

O CONCEITO DE DIREITO *

Marco Aurélio Lustosa Caminha**

RESUMO

Busca-se nesta monografia mencionar os principais pensamentos na contínua discussão em torno da viabilidade de se formular um conceito universal do Direito, identificar as possíveis causas do aparente desacordo entre os juristas sobre o conceito ou a idéia do Direito e, ao final, apontar uma solução conciliadora para a questão.

Palavras-chave: Filosofia do Direito, teoria geral do Direito

1 INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais difíceis de enfrentar em Teoria Geral do Direito talvez seja aquele atinente à busca de uma resposta

* Trata-se de versão revista de trabalho do mesmo título publicado na Internet, no caminho : www.jus.com.br

** Procurador do Trabalho da 22ª Região, professor efetivo de Direito na Universidade Federal do Piauí, mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidad Del Museo Social Argentino (Buenos Aires, Argentina).

para a pergunta “quid ius ?” (o que é o Direito?). Certamente, é por isso que poucas questões motivaram tão amplo debate no âmbito dos estudos jurídicos como a que concerne à busca de um conceito de Direito¹.

Se tanto já se indagou sobre o que é o Direito, importa muito averiguar se, atualmente, já se tem uma resposta única, e de alcance universal, para essa indagação. Nesta monografia, intenta-se fazer a referida averiguação e, se possível, de maneira objetiva, sem complicações.

No citado intento, observa-se o método descritivo e a coleta de dados bibliográficos. Outrossim, na tentativa de alcançar a objetividade, a pesquisa é dividida em mais cinco itens (alguns com subitens), após este de introdução, constando do sexto item a conclusão.

O segundo item é dedicado à busca do significado etimológico e da origem histórica da palavra “direito”. O terceiro item contém importantes debates sobre a viabilidade – e necessidade – ou não de se buscar um conceito para o Direito. O quarto item traz um panorama dos principais pensamentos em torno do conceito de Direito. No quinto item consta um esforço no sentido de agrupar as principais razões que dificultam a formulação de um conceito universal de Direito. Por fim, no sexto e último item está formulada uma conclusão para a monografia que, a despeito de encerrar a pesquisa, contém a sua tese

¹ Cf. testemunho de Luño (1997, p. 27).

principal, que é uma sugestão acerca da – possivelmente – melhor postura que o jurista deve adotar frente à problemática atinente ao conceito de Direito.

2 O SIGNIFICADO E A ORIGEM DA PALAVRA “DIREITO”

Antes de formular quaisquer considerações em torno de um conceito de Direito, impõe-se indagar do significado e das origens do termo pelo qual esse fenômeno é expresso na linguagem. Aliás, dizer do significado e da origem da palavra “direito” vem a ser mesmo uma forma de conceituar o Direito.

De acordo com Torr  (1997, p. 14), a palavra “direito”   derivada do termo latino directus, particip o passivo de dirigere, que significa “dirigir”, “alinhar”. Segundo o dicionário Larousse cultural da língua Portuguesa (1992, p. 364), directus   o adjetivo latino que corresponde, em português, a “alinhado”, “reto”.

Considerando-se o enorme legado romano para o Direito moderno, poder-se-ia imaginar que a palavra “direito” tem procedência do Direito romano. Porém, a palavra direito, com o sentido atual, não foi sequer conhecida pelos romanos, tampouco entre os gregos. Os romanos expressavam seu Direito com o termo ius, que, por sua vez, teve origem a partir dos mores (Levaggi 1998, p. 257). Necessário, desse modo, demonstrar-se como surgiram

os mores para, em seguida, se apontar o processo que ensejou o aparecimento do ius, representando o Direito entre os romanos.

Os mores, na definição de Ulpiano, consistiam no “tácito acordo do povo, arraigado por um largo costume”². Eram os mores, para os romanos, as condutas de seus antepassados que foram divinizados por terem bondade unanimemente reconhecida (daí a expressão boni mores, empregada para designar tais condutas). A justiça ou injustiça dos atos das pessoas passou a ser medida em Roma segundo sua conformidade ou não com os mores. E como os mores não consistiam em preceitos concretos, eles foram sendo determinados casuisticamente ao longo do tempo, conforme a hipótese que devesse ser solucionada (Levaggi, 1998, p. 258).

A palavra ius provém da palavra yaus, originária da cultura índia-iraniana, e significa “o ótimo” ou “o máximo”, em referência a uma coisa ou a uma pessoa. Primitivamente, eram os pontífices (Patrícios) que tinham o monopólio da criação do Direito em Roma, de modo que lhes competia discernir quando um mos não era lesivo a outro homem, ou seja, quando um mos³ era jurídico. Em tal circunstância, dizia-se daquilo que “é” jurídico com a expressão ius est (Levaggi, 1998, p. 257). Daí a relação das palavras mores e ius, e de seu sentido, ou seja, o sentido de “jurídico”.

