo *desejo*, ou o *pensamento* definido a *serviço do desejo*. Este seria um *pensamento* que, em sua estrutura, carregaria a ideia de *bom* desde seu ponto de partida, já que a *ação* é o bem de algum *bom*. Mas isto consideraria o *bom* desde o ângulo do *desejo* e não da *teoria*. O ponto de partida do *pensamento prático*, portanto, não seria tanto o *bom*, mas o *desejo do bom*. O *pensamento prático* começaria com o *desejo* e a sua função seria raciocinar no sentido de como agir para satisfazer o *desejo*. Isto se daria, para São Tomás, na forma de um *dever* ou um *gerundivo*. O primeiro princípio seria que o *bom* deveria ser perseguido e feito, daí se poder dizer que, para São Tomás, o pensamento prático começaria com um *dever* e não com um *ser*. Não se deriva o *ought* de alguma teoretização prévia do *is*, mas inicia-se com o *ought*. O *dever*, por

sua vez, adviria do *desejo*. O *dever* apenas expressaria, ao nível da razão, a orientação para o *bom* do *desejo*. *Ought* somente expressaria a *ordem da ação* para algum bem ou fim, dizendo que a ação é devida em vista daquele *bom*. Não haveria um *ought* categórico para São Tomás, tal como haveria para Kant. Para São Tomás, *ought* seria sempre subordinado a algum *bom*. Os *ought's práticos* seriam feitos desde um ponto de vista do *desejo*. Sua verdade consistiria na conformidade com o *correto desejo*, isto é, para o fim próprio da vida humana e da ação. Seria essa conformidade que daria para essas verdades sobre a ordem de ação para o *bom* o elemento de prescrição ou sua força imperativa. Daí Simpson concluir que o pensamento prático seria um *ought thinking*. O ponto de tal pensamento seria descobrir, pela razão, o que fazer aqui e agora a fim de satisfazer o *desejo* o qual definiria o *pensamento prático* em primeiro lugar. Neste sentido, procederia de um primeiro ou fundamental *dever* sobre o *bom* a determinados *deveres* no aqui e agora. Aqui poderia até se falar de um processo de dedução lógica, mas seria uma dedução do *dever* desde o *dever* e não desde o *ser/is* para o *dever/ought*. Em razão disto, não haveria para São Tomás uma inferência não logicamente válida do *is* para o *ought*. O que haveria, no entanto, seria um movimento do *is* para o *ought*, porém, entendido em termos de *teoria da mente*, e não em termos lógicos. O que seria preciso entender é como o primeiro *is*, pensado sobre em que as coisas são boas (feito ao nível da *teoria*) daria origem ao *desejo* do *bom*, e como esse *desejo* do *bom*, por sua vez, daria origem a outro tipo de pensamento, do tipo *prático* ou *ought thinking*. Compreender isto seria compreender as relações entre *pensamento* e *desejo* e não pontos de lógica. A distância entre *is* e *ought* estaria lá e não aqui. Não haveria um *movimento lógico* de um plano ao outro. Seria um movimento que envolveria um *ir e vir* entre as faculdades de *pensamento* e *desejo*. É assim que, para São Tomás, uma asserção de *valor*, como que *x é bom*, tanto poderia ser uma verdade *teórica* quanto uma verdade *descritiva* e, ainda, seria um *guia para a ação* ou daria origem a *prescrições sobre o que fazer*. O *reconhecimento* moveria o *desejo* e o *desejo* moveria o *pensamento* para pensar sobre como conseguir este *bom*. *Julgamentos práticos* ou *prescritivos* começariam em um fundamental *ought/dever*, em um *ato de vontade*. Mas este *ought/dever* e esta *volição* seriam eles próprios fundamentados em uma compreensão do *bom* pela mente *teórica* como um aspecto do *ser* das coisas. Assim é que São Tomás poderia ser um naturalista sobre o *valor*, ou seja, negaria a distinção *fato - valor*, e uma espécie de não-naturalista sobre a prescrição, ou seja, manteria a distinção *is - ought*. A sutileza dessa posição estaria na maneira como ela se relaciona com o *ought* de volta para o *is* por meio de uma análise de *pensar* e *desejar* – Ibid. pp. 121-123 -. Simpson conclui que a posição de São Tomás diferiria da posição de Grisez e Finnis. Faltaria para esses autores a análise das relações entre o *pensamento* e o *desejo*. Isso porque eles negariam que predicções do *bom* pudessem ser *teóricas* e porque eles afirmariam que a mente seria *prática* ou *prescritiva* desde sua própria natureza e não por causa de um *input* do *desejo*. Essas pretensões não seriam necessárias para se ter o sentido do *bom* e do *ought*, não refletindo, também, o verdadeiro pensamento de São Tomás – Ibid. p. 123 -. Neste sentido, analisando-se a obra de John Finnis, observa-se que o mesmo nega, veementemente, qualquer tipo de possibilidade de dedução dos *princípios de direito natural*, seja de *princípios especulativos*, seja de *fatos*, seja mesmo de *proposições metafísicas sobre a natureza humana* ou sobre a "... natureza do bem e do mal, ou sobre a 'função de um ser humano', nem são inferidos de uma concepção teleológica da natureza ou de qualquer outra concepção da natureza. Não são inferidos ou derivados de coisa alguma. São não-derivados (embora não sejam inatos)." FINNIS, J.. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 45. (Coleção Díke) Também: Ibid. p. 73, p. 87 e p. 91. Em São Tomás de Aquino, assim, para Finnis, não se poderia dizer haver uma inferência ilícita de *ser* para *dever-ser* – Ibid. p. 46 -, o que parece se coadunar com a leitura de Simpson acima exposta. Uma tal impossibilidade de derivação do plano do *dever ser* do *ser* decorreria de uma leitura de Tomás de Aquino de Finnis e o seu desafio no sentido de que algo contrário a isso, ou seja, algo que tentasse explicar ter havido algum tipo de dedução no pensamento de São Tomás, haveria que, tanto demonstrar que São Tomás teria feito, quanto que qualquer outro poderia fazer tal dedução, o que, pela análise da leitura de Simpson, parece restar superado, pois deixam-se suficientemente evidenciadas todas as relações entre os planos. Para a posição de Finnis e o seu desafio: FINNIS, J.. **Direito natural em Tomás de Aquino. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, pp. 35-36. Em relação ao tratamento da temática da falácia

naturalista por David Hume, Finnis, contudo, baseando-se na análise de Jonathan Harrinson em *Hume's Moral Epistemology*, acaba concluindo que Hume teria, claramente, feito a derivação lógica ilegitimamente. FINNIS, J.. Lei natural...p. 48, nota de rodapé nº 43. Finnis, desta forma, parece não ter se atentado para a diferenciação detectada por Dussel, como acima se mostrou. Apesar disso, Finnis tangencia a conclusão de Dussel, pois cita que Hume se referiria a *princípio* aqueles "... fatores mentais, tais como a consciência, o senso moral, **o sentimento e outras paixões.**" – Ibid. p. 49, nota de rodapé nº 44 (grifo nosso) -. Mesmo para os partidários que sustentariam a interpretação da acima citada passagem de Hume no sentido de que o ataque do mesmo teria sido contra os racionalistas do séc. XVIII, sobretudo contra Samuel Clarke, enquanto um ataque "... cuja peça de resistência é a alegação de que a percepção racional das qualidades morais das ações não poderia por si mesma proporcionar uma orientação que motivasse a ação." – Ibid. p. 48 -, para os quais "... o abismo que Hume diz não poder ser atravessado *não* é o abismo entre o factual e o normativo, mas o abismo entre *qualquer verdade* (mesmo uma 'verdade normativa', uma proposição verdadeira sobre o que é bom ou mau, certo ou errado) e conclusões motivadoras sobre o que deveria ser feito." – Ibid. p. 52 –, ainda que plausível, pois a moral moveria a pessoa à ação, o que a razão não o faria, não afastaria a validade do princípio de que *deveria* não seria passível de ser inferido de *é* – Id. e Ibid. p. 57 (resumindo as teses, onde acaba por não concluir, como fizera no início de sua abordagem – Ibid. p. 48, nota de rodapé nº 43 -, se Hume teria ou não formulado e se atido ao retro citado princípio) -. Alasdair MacIntyre, por sua vez, observa que teria sido provavelmente em razão dos dois tipos de obrigações a que Hume teria se referido que ocasionara as discussões. Hume teria distinguido entre a *obrigação natural de justiça/interesse* e a *obrigação moral*. As discussões teriam enfocado duas questões: uma se teria Hume negado a possibilidade de que uma conclusão qualquer de *dever* pudesse ser deduzida a partir de premissas cuja cópula seria um *ser e*, a segunda se Hume só teria afirmado que haveria que se ter um cuidado extremo para não se fazer tais inferências em pontos determinados do argumento moral no qual não se teria um lugar justificável. Tanto aos que se ativeram à primeira indagação assistiria razão, pois as conclusões a que Hume chamava de *obrigação moral* não seria dedutível validamente nem seria inferível a partir de premissas completamente *não-morais*, quanto aos que se ativeram à segunda pergunta, pois aqui a conclusão de Hume sobre o que chamava de *obrigação natural à justiça* não só poderia ser inferida como Hume mesmo a inferira a partir de premissas de fato, **inclusive premissas de fato acerca das paixões humanas**, o que vem ao encontro da posição de Dussel. Para a posição de MacIntyre: MACINTYRE, A.. **Justicia y racionalidad. Conceptos y contextos.** Traducción y presentación de Alejo Jose G. Sison. Barcelona: Ediciones Internacionales Universitarias, EIUNSA, S. A., 1994, p. 298. (Ética y Sociedad) Tudo, ao fim e ao cabo, para se concluir, com Pinto Bronze, que "... talvez um humanamente comprometido olhar mais fino permita lançar uma ponte entre as duas margens mencionadas [*ser e dever-ser*] e articular vectores *primo conspectu* antipódicos. (...) [Afinal,] na sua ineliminável oposição ontológica, realidade e valor, *ser e dever-ser* fundem-se no homem e, consoantemente, nas criações em que ele se re-cria: se o homem é um ser em permanente autotranscensão, um contínuo projecto de vir a ser, um ser que se realiza à medida que se aproxima do *dever-ser* que sisifisticamente prossegue, o direito é instância paramétrica de específicos problemas, intencionalmente densificada por um também específico referente de sentido axiológico, *i. e.*, pelo a-caminho predicativo de uma específica exigência de *dever-ser* (aquela que, no tempo histórico em que a questão se puser, traduzir a zenital expressão normativo-jurídica da compreensão que o homem tiver de si mesmo). Ou, em paráfrase algo ousada: se M. Heidegger discerniu o 'ser' do nosso 'ser-aí' no 'cuidado', nós diremos que o ser do direito é (com assumida intenção dinamizante...) o sentido que lhe dá o sopro humano, é (sem qualquer dualização compartimentante ...) o *dever-ser* que o humaniza." BRONZE, F. J.. *Praxis, Problema, Nomos* (Um olhar oblíquo sobre a respectiva intersecção). Em: COELHO, N. M. S.; DA SILVA, A. S.. (Orgs.) **Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível?** Salvador: Faculdade Baiana de Direito/Editora Jus Podivm, pp. 100-101. Ou, ainda, nas palavras do *Caput Scholae* de Coimbra: "Se é válida a pretensão de referir o valor ao ser, é de todo inaceitável referi-lo a um ser concebido como <<objecto>> em que o valor seria um <<conteúdo potencial>> oposto ao <<sujeito>>: aquela referência, também ela, só tem sentido quando compreendida através da transcendência que funda o próprio ser. **E é o que justamente não pode ser entendido pela dicotomia tradicional. Parte-se aí**

