



Introdução

O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideais, por que em nome de ideais conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade. Por isso, compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e conseqüente. Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo, é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo, rendendo-se a ele.

Por tudo isso, o direito é um mistério, o mistério do princípio e do fim da sociabilidade humana. Suas raízes estão enterradas nesta força oculta que nos move a sentir remorso quando agimos indignamente e que se apodera de nós quando vemos alguém sofrer uma injustiça. Introduzir-se no estudo do direito é, pois, entronizar-se num mundo fantástico de piedade e impiedade, de sublimação e de perversão, pois o direito pode ser *sentido* como uma prática virtuosa que serve ao bom julgamento, mas também *usado* como instrumento para propósitos ocultos ou inconfessáveis. Estudá-lo sem paixão é como sorver um vinho precioso apenas para saciar a sede. Mas estudá-lo sem interesse por seu domínio técnico, seus conceitos, seus princípios é inebriar-se

numa fantasia inconseqüente. Isto exige, pois, precisão e rigor científico, mas também abertura para o humano, para a história, para o social, numa forma combinada que a sabedoria ocidental, desde os romanos, vem esculpindo como uma obra sempre por acabar.

Pode-se perceber, destarte, que um livro de Introdução ao Estudo do Direito é uma obra complexa, que exige, ao mesmo tempo, o conhecimento técnico do instrumental conceitual do direito, a experiência da vida jurídica, a intuição de suas raízes psíquicas, sociais, econômicas, culturais, religiosas, a memória de seus eventos históricos, tudo trazido numa forma concertante, didaticamente acessível e pedagogicamente formativa. Corre-se, por isso, sempre, o risco da superficialidade e da incompreensão, pois é preciso ensinar a estudar o direito, transmitindo um saber obviamente ainda desconhecido sobre um objeto ainda informe. Ou seja, há de se ir dizendo as coisas do direito sem poder pressupor que elas já sejam conhecidas. Simultaneamente, porém, é impossível falar sobre o direito sem usar os termos que, tecnicamente, o constituem. O estudante deve, assim, ter paciência, não pretender encontrar num livro só tudo o que necessita. Lembrar-se de que uma Introdução é apenas uma abertura, que deve levar-nos a ampliar nosso universo e nunca a reduzi-lo a esquemas simplificados. Um livro de Introdução é, pois, somente um roteiro, nunca uma obra acabada.

Como o direito é um fenômeno multifário, os livros de Introdução costumam apresentar alguma peculiaridade: embora os temas que neles são tratados sejam mais ou menos constantes, as formas de abordagem são diferentes. Há quem enfatize alguns aspectos filosóficos, insistindo sobre a inserção do direito no universo da justiça. Há quem cuide mais das premissas técnicas, dos conceitos básicos, das divisões e classificações fundamentais da ciência jurídica.

Nosso trabalho procurou enfocar o estudo do direito com base na seguinte premissa: destinando-se este livro a estudantes de Direito, pareceu-nos oportuno explicar o que é ele e como o conhece o profissional jurídico. Por outro lado, sem perder suas múltiplas dimensões históricas, procuramos focalizar o direito tal como ele se manifesta hoje, no mundo burocratizado das sociedades ocidentais. A percepção dessa circunstância histórica – o direito nem sempre está numa mesma circunstância – fez-nos escolher uma forma de abordagem capaz de mostrar uma peculiaridade de nossa época e de fazer-lhe a devida crítica: o direito como um fenômeno decisório, um instrumento de poder, e a ciência jurídica como uma tecnologia.

Embora este tema venha a ser abordado diversas vezes em nossa exposição, talvez seja importante, desde já, esclarecer como o direito adquiriu culturalmente, em nossa civilização, essa característica. Para explicar isso, valemo-nos de algumas considerações de Hannah Arendt, cuja obra *A condi-*

ção humana, embora não tenha por tema o direito, permite-nos fecundas incursões sobre a questão.