Com a Lei das XII Tábuas, em 450 a. C., quebrou-se o monopólio dos pontífices na criação do Direito e passou a caber aos juízes e prudentes “descobrir” a solução justa contida nos dados de cada situação litigiosa. Como as declarações desses julgadores valiam para todos os casos semelhantes que ocorriam

2 Citação feita por Levaggi (1998, p. 258).

3 Esta palavra corresponde ao singular de mores.

na cidade, o ius adquiriu o valor de norma e passou a ser designado como o ius da cidade, ou seja, o ius civile. Surge, assim, a equivalência entre a “norma” – imposta pelos citados julgadores – e o ius, ou seja, aquilo que nos dias de hoje corresponde ao sentido da Direito (Levaggi, 1998, p. 258).

Como nessa fase era a palavra lex que expressava o significado de norma imposta (ou seja, o “Direito” imposto) pelo povo reunido em comícios, ou imposta por um magistrado, passou ela também a corresponder àquilo que nos dias de hoje corresponde ao Direito. Desse modo, a diferença entre lex e ius subsistiu durante toda a fase do Império, em Roma (Levaggi, 1998, p. 258).

Cumpra, então, averiguar de onde provém a palavra “direito”, e quando ela passou a corresponder ao ordenamento jurídico. Segundo Levaggi (1998, p. 258), deve-se ao Direito Canônico a incorporação dessa palavra ao vocabulário jurídico, a tendo tomado, aquele, da cultura judia-cristã. Nesta, tanto a lei de Moisés como a de Cristo determinavam a conduta do homem pelo “reto caminho”, que significava directum, de sorte que, por extensão, passou-se a aplicar o vocábulo directum com relação à norma jurídica. Mas, antes de ser introduzida na língua erudita, foi essa palavra utilizada popularmente, significando Direito consuetudinário. Desse modo, ius e directum converteram-se em sinônimos (Levaggi, 1998., p. 258).

Com a formação das línguas latinas, a palavra “direito” (directum) foi por elas absorvida com o significado de ordenamento jurídico. O ius, a esse tempo, expressava um ato de declaração (ou seja, declaração da solução para um caso concreto, feita pelos pontífices ao pelos prudentes) que já não se praticava mais, o que provocou o desaparecimento do seu uso. Todavia, palavras

derivadas de ius continuaram a ser utilizadas: iudicare (julgar), significando o ato de declarar ou constituir o Direito em juízo; iudex (juiz), correspondendo a quem realizava aquele ato; e iurisdictio (jurisdição) como equivalente à faculdade de julgar (Levaggi, 1998, p. 258).

3 SOBRE A VIABILIDADE DE SE FORMULAR UM CONCEITO UNIVERSAL DE DIREITO

A despeito dos infindáveis debates acerca do que é o Direito, há quem sustente não apenas ser possível, mas também necessário, formular uma definição para esse fenômeno. Mas há também quem entenda ser dispensável uma tal definição, sendo bastante para o progresso dos estudos jurídicos, simplesmente, compreender o Direito. Nos dois primeiros subitens a seguir serão apontados os principais aspectos dessas duas correntes de pensamento; e no último subitem, os posicionamentos específicos de alguns teóricos.

3.1 Os que crêem na viabilidade de um conceito universal de Direito

Mesmo entre aqueles que acham possível formular-se um conceito de Direito que seja comum a todos os Direitos, não há consenso, sendo longa a disputa entre Idealistas e Positivistas. Trata-se de uma disputa que corresponde àquela mesma luta histórica na Filosofia, dos que afirmam que esta é o conhecimento do mundo e que, por isso, a realidade deve ser contemplada “fora de nós”; e dos que consideram a Filosofia como conhecimento de “nós mesmos”, devendo a realidade ser contemplada “em nós” (Gusmão, 1985, p. 67-68).

Os Idealistas⁴ consideram que a experiência jurídica só seria possível com o auxílio de um conceito a priori, pois há uma transcendência lógica do conhecimento à experiência jurídica, como condição inarredável para o conhecimento jurídico. Concluem os Neokantianos, assim, que o conceito de Direito está “em nós”, devendo ser deduzido pela razão, sem a necessidade do concurso da experiência. Os Positivistas, por sua vez, sustentam que o conceito de Direito seria obtido indutivamente, através de generalizações dos dados fornecidos pela experiência jurídica, ou seja, aquele conceito seria estabelecido a posteriori em relação à experiência (Gusmão, 1985, p. 68).

3.2 Os que não crêem na viabilidade de um conceito universal de Direito

Entre os que não crêem na viabilidade de formulação de um conceito de Direito comum a todos os Direitos, distinguem-se os Céticos dos Agnósticos. Os Céticos crêem que não é possível em hipótese alguma a elaboração de um conceito de Direito com validade para todos os Direitos, pois não vislumbram constantes no fenômeno jurídico, em face da multiplicidade e variabilidade dos dados fornecidos pela experiência jurídica. Os Agnósticos não admitem a viabilidade do exame filosófico do Direito, mas aceitam a possibilidade de se estabelecer um conceito de Direito empírico, que convenha a um determinado sistema positivo (Gusmão, 1985, p. 67).