de um dualismo lógico (dualismo afirmado em termos de oposição ou contradição lógica) entre o <<ser>> e o <<dever-ser>>; e, no entanto, um e outro vão entendidos de tal modo que se revelou sempre invencível a tendência de querer reduzir o dever-ser ao ser, ou de ver neste último o fundamento necessário do dever-ser. (...) Na verdade, o radical dualismo de ser e dever-ser outra coisa não é que um corolário daquela mesma intenção teórica que identifica o ser com o ser-objecto, posto que conceber-se o ser como algo transcendente que aí está <<em si>> (em objectiva perfeição) é o mesmo que pensá-lo contraditoriamente ao que *devia ser*, ao que, portanto, não está aí em frente do sujeito afirmando-se em si (como dado-objecto). E, nestes termos, necessariamente que o dever-ser jamais poderá ser reduzido a um <<ser>>, uma vez que este, no modo mesmo porque é pensado, repele e se dualiza do dever-ser. Por outro lado, recuperar o dever-ser pelo ser significaria – ainda nessa perspectiva – simplesmente negar no seu *modus* específico o próprio ser que devia realizar essa recuperação, pois era admiti-lo apenas como projecto de ser e, como tal, não ser-objecto. (...) [A] alternativa metafísica, na qual se tem ou de negar o dever-ser (reduzi-lo ao ser) para afirmar o ser, ou de negar o ser (reduzi-lo ao dever-ser) para afirmar o dever-ser, traduz tão-só uma fractura no todo ontológico, a manifestar a consequência paradoxal de se pretender afirmar a plenitude de ser apenas a uma parte do todo do próprio Ser. Mas este todo, o <<englobante>> (Jaspers), que justamente é o *Ser*, pode dizer-se já hoje compreendido graças ao reconhecimento nele do ser humano – tão irreductível ao objecto como insusceptível de identificar-se com o mero sujeito da atitude gnoseológica, já que é ele aquele subsistente transcender que não importa saber se melhor designado por *espírito* ou por *existência*. Na verdade, o todo do ser é *a unidade do ser-homem e o mundo* – e é aí que o <<sujeito>> e o <<objecto>> se revelam *ambos no seio do ser*. Unidade essa, por sua vez, que estando no princípio, imediatamente na experiência pré-reflexiva, e havendo de ser recuperada no fim pela síntese reflexiva (reflexão de síntese pela qual a unidade se compreende verdadeiramente como *una*) já por isso mesmo exige, para ser *compreendida* como tal, a mediação das intenções espirituais, interrogantes e fundamentantes do ser humano. E se só através do ser-homem, e nele, obtêm agora dignidade ontológica o perguntar e o pôr problemas, também só nele e por ele se oferecem a intenção crítica do pensar e as intenções axiológicas das realizações de sentido – formas em que autenticamente se manifesta o modo-de-ser *em acto* que é o próprio ser do homem. Quer dizer, é através do homem e no homem que o ser se faz a si mesmo compreensível e as *distinções* implicadas nas diversas intenções actuantes do esforço dessa compreensão se mostram elas mesmas *modos da manifestação* do Ser. A distinção entre o <<ser>> e o <<dever-ser>> é, assim, ontologicamente necessária, pois nela se traduz a específica intenção axiológica do ser-homem, aquela específica intenção pela qual, unicamente, o ser pode ser recuperado com sentido (com validade ou valor), ou compreendido na validade do seu sentido. Isto porque a intenção axiológica ou a posição de validade (e valor) mais não é do que a manifestação do superar-se o homem a si mesmo, ao transcender o existente mundano pelo projecto do seu próprio ser. O valor é o projecto de ser que o homem assume, porque ele mesmo é essa projecção de ser – possibilidade e fundamento.” NEVES, A. C.. O papel do jurista no nosso tempo. Em: NEVES, A. C.. **Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros – Digesta -**. Volume 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 35-38. Para além do exposto, aqui também me foi particularmente importante o diálogo orientativo que tive o privilégio de ter com o Prof. Dr. Aroso Linhares, quando me alertou tanto para o ponto em que Baratta observa, como acima destacado, que “... as posições críticas da noção de natureza do fato, em geral, se limitariam a constatar a exigência de uma escolha ou tomada de posição valorativa como implicitamente necessária a integrar o silogismo prático, **sem chegarem a afirmar a irracionalidade e a não fundamentabilidade daquela escolha** ...”, quanto de quão proveitosa poderia ser a análise de Hans Albert sobre os por ele cunhados *princípios-ponte*, ambas as posições sugestivas da possibilidade de questionamento de afirmações não normativas, sem que, com isso, possa se falar de uma qualquer derivação, desde as mesmas, das afirmações normativas. A análise do modelo de Hans Albert, portanto, para além dos seus próprios textos, se basearam no seguinte texto de Aroso Linhares: LINHARES, J. M. A.. *Is Law's practical WS on Legal recognition of minority groups in light of social sciences (SW 76)*, no 25º *IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*, realizado em Frankfurt am Main, em agosto de 2011. Desta forma, o alerta de Baratta vem no sentido de mostrar que a impossibilidade de

dedução de juízos de valor/de *dever-ser* do plano do *ser* não significaria a impossibilidade de se verificar algum tipo de relação entre *afirmações não normativas* e *afirmações normativas*, o que, como se verá, também pode ser extraído da análise de algumas das formulações de Hans Albert. Afinal, as *afirmações normativas*, os sistemas de valores não podem estar libertos de uma crítica em sede não normativa. É assim que Alessandro Baratta e Hans Albert, cada um ao seu modo, levantam a questão sobre se as *afirmações normativas* estariam ou não separadas das *afirmações não normativas* e que, por isso, se não se poderia valer destas últimas para criticar as proposições normativas, estabelecendo *filtros* às proposições normativas. É assim que, em nome da falácia naturalista, Hans Albert entende que não se poderia proibir de fazer esse crivo e que o mesmo haveria que ser efetuado desde as informações das ciências sociais, empírico-explicativas. Isto se daria através dos *princípios ponte*; seriam desde os mesmos que se lançaria uma ponte entre os planos *não normativo* e *normativo*, num exercício de *teste* das *proposições não normativas*. Contudo, desde já é de se ponderar que mesmo o que tais ciências sociais fazem não deixa de ser, em certa medida, também uma *atribuição de sentido* aos fenômenos, só que desde a observação de constâncias, de regularidades na probabilidade da verificação dos fenômenos, ou seja, tudo partiria de modelos que são transformados e adviriam da comunidade dos cientistas, o que nada mais seria que uma compreensão da realidade à luz de certos modelos. Para Hans Albert, haveria regularidades que deveriam ser respeitadas pelas normas; seriam estruturas ônticas das quais não se poderia afastar. Para que qualquer sistema normativo pudesse interferir em termos eficazes nas práticas haveria que respeitar a identidade das regularidades; um critério legal seria eficaz na orientação das práticas/regularidades como se se pudesse pensar a *norma* praticamente como um componente *normal* dentro das práticas/regularidades. O argumento seria empírico-explicativo. Partindo de um discurso teórico-científico e também tecnológico, ou seja, *teleológico-tecnológico* – Ibid. p. 02 -, numa particular reinvenção da *social engenharia*, – Ibid. p. 01 -, herdeiro da concepção epistemológica de Karl Popper e também da própria ciência social – Ibid. p. 03, nota de rodapé nº 03 -, Hans Albert tentou pensar científico-tecnologicamente o Direito, desde um viés enquadrável, segundo a classificação de Castanheira Neves, num *pragmático funcionalismo material*. Para o texto de Castanheira Neves em que se pode verificar o referido enquadramento: NEVES, A. C.. O funcionalismo... pp. 224-242. As demais citações anteriores são do texto anterior de Aroso Linhares. Como é de se deduzir, a proposta de Hans Albert, ainda que não possa trazer uma solução ao problema dos (des)encontros das diferenças e do conseqüente *direito da forma de ser dos povos*, entendido como um critério especificamente jurídico para a solução de tais problemas, merece ser analisada. Isto porque poderia se dizer que reconhecer e respeitar formas de vida e práticas profundamente arraigadas dos povos, mas que já não seriam mais compatíveis com o atual *tempo de ciência*, não seria proveitoso. Afinal, em termos dos custos e benefícios, poderia se gerar mais custos, não sendo um tal desiderato, portanto, *realizável*. Poderia se argumentar, ainda, no sentido de que, por ser um modelo pensável para uma *sociedade aberta* e uma vez que certos povos ainda não teriam alcançado um tal estágio, o que implicaria, conseqüentemente, na possibilidade de mudança, não teria que se reconhecer nem respeitar tal *direito*, o que, contudo, não descarta alguns proveitos da proposta de Hans Albert para se perceber, mais adequadamente, as relações entre os planos do *ser* e do *dever-ser*. Neste sentido, trata-se de uma tentativa de racionalizar a práxis humana como *técnica*, de um apelo da conversão da prática em técnica; seria desde os dados das ciências empírico-explicativas que seria possível *filtrar*, verificar o que seria ou não relevante na construção da realidade social. Assim, assumindo que a ciência teria pressupostos, que o único discurso válido seria o das ciências, Hans Albert entende que o recurso seria desde a mobilização e filtragem das informações – um plano epistemológico e programático em relação à realidade social -. Ocorre que para converter a realidade social em *engenharia social* haveria que se almejar uma espécie de *admirável mundo novo democrático*, tudo decorrente da ambição ingênua de que seria possível racionalizar integralmente a prática através da técnica. No referido sentido, desde o retro citado texto de Aroso Linhares: Ibid. p. 02 e pp. 12-13 (apresentando uma alternativa distintiva entre *praxis* e *techné* voltadas à realização prática do Direito no modelo jurisprudencialista de Castanheira Neves, com o que "...the emergence of law's cultural project needed more than the Aristotelian secularization of *praxis* and the (relative) emancipation of *phronêsis*. It needed an invention of a specific practical inter-subjectivity problem which, distinguishing the juridical specifications of