A Antigüidade distinguia entre a *polis* e a *oikia*. Dizia-se que, enquanto a *oikia* ou a casa reconhecia o governo de um só, a *polis* era composta de muitos governantes. Por isso, Aristóteles dizia que todo cidadão pertence a duas ordens de existência, pois a *polis* dá a cada indivíduo, além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, sua *bios-politicós*. Era a distinção entre a esfera privada e a esfera pública. Essa distinção sofreu durante os séculos modificações importantes. Sua separação que caracteriza a cultura na Antigüidade fazia com que a esfera privada se referisse ao reino da necessidade e a uma atividade cujo objetivo era atender às exigências da condição animal do homem: alimentar-se, repousar, procriar etc. A necessidade, dizia-se, coagia o homem e obrigava-o a exercer um tipo de atividade para sobreviver; essa atividade, para usar a terminologia de Hannah Arendt cuja obra estamos expondo e interpretando numa forma livre, chamava-se *labor* ou *labuta*. O *labor* distinguia-se do trabalho. O *labor* tinha relação com o processo ininterrupto de produção de bens de consumo, o alimento, por exemplo, isto é, aqueles bens que eram integrados no corpo após sua produção e que não tinham permanência no mundo. Eram bens que pereciam. A produção desses bens exigia instrumentos que se confundiam com o próprio corpo: os braços, as mãos ou suas extensões, a faca, o cutelo, o arado. Nesse sentido, o homem que *labuta*, o operário, podia ser chamado de *animal laborans*. O lugar do *labor* era a casa (*oikia* ou *domus*) e a disciplina que lhe correspondia era a economia (de *oiko nomos*). A casa era a sede da família e as relações familiares eram baseadas na diferença: relação de comando e de obediência, donde a idéia do *pater familias*, do pai, senhor de sua mulher, seus filhos e seus escravos. Isto constituía a esfera privada. A palavra *privado* tinha aqui o sentido de *privus*, de *ser privado de*, daquele âmbito em que o homem, submetido às necessidades da natureza, buscava sua utilidade no sentido de meios de sobrevivência. Nesse espaço, não havia liberdade, da qual se estava privado, em termos de participação num autogoverno comum, pois todos, inclusive o senhor, estavam sob a coação da necessidade. Liberar-se dessa condição era privilégio de alguns, os cidadãos ou *cives*.

O cidadão exercia sua atividade própria em outro âmbito, a *polis* ou *civitas*, que constituía a esfera pública. Aí ele encontrava-se entre seus iguais, e era livre sua atividade. Esta se chamava ação. A ação compartilhava de uma das características do *labor*, sua fugacidade e futilidade, posto que era um contínuo sem finalidade preconcebida. Todavia, à diferença do *labor*, a ação significava a dignificação do homem. Igual entre iguais, o homem ao agir exercitava sua atividade em conjunto com os outros homens, igualmente cidadãos. Seu terreno era o do encontro dos homens livres que se governam. Daí a idéia de ação política, dominada pela palavra, pelo discurso, pela busca

dos critérios do bem governar. O homem que age é o *politikon zoon*, o animal político. A ação caracterizava-se em primeiro lugar por sua ilimitação. Como se tratava de atividade espontânea, como toda ação era concebida como criação de um fluxo de relações políticas, não havia como prever a ação. Agir, dizia-se, é iniciar continuamente relações. Por isso, além da ilimitação, a ação era imprevisível, não podendo suas conseqüências ser determinadas logicamente de antemão. Isto explicava a inerente instabilidade dos negócios humanos, das coisas da política de modo geral, cuja única estabilidade possível era aquela que decorria da própria ação, de uma espécie de virtude, como, por exemplo, o equilíbrio e a moderação própria da prudência. Daí a necessidade da *ars* e da *techné*. Para que essa estabilidade pudesse ser alcançada, porém, eram necessárias certas condições: as fronteiras territoriais para a cidade, as leis para o comportamento, a cerca para a propriedade, que eram consideradas limites à ação, embora sua estabilidade não decorresse desses limites. Em outras palavras, a *polis* não era propriamente um limite físico e normativo, mas um conjunto fugaz de ações. Contudo, para que a *polis*, enquanto teia de relações, surgisse, era não só necessária a delimitação física da cidade, que era *trabalho* do arquiteto, mas também a legislação, que era *trabalho* do legislador, considerado uma espécie de construtor da estrutura da cidade. Ora, o trabalho, ao contrário do labor e da ação, era uma atividade humana considerada como não fútil, sendo dominada pela relação meio/fim. O trabalho era uma atividade com termo previsível: o produto ou o bem de uso. O produto, ao contrário do resultado do labor, o objeto de consumo, não se confunde com o produtor, pois dele se destaca, adquirindo permanência no mundo. O trabalho tem em si, portanto, a nota da violência, pois é uma atividade que transforma a natureza, ao dominá-la: da árvore que se corta faz-se a mesa.