A Filosofia Cética ou Escola Cética provém de Pírron de Elis. Este filósofo viveu na Grécia no tempo de Alexandre Magno e o acompanhou em sua expedição ao Oriente, tendo morrido por

4 Os Idealistas mais recentes são também denominados de “Neokantianos” ou “Criticistas”.

volta de 270 a.C. Tornou-se conhecida como Pirronismo a forma extrema do ceticismo grego de Pírron, que consistia na pregação da necessidade de suspender o assentimento. Considerando que para o homem as coisas são inapreensíveis, a única atitude legítima é a de não julgá-las verdadeiras ou falsas, nem belas ou feias, nem boas ou ruins etc. (Abagnano, 2000, p. 764).

Seguindo a filosofia cética, sempre existiu quem negasse a possibilidade de se encontrar fundamentos para o Direito, alegando que este não tem qualquer fundamento intrínseco e exprime apenas autoridade e força. Em Roma, o embaixador da Grécia Carnéades de Cirene teria gerado perturbação com sua dialética, ao sustentar que o critério do justo não se funda na natureza. O mesmo pensamento foi formulado pelos modernos cépticos franceses dos séculos XVI e XVII, como Montaigne e Pascal. De Montaigne, é expressiva a seguinte indagação: “que bondade será essa, que da banda de lá do rio é delito (?)”; e de Pascal, esta afirmação: “três graus de latitude revogam toda uma jurisprudência” (apud Vecchio, 1979, p. 333).

3.3 Algumas posições (não ceticistas) importantes: Vecchio, Hadbruch, Siches, Reale e Saldanha

Vecchio (1979, p. 331, 33) entende que alcançar um conceito de Direito não apenas é possível, mas também necessário. Para ele, embora a noção comum e vaga de Direito possa às vezes bastar para certos fins particulares, para os fins superiores do conhecimento ela é insuficiente. As manifestações vulgares da atividade jurídica são facilmente reconhecidas por todos, porém, frente aos problemas mais elevados e gerais, quando se trata de situar a idéia do Direito na ordem do saber, de determinar-lhe os elementos essenciais, de distingui-la de outros objetos e categorias

afins, surgem dúvidas e dificuldades que a noção vulgar é impotente para resolver. Assim, embora apareça periodicamente, a negação céptica representa apenas fase transitória do pensamento. “O ceticismo não pode aquietar o espírito humano, pois este encontra, na consciência que de si mesmo tem, a prova irrecusável e peremptória de uma existência e cognoscibilidade”.

Radbruch (1974, p. 85) considera fundamentalmente possível chegar, por meio do confronto de diferentes fenômenos jurídicos, a determinar o conceito que lhes está a todos na base, porém, o que não é possível é fundamentá-los.

Siches (1997, p. 11-12) crê na viabilidade de um conceito essencial ou universal de Direito, mas para ele esse conceito não pode ser subministrado pela Ciência Jurídica, em sentido estrito. Segundo ele, esta versa sobre os ramos concretos do Direito positivo e, portanto, considera as especialidades que cada um destes oferece, ou seja, dá conta e razão do que o Direito Civil tem de civil, do que o Direito Penal tem de penal, das concreções singulares do Direito mexicano, daquelas do Direito argentino etc. Conclui o referido autor que o conceito geral ou essencial de Direito urge uma indagação de caráter filosófico.

Em seus Estudos de Teoria Geral do Direito (1994, p. 50), no capítulo 3, em que trata das tendências privatizante e publicizante na conceituação do Direito, Saldanha, sem considerar “estritamente necessário chegar-se a uma ‘definição’ do Direito formalmente suficiente ou incriticável (...)”, afirma que “(...) é importante dispor de uma formulável noção do Direito como realidade específica, com sua caracterização e sua complexidade”.

4 O QUE O DIREITO É, SEGUNDO DIVERSAS DOUTRINAS

O fenômeno jurídico tem sido contemplado ao longo da história a partir de distintas perspectivas, dando ensejo, durante séculos, a polêmicas entre várias doutrinas. Cada doutrina tinha (ou tem) pretensão unilateral de impor uma concepção geral do Direito, tomando em consideração apenas algum de seus componentes, ou seja, uma pretensão reducionista⁵. Apesar de serem muitas as referidas doutrinas, é possível, tendo em consideração algumas de suas características em comum, reuni-las nos três grupos seguintes: o grupo das doutrinas de orientação sociologista ou Doutrina Realista; as doutrinas positivistas ou, simplesmente, Positivismo Jurídico; e as teorias jusnaturalistas ou Jusnaturalismo⁶.

4.1 Doutrinas de orientação sociologista (Realismo)

As doutrinas de orientação sociologista – também conhecidas como doutrinas Realistas – circunscrevem o Direito às ações humanas que visam à sua criação ou aplicação (Luño et al, 1997, p. 43).