phronêsis from those which would be assumed through ethics, morality, philosophy and politics, could free the experience and treatment of controversies *related to past events* from its holistic *continuum* (and create a *new world* of significations and discourses but also a new specification of communitarian validity.” Ibid. p. 16, nota de rodapé nº 51) -; uma pretensão de substituição das decisões por *decisões racionalizadas* com base em informações das ciências empírico-explicativas. A redução que se opera em tal visão, portanto, decorre da pretensão de transformar o pensamento e a dogmática jurídica em disciplinas de *filtragem de informações*. Almeja-se, portanto, uma ordem de possibilidades desde informações das ciências empírico-explicativas e não uma ordem de validade. Especificamente quanto à temática em questão – possibilidade de relações entre o plano do *ser* e do *dever-ser* -, Hans Albert entende que seria possível o estabelecimento de *pontes* entre as proposições normativas e as não-normativas. Haveria uma *ficção do vácuo*, da qual os discursos envolvendo valorações – jurídico, moral, etc. - se valeriam no sentido de que as proposições seriam espécies de *códigos próprios*, não havendo interferência no plano da racionalidade, o que, para Hans Albert, seria um *vácuo* que os referidos discursos teriam criado justamente para se defenderem das críticas que as ciências poderiam fazer contra os mesmos. Nas palavras de Aroso Linhares, a *ficção do vácuo* seria “... celebrates a *non conditioned self-originated decision* as the practical-existencial choice that (*causa sui*) institutionalises <<as a whole>> the <<system of values>> or the cluster of axiological convictions or compromises that sustain (or feed) ethical or juridical options ...” Ibid. p. 03, nota de rodapé nº 03. Daí a necessidade do estabelecimento de *pontes* entre as proposições normativas e não-normativas, que condicionassem os projetos e conteúdos dos enunciados normativos às informações que o método das ciências empírico-explicativas iriam garantindo. Seria uma tentativa de justificar as conquistas do Iluminismo desde a teoria das ciências. Pensar a ideia de *sociedade aberta* popperiana seria generalizar o modelo da *sociedade dos cientistas*; seria uma tentativa de institucionalização no plano global do que deveria ser uma sociedade de cientistas. No plano do Direito, o modelo de Hans Albert não seria compatível com um modelo de legislação estabilizado, o que, supostamente, se adaptaria à realidade do tempo presente. O problema dos *princípios-ponte* de Hans Albert são mais facilmente entendidos em se compreendendo que o problema da institucionalização da ordem social passa por uma unidade metódica entre as decisões legislativa, judicial e executiva; todas essas decisões deveriam ser tratadas da mesma forma. Hans Albert vê a decisão judicial e a administrativa, que seriam *decisões táticas*, relativamente às *decisões estratégicas*, que seriam as decisões da legislação. O tipo de discurso é assente numa racionalidade do tipo *finalística*, que iluminaria todo o universo do Direito, desde campos diferentes: as decisões legislativas seriam antecipações do futuro/estratégicas e as decisões judiciais e administrativas seriam tomadas no terreno/táticas. Juiz e administrador seriam *táticos maximizadores de uma estratégia*. Não há uma distinção propriamente entre o poder judicial e o administrativo – Ibid. pp. 14-16 (com uma análise crítica do modelo proposto por Albert) -. Os *princípios-ponte* se colocariam de forma decisiva em relação às prescrições legislativas, pois haveria que existir decisões em razão do homem estar mergulhado em sociedades plurais, diversificadas e fragmentadas, onde o único dado inteligível seria o advindo das múltiplas necessidades e apetências – não entendidas em termos *valorativos*! -, sendo que nem todas poderiam ser atendidas, daí impondo-se as decisões que seriam, na verdade, *escolhas*. No plano jurídico seria a *escolha do grande legislador constitucional* que deveria ser respeitada pelas demais escolhas, daí que leis seriam *programas de fins/escolhas de fins e de recursos* para atingir esses *fins*. A construção legislativa, assim, demandaria o crivo de três *princípios-ponte*, que seriam espécies de *filtros*. O primeiro *princípio-ponte* seria o da *explicabilidade* – Ibid. p. 04 -. Segundo o referido *princípio-ponte* quando o legislador escolhesse, mobilizasse certo fim e recursos aptos para atingi-lo no plano instrumental, haveria que especificar uma série de estratégias, de *alternativas de decisão*. Então, haveria que se perguntar, num plano universal, se os recursos mobilizados seriam efetivamente aptos para atingir aquele fim elegido, ou seja, um *problema de meio-fim* – Id. -. As hipóteses de regularidade permitiriam defender, com certa probabilidade, que, uma vez usados aqueles meios, os fins seriam atingidos. Os testes funcionariam pela negativa: se rejeitariam posições pouco sustentáveis. Seria, em síntese, a verificação se os meios utilizados seriam aptos para se alcançarem os fins ou não. O que se almeja é a *eficácia* da medida. O segundo teste seria desde o segundo *princípio-ponte*, o da *realizabilidade*, conforme o qual o problema não se coloca mais num plano abstrato e universal, mas parte das circunstâncias específicas da ordem jurídica e da sociedade

onde a medida vai ser ensaiada. Afinal, uma escolha seria feita e cumprida em uma determinada sociedade. A pergunta aqui é sobre a viabilidade da medida; pensa-se em termos de *custos* e *benefícios* e de *eficiência* da medida – Ibid. p. 14 -, ou seja, é algo relacionado à *realizabilidade*; trata-se de uma *antecipação maximizadora da tática*. É preciso demonstrar, à partida, que há condições de os benefícios ultrapassarem os custos – Ibid. p. 05 -. Por fim, o terceiro *princípio-ponte* seria o da *congruência*, que se traduziria na assimilação do quadro epistemológico de Popper; o tempo presente seria um *tempo de ciência*, assim, o padrão de validade para as práticas seria desde as informações das ciências empírico-explicativas; daí todo o discurso dever ser *congruente* ao discurso das ciências empírico-explicativas. O passado seria lido, desta forma, como sobrevivências metafísicas ou míticas. Num plano negativo, pelo *teste da congruência*, se rejeitariam sistemas de valores ou práticas orientadas por valores ou recursos linguísticos, que fossem culturalmente incompatíveis com o valor da verdade objetiva ou com o valor que a comunidade dos cientistas assumissem. Tudo o que fosse incompatível com o *tempo de ciência* seria rejeitado. Em termos positivos, seria a possibilidade de discutir os efeitos de certas características, elas próprias pensadas em termos de *realizabilidade*; que estivessem associadas a diferentes projetos de ordem social em termos de alternativa. Haveria que favorecer o projeto que mais contribuísse para o equilíbrio entre a *estabilidade* e a *flexibilidade* e que fosse capaz, ao mesmo tempo, de equilibrar a liberdade individual e a segurança. Seria buscar, da forma mais neutra o possível, um meio de se poder introduzir um critério de escolha que contivesse um fundo científico, visto à luz da sociedade aberta, onde seria possível ir substituindo medidas por outras, desde a discussão – Ibid. p. 06 -. Desta forma, desde uma *nova dogmática*, dois campos se abririam. A ciência jurídica teria um discurso estritamente tecnológico, em que a *ponte* seria entre os problemas da vida em comum e as informações que as ciências forneceriam. Assim, não se tratariam de *enunciados de dever-ser*, mas sim *informações tecnológicas*. Seria a *nova face da doutrina*, que transitaria num plano de possibilidade, em que o que estaria em jogo seria o que se poderia fazer para atingir os *fins*. A dogmática teria que renunciar às intenções prático-normativas. A doutrina/jurisprudência tecnológica interviria a partir dos enunciados tecnológicos; exploraria o Direito vigente, mas desde antecipações de problemas que poderiam ocorrer no terreno, mostrando quais efeitos ocorreriam se tomaria uma ou outra direção; ela contribuiria para a maximização das estratégias – Ibid. p. 07 -. De outro lado, a Filosofia do Direito seria uma *Filosofia Social Crítica*, social e da vida, com a tarefa de explorar problemas de *congruência*, desmascarando pretensões cognitivas ilusórias e os valores/ideais jurídicos a elas associados, mas, também, usando o conhecimento das ciências sociais nomológicas para filtrar criticamente o Direito vigente, podendo se referir a contextos de realidade que não mais se sustentariam – Ibid. pp. 07-08 -. Desta forma, desde os referidos *princípios-ponte*, se poderia fazer um crivo às informações/proposições não normativas, sem que isso implicasse a extração do plano do ser de proposições de *dever-ser*. Mesmo entendendo que também no campo dos juízos éticos adviriam as dificuldades decorrentes do chamado *Trilema de Münchhausen* e reconhecendo as dificuldades de superação do dualismo entre *ser* e *dever-ser*, Hans Albert alerta para o que poderia vir a ser a *invasão da arbitrariedade pura* na filosofia moral e para a *polarização do pensamento filosófico* entre as correntes filosóficas do existencialismo e do positivismo, enquanto ápice das discussões da problemática. Em ambas as correntes se apresentaria uma *concepção fática do conhecimento*, tendendo a um *tratamento decisionista da problemática do valor*, ficando ao *arbítrio da irracionalidade o campo das finalidades* que, em consequência da limitação da razão à questão técnica, encontraria aqui um *livre campo de ação*. Ocorre que na referida situação foi colocado em xeque justamente o pressuposto comum de ambas as concepções, qual seja de que por trás de cada conhecimento se encontrariam *decisões*, o que poderia levar um período para a objetividade do conhecimento, abrindo-se espaço a um subjetivismo que poderia se alastrar. A partir disto, Hans Albert, no *Tratado da razão crítica* – remissões adiante -, propõe que uma solução para o *sofisma naturalista* seria desde a consideração da *teoria do conhecimento* e da *teoria da ciência* como uma parte da *teoria do valor*, uma vez que a *teoria da ciência* não seria neutra, com o que e na qual se trataria do desenvolvimento de pontos de vista para o fomento da racionalidade do comportamento humano nas soluções de problemas no âmbito do conhecimento. Assim, seria possível uma concepção da racionalidade sem renunciar à possibilidade de crítica. Ademais, situações práticas demandam decisões que requerem reflexões especificamente adequadas à situação nova e que não podem ser antecipadas. A ciência aqui contribuiria desde a análise das