Assim, na Antigüidade, pode-se dizer: a legislação enquanto trabalho do legislador não se confundia com o direito enquanto resultado da ação. Em outras palavras, havia diferença entre *lex* e *jus* na proporção da diferença entre *trabalho* e *ação*. Desse modo, o que condicionava o *jus* era a *lex*, mas o que conferia estabilidade ao *jus* era algo imanente à ação: a virtude do justo, a justiça.

A partir da Era Moderna, assistimos à ocorrência de progressiva perda do sentido antigo de ação, que cada vez mais se confunde com o de trabalho; ou seja, a velha noção de ação vinculada à virtude passa a identificar-se com a moderna noção de ação como atividade finalista, portanto próxima ao que a Antigüidade chamava de trabalho. Desse modo, a ação tornada um fazer, portanto entendida como um processo que parte de meios para atingir fins, assistirá a uma correspondente redução progressiva do *jus* à *lex*, do direito à norma. O fabricar dos antigos, isto é, o trabalho, era, porém, um domínio sobre coisas, não sobre homens. Transportado o fabricar para o mundo

político, o trabalho fará do agir humano uma atividade produtora de bens de uso e o direito reduzido a norma, isto é, o *jus* como igual a *lex*, será então encarado como comando, como relação impositiva de uma vontade sobre outra vontade, um meio para atingir certos fins: a paz, a segurança, o bem-estar etc. Nesse quadro, a legitimidade do direito-comando passa a depender dos fins a que ele serve. Essa passagem do homem compreendido como animal político, para a concepção do homem como ser que trabalha, coloca o direito dentro da chamada filosofia do *homo faber*. A supremacia do *homo faber* na concepção do homem e do mundo faz, inicialmente, com que as coisas percam seu significado, ou melhor, a presença avassaladora do *homo faber* a partir da Era Moderna faz com que o significado das coisas se instrumentalize. O significado que deveria ser dado pela ação, pelo pensar, pela política, pelo agir conjunto, passa a ser dado por uma relação funcional de meios e fins.

O *homo faber* de certo modo degrada o mundo, porque transforma o significado de todas as coisas numa relação meio/fim, portanto numa relação pragmática. Com isso, torna-se impossível para ele descobrir que as coisas possam ser valiosas por elas mesmas e não simplesmente enquanto instrumentos, enquanto meios. A tragédia dessa posição está em que a única possibilidade de se resolver o problema do significado das coisas é encontrar uma noção que em si é paradoxal, ou seja, a idéia de um fim em si mesmo. A idéia de um fim em si mesmo, ou seja, a idéia de um fim que não é mais meio para outro fim, é um paradoxo, porque todo fim nessa concepção deveria ser meio para um fim subsequente. A idéia de um fim em si mesmo foi formulada por Kant, que tentou resolver o dilema dessa tragédia. Kant colocou-nos diante da idéia de que o homem nessa concepção utilitária é afinal aquele que é um fim em si mesmo. Daí sua famosa concepção de que o homem nunca deve ser *objeto* para outro homem. A proposta de Kant, contudo, não resolve o problema, mesmo porque, no momento em que colocamos o homem como centro do mundo, como o único fim por si, portanto como a única coisa valiosa por si, todo o restante torna-se algo banal, não valioso, salvo quando tem um sentido para o homem, salvo quando é instrumento para o homem. Em outras palavras, alguma coisa só terá sentido se contiver trabalho humano, pois se instrumentaliza. No mundo do *homo faber*, a esfera pública, que na Antiguidade era a esfera do homem político, passa a ser a esfera do mercador. A concepção de que o homem é um construtor, um fabricante de coisas, conduz à conclusão de que o homem só consegue relacionar-se devidamente com outras pessoas, trocando produtos com elas.

Na sociedade dominada pela concepção do *homo faber*, a troca de produtos transforma-se na principal atividade política. Nela os homens começam a ser julgados não como pessoas, como seres que agem, que falam, que julgam, mas como produtores e segundo a utilidade de seus produtos. Aos