5 A propósito dessa afirmação, Saldanha (1998, p.52) adverte que o esforço conceituador frequentemente conduz certos autores a reduzir o Direito a algo que de fato se encontra nele, mas em conjunto com outros componentes. À guisa de ilustração, o referido autor aponta como insuficientes a conceituação do Direito com base na noção de norma, pretendida por Kelsen, pois não considera que a norma há também na ética e na religião. Assim também os sociologismos, como no caso dos marxistas, que colocam na alusão ao "social" a nota definidora do Direito, ou os formalismos, que com frequência exprimem e proporcionam uma espécie de comodismo, muito persuasivo dos juristas práticos.

6 Saldanha (1998, p. 56) distingue na história, em caráter aproximativo, os seguintes tipos de concepção do Direito: a ontológica, a formalista e a hermenêutica. A primeira, com embrião, possivelmente, já no realismo aristotélico, aparece na teologia de Tomás de Aquino e no racionalismo moderno, a segunda cresceu sobretudo com o neokantismo, no séc. XIX, de Stamler em diante, frutificando no normatismo do séc. XX; e a terceira, que estaria até hoje em desenvolvimento, talvez tenha tido antecedente em Vico e uma raiz no historicismo proveniente de Dilthey.

Dentre as doutrinas realistas, são bastante conhecidas a Escola Histórica, a Jurisprudência de Interesses, a Escola do Direito Livre, o realismo americano e o realismo escandinavo, entre outras. Para a Escola Histórica, o Direito é o espírito do povo, o espírito do povo é a fonte criadora do Direito. A Jurisprudência de Interesses reduz o Direito aos interesses sociais que o inspiram e aos quais ele serve para garantir. A Escola do Direito Livre e os realismos americano e escandinavo só enxergam Direito no caráter criador das sentenças judiciais (Luño et al, 1997, p. 43).

Todas as concepções realistas apresentam como elemento em comum a circunstância de privilegiar a consideração do Direito **eficaz**, enquanto dotado de vigência social comprovada através de sua relevância nos comportamentos sociais dos homens, que constituem o chamado “Direito Vivo”, de Ehrlich (Luño et al, 1997, p. 43).

4.2 O Positivismo Jurídico

De acordo com Nino (1997, p. 30), é muito mais difícil caracterizar a concepção positivista do Direito do que a concepção jusnaturalista. O referido autor explica que a expressão positivismo é marcadamente ambígua, fazendo referência a posições diferentes que às vezes nada têm a ver entre si. Certas teses, que em muitos casos foram explicitamente rechaçadas por alguns autores considerados positivistas, em outros casos foram sustentadas por juristas positivistas, embora não o tenham sido como parte essencial do positivismo por eles defendido (*ibid.*).

Não obstante a mencionada ambigüidade, existe consenso em que, para a doutrina positivista, o Direito se identifica

com as normas ou sistemas normativos, enquanto regras postas por quem detenha o poder em uma determinada sociedade e trata de impô-las coativamente nesse âmbito. De acordo com essa perspectiva, o traço caracterizador do Direito é a nota de sua **validade**. Assim, uma norma só é jurídica se ela satisfaz os requisitos procedimentais para produção de normas, exigidos no próprio sistema normativo (Luño et al, 1997, p. 43).

Algumas das principais posições do Positivismo foram atribuídas pelos seus próprios cultores ou por seus oponentes. Nino (1997) indica como sendo as principais correntes do positivismo jurídico o ceticismo ético, o positivismo ideológico, o formalismo jurídico e o positivismo metodológico ou conceitual.

O ceticismo ético advém da idéia de alguns autores, como Hans Kelsen e Alf Ross, para quem o positivismo se identifica com o ceticismo, segundo o qual não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos e cognoscíveis por meios racionais e objetivos (Nino, 1997, p. 30).

Para o positivismo ideológico⁷, qualquer que seja o conteúdo das normas do Direito positivo este tem validade e força obrigatória, de modo que suas disposições devem ser necessariamente obedecidas pela população e aplicadas pelos juízes, os quais devem se despojar de seus escrúpulos morais. Enfim, pretende esse positivismo que os juízes assumam uma posição moralmente neutra e que se limitem a decidir segundo o direito vigente (Nino, 1997, p. 32-34).

⁷ Denominação atribuída por Bobbio, in *El problema Del positivismo jurídico*. Segundo Nino, 1997, p. 33. Alf Ross, in *El concepto de validez y otros ensayos*, denomina essa corrente pelo nome de pseudopositivismo.

Segundo a concepção do formalismo jurídico, o Direito está composto exclusiva ou predominantemente por preceitos legislativos, ou seja, por normas promulgadas explícita e deliberadamente por órgãos centralizados, e não, por exemplo, por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais. Outrossim, essa corrente positivista pressupõe que a ordem jurídica é um sistema auto-suficiente para prover a solução unívoca para qualquer caso concebível (Nino, 1997, p. 36).