possibilidades que seriam levadas em conta, sob os pontos de vista valorativos canônicos, possibilitando a realização de projetos que teriam origem na fantasia prática. Isto porque as leis das ciências reais teóricas deveriam ser consideradas, no sentido prático, como limitações que teriam que ser expostas à fantasia prática para a solução de problemas. Daí que nem a ciência nem um sistema normativo de decisões prévias poderia substituir a imaginação criadora que seria necessária para a solução de problemas novos. Por isso haveria que se malograr toda e qualquer tendência de antecipar *more geometrico* a *praxis* humana. Contudo, Albert entende que a busca do ponto arquimédico, seja no campo da filosofia moral, seja no da teoria do conhecimento ou na teoria das ciências, desde o ponto de vista do *falibilismo*, não seria tarefa da filosofia justificar o atual estado do conhecimento ou da moral desde uma fundamentação transcendental dogmatizadora, o que, como se percebe, à performatividade realizativo-judicativo-decisória do Direito, desde o modelo de racionalidade que a investigação assume, é de todo desacertado, pois longe está, em tal compreensão, uma qualquer possibilidade de *hipostasiação pura e dura dos valores*. A referência de Hans Albert é quanto a *sistemas abstratos de regras já fixadas*. De todo contestável, também, é a denominada por Hans Albert *solução resignativa*, a qual reduziria a reflexão filosófica à análise de problemas de sentido, buscando revelar o sentido do agir humano ou apenas os seus componentes linguísticos. Não afastando a possibilidade de aplicação da metodologia da ciência crítica também às concepções normativas e a critérios de valor, Hans Albert fala da necessidade de *princípios de ligação/princípios-ponte*, que possibilitassem um aproveitamento do conhecimento na crítica de concepções normativas e de concepções de valor. Um primeiro princípio lançado por Hans Albert é o da *congruência*, que não tocaria a questão da falácia naturalista. Como já apontado, a crença de que a ética e a moral fática não poderiam ser submetidas, devido à autonomia das mesmas, a uma crítica baseada em conhecimentos partiria de uma *ficção de vácuo* enquanto anteparo ficcionado para proteger os próprios discursos com caráter normativo. Neste sentido, "... nem sempre pode-se deduzir de um enunciado objetivo um juízo de valor, mas determinados juízos de valor podem, à luz de uma *convicção objetiva revisada*, mostrar-se incompatíveis com determinadas convicções de valor que tínhamos até então. A aplicação da crítica dos mencionados princípios de ligação/'princípios-ponte' é um meio de des-cobrir tais incompatibilidades.", o que seria aplicável a todos os campos, inclusive ao do Direito, não deixando de ressaltar, curiosamente, a consequente *emancipação plena do motivo da segurança*, o que contrasta com a necessária estabilidade que o Direito requer. Outro ponto que a metodologia crítica de Hans Albert poderia tocar se referiria à possibilidade da descoberta de novas ideias morais. Também à problemática do sentido Hans Albert propõe que, especificamente às regras, normas ou critérios sócio-culturalmente arraigados, haveria que submetê-los a uma crítica relacionada com os conhecimentos, objetivos e ideais num contexto crítico que suprimisse as dogmatizações de qualquer espécie. Em sede conclusiva de seu *Tratado*, o direcionamento crítico analítico de Hans Albert acaba culminando no curioso reconhecimento de que, em questões políticas, "... costumam surgir (...) problemas objetivos unidos a problemas de valor, e pontos de vista de valor diferentes podem levar a soluções diversas, já que não se trata principalmente da verdade, e sim de uma solução satisfatória de problemas práticos.", o que, em certa medida, não deixa de levantar alguma dúvida quanto às próprias ponderações críticas que o mesmo faz quanto à ideia da conversão das necessidades individuais em valorizações coletivas. Para as referidas formulações especificamente sobre os juízos éticos e o problema da fundamentação: ALBERT, H.. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976, pp. 76-82, pp. 88-89, pp. 94-98, pp. 110-111, p. 113, p. 119, p. 124, pp. 132-133, pp. 180-181, p. 196, p. 206 e p. 212. (Biblioteca Tempo Universitário – 46) Para uma argumentação crítica desconstruindo algumas formas tradicionais de obtenção do conhecimento e já colocando as primeiras premissas do criticismo: Ibid. pp. 14-75. Especificamente para a noção de *ficção de vácuo/Vakuumfiktion*: ALBERT, H.. **Traktat über rationale Praxis**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1978, p. 171 e ss. (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften – Bd. 22) Hans Albert observa que a ideia de *ficção de vácuo* está relacionada à ideia de *tabula rasa*, ou seja, no plano da teoria do conhecimento seria a noção de se desprezar todos os pré-juízos e, num plano político, dispensar as instituições e tradições que fazem parte da herança social herdada. Isto traduziria, de certa forma, a ideia da *ficção*. Quanto à ideia do *vácuo*, seria confiar à razão a construção das soluções perfeitas num vácuo social cultural, pois se desprezaria o sentido positivo do significado da tradição para a

práxis humana. Ideias essas que a realidade histórica já teria mostrado serem desarrazoadas. Para o *princípio-ponte da explicabilidade/Erklärbarkeit*, de Hans Albert, ver, no texto retro-citado em alemão: Ibid. p. 153. Para o *princípio-ponte da realizabilidade/Realisierbarkeit*, de Hans Albert: Ibid. pp. 85-86; p. 132 e p. 151. É importante notar que nos idos de 1961, portanto anteriormente ao *Tratado da razão crítica*, Hans Albert, fazendo uma análise crítica às correntes enquadráveis na filosofia analítica, ainda que tratando dos problemas da relação entre os planos do *ser* e do *dever-ser*, desde as abordagens das correntes *cognitivistas/naturalistas* (sustentada, sobretudo nos círculos que teriam recebido a influência do pragmatismo norte-americano, daria uma interpretação cognitiva dos enunciados éticos, reduzindo-os a determinadas classes de enunciados empíricos, seja entendendo-os como *afirmações sobre determinados sentimentos* – sentimento de aprovação, desaprovação, etc -, seja como disposições a exteriorizar tais sentimentos em determinadas situações, seja, ainda, interpretando tais enunciados *estatisticamente*, como enunciados sobre a disposição de classes mais ou menos amplas de pessoas a ter tais sentimentos) e *não-cognitivistas/emotivismo* (que se revelaria de distintas formas. Em casos extremos os enunciados morais seriam interpretados em sentido puramente expressivo, sendo equiparados a interjeições e, assim, sendo entendidos não como afirmações sobre sentimentos, mas como expressão de sentimentos, de modo que não poderiam ser considerados como suscetíveis de verdade. Às vezes se acrescentaria a eles uma função evocativa, que daria conta da função estimulante de tais enunciados. Aqui não somente expressariam sentimentos do falante do caso, mas provocariam em outras pessoas sentimentos, tomadas de postura e ações. Ou, ainda, os enunciados éticos teriam que ser entendidos como imperativos que seriam veículos de expressão de decisões volitivas do falante, mas que frequentemente se apresentariam em forma indicativa, o que faria com que pudessem ser mal interpretados como enunciados sobre coisas) acabou por não tematizar, tal como o fizera em seus escritos posteriores, a proveitabilidade que a possibilidade analítica de elementos do plano do *ser* podem ter em relação ao plano do *dever-ser*. Contudo, já no referido texto se pode perceber pontos inequívocos em que Hans Albert mostra a relação entre os referidos planos. Para tanto, com um detalhamento analítico: ALBERT, H.. **Ética y metaética**. Traducción de Manuel Jimenez Redondo. Valencia: Revista Teorema, 1978, pp. 08 e ss. (Cuadernos Teorema - 17) Hans Albert, ao reconstruir o problema da teoria do conhecimento, procurando mostrar que a separação entre o que representaria tal teoria desde o *disfarce analítico*, em contraposição às *ciências reais*, o que viria na esteira das construções de Kant e Hume, acabou por se resumir a uma delimitação entre uma *pura filosofia* e a *ciência real*, sugerindo-se, assim, a possibilidade de uma clara divisão de trabalho, mas que, muitas vezes, tornaria difícil a percepção de conexões importantes. ALBERT, H.. **Racionalismo crítico. Cuatro capítulos para una sátira del pensamiento ilusorio**. Traducción de Berta Pérez. Madrid: Editorial Síntesis, 2002, p. 39. (Colección Perspectivas – 6) Procurou-se confrontar as passagens da tradução espanhola com o original em alemão, desde o seguinte texto: ALBERT, H.. **Kritischer Rationalismus. Vier Kapitel zur Kritik illusionären Denkens**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000. (UTB für Wissenschaft – 2138) Hans Albert, ao analisar no referido texto a interpretação dos juízos de valor, observa que seria uma falha das correntes de cunho não-cognitivista não se atentarem para o fato de que juízos de valor são suscetíveis de discussão racional, retomando sua posição insculpida em *Ética e metaética*, de 1961. É assim que, de forma inequívoca, Hans Albert pondera que contextos fáticos podem ter consequências para as convicções normativas. E seria justamente através dos *princípios-ponte* que tal possibilidade de questionamento das convicções normativas, desde a colocação em causa das premissas fáticas, seria possível. Para tanto, com um detalhamento analítico, ver, desde o texto *Racionalismo crítico*, em espanhol: Ibid. pp. 72-73. Desta forma, em enunciados em que há juízos de valor se poderia questionar tanto a *realizabilidade* dos mesmos quanto a *compatibilidade* deles com outros princípios. Ibid. p. 74 e, também, p. 84, pp. 99-100, p. 101, p. 178 (tratando da religião, Hans Albert observa que não haveria nenhuma base de experiência para quaisquer convicções, isto porque não só os enunciados empíricos sempre conteriam elementos teóricos, mas porque a mesma experiência comportaria assunções teóricas), p. 224 (onde fala da possibilidade de se poder lançar uma *ponte* entre o conhecimento livre de valores - conforme a noção de Max Weber sobre a liberdade de valores na ciência, que teria tido como objetivo mostrar que a ideia não seria liberar à ciência para valorações exógenas, mas, precisamente, clarificar e fazer valer suas valorações endógenas e fazê-las até tal ponto independentes das valorações exógenas que