olhos do *homo faber*, a força do trabalho é apenas um meio de produzir um objeto de uso ou um objeto de troca. Nessa sociedade, na sociedade dominada pela idéia da troca, o direito passa a ser considerado como um bem que se produz. É a identificação do *jus* com a *lex*. O bem produzido por meio da edição de normas constitui então um objeto de uso, algo que se tem, que se protege, que se adquire, que pode ser cedido, enfim, que tem valor de troca. Ora, como no mercado de trocas os homens não entram em contato diretamente uns com os outros, mas com os produtos produzidos, o espaço da comunicação do *homo faber* é um espaço alienante, porque de certa maneira exclui o próprio homem. O homem nesse espaço mostra-se por meio de seus produtos. Esses produtos são as coisas que ele fabrica ou as máscaras que ele usa. Em consequência disso, no mundo do *homo faber* o direito, transformado em produto, também se despersonaliza, tornando-se mero objeto. O direito considerado objeto de uso é o direito encarado como conjunto abstrato de normas, conjunto abstrato de correspondentes direitos subjetivos, enfim, o direito objeto de uso é um sistema de normas e direitos subjetivos constituídos independentemente das situações reais ou pelo menos considerados independentemente dessas situações reais, mero instrumento de atuação do homem sobre outro homem. Está aí a base de uma concepção que vê no direito e no saber jurídico um sistema neutro que atua sobre a realidade de forma a obter fins úteis e desejáveis.

Contudo, no correr da Era Moderna, repercutindo intensamente no mundo contemporâneo, outra assimilação semântica ocorrerá: a progressiva absorção da idéia de trabalho pela idéia de labor. Com isso, vamos ter uma nova concepção antropológica, portanto uma concepção do mundo dominado agora pela idéia do *animal laborans*. Conseqüentemente, o direito, que na Antigüidade era ação, que na Era Moderna passa a ser trabalho produtor de normas, isto é, objetos de uso, no mundo contemporâneo torna-se produto de labor, isto é, objeto de consumo ou bem de consumo.

Que significa isso?

Em primeiro lugar, devemos observar que o labor, ao contrário do trabalho, não tem produtividade, ou seja, o trabalho pode ser visto por seus resultados e seus produtos, que permanecem. O labor não produz propriamente alguma coisa, no sentido de que os bens de consumo são bens que estão para o homem à medida que são consumidos pelo homem, isto é, que são readquiridos pelo corpo que os produz. Não obstante isso, o labor tem uma forma de produtividade que não está em produtos, mas na própria força humana que produz. Essa força humana não se esgota com a produção dos meios de sobrevivência e subsistência, e é capaz de ter um excedente, que já não é necessário à reprodução de cada um e constitui o que o labor produz. Em outras palavras, o que o labor produz é *força de trabalho*; portanto, condições de subsistência.

Ora, enquanto na sociedade do *homo faber* o centro dos cuidados humanos era a propriedade e o mundo dividia-se em propriedades, já numa sociedade dominada pela idéia do *animal laborans*, ou seja, na sociedade de operários ou sociedade de consumo, o centro já não é o mundo, construído pelo homem, mas a mera necessidade da vida, a pura sobrevivência. Como o *animal laborans*, o homem que labora, ou, *lato sensu*, o operário, está no mundo, mas é indiferente ao mundo, mesmo porque o labor, por assim dizer, em certa medida, não precisa do mundo construído pelo homem, a atividade do laborar é uma atividade extremamente isolada. Em termos de labor, compartilhamos todos de um mesmo destino, mas não compartilhamos coisa nenhuma, porque a sobrevivência acossa a cada qual individualmente e isolamos uns dos outros. O homem movido pela necessidade não conhece outro valor, nem conhece outra necessidade, senão sua própria sobrevivência. Na sociedade de operários, somos todos equalizados pela necessidade e voltados para nós mesmos. Somos todos força de trabalho e, nesse sentido, um produto eminentemente fungível. No mundo do *animal laborans*, tudo se torna absolutamente descartável. Nada tem sentido, senão para a sobrevivência de cada qual, ou seja, numa sociedade de consumo, os homens passam a ser julgados, todos, segundo as funções que exercem no processo de trabalho e de produção social.

Assim, se antes, no mundo do *homo faber*, a força de trabalho era ainda apenas um meio de produzir objetos de uso, na sociedade de consumo confere-se à força de trabalho o mesmo valor que se atribui às máquinas, aos instrumentos de produção. Com isso, instaura-se uma nova mentalidade, a mentalidade da máquina eficaz, que primeiro uniformiza coisas e seres humanos para, depois, desvalorizar tudo, transformando coisas e homens em bens de consumo, isto é, bens não destinados a permanecer, mas a serem consumidos e confundidos com o próprio sobreviver, numa escalada em velocidade, que bem se vê na rapidez com que tudo se supera, na chamada civilização da técnica. O que está em jogo aqui é a generalização da experiência da produção, na qual a utilidade para a sobrevivência é estabelecida como critério último, para a vida e para o mundo dos homens. Ora, a instrumentalização de tudo, por exemplo, a criança que de manhã escova os dentes, usa a escova, a pasta e a água e com isso contribui para o produto interno bruto da nação, conduz à idéia de que tudo afinal é meio, todo produto é meio para um novo produto, de tal modo que a sociedade concentra-se em produzir objetos de consumo. Consumo este, de novo, meio para o aumento da produção, e assim por diante. Na lógica da sociedade de consumo, tudo o que não serve ao processo vital é destituído de significado. Até o pensamento torna-se mero ato de prever conseqüências e só nessa medida é valorizado. Entende-se assim a valorização dos saberes técnicos, sobretudo quando se percebe que os instrumentos eletrônicos exercem a função calculadora muito melhor do que o cérebro. E no direito essa lógica da sociedade de consumo