O positivismo metodológico (ou conceitual) é defendido por autores como Bentham, Austin, Hart, Ross, Kelsen, Bobbio e outros. A idéia desse positivismo é a de que o Direito não deve ser caracterizado segundo propriedades valorativas⁸, mas sim tomando-se em conta propriedades descritivas (Nino, 1997, p. 37).

Austin, Hart e Kelsen, por exemplo, reduzem o Direito a ordens (normas). Para John Austin, o Direito consiste em normas baseadas em ameaça, normas jurídicas consistentes em ordens (*comands*) emanadas do soberano; para Kelsen, jurídicas são somente aquelas normas que contêm sanção (Aftalión e Vilanova, 1988, p. 298 e 312). Herbert Hart (1994, p. 312) adotou o positivismo de Austin, no sentido de que se deve estudar o Direito que é e não o que deve ser (moral), mas discorda em parte daquele autor, por não admitir a redução das regras a um só tipo – ou seja, às ordens emanadas do soberano. Essa discordância de Hart também vale quanto a Kelsen, que somente considera como jurídicas as normas que prevêm sanções.

⁸ Ao contrário do jusnaturalismo, segundo o qual há uma conexão ou associação importante entre o Direito e a moral, de modo que não bastará a um sistema normativo ou a uma regra satisfazer certas condições fáticas para que sejam considerados, respectivamente, uma ordem jurídica e uma norma jurídica. É preciso também que esse sistema e essa norma estejam adequados a princípios morais e de justiça, para que sejam qualificados de jurídicos (cf. Nino, 1997, p. 16-17).

4.3 Teorias Jusnaturalistas (Jusnaturalismo)

Enquanto pela atitude estritamente positivista a Ciência Jurídica “(...)se limita a comentar e sistematizar as normas que encontra nas fontes positivas do Direito, o jusnaturalismo pretende determinar como o Direito criado pelos homens deve ser para estar de acordo com o Direito natural e poder ser, assim, ‘verdadeiro’ Direito” (Aftalión e Vilanova, 1988, p. 194).

A concepção jusnaturalista baseia-se, concomitantemente, em duas teses: uma tese da filosofia ética, que sustenta que há princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana; e uma tese acerca da definição do conceito de Direito, segundo a qual um sistema normativo ou norma não podem ser qualificados de jurídicos, se contrariarem aqueles princípios morais ou de justiça (Nino, 1997, p. 27-28).

Apesar de todos os jusnaturalistas defenderem as duas teses mencionadas, entre eles há discordância a respeito da origem ou fundamento dos princípios morais e de justiça que devem embasar o Direito natural e sobre quais são esses princípios. Daí por que se destacam, no seio do jusnaturalismo, as seguintes vertentes: o jusnaturalismo teológico (ou Teoria do Teologismo), o jusnaturalismo racionalista, a Teoria do Historicismo (ou realismo empírico) e a Teoria da Natureza das Coisas (Nino, 1997, p. 28-29).

O jusnaturalismo teológico, que teve como representante mais destacado Santo Tomás de Aquino, sustenta que o Direito natural é aquela parte da ordem eterna do universo originado em Deus que é acessível à razão humana (Nino, 1997, p. 28).

Para o jusnaturalismo racionalista, o Direito natural deriva

da natureza ou estrutura da própria razão humana e não dos mandatos divinos. Essa corrente teve como precursores autores como Spinoza, Pufendorf, Wolf e Kant e seus métodos e pressupostos influenciaram na configuração da Dogmática Jurídica (Luño et al, p. 73-74).

A concepção historicista do jusnaturalismo, de Savigny e Puchta, entre outros, “pretende inferir normas universalmente válidas a partir do desenvolvimento da história humana, que se supõe movida por uma necessidade interna que lhe conduz a algum destino, de tal maneira que é a própria direção da história quem constitui o critério para determinar ‘o bom’ e ‘o mal’ ” (Luño et al, p. 74).

Por fim, para a Teoria da Natureza das Coisas (de Hadbruch, Welzel, Maihofer, Dietez, entre outros), certos aspectos da realidade possuem força normativa e constituem uma fonte de Direito que deve adequar-se ao Direito positivo, pondo limites à vontade do legislador (Luño et al, p. 73-74). Segundo Aftalión e Vilanova (1988, p. 376), esta corrente foi iniciada por Hadbruch.

5 RAZÕES QUE DIFICULTAM A FORMULAÇÃO DE UM CONCEITO UNIVERSAL DO DIREITO

Os autores em geral concordam que é muito difícil formular uma definição do Direito. Luño (1997, p. 27-28), por exemplo, ressalta que são ainda hoje atuais as considerações de Kant sobre a dificuldade de se formular uma definição do Direito. No mesmo sentido, Hart (1994, p. 7) chama a atenção para o estranho contraste entre o debate teórico infundável para se encontrar uma definição do Direito e o fato de que a maior parte dos homens cita, com facilidade e confiança, exemplos de Direito, se tal lhes for pedido.

Impende, pois, averiguar a razão pela qual, mesmo sendo conhecidas praticamente todas as manifestações do Direito, não se tem ainda uma resposta uniforme para a pergunta “o que é o Direito?”.