resultasse possível uma busca imparcial da verdade - p. 219 – e a práxis social, ao ponto de se poder alcançar soluções racionais de problemas) e p. 229 (exigência da verificação/teste da *realizabilidade* no plano político). Especificamente para o caso do Direito, o papel da Ciência Jurídica seria, para Hans Albert, no sentido de uma *disciplina de tecnologia social*, vinculada ao princípio weberiano da liberdade de valores, não se constituindo, portanto, como disciplina normativa. Com isto poderia seguir o interesse cognoscitivo prático característico dela sem abandonar o interesse pela verdade constitutiva de toda ciência real. O papel da academia, portanto, estaria circunscrito a enunciados cognitivos – capazes de *verdade* -, que estariam organizados de uma forma apropriada para a aplicação prática – Ibid. pp. 94-95 -. O que Hans Albert acaba por não se aperceber é de que a reflexão acadêmica não pode fugir aos fatores constitutivos daquilo que se estuda, estando entre eles, justamente, *princípios normativos vinculativos* mesmo em tal âmbito; agregue-se a isto a possibilidade vinculativa que a *jurisprudência doutrinal* possui. O que, em certa medida, curiosamente, acaba sendo tocado por Hans Albert, pois ao convocar a sociologia realista de Alf Ross, acaba por concluir que a atividade reflexiva no Direito se voltaria para as possibilidades do operar humano desde possíveis *finalidades e valorações* – Ibid. p. 95 -. Ainda que Hans Albert manifeste, de forma clara e inequívoca, que seria um *crasso equívoco* supor que o pensamento tecnológico excluiria o emprego de pontos de vista valorativos, não se pode deixar de observar que a verificação dos efeitos, mesmo no âmbito de uma ciência legislativa, se daria tendo em conta critérios de *eficiência* – Ibid. p. 99 - e *eficácia*, não deixando minimamente esclarecido o papel dos vinculantes princípios normativos aos quais uma tal ciência também haveria que estar vinculada. Para a posição de Hans Albert: Ibid. p. 97. Hans Albert procura evidenciar que na *análise metodológica da práxis cognoscitiva* as valorações e as decisões desempenham um papel central – Ibid. p. 103 -, pois a valoração dos *fins* referida a tal práxis cognoscitiva demandaria *valorações não instrumentais* discutíveis racionalmente. Contudo, Hans Albert não tematiza a questão de princípios que deveriam ser atendidos/observados, independentemente de um crivo a elementos fáticos que fugissem a um qualquer instrumentalismo e que tais princípios, como no caso do Direito, desde o viés em que na presente tese se assume, sofrem uma atualização prática, sobretudo desde os casos-judicandos, fugindo-se, portanto, de um *platonismo de valores*, tal como Hans Albert critica. Albert acaba mesmo por admitir, expressamente, não haver razões para se tratar as regras de comportamento normativas como um fim em si mesmo – Ibid. p. 113 -. Dessa forma, especificamente quanto ao Direito e, particularmente, quanto às possíveis relações entre o plano do *ser* e do *dever-ser*, partindo-se da análise de três textos de Hans Albert, nos quais o problema do jurídico foi especialmente tratado, e que foram reunidos e traduzidos ao português por Günther Maluschke, para quem, em seu estudo preliminar aos referidos textos de Albert, observa que o *dualismo crítico*, denominado por Karl Popper de *convencionalismo crítico*, parte da “... diferenciação clara entre natureza e convenção, entre ser e *dever-ser* (...) [sendo o] homem (...) a única fonte das normas éticas e jurídicas. (...) [Tal visão se contraporia ao] ‘convencionalismo ingênuo’ [, típico das] (...) sociedades primitivas que, para Popper, são ‘sociedades fechadas’ [onde] as normas da conduta humana são concebidas como se fossem decretadas por pessoas poderosas não humanas. Quando as normas são encaradas em tal perspectiva, não podem ser alteradas pelos homens, visto que, se a vontade daqueles ‘legisladores’ não humanos não for respeitada, esses deuses, demônios ou espíritos rigorosamente punirão os delinquentes.” MALUSCHKE, G.. Estudo preliminar à obra: ALBERT, H.. **O Direito à luz do racionalismo crítico**. Tradução e estudo preliminar de Günther Maluschke. Brasília: Universa: Fundação Universidade de Brasília, 2013, pp. 26-27. Curiosamente, Popper não critica as teses do direito natural e acaba por criticar, de forma equivocada, o positivismo jurídico. Para a observação de Maluschke: Ibid. p. 28. Apesar de reconhecer que os objetivos da *Ciência Jurídica* seriam eminentemente *práticos* – dever de ensinar aos juristas a arte de interpretar textos jurídicos -, Hans Albert insiste na possibilidade de se criar uma *Ciência Jurídica* de *caráter naturalista*, uma ciência real no sentido de ciência social aplicada, que também consideraria enunciados nomológicos – uma Ciência Jurídica como *tecnologia social* -. Ibid. p. 51. Para Maluschke, concordando com um caráter complementar que a concepção de Albert poderia fornecer à dogmática jurídica enquanto uma *tecnologia social*, “... a argumentação de Albert, contudo, às vezes, desperta a impressão de que ele pretende *substituí-la* pela proposta de conceber a Ciência do Direito como uma ciência social aplicada.” Id. Hans Albert, no texto *Conhecimento e Direito. A Ciência Jurídica à luz do criticismo* –

Ibid. pp. 63-88 -, observa que para o âmbito da dogmática jurídica haveria que se ter em conta, mesmo em se considerando pontos de vista finalísticos ou assentes em valores, a explicitação dos referidos pontos de vista. O mesmo valeria para a consideração dos efeitos de normas e interpretações, o que haveria que se dar desde conhecimentos nomológicos, pois os efeitos de manejo das leis e de interpretações não seriam simplesmente consequências lógicas dos respectivos enunciados – Ibid. pp. 83-84 -. Um tal processo alçaria a dogmática jurídica a uma *tecnologia*; seria uma *Ciência Jurídica orientada à prática*, mas sem ter um caráter normativo, ou seja, ela não seria *dogmática*, mas se orientaria segundo hipóteses, onde se trabalharia, sobretudo, com conhecimentos científicos, oriundos das ciências sociais; usaria procedimentos hermenêuticos, mas não seria hermenêutica – Ibid. p. 84 -. Hans Albert reafirma, tal como já o fizera no *Tratado da razão crítica*, que as “... orientações valorativas e regulamentações normativas são realmente criticáveis na base de conhecimentos, no caso de não serem desligadas da relação com os componentes cognitivo-objetivos de uma concepção do mundo em cujo quadro pretendem ter sua validade.” Ibid. p. 87. A ligação entre a dimensão *cognitiva* e a dimensão *normativa* seria parte de uma das tarefas essenciais da Filosofia Social. Isto redundaria em uma *ciência jurídica social-tecnológica* – Id. -. No texto *Crítica da teoria jurídica pura. Direito e Ciência do Direito na perspectiva do racionalismo crítico* – Ibid. pp. 89-112 -, Hans Albert fala do fenômeno da autonomização do Direito em relação a outras esferas da prática, o que teria se dado no continente europeu ocidental e países adotantes do referido modelo civilizacional – Ibid. pp. 93-95 -, e que atualmente o que faria mais sentido seria uma ciência jurídica que se preocupasse com os conhecimentos acerca da realidade social – Ibid. pp. 98-99 -, devendo se constituir em uma *disciplina social-tecnológica*, o que garantiria à mesma seguir em seu interesse de conhecimento prático, sem desistir do interesse pela *verdade*, que seria constitutivo para todas as ciências reais, “... pois disciplinas tecnológicas aspiram a enunciados cognitivos – a saber, aos que podem ser verdadeiros – organizados de maneira adequada para a aplicação prática.” Ibid. p. 102. Para tanto, Hans Albert adota uma postura de cunho *realista-sociológica* da Filosofia Jurídica. Os enunciados da Ciência Jurídica, desta forma, seriam distintos dos axiomas do Direito que se encontrariam nos textos jurídicos; seriam enunciados sobre o Direito, acerca dos regulamentos normativos válidos nas áreas espácio-temporais, pertencentes ao campo do Direito e, assim, enunciados sobre efeitos sociais daí resultantes. Os referidos enunciados fariam sobressair o ponto de vista teleológico, que teria sido acentuado pela Jurisprudência dos Interesses – Id. -. Não se trataria, assim, de mera constatação de fatos, mas da análise de possibilidades das atividades humanas na base de possíveis finalidades e avaliações. Considerar-se-iam os efeitos na vida social que as normas produziriam, na esteira de Jhering – Ibid. p. 103 -. Tal perspectiva possibilitaria a elaboração de uma *ciência da legislação*, pois os efeitos de normas a serem elaboradas seriam avaliados; informações cognitivas sobre contextos relevantes para as leis seriam produzidas – Ibid. p. 104 -. Os pontos de vista *valorativos*, conforme o modelo do princípio de isenção valorativa weberiano (acima explicado), não seriam desconsiderados – Ibid.p. 105 -. Hans Albert também leva a análise da imposição do critério da *eficiência* das normas para o campo da economia política, entendendo haver resultados positivos na utilização do referido critério tanto pelos ocupantes de funções judiciais quanto pelos de funções legislativas, sugerindo uma *equiparação entre as esferas* – Ibid. p. 109 -. De forma conclusiva, Hans Albert observa que todos os problemas normativos poderiam ser discutidos com *isenção valorativa*, ou seja, sem a utilização de juízos de valor, sendo possível partir das características objetivas que costumariam estar ligadas a conceitos de valor. Tanto quanto fosse possível, haveria que renunciar a tais juízos – Ibid. pp. 111-112 -. É em *Ciência do Direito como Ciência Real. O Direito como fato social e a tarefa da Ciência Jurídica* - Ibid. pp. 113-139 -, texto mais recente sobre o Direito – 1993 - daqueles publicados na coletânea organizada e traduzida por Maluschke, que Hans Albert afirma, inequivocamnte, compreender a Ciência Jurídica como uma *ciência real de espécie comum*, pois o Direito seria um *fato social*, daí sua *ciência* também dever ser uma *ciência social* – Ibid. p. 113 -. Não deixando de reconhecer a *plausibilidade* de se pensar a Ciência Jurídica desde a visão segundo a qual ela “... deveria descobrir enunciados normativos fundamentados dogmaticamente (...) via hermenêutica, portanto mediante um método compreensivo.” – Ibid. p. 115 -, Hans Albert procura conciliar a forma mais convencional de entendimento da Ciência Jurídica com o naturalismo, entendendo que tal tarefa se coadunaria com a compreensão da Sociologia Jurídica, tal como fora pensada por Max Weber. A contribuição das ciências do tipo