torna-o mero instrumento de atuação, de controle, de planejamento, tornando-se a ciência jurídica um verdadeiro saber tecnológico.

O último estágio de uma sociedade de operários, de uma sociedade de consumo, que é a sociedade de detentores de empregos, requer de seus membros um funcionamento puramente automático, como se a vida individual realmente houvesse sido afogada no processo vital da espécie e a única decisão ativa exigida do indivíduo fosse, por assim dizer, deixar-se levar, abandonar sua individualidade, as dores e as penas de viver ainda sentidas individualmente, e aquiescer num tipo funcional de conduta entorpecida e tranquilizante. Para o mundo jurídico, o advento da sociedade do *homo laborans* significa, assim, a contingência de todo e qualquer direito, que não apenas é posto por decisão, mas também vale em virtude de decisões, não importa quais, isto é, na concepção do *animal laborans*, criou-se a possibilidade de uma manipulação de estruturas contraditórias, sem que a contradição afetasse a função normativa. Por exemplo, a rescisão imotivada de um contrato de locação é permitida, amanhã passa a ser proibida, depois volta a ser permitida, e tudo é permanentemente reconhecido como direito, não incomodando a esse reconhecimento sua mutabilidade. A filosofia do *animal laborans*, desse modo, assegura ao direito, enquanto objeto de consumo, enorme disponibilidade de conteúdos. Tudo é passível de ser normado e para enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito já não depende do *status*, do saber, do sentir de cada um, das diferenças de cada um, da personalidade de cada um. Ao mesmo tempo, continua sendo aceito por todos e cada um em termos de uma terrível uniformidade. Em suma, com o advento da sociedade do *animal laborans*, ocorre radical reestruturação do direito, pois sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, sobre o costume, sobre a razão, sobre a moral e passa reconhecidamente a basear-se na uniformidade da própria vida social, da vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença. Indiferença quanto ao que valia e passa a valer, isto é, aceita-se tranquilamente qualquer mudança. Indiferença quanto à incompatibilidade de conteúdos, isto é, aceita-se tranquilamente a inconsistência e convive-se com ela. Indiferença quanto às divergências de opinião, isto é, aceita-se uma falsa idéia de tolerância, como a maior de todas as virtudes. Este é afinal o mundo jurídico do homem que labora, para o qual o direito é apenas e tão-somente um bem de consumo.

O reconhecimento dessa situação, porém, não deve significar que estamos sucumbindo à fatalidade e que as coisas são como são, não importa o que se faça. Se o direito se tornou hoje um objeto de consumo, aliás como ocorre também com a ciência e a arte – afinal, quanta gente hoje não estuda somente para ter maiores ou melhores chances de sobrevivência no mercado de trabalho e quanta gente não adquire uma obra de arte porque nela vê principalmente um investimento –, isto não faz dele (como não faz da ciência

e da arte) um objeto de permanente alienação humana. As sociedades estão em transformação e a complexidade do mundo está exigindo novas formas de manifestação do fenômeno jurídico. É possível que, não tão distantemente no futuro, essa forma compacta do direito instrumentalizado, uniformizado e generalizado sob a forma estatal de organização venha a implodir, recuperando-se, em manifestações espontâneas e localizadas, um direito de muitas faces, peculiar aos grupos e às pessoas que os compõem. Por isso, a consciência de nossa circunstância não deve ser entendida como um momento final, mas como um ponto de partida. Afinal, a ciência não nos libera porque nos torna mais sábios, mas é porque nos tornamos mais sábios que a ciência nos libera. Adquirir a sabedoria não é ato nem resultado da ciência e do conhecimento, mas é experiência e reflexão, exercício do pensar. E é para isso, por fim, que convidamos o leitor: pensar o direito, refletir sobre suas formas hodiernas de atuação, encontrar-lhe um sentido, para então vivê-lo com prudência, esta marca virtuosa do jurista, que os romanos nos legaram e que não desapareceu de todo na face da Terra.