Para Luño et al (1997), a dificuldade existente para se encontrar uma definição de Direito decorre, em parte, da diversidade de perspectivas de enfoque a partir das quais se contempla esse fenômeno. Esse aspecto é também percebido por Saldanha (1998, p. 48), pois este observa que cada ponto de vista ou “ângulo” pelo qual se tome em conta o fenômeno jurídico enseja um conceito diferente, cada um com um componente ideológico diferente, uma “concepção-do-mundo”.

Mas, por outro lado, deve-se ter em conta o fato de que essa complexa e multiforme realidade que denominamos Direito sempre esteve sujeita a sensíveis mutações ao largo dos tempos, o que também dificulta a adoção de uma definição unitária do Direito. Em suma, a dificuldade de definir o Direito decorre igualmente do fato de ser possível contemplá-lo a partir de diferentes perspectivas e do fato de estar ele em permanente mutabilidade (Luño et al , p. 27-28).

Nino (1997, p. 11) aponta quatro razões que, no seu modo de ver, inviabilizam o alcance de um conceito universal de Direito. Para ele, esse fato se deve aos seguintes fatores: **a conceituação do Direito envolve um problema de concepção a respeito da relação entre a linguagem e a realidade; a palavra “direito” é ambígua; a expressão “direito” é vaga; e a palavra “direito” tem carga emotiva.**

O problema de concepção a respeito da relação entre linguagem e realidade corresponde ao embate entre o Realismo Verbal, a que se refere Kantorowicz, e a concepção convencionalista acerca da relação entre a linguagem e a realidade, defendida pela chamada Filosofia Analítica.

Segundo Kantorowicz (1958, p. 33-34), “muitos sistemas [filosóficos] – o platonismo antigo, o realismo escolástico, o fenomenalismo moderno – se basearam na crença de que cabe encontrar conceitos com caráter de verdade essencial ou de ‘necessariedade’, por um procedimento de intuição intelectual ou místico, já que são eles os únicos conceitos dos quais se pode constituir a essência imutável das coisas”.

Assim, se, por exemplo, existisse algo semelhante à ‘essência’ do Direito, de acordo com o realismo verbal dever-se-ia admitir que o único significado e a única definição verdadeiros seriam o significado que indica dita essência e a definição que encerra esse significado. Por isso, conclui o citado autor que quase toda a jurisprudência medieval e oriental, e inclusive a moderna, tem acreditado que entre o nome de qualquer objeto do pensamento e a coisa nomeada existe um nexó metafísico que seria perigoso e até sacrílego desconhecer. Isso evidencia que a Ciência do Direito não se liberou da crença antiga (pré-histórica, aliás) na magia verbal (Kantorowicz, 1958, p. 33-34). Em síntese, o Realismo Verbal sustenta que há somente uma definição válida para uma palavra e que essa definição se obtém mediante intuição intelectual da natureza intrínseca dos fenômenos denotados pela expressão. Desse modo, a tarefa de definir um termo é, conseqüentemente, **descritiva** de certos fatos (Nino, 1997, p. 12).

Saldanha (1994, p. 49), ao buscar explicações para as tendências privatizante e publicizante na conceituação do Direito, chega a invocar essa tese de Kantorowicz, assim: “E é mais ou menos explicável que o trato constante e acurado com problemas desta ou daquela área leve o jurista a identificar como ‘Direito’ o Direito referente ao ramo ou à área que cultiva, pois o **objeto** Direito

se delinea conceitualmente em função de uma projeção do saber que se lhe refere (é mais ou menos a tese de Hermann Kantorowicz, para o qual o conceito de Direito deve obter-se como algo que **corresponde** à ciência respectiva).”

Por sua vez, de acordo com a concepção convencionalista (ou **analítica**), a linguagem é um sistema de símbolos e a relação entre a linguagem e a realidade foi estabelecida arbitrariamente pelos homens, de modo que mesmo que haja um acordo consuetudinário em nomear certas coisas com determinados símbolos, ninguém está constrangido – seja por razões lógicas ou fatores empíricos – a seguir os usos vigentes, podendo eleger qualquer símbolo para fazer referência a qualquer classe de coisas e podendo formar as classes de coisas que lhe resultem convenientes (Nino, 1997, p. 12-13).

Para esta corrente de pensamento, “(...)quando nos deparamos com uma palavra como, por exemplo, ‘direito’, temos que lhe dar algum significado, se pretendemos **descrever** os fenômenos denotados por ela, pois não é possível descrever, por exemplo, o Direito argentino, sem saber o que ‘direito’ significa” (Nino, 1997, p. 13)⁹. O problema reside, pois, em que certos estudiosos insistem em supor que só pode haver um único e verdadeiro conceito de Direito, de modo que adentram em profundas meditações sobre a essência desse fenômeno,

⁹ O destaque não consta do texto original.

esquecendo de prestar atenção ao uso ordinário do vocábulo e desprezando a estipulação de um significado que seja teoricamente fecundo (ibid.)