naturalista decorreria da possibilidade que as mesmas dariam de deduzir desde enunciados tecnológicos ou de tecnologias. Tais enunciados informariam o que o agente *poderia* fazer para alcançar determinados fins – Ibid. pp. 117-118 -. Para a concepção tradicional, a Ciência Jurídica só seria capaz de identificar um *dever-ser*, ao passo que para a Ciência Jurídica concebida como *tecnologia social* ela só poderia constatar um *saber-fazer* – Ibid. p. 119 -. Para se fugir do risco de se incorrer na falácia naturalista, Hans Albert entende que haveria uma das seguintes alternativas: "... ou bem abandonar a pretensão normativa ligada às respectivas propostas de interpretação e reduzir a tarefa da Ciência Jurídica à solução puramente hermenêutica, ou então fundamentar aquela pretensão normativa de outra maneira." A Ciência Jurídica também se referiria ao Direito em vigor em um determinado âmbito espacio-temporal e, assim, a contextos efetivos e a fatos de determinada espécie. A adequação das decisões, neste sentido, seria uma consequência da identificação e interpretação do Direito em vigor, daí que o que se almejaria seria uma *validade efetiva*. Ocorre que enunciados sobre a validade efetiva seriam enunciados sobre fatos sociais, dos quais não se poderia extrair consequências normativas. Contudo, Hans Albert entende que a Sociologia do Direito, entendida enquanto uma *Ciência real de espécie comum*, teria como objetivo a explicação das ordens sociais, nas quais o Direito teria um papel central. As explicações sociológicas, neste sentido, seriam compreensivas, esclarecendo o funcionamento de tais ordens pela inter-relação das ações e, assim, pelas decisões das pessoas, incluindo-se aqui os órgãos jurídicos. Os principais objetivos das referidas explicações seria o funcionamento dos mecanismos jurídicos de sanção e a aplicação e efetivação de normas que deveriam ser compreendidas pelas pessoas para que se pudessem efetivar nas decisões – Ibid. pp. 120-121 -. Decisões, portanto, seriam as suposições sobre a conduta dos respectivos indivíduos, das *personalidades oficiais* nas instituições sociais, ou seja, a conduta dos juízes, funcionários da administração, policiais e de outros indivíduos que fizessem parte do âmbito de validade da ordem em foco. Seria importante para a decisão a percepção da situação que os referidos agentes poderiam ter, pois eles também seriam orientados pelas normas relevantes do Direito em causa. Daí a importância da identificação das referidas normas e sua aplicação à respectiva situação de decisão que tais indivíduos adotariam, pois haveria uma relação causal e, desta forma, uma relevância causal, daí porque Max Weber ter percebido ser possível explicar causalmente a conduta dotada de sentido. Nesse aspecto, Hans Albert entende que o comportamento dotado de sentido destacaria-se pelo fato de nele razões se transformarem em causas, recebendo um papel causal no processo de motivação. No referido processo, para além de fatores cognitivos, outros fatores influenciariam, como aqueles atinentes aos interesses das pessoas em ação. Em tal processo a atenção às normas vigentes poderia fazer parte dos parâmetros da conduta da pessoa. A explicação de tais decisões das pessoas demandaria o conhecimento do direito em vigor, pois para reconstruir, por exemplo, a situação de decisão de um juiz, se exigiria um tal conhecimento. O resultado disso, para Hans Albert, seria uma *explicação compreensiva*, enquadrável em um *naturalismo bem compreendido*. De outro lado, seria uma *explicação causal*, pois por detrás da decisão haveria regularidades da formação de vontade da pessoa em ação – no exemplo o juiz -, o que seria passível de uma pesquisa de índole psicológica. Contudo, Hans Albert não deixa de reconhecer que, frequentemente, o que há é somente um *esboço de explicação*, onde a interpretação da situação, realizada com o recurso ao sistema de normas acaba por se sobrepor à exposição segundo o esquema normal de explicação – Ibid. pp. 122-123 -. Entendendo que a própria validade das normas seria avaliada pela Sociologia Jurídica desde a eficácia social que as referidas normas produziram na sociedade como uma *exigência frágil*, Hans Albert propõe que se deveria recorrer à vontade do legislador, o qual determinaria o conceito de validade efetiva, de modo que o *dever-ser* viesse a se fundamentar em um *querer*. Um *querer* que fosse eficaz com relação ao comportamento, no sentido de que os destinatários das normas tivessem razão de se submeterem às respectivas vontades. Tais razões seriam relevantes na medida em que tivessem um significado causal para a formação da vontade dos destinatários das normas. Aqui a validade das normas seria sempre considerada como fato social, possuindo as afirmações sobre tal assunto, portanto, um caráter cognitivo e, assim, sendo, em princípio, suscetíveis de verdade – poderiam ser consideradas verdadeiras ou falsas - Ibid. pp. 124-125 -. Outra saída seria pela *interpretação do sentido subjetivo dos atos*, conforme a posição de Max Weber, a qual não partiria dos pressupostos tradicionais – referindo-se aqui, sobretudo, à Teoria Pura do Direito de Kelsen -, não deixando, porém, de

considerar o caráter normativo dos textos – Ibid. p. 128 -. Para Hans Albert, uma disciplina social-tecnológica haveria que se aproveitar dos conhecimentos das ciências reais teóricas e históricas acerca dos contextos de atuação social e, a partir deles, obter enunciados sobre possibilidades de ação humana. Enunciados esses que serviriam de base para as decisões, porém, não através de uma dedução lógica, pois seriam necessárias outras premissas que se refeririam às respectivas finalidades e à admissibilidade dos meios, ou seja, as possibilidades de ação seriam avaliadas tendo em conta certos pontos de vista práticos para transformar tais possibilidades em ações propriamente ditas – Ibid. pp. 129-130 -. O que se visa, como já acentuado, é a verificação de *critérios de eficiência e eficácia das ações*, sem, contudo, se deixar devidamente esclarecido a questão da *vinculatividade das normas* e os casos de possíveis quebras dos critérios de eficiência e eficácia em favor de um critério normativo que houvesse que se sobrepor. Esse é um questionamento que a *Ciência Jurídica racional* voltada à legislação, que Hans Albert propõe, parece não responder. A criação das normas, segundo tal *ciência*, se daria sempre tendo em conta a análise de regularidades que estariam na base. As normas, portanto, seriam meios para alcançar efeitos que estariam de acordo com os interesses da sociedade – Ibid. p. 132 -. Hans Albert, contudo, esquece ou mesmo desconsidera, propositadamente, a inafastável observância de valores que orientam uma ordem jurídica e que mesmo efeitos desejados, que atendam aos critérios de *eficiência e eficácia*, muitas vezes devem ser preteridos. Mesmo no plano legislativo essa tarefa deve ser observada. Para os planos judicial e administrativo Hans Albert, não distinguindo devidamente os distintos âmbitos, acaba por cingir sua análise à possibilidade de que administradores e, sobretudo, juízes teriam, desde o processo de interpretação, fundado basicamente num viés teleológico, de contribuir no processo de formação da ordem jurídica. Contudo, mesmo a observância de *fins* não poderia se sobrepor aos *efeitos* das normas. – Ibid. pp. 133-135 -. Tudo se daria, portanto, através da análise daquilo que Hans Albert chama de *suporte material (Sachgerüst) das avaliações* – Ibid. p. 139 -. Todos os três textos de Hans Albert relativos ao Direito fazem parte da seguinte obra: ALBERT, H.. O Direito à luz... O problema dos *princípios-ponte* também foi tratado por Castanheira Neves: NEVES, A. C.. Metodologia jurídica... pp. 56-58. Gaetano Carcaterra, em sua aprofundada tese *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, partindo da exploração crítico-reflexiva, sobretudo daquelas decorrentes de análises lógicas, advinda da tese humiana da impossibilidade de derivação de formulações do plano do *ser* para o *dever-ser*, procura não só contextualizar a busca de uma coerência lógica que Hume procurou empregar no seu Tratado, quanto as dúvidas por ele mesmo lançadas, mas que não lhe eram de todo convincentes, quanto à possibilidade de derivação em relação às necessidades e interesses humanos, procurando mostrar que o que se pode extrair do *Tratado* é que os juízos seriam derivados do sentimento e que aí residiria uma ambiguidade, pois não ficaria claro na obra de Hume se o *ajuizar* seria um *provar um sentimento* ou um *ser capaz de provar* – Ibid. pp. 06-08 -. Em essência, portanto, a tese de Hume seria no sentido de que as regras morais (entendidas num sentido *lato*, enquadráveis como *éticas*) não seriam conclusões da razão. Em termos pragmáticos, um princípio ativo, como o regente da moral, não poderia se fundar em um inativo, tal como haveria nos juízos do intelecto/razão. Em termos semânticos, a razão viria definida como a descoberta do verdadeiro e do falso, categorias essas que não pertenceriam à esfera da moralidade, pois as distinções morais seriam determinadas desde as paixões e a vontade, influenciando a ação; paixões, volições e ações seriam realidades originárias e completas em si que não designariam outra realidade, como aconteceria com os juízos do intelecto, não sendo possível atribuir-lhes nem o caráter do verdadeiro e do falso e, assim, nem conforme nem desconforme à razão, como aconteceria com os juízos do intelecto. A contraposição, desta forma, seria entre *moral e verdade*. Entretanto, Hume não negaria as relações entre verdade ou razão e moralidade ou sentimento, pois a razão poderia informar-se da existência daquilo que seria objeto do sentimento. Daí que na oposição sintática entre *is* e *ought* efetuada por Hume o *is* não simbolizaria somente uma proposição *não ética*, mas uma *proposição cognoscitiva/judicativa*, ou seja, uma *proposição alética*. Neste sentido, o conhecimento que seria simbolizado pelo *is* não seria nem o conhecimento factual nem o conhecimento racional ou formal, mas um e outro indiferentemente, seria, em termos genéricos, a *atividade humana do conhecer* – Ibid. pp. 08-11 -. Quanto às palavras *deduction* e *derivation*, tais como usadas por Hume, Carcaterra observa que ao tempo dos escritos de Hume, muito possivelmente, as referidas palavras não ultrapassariam uma referência para além de *dedução*