A Universalidade do Fenômeno Jurídico

1.1 DIREITO: ORIGEM, SIGNIFICADOS E FUNÇÕES

Aquilo que, reverencialmente, o homem comum denomina *direito*, observa um autor contemporâneo (Arnold, 1971:47),

“corresponde a uma certa atitude, uma forma de pensar, uma maneira de referir-se às instituições humanas em termos ideais. Trata-se de uma exigência do senso comum, profundamente arraigada, no sentido de que aquelas instituições de governo dos homens e de suas relações simbolizem um sonho, uma projeção ideal, dentro de cujos limites funcionam certos princípios, com independência dos indivíduos”.

Em parte, o que chamamos vulgarmente de *direito* atua, pois, como um reconhecimento de ideais que muitas vezes representam o oposto da conduta social real. O *direito* aparece, porém, para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois, em seu nome tanto se vêem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O *direito* contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião.

O *direito*, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tira-

no ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas.

Por tudo isso podemos perceber que o direito é muito difícil de ser definido com rigor. De uma parte, consiste em grande número de símbolos e ideais reciprocamente incompatíveis, o que o homem comum percebe quando se vê envolvido num processo judicial: por mais que ele esteja seguro de seus direitos, a presença do outro, contestando-o, cria-lhe certa angústia que desorganiza sua tranquilidade. De outra parte, não deixa de ser um dos mais importantes fatores de estabilidade social, posto que admite um cenário comum em que as mais diversas aspirações podem encontrar uma aprovação e uma ordem.

Ora, para uma tentativa não de definição estrita, mas de mera aproximação do fenômeno jurídico, uma pista adequada parece encontrar-se na própria origem da palavra *direito* em nossa cultura. Valemo-nos, para tanto, da excelente monografia de Sebastião Cruz (1971) sobre o assunto. O problema de que parte o autor é o seguinte: por que, ao lado da palavra do latim clássico *jus* e significando também direito, apareceu a palavra *derectum* (inicialmente, talvez, somente *rectum* e, mais tarde, também a forma *directum*) e não alguma outra? Da palavra *rectum* – ou da indoeuropéia *rek-to'* – derivou *Rechts*, *right* etc. e, da palavra *derectum*, *direito*, *derecho*, *diritto*, *droit* etc. Qual seria, então, a convergência semântica entre *jus* e *derectum*?

Enfrentando a questão, o autor observa que ao direito vincula-se uma série de símbolos, alguns mais eloqüentes, outros menos, e que antecederam a própria palavra. De qualquer modo, o direito sempre teve um grande símbolo, bastante simples, que se materializava, desde há muito, em uma balança com dois pratos colocados no mesmo nível, com o fiel no meio – quando este existia – em posição perfeitamente vertical. Havia, ainda, outra materialização simbólica, que varia de povo para povo e de época para época. Assim, os gregos colocavam essa balança, com os dois pratos, mas sem o fiel no meio, na mão esquerda da deusa Diké, filha de Zeus e Themis, em cuja mão direita estava uma espada e que, estando em pé e tendo os olhos bem abertos, dizia (declarava solenemente) existir o justo quando os pratos estavam em equilíbrio (*íson*, donde a palavra *isonomia*). Daí, para a língua vulgar dos gregos, o justo (o direito) significar o que era visto como igual (igualdade).

Já o símbolo romano, entre as várias representações, correspondia, em geral, à deusa *Iustitia*, a qual distribuía a justiça por meio da balança (com os dois pratos e o fiel bem no meio) que ela segurava com as duas mãos. Ela ficava de pé e tinha os olhos vendados e dizia (declarava) o direito

(*jus*) quando o fiel estava completamente vertical: direito (*rectum*) = perfeitamente reto, reto de cima a baixo (*de* + *rectum*).

As pequenas diferenças (mas, em termos de símbolo, significativas) entre os dois povos mostram-nos que os gregos aliavam à deusa algumas palavras, das quais as mais representativas eram *dikaion*, significando algo dito solenemente pela deusa *Diké*, e *íson*, mais popular, significando que os dois pratos estavam iguais. Já em Roma, as palavras mais importantes eram *jus*, correspondendo ao grego *dikaion* e significando também o que a deusa diz (*quod Iustitia dicit*), e *derectum*, correspondendo ao grego *íson*, mas com ligeiras diferenças.