A despeito de ser a palavra “direito” ambígua, Nino (1997, p. 14) enfatiza que ela tem a ambigüidade da pior espécie, pois não se trata de mera sinonímia acidental, como é a que se dá na palavra “banco”, e sim do fato de ter vários significados estreitamente relacionados entre si. Tal é o que se percebe, por exemplo, nas seguintes frases: “o Direito brasileiro não prevê a pena de morte”; “tenho direito a dispor de meus bens”; “o Direito é uma disciplina complexa”. Na primeira frase, Direito tem o sentido de Direito Objetivo; na segunda, significa “Direito Subjetivo” e na última, a palavra direito refere-se à investigação, ao estudo da realidade jurídica que inclusive, tem como objeto o Direito nos dois sentidos anteriores.

A palavra “direito” é, por sua vez, vaga, devido a não se possível enunciar, com base no uso ordinário, propriedades que estejam presentes em todos os casos em que ela for usada. A coatividade, por exemplo, é uma propriedade que muitos supõem que deve estar presente em todos os casos de uso da palavra “direito”, porém, na realidade há setores que não consideram relevante essa propriedade. Outros entendem que o Direito pressupõe como propriedade essencial compor-se de ordens (normas) promulgadas por autoridade, porém, basta citar que os costumes não advêm de autoridade e mesmo assim constituem Direito (Nino, 1997, p. 14-15).

E finalmente, a palavra “direito” também contém carga emotiva, assim como outras palavras que podem ser empregadas para expressar emoções, ou mesmo provocá-las nas outras pessoas. Assim como “ai” expressa dor e “hurra” expressa susto ou emoção, a palavra “direito” tem certo conteúdo emotivo.

Segundo Nino (1997, p.16) quando se nomeia com a palavra “direito” uma ordem social, se está condecorando essa ordem com um rótulo honorífico e reunindo ao redor dela as atitudes de adesão das pessoas. E quando uma palavra tem carga emotiva, o seu significado cognoscitivo fica prejudicado, porque as pessoas tendem a estender ou a restringir o seu uso, para com isso incluir ou deixar de fora de sua conotação os fenômenos que apreciem ou rechacem, segundo seja o significado emotivo favorável ou desfavorável. A título de exemplo, basta citar a polêmica que há entre jusnaturalistas e positivistas em torno do conceito de Direito.

6 CONCLUSÃO: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO CONCILIADORA

Após todo o estudo levado a efeito nos tópicos anteriores, ainda subsiste aquela indagação inicial, ou seja, “o que é o Direito?”. Não se alcançará, pois, bom termo, caso não se ouse apontar uma solução que possibilite aquietar o espírito, ante essa difícil pergunta.

Há que se ter em mente, em primeiro lugar, que o Direito é um dos “universais da cultura”¹⁰, como o poder, as crenças, a língua, a organização do parentesco, isto é, o Direito pertence a

10 Nesse sentido, SALDANHA (1994, p. 84), SALDANHA (1998, p. 49) e VECCHIO (1979, p. 341-345)

a um gênero de idéias (as universais) que são imanentes ao homem e que, em todo lugar, a mente humana é capaz apenas de compreender, e das quais o mundo sensível é capaz de oferecer apenas uma defeituosa imagem. Essa constatação, por si só, proporciona alguma tranqüilidade.

Mas não se deve pensar que tem sido em vão toda tentativa de conceituação do Direito. Muito ao contrário. Na verdade, na busca de um conceito de Direito, os juristas lograram proporcionar a compreensão do fenômeno jurídico. E em relação ao Direito, assim como quanto a todos os demais universais da cultura, “a conceituação (...)vem a ser, de envolta, compreensão; e a compreensão do Direito, como a da política e da economia, requer o conhecimento de parâmetros e imagens que se entendem como formação histórica” (Saldanha, 1998, p. 50).

Esse é, mais ou menos, o mesmo entendimento manifestado por Hart (1994), em obra totalmente dedicada ao tema ora debatido. Mesmo a despeito do sugestivo título da obra mencionada – “O Conceito de Direito” -, Hart salienta: “em vários pontos deste livro encontrará o leitor discussões de casos de fronteira em que os teorizadores do Direito sentiram dúvidas na aplicação da expressão ‘direito’ ou ‘sistema jurídico’, **mas a resolução sugerida para tais dúvidas, que também encontrará aqui, constitui apenas uma preocupação secundária do livro.** Porque o seu objetivo não é fornecer uma definição do Direito, no sentido de uma regra por preferência à qual pode ser testada a correção do uso da palavra; **é antes de fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma análise melhorada da estrutura definitiva de um sistema jurídico interno e fornecendo uma melhor compreensão das**

semelhanças e diferenças entre o Direito, a coerção e a moral, enquanto tipos de fenômenos sociais (...)"¹¹.