e *indução* ou entre *analítico* e *sintético*. Desde a análise de *Ricerche sull'intelecto umano e sui principi della morale*, de Hume, Carcaterra conclui que *derivação* se relacionaria tanto a procedimentos dedutivos quanto indutivos, mesmo que no *Tratado* Hume tivesse apelado a um princípio silogístico, desde uma lógica eminentemente dedutiva, ainda que, ao final da referida obra, o conceito técnico de dedução apareça de forma dilatada, o que não afastaria uma análise desde o ponto de vista lógico mais apurada, ainda que isto não fosse a pretensão que Hume teria tido, pois para o filósofo escocês o objetivo teria sido o de saber se poderia a ciência, o conhecimento ou a razão fornecer uma solução às alternativas do mundo político, moral e jurídico, o que teria sido negado por Hume – Ibid. pp. 12-15 -. Neste sentido, apresentando um ajustamento do enquadramento sobre a temática da *falácia naturalística*, desde a análise de um prefácio que não teria sido publicado por Moore aos *Principia Ethica*, Carcaterra observa que Hume teria afirmado que os juízos de valor não seriam deriváveis de **nenhum** juízo de verdade, ao passo que para Moore os juízos de valor seriam inderiváveis de **certos** juízos de verdade, entendendo-se, portanto, que os juízos de valor seriam juízos de verdade eles mesmos. Para Moore, portanto, sendo as proposições éticas uma subclasse das proposições *verdadeiro-ou-falso*, se trataria de examinar as relações subsistentes ou instituíveis entre as proposições homogêneas no quadro da ordinária lógica do falso e do verdadeiro, ao passo que para Hume, cuja tese implica o carácter não cognoscitivo da ética e a impossibilidade de qualificar como *verdadeiro-falso* as suas proposições, o problema se faz, ao contrário, relativo à proposições heterogêneas e pressupõe a referência a uma lógica diversa daquela tradicional, ou seja, a concepção humiana poderia se traduzir em termos de imperativos e de indicativos, o que teria sido sustentado na sua plenitude por Poincaré – Ibid. pp. 24-26 -. É importante observar o realce que Carcaterra faz de algumas conclusões de Poincaré no sentido de que a ciência poderia auxiliar a moral verificando a credibilidade das premissas, mas, almejar que uma moral científica, no verdadeiro sentido da palavra, que pretendesse demonstrar, partindo da ciência, a lei moral, isso seria condená-la ao *insucesso* – Ibid. p. 28 -, o que, em certa medida, também parece ter sido a preocupação de Hans Albert. Assim, sempre que se pusesse a *força motriz do sentimento*, que geraria a moralidade, na análise de um silogismo, dali só poderia se derivar algo *moral* no fim da cadeia de raciocínio – Ibid. pp. 28-29 -. Daí a conclusão de que de Hume adviria o conceito da moralidade como sentimento, como *sentimento ativo*. Contudo, para Carcaterra, com Poincaré teria se apresentado o problema no mundo da lógica dos imperativos, restando problemas diversos daí decorrentes e que deveriam ser enfrentados – Ibid. p. 30 -. Para tanto, após uma análise exauriente sobre as teses de Hume no neopositivismo – Ibid. pp. 31-142 -, sobre os argumentos que sustentariam ou não a tese humiana, dando destaque à Moore – Ibid. pp. 145-420 -, Carcaterra retoma a análise do argumento/princípio de Poincaré, procurando mostrar as dificuldades de fundar a regra do mesmo baseada nas teses da natureza imperativa das proposições éticas e da natureza indicativa e não-imperativa das proposições aléticas, – Ibid. pp. 421-480 -, procurando mostrar, desde uma análise lógica rigorosa, que a regra de Poincaré pressuporia uma lógica de imperativos, ou seja, uma lógica que estabelecesse regras por inferência nas quais apareceriam com proposições imperativas. Ocorre que não existiria uma única lógica dos imperativos, ainda que não se pudesse dizer que alguma das referidas lógicas fosse completa, daí sua dúvida quanto à possibilidade da regra de Poincaré ser uma regra segura – Ibid. pp. 487-489 -. Nas *últimas tentativas de prova* da regra de Poincaré, após analisar criticamente a proposição de Hare segundo a qual “... una proposizione *P* è derivabile da una classe *K* di proposizioni solo se *P* è implicita nella congiunzione delle proposizioni di *K* in virtù del loro significato, o se *P* è derivabile da *K* in virtù di qualche definizione di qualcuno dei termini di *P* o di *K*.” – Ibid. p. 491 -, Carcaterra conclui que o problema poderia ser de *lógica normativa*, pois se a referida proposição se tratasse de uma regra lógica, a mesma seria implícita na lógica da linguagem ordinária – o que o faz com base em Bergström – e, assim, ou se usaria a linguagem em conformidade com a aludida linguagem ordinária ou se a usaria como um dever. No primeiro caso a regra seria desmentida, pois alguns, a exemplo dos naturalistas, não usariam a linguagem em conformidade com a regra. No segundo caso o problema seria normativo e não lógico – Ibid. p. 492 -. Em continuidade em sua análise lógico-crítica, fundada em critérios de uma lógica universal, quanto às formulações de Hare – Ibid. pp. 493-503 -, Carcaterra conclui pela fragilidade lógica da regra de Poincaré – Ibid. p. 503, p. 528 e pp. 532-533, por exemplo -. Avançando em sua análise desde experimentações lógicas de outros referenciais, a exemplo

daquele decorrente das formulações de Toulmin – Ibid. pp. 514-522 -, mostra alguns pontos positivos na referida construção, que fariam com que a regra de Poincaré fosse *perdendo terreno* – Ibid. p. 522-. Carcaterra procura mostrar que, em termos analíticos, num *contexto analítico* portanto, seria possível tanto que uma proposição não imperativa implicasse uma proposição imperativa quanto que uma proposição indicativa implicasse uma proposição imperativa – Ibid. pp. 534-535 -. Desde a suposição de uma específica lógica dos imperativos – Ibid. p. 536 -, seja desde premissas e conclusões contendo um operador imperativo – *inferência imperativa homogênea* - seja desde conclusões contendo o operador imperativo, mas as premissas sendo mistas, ou seja, umas com e outras sem o referido operador imperativo – *inferência imperativa heterogênea* – Id. -, Carcaterra conclui que desde um suposto sistema S, mesmo partindo da referida suposição da existência de um operador imperativo, não ofereceria nenhuma justificação à uma dada regra *r* e não a conteria, pois sempre poderia ser integrado o referido sistema S com definições, axiomas, ulteriores regras e até mesmo a referida regra *r*. Daí que o referido sistema S suposto não bastasse ao imperativismo e aqui radicaria a inconsistência de tentar conjugar a regra segundo a qual *as proposições éticas são imperativas* com a regra de Poincaré. A dificuldade, já percebida por Hume, seria em como se considerar deduzido o imperativo *P!* da proposição *isto é bem*, daí que a ideia do cognitivismo que pretenderia que *is* implicasse *ought* seria tão surpreendente quanto a do imperativismo que pretenderia que *ought* implicasse *!operador imperativo* – Ibid. p. 537 -. Esta seria mais uma razão para se tornar *extremamente árduo fazer valer a regra de Poincaré* – Ibid. p. 538 -. Seguindo sua análise, Carcaterra procura mostrar que mesmo para Stevenson, considerado por ele como um *campeão da concepção imperativista*, seria derivável uma proposição ética e mesmo imperativa de uma proposição alética, o que também deporia contra a regra de Poincaré, chegando mesmo a *destruí-la* - Ibid. pp. 547-548 e, ainda, p. 550 (mencionando uma incongruência no argumento de Poincaré) -. Se com tais formulações críticas, partindo da revisão que tanto o neo-positivismo teria desenvolvido e da filosofia analítica à luz das modernas teorias lógicas, Carcaterra procurou *exaurir as mais importantes e clássicas 'provas' da falácia do cognitivismo ético* – Ibid. p. 551 -, ainda haveria que revisar as sugestões críticas desde os não-cognitivistas na busca de novos argumentos – Id. -. Aqui também já se teria mostrado, segundo Carcaterra, sobretudo a partir da análise das formulações de Toulmin, que poderia haver a derivação de proposições éticas desde as aléticas. Contudo, não bastaria afirmar que as proposições éticas não são aléticas, pois teria que se acrescentar que as proposições éticas seriam inderiváveis das proposições não-éticas. Poderia se dizer, assim, que não se daria derivação entre proposições heterogêneas – éticas e não-éticas -, que seria o *princípio da homogeneidade* – Ibid. p. 552 -, o que, como já observado, não seria sustentável. A indagação que restaria para Carcaterra seria se a lógica ordinária poderia se aplicar no caso de inferência que contivesse o termo *dever* – Ibid. p. 555 -. Baseando-se nas formulações de C. I. Lewis e de G. Kalinowski, Carcaterra observa que não seria de se negar o caráter da verdade ou falsidade e mesmo do conhecimento às valorações, pois assumir isso implicaria um *cinismo moral e prático* – Id. -. Os não-cognitivistas não excluiriam a natureza alética do discurso ético, sobretudo tendo em conta a peremptória certeza e o rigor lógico que a ideia de *falácia* exigiria – Ibid. p. 556 -. Recuperando os argumentos de Hume, Carcaterra reinfatiza a posição do filósofo escocês no sentido de que *aprovação* e *culpa* não poderiam ser consideradas proposições cognoscitivas, não podendo, assim, serem qualificadas como verdadeiras ou falsas, pois seriam produto não da razão, mas do *sentimento*. Ocorre que a tese segundo a qual proposições éticas seriam imediatamente paixões conduziria à pergunta sobre qual sentido essas seriam *proposições*. Afinal, em se pensando que não se pudesse falar de um *discurso* ético se chegaria à equivocada conclusão da irracionalidade da ética e da conseqüente impossibilidade de uma qualquer lógica do *dever ser*. Assim, não estaria claro em que sentido se poderia dizer que uma paixão, concebida como mero *fato*, poderia ser deduzível de outra paixão. Isso abalaria a sustentação da própria proposição humiana. – Ibid. pp. 556-557 -. Do lado oposto, em se reconhecendo às *moral distinctions* um *status* autenticamente discursivo e proposicional, haveria que se perguntar porque esse escaparia à qualificação do tipo verdadeiro e falso – Ibid. p. 557 -. O fato das proposições éticas terem uma acentuada função expressiva ou promotora não excluiria que as mesmas fossem aléticas. Desde as formulações de G. K. Ogden e J. A. Richards e A. J. Ayer, Carcaterra procura mostrar a posição dos referidos autores no sentido de que o fato de se agregar a uma proposição um juízo de valor não alteraria em nada a proposição em

si. O exemplo, desde Ayer, com a proposição *há agido mal roubando aquele dinheiro*, mostraria isso, pois a análise da proposição *há roubado aquele dinheiro* apontaria que o fato de se ter agregado à primeira proposição a qualificação de que ela seria *má* não faria nenhuma outra afirmação a propósito. No mesmo sentido, para tais autores, segundo Carcaterra, uma dada qualificação valorativa não mostraria o que uma pessoa teria feito, nem as circunstâncias sob as quais teria feito. Daí que dado um evento objeto de valoração, os termos éticos não seriam descritivos do evento mesmo nem das suas circunstâncias – Ibid. pp. 558-559 -. Contudo, ele observa que, apesar da *aparência convincente*, as afirmações apresentariam um sentido arbitrariamente restrito dos conceitos que interviriam. Se fala *descritivo* e se pensa nas propriedades que seriam objetivamente imanentes e talvez visíveis nas coisas. No mesmo sentido, se diz *circunstâncias* e não se observaria além dos elementos que estariam nas imediatas vizinhanças do evento ajuizado. A qualificação *justo*, desde a proposição *isto é justo*, poderia designar não uma propriedade, mas uma complexa relação entre *isto* e as outras coisas e, também, se estas outras coisas não fizessem parte da circunstância de *isto* – Ibid. p. 559 -. Carcaterra observa que, para Toulmin, na ética, os desacordos não seriam meramente *verbais*. Assim, se poderia estar de acordo com todos os fatos e as palavras, mas em desacordo com as valorações. Assim que a ciência e a ética seriam discursos de gêneros radicalmente diferentes no que se refere às relações com a experiência. As leis científicas não modificariam a experiência, ao contrário das leis morais, que modificariam. Os juízos pessoais exerceriam uma influência profunda nas sensações. O equívoco de Toulmin, portanto, estaria em tentar provar que as proposições científicas seriam diferentes das éticas, pois assumiria pontos de referência diferentes para tal empreitada. Confrontaria as proposições científicas com a esfera das sensações e as éticas com a esfera dos sentimentos – Ibid. pp. 561-562 -. Desta forma, pensar as proposições éticas como verificáveis pareceria o mesmo erro que confundir *significado* e *critério*. Assim, do fato que se possa bem compreender o significado de *bom* e *isto é bom*, mas ignorando os critérios de aplicação que seriam critérios de verificação de *bom*, e viceversa, parece seguir que *bom* e *isto é bom* não têm nada o que fazer com a verdade e a falsidade, que discurso ético e alético são diferentes, que as proposições éticas não são proposições aléticas. Contudo, ainda que fosse instintivo pensar desse modo, esse seria um raciocínio *falacioso*, pois que o fato de os critérios verificáveis serem independentes do significado não implica, necessariamente, que o significado não seja verificável. Podem *significado* e *critério* ser independentes – Ibid. p. 564 -. Daí Carcaterra concluir que a tese de Hume, que teria em sua base um pretenso princípio de homogeneidade das conclusões e das premissas e com base na tese de que as proposições éticas seriam de um gênero diferente daquele das proposições aléticas, seria inadequada – Ibid. p. 567 -. Carcaterra procura mostrar que o difundido argumento segundo o qual não seria possível derivar *juízos de valor* (ou éticos) de *juízos de fato* (aléticos) em razão de que se poderia estar de acordo sobre a existência do fato, mas dissentir sobre valores, encontra na possibilidade de se deixar livre em todos os sentidos as escolhas humanas quanto a cada situação ou evento um ato de *valoração* por trás de tais *escolhas*. Isto implicaria que a tese de Hume fosse regida não mais pela lógica, mas por *escolhas valorativas* – Ibid. pp. 575-581 -. Ocorre que seria duvidosa a defesa de uma tal liberdade de escolha/valoração em termos éticos e o próprio Direito limitaria isso – *intolerância à elasticidade das escolhas* -. Daí que surgiria a necessidade de coordenação das ações, das reações e das valorações subjetivas, ou seja, de regras que vinculassem os juízos valorativos. O problema é que se poderia não saber qual seria uma tal regra e aqui é que começaria o trabalho de construção do cognitivismo. Contudo, também pareceria difícil que uma tal regra devesse ser procurada e aqui é que colapsaria a regra de Hume e do não-cognitivismo. Se se concebe e se constrói o discurso ético de modo que de frente a qualquer situação qualquer pessoa, em qualquer momento, estaria livre para se pronunciar em qualquer sentido, haveria que se perguntar se valeria a pena ter construído um tal gênero de discurso. O discurso ético teria que guiar as escolhas e resolver os problemas práticos, mas, paradoxalmente, o critério para o uso deste discurso dependeria, em qualquer caso, da realização das *escolhas* e do *modo* como se resolvem os problemas práticos. Assim, na extrema tentativa de salvar a tese de Hume se descobriria a radical problematidade - Ibid. pp. 581-582 -. Carcaterra conclui no sentido de que uma das três saídas ou a combinação delas prevaleceria. No terreno da filosofia se poderia mostrar a quais fatos ou verdade seria necessariamente legada a ideia do dever ético onde essa ideia viesse enquadrada e considerada, como seria inevitável, no contexto de uma global concepção da

O que a presente investigação propõe, ao tentar mostrar, desde a alusão, ainda que breve, a alguns dos inúmeros fatores co-constitutivos da *forma de ser dos povos* não é senão mostrar quão arraigados dentro da mente e do espírito humano estão os comportamentos típicos de seu povo, não implicando isso, evidentemente, a extração direta ou mesmo uma qualquer implicação direta de um correlato *dever* de respeito; a admissão de uma tal implicação seria a compreensão de que tais *expressividades comportamentais típicas*, enquanto padrões de comportamentos que *deveriam* ser observados, decorreriam do próprio fato de *serem* as pessoas portadoras de tais características. O *respeito* que *deve* ser observado a tais expressividades comportamentais decorre, antes, da inadmissão de qualquer tipo de reprovação, interessando aqui aquela especificamente *jurídica*, quando tais

atividade espiritual que a produziria. Um ponto de vista filosófico seria imanente, de modo mais ou menos confessado, nas análises linguísticas do neopositivismo e do não-cognitivism. Aquilo que guiaria a análise linguística, ainda que nem sempre de forma consciente, seria uma mais ou menos clara ideia do homem em geral, considerado nas suas categorias espirituais, que seria objeto da filosofia tradicional – Ibid. pp, 610-611 -. Secundariamente, o cognitivism poderia tentar, no âmbito dos esquemas sintáticos da lógica ordinária, a dedução de conclusões éticas sobre a base de premissas factuais e talvez científicas integradas com proposições éticas racionais, analíticas. Uma eventual vaguidade prática de uma premissa não prejudicaria, pois seria utilizada não como conclusão, mas como premissa na inferência cognitivista. Carcaterra cita o exemplo dos *princípios-ponte*, de Hempel, fazendo um paralelo com o que chamou de *proposições-ponte* e que constituiriam o fundamento de muitas comuns valorações. Tais proposições conectariam termos descritivos de certas ciências a termos tipicamente éticos, a exemplo da proposição *cada ato, comportamento ou modo de vida que tenha as características objetivas de um ato, comportamento ou modo de vida psicopático deve ser evitado*. Em terceiro lugar, poderia se conectar a segunda solução com a alternativa que consistiria no construir uma nova lógica ou no fundar novas relações de implicação, para além da lógica alética ordinária (a conjugação de estipulações teoréticas contendo a correspondência de termos éticos e descritivos, o que possibilitaria a derivação de uma proposição ética de uma proposição alética. Aqui se trataria a definição como regra operativa ou como uma válida definição teorética.) – Ibid. pp. 611-612 -. É assim que, desde as então novas possibilidades que a análise lógica abria ao cognitivism em relação à lógica formal ordinária, Carcaterra conclui que a tese de Hume poderia conservar algum valor metodológico caso se aceitasse limitá-la a sua *parte viva*, ou seja, poder valer como refutação da identificação entre *ser* e *dever-ser* e da santificação do fato consumado. E, ainda, poderia também advertir pela qual estrada o cognitivism não poderia esperar conseguir os resultados desejados, qual seja a via da cômoda e preguiçosa exploração do patrimônio cultural, científico e lógico já consolidado, mas, precisamente por esta razão, as suas conclusões são limitadas e hipotéticas e no ato de formular a tese humiana já indica novas possíveis vias percorráveis. Neste sentido, a tese humiana apareceria falsa se assumida no sentido mais compreensivo de negação da possibilidade de derivar proposições práticas (éticas em sentido alargado) desde proposições aléticas, uma vez que tais imperativos são deriváveis de indicativos e proposições prescritivas técnicas de proposições verdadeira-ou-falsa – Ibid. pp. 615-616 -. Daí que negar que existam condições de fato ou de verdade – como faz a tese humiana -, necessárias para o uso das proposições éticas é, em realidade, negar a possibilidade mesma da sua significância – Ibid. pp. 618-619 -. As indicações referidas são da seguinte obra de Gaetano Carcaterra: CARCATERRA, G.. **Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1969.

comportamentos se perfizerem em um local em que a ordem de valores informadora for diversa daquela que estaria orientando a pessoa que estaria externalizando o comportamento típico de seu povo. Assim, aos olhos das pessoas que estão expressando comportamentos típicos de seus povos de origem, o que está em jogo, o fator impulsionador de tais condutas, são mesmo *atos humanos de atribuição de sentido* e, assim, *atos valorativos*, positivamente valorados, que estariam orientando a ação das mesmas, justificando-se, desta forma, as suas respectivas condutas externalizadas. É assim que tais problemas decorrentes dos (des)encontros das diferenças – controvérsias práticas -, acabam por apresentar dificuldades de ordem prático-resolutiva das maiores. Desde o plano do especificamente *jurídico*, na ótica do Direito, o referencial a ser tomado em consideração pelo julgador, aquele conjunto de *critérios* e *fundamentos* que nortearão a sua decisão, acaba por não coincidir com os parâmetros orientadores das condutas externalizadas e, assim, não poderia ser passível de servir de fundamento para gerar uma responsabilização às pessoas sob julgamento. O *objeto* que se está analisando é já, por si, o resultado de uma *valoração* prévia, que orientou a conduta sob julgamento; ou seja, o que o juiz fará se tratará de uma *valoração jurídica* de uma *valoração convertida na expressão de um comportamento típico* ou, se quiser, e mesmo porque em muitos casos talvez possa ser isso mesmo que ocorra, de uma externalização de uma *expressividade comportamental típica* tão somente porque uma qualquer *valoração prévia*, dado o enraizamento da conduta para os membros da comunidade, acaba mesmo por ser tão somente o *esperável* e *alcançável*, pois que, na maioria das vezes, orientados por parâmetros de conduta evidentes por si mesmos, *naturalmente aceitos* por suas comunidades de origem.¹⁹⁷ Tratam-se, portanto, de um vir ao mundo de uma parcela da própria noção da *pessoa humana*, residindo aqui o fundamento jurídico para a

¹⁹⁷ Ainda que o que aqui se tenta esclarecer não tenha uma relação direta com o que John Finnis procurou explicar, foi-me particularmente elucidativa a análise empreendida pelo mesmo a respeito da temática do *evidente por si mesmo*, acerca do *conhecimento humano*, tal como pode ser observada, especialmente, no subitem *III.4*, do *Capítulo III*, de *Natural law and natural rights*, onde, logo no início, Finnis já adverte que as suas análises, seja no referido capítulo, seja no subsequente, não fariam ou pressuporiam quaisquer juízos morais. FINNIS, J.. *Lei natural...* p. 67 e p. 79; para o subitem *III.4*: *Ibid.* pp. 72-76. Aos olhos do julgador, *expressividades comportamentais típicas* dos povos precisam ser entendidas *desprovidas* de qualquer análise valorativa, de conteúdo, pois assim o fosse, se estaria valorando uma conduta desde referenciais de análise não justificatórios das condutas mesmas.

elevação da mesma à categoria de um *direito*.

A dificuldade de Radbruch em equacionar a tensão descrita pode ser observada nas linhas finais de seu último texto específico sobre a *natureza das coisas*, quando, inspirando-se agora em Schiller, mencionando o papel dos juristas, explica: “Estos [os juristas] hacen del hombre su material al tiempo de su tarea, en consecuencia aquí regresa la finalidad a la materia, ‘y solo porque la totalidad sirve a las partes, deberían las partes encajar con el todo. (...)’.”¹⁹⁸ E, assim, o fundamento moral para a determinação da matéria na esfera política ou jurídica decorreria das ideias básicas da ética kantiana, para a qual o homem, mesmo quando se converte em objeto de ordens supra-individuais, sempre deve respeitar-se ao mesmo tempo como um fim em si mesmo.¹⁹⁹ Ocorre que mesmo aqui Radbruch acaba por não perceber que o fato do homem ter que respeitar a si como um fim em si mesmo quando respeitando a uma ordem supra-individual só o faz porque se trata, antes, de uma *aquisição axiológica*,²⁰⁰ ou seja, de algo que foi sendo construindo ao longo da história humana desde o respeito a um conjunto de *valores* que foram se sedimentando sem, contudo, deixarem de, constantemente, dentro do processo tensional em que a realidade exerce uma pressão menos forte que os valores, se atualizarem.

¹⁹⁸ RADBRUCH, G.. Relativismo... p. 70.

¹⁹⁹ Id.

²⁰⁰ Conforme construção de Castanheira Neves.