Notamos, ademais, que a deusa grega tinha os olhos abertos. Ora, os dois sentidos mais intelectuais para os antigos eram a visão e a audição. Aquela para indicar ou simbolizar a especulação, o saber puro, a *sapientia*; esta para mostrar o valorativo, as coisas práticas, o saber agir, a prudência, o apelo à ordem etc. Portanto, a deusa grega, estando de olhos abertos, aponta para uma concepção mais abstrata, especulativa e generalizadora que precedia, em importância, o saber prático. Já os romanos, com a *Iustitia* de olhos vendados, mostram que sua concepção do direito era antes referida a um saber-agir, uma *prudencia*, um equilíbrio entre a abstração e o concreto. Aliás, coincidentemente, os juristas romanos de modo preponderante não elaboram teorias abstratas sobre o justo em geral (como os gregos) mas construções operacionais, dando extrema importância à oralidade, à palavra falada, donde a proveniência de *lex* do verbo *legere* (ler, em voz alta). Além disso, o fato de que a deusa grega tinha uma espada e a romana não mostra que os gregos aliavam o conhecer o direito à força para executá-lo (*iudicare*), donde a necessidade da espada, enquanto aos romanos interessava, sobretudo quando havia direito, o *jus-dicere*, atividade precípua do jurista que, para exercê-la, precisava de uma atitude firme (segurar a balança com as duas mãos, sem necessidade da espada); tanto que a atividade do executor, do *iudicare*, era para eles menos significativa, sendo o *iudex* (o juiz) um particular, geralmente e a princípio, não versado em direito.

No correr dos séculos, porém, a expressão *jus* foi, pouco a pouco, sendo substituída por *derectum*. Nos textos jurídicos latinos, esta última, tendo caráter mais popular e vinculada ao equilíbrio da balança, não aparecia, sendo encontrada apenas nas fontes não jurídicas, destinadas ao povo. Foi a partir do século IV d.C. que ela começou a ser usada também pelos juristas. Guardou, porém, desde suas origens, um sentido *moral* e principalmente religioso, por sua proximidade com a deificação da justiça. Nos séculos VI ao IX, as fórmulas *derectum* e *directum* passam a sobrepor-se ao uso de *jus*. Depois do século IX, finalmente, *derectum* é a palavra consagrada, sendo usada para indicar o ordenamento jurídico ou uma norma jurídica em geral.

A palavra *direito*, em português (e as correspondentes nas línguas românicas), guardou, porém, tanto o sentido do *jus* como aquilo que é consagrado pela Justiça (em termos de virtude moral), quanto o de *derectum* como um exame da retidão da balança, por meio do ato da Justiça (em termos do aparelho judicial). Isso pode ser observado pelo fato de que hoje se utiliza o termo tanto para significar o ordenamento vigente – “o direito brasileiro, o direito civil brasileiro” –, como também a possibilidade concedida pelo ordenamento de agir e fazer valer uma situação – “direito de alguém” –, não podendo-se esquecer ainda o uso moral da expressão, quando se diz “eu tinha direito à defesa, mas a lei não mo concedeu” (Cruz, 1971:58).

Essas observações iniciais já nos dão conta de que compreender o que seja o direito não é tarefa fácil. Não só é um fenômeno de grande amplitude e muitas facetas, mas também a própria expressão *direito* (e seus correlatos) possui diferenças significativas que não podem ser desprezadas. Isso coloca o teórico diante de um problema cujas raízes têm de ser elucidadas antes que um ensaio de solução possa ser proposto.

1.2 BUSCA DE UMA COMPREENSÃO UNIVERSAL; CONCEPÇÕES DE LÍNGUA E DEFINIÇÃO DE DIREITO

Os juristas sempre cuidam de compreender o direito como um fenômeno universal. Nesse sentido, são inúmeras as definições que postulam esse alcance. Não é o caso de reproduzir-se numa série, certamente inacabada, os textos que ensaiam esse objetivo. Não só juristas, mas também filósofos e cientistas sociais mostram ou mostraram preocupações semelhantes.

Há algo de humano, mas sobretudo de cultural nessa busca. A possibilidade de se fornecer a *essência* do fenômeno confere segurança ao estudo e à ação. Uma complexidade não reduzida a aspectos uniformes e nucleares gera angústia, parece subtrair-nos o domínio sobre o objeto. Quem não sabe por onde começar sente-se impotente e, ou não começa, ou começa sem convicção.

Na tradição cultural do Ocidente, há um elemento importante que permitirá visualizar o problema de um dos modos como ele pode ser enfrentado. Referimo-nos à concepção da língua em seu relacionamento com a realidade. Abstração feita dos diferentes matizes que de cada concepção da língua pudesse ser apresentada, notamos, sobretudo entre os juristas, uma concepção correspondente à chamada teoria essencialista. Trata-se da crença de que a língua é um instrumento que *designa* a realidade, donde a possibilidade de os conceitos lingüísticos refletirem uma presumida essência das coi-

sas. Nesse sentido, as palavras são veículos desses conceitos. Quem diz “mesa” refere-se a uma coisa que, em suas variações possíveis, possui um núcleo invariável que possibilita um “conceito de mesa” e a identificação das diversas mesas.

Essa concepção sustenta, em geral, que deve haver, em princípio, uma só definição válida para uma palavra, obtida por meio de processos intelectuais, como, por exemplo, a abstração das diferenças e determinação do núcleo: “mesa”, abstração feita do material (madeira, ferro, vidro), do modo (redonda, quadrada, de quatro pés) leva-nos à essência (por exemplo: objeto plano, a certa altura do chão, que serve para sustentar coisas). Esse realismo verbal, contudo, sofre muitas objeções. Afinal, é óbvio que “mesa” não é apenas este objeto em cima do qual coloco meus papéis, um cinzeiro, algumas frutas, mas é também *mesa diretora dos trabalhos, a mesa que a empregada ainda não pôs, a mesa pródiga de sicrano, da qual muitos desfrutam* etc. Como, então, falar da “essência” designada?

Essas objeções não são novas. Desde a Antigüidade, elas constituem a pauta de muitas disputas. Em nome da concepção essencialista, porém, floresceram diferentes escolas, umas afirmando, outras negando, total ou parcialmente, a possibilidade de se atingirem as essências. Onde, por exemplo, a afirmação do relativismo, em seus diversos matizes, quanto à possibilidade de o homem conhecer as coisas, os objetos que o cercam ou, ao menos, conhecê-los *verdadeiramente*.

Os autores jurídicos, em sua maioria, têm uma visão conservadora da teoria da língua, sustentando, em geral, no que se refere aos objetos jurídicos, a possibilidade de definições *reais*, isto é, a idéia de que a definição de um termo deve refletir, por palavras, a coisa referida. Por isso, embora não neguem o caráter vago do termo *direito*, que ora designa o objeto de estudo, ora é o nome da ciência (por exemplo: a “Ciência do *Direito*” estuda o “*direito*”), ora o conjunto de normas, ou das instituições (por exemplo: o *direito* brasileiro prescreve pena para o crime de morte, o *direito* não deve mais admitir a pena de banimento) – direito objetivo –, ora é *direito* no sentido dito *subjetivo* (meu *direito* foi violado), todos eles não se furtam à tentativa de descobrir o que é “o *direito* em geral”. E aí entram numa polêmica de séculos, cujas raízes, obviamente, estão, entre outros motivos, em sua concepção de língua (Nino, 1980:12).

Em geral, o que se observa é que grande parte das definições (reais) do direito, isto é, do fenômeno jurídico em sua “essência”, ou são demasiado genéricas e abstratas e, embora aparentemente universais, imprestáveis para traçar-lhe os limites, ou são muito circunstanciadas, o que faz que percam sua pretendida universalidade. Exemplo do primeiro caso é a afirmação de que o *direito* é a intenção firme e constante de dar a cada um o que é seu, não lesar os outros, realizar a justiça. No segundo, temos afirmações do tipo:

direito é o conjunto das regras dotadas de coatividade e emanadas do poder constituído.

Ao enfoque essencialista da língua opõe-se uma concepção convencionalista, em geral defendida hoje pela chamada filosofia analítica (cf. Ayer, 1978). A língua é vista como um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens. Dado esse arbítrio, o que deve ser levado em conta é o *uso* (social ou técnico) dos conceitos, que podem variar de comunidade para comunidade. Desse modo, a caracterização de um conceito desloca-se da pretensão de se buscar a natureza ou essência de alguma coisa (que é a mesa?) para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar uma palavra (como se emprega “mesa”?). Se nos atemos ao uso, toda e qualquer definição é *nominal* (e não real), isto é, definir um conceito não é a mesma coisa que descrever uma realidade, pois a descrição da realidade depende de como definimos o conceito e não o contrário. Ou seja, a descrição da realidade varia conforme os usos conceituais. Se, no uso corrente da língua portuguesa, definimos “mesa” como um objeto feito de material sólido, a certa altura do chão, que serve para pôr