Pensamento similar é encontrado também em “O Império do Direito” (1999, p. 492), de Dworkin, que não busca conceituar o Direito, mas apenas transmitir um dos modos como ele pode ser compreendido: “o Direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do Direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo... É uma **atitude interpretativa** e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido... É uma **atitude contestadora** que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância... A **atitude** do Direito é **construtiva**: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para o futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma **atitude fraterna**, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções”¹².

Além dos referidos autores, muitos outros, conscientemente escreveram livros ou dedicaram partes de suas obras à conceituação do Direito, sem se debruçar, necessariamente, à busca incessante de uma definição única que abranja toda e qualquer manifestação do fenômeno jurídico. A postura de tais autores – que parece ser a mais recomendável – reflete a

11 Os destaques não existem no texto original.

12 Destaques do autor desta monografia.

compreensão de que o fenômeno “Direito” não pode ser sintetizado em um conceito reduzido, válido para todos os tempos, para todos os lugares e para todas as suas formas de manifestação.

Hart (1994, p. 18) observou que “a especulação sobre a natureza do Direito tem uma história longa e complicada; todavia, vista em retrospectiva, é nítido que se centrou quase continuamente sobre alguns pontos (...)”. Esses pontos são “aspectos do Direito que parecem dar origem a incompreensões em todos os tempos, de tal forma que a confusão e uma necessidade conseqüente de maior clareza acerca deles podem coexistir mesmo nos homens avisados, dotados de firme maestria e conhecimento do Direito”

De fato, indagar um conceito de Direito implicará, sempre em buscar compreender muitas questões para as quais o tema inarredavelmente conduz¹³. Diante disso, uma medida salutar é reduzir as inúmeras questões recorrentes ao mínimo possível, preferentemente àquelas de incidência mais freqüente, em direção às quais o exame do tema sempre conduz. E assim, estudar essas questões será equivalente a estudar o Direito, a buscar o seu conceito.

Direito é, portanto, tudo o que defende cada uma das correntes de pensamento referidas nesta monografia¹⁴, mas,

13 Hart (1994, p. 18) aponta três das principais questões que, surgindo sempre juntas, a busca das respectivas respostas equivale mesmo a procurar uma definição do Direito: 1^a) *Como difere o Direito de ordens baseadas em ameaças?* 2^a) *Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta?* 3^a) *O que são regras e em que medida é o Direito uma questão de regras?*

14 Saldanha (1998, p. 51), depois de citar várias visões (ou idéias) acerca do Direito, manifesta entendimento de que todas elas apresentam argumentos e fundamentos... que algumas se valorizam mais pelo desenvolvimento de problemas complementares do que pela resposta à pergunta pela definição do Direito... E sentença: “A definição é apenas um resultado verbal, dependente de uma reflexão específica; ou então um ponto de partida tomado para delimitar uma temática. O importante são os problemas que *levam* à definição (e que estão ‘implicados’ nela), ou que ‘cercam’ as expressões com que se define o objeto. Problemas de método, em princípio, mas também, e em nível mais fundo, problemas hermenêuticos.” Nino (1997, p. 43), por sua vez, adverte que há certas razões de peso em favor de várias teorias e que eleger alguma destas não implica tomar partido por uma questão filosófica profunda, mas sim por uma mera questão verbal.

certamente se lhe aplicam outras tantas definições, tantas quantas forem as perspectivas a partir das quais se lhe examine. De tal sorte, não convém rechaçar – ou apoiar – incondicional e completamente nenhuma posição. Até mesmo a atitude cética deve ser encarada como um modo de ver o Direito. Essa postura, de modo algum impedirá o avanço dos estudos do Direito; talvez até o fomenta, pois faz parte da natureza humana a curiosidade, a não-acomodação diante de respostas inacabadas.

Para finalizar, cabe uma última observação, que diz com o caráter equívoco do termo Direito. Ele se resolve com simplicidade, bastando que as partes em aparente desacordo sobre o que é o Direito procurem sempre “traduzir”, da linguagem de sua corrente para a linguagem da outra o significado daquilo que está reportando.

7 REFERÊNCIAS

ABAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AFTALIÓN, Enrique R. VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. Trad. G.R.Carrió. Buenos Aires: Astrea, 1974.

DICIONÁRIO Larousse cultural da língua Portuguesa. São Paulo: Nova Cultural., 1992.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

- HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Oxford: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KANTOROWICZ, Hermann. **La definición de Derecho**. Madrid: Rev. Occidente, 1958.
- LEVAGGI, Abelardo. **Manual de historia del Derecho argentino**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998. t. 1.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez et al. **Teoría del Derecho**. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.
- NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del Derecho**. 8. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1997.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. 5. ed. Coimbra: Editor Sucessor, 1974.
- SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. **Estudos de teoria do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SICHES, Luis Recaséns. **Filosofia Del Derecho**. Duodécima Edición. México: Editorial Porrúa, 1997.
- TORRÉ, Abelardo. **Introducción al Derecho**. Undécima edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- VECCHIO, Giorgio del. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Antonio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Sucessor, 1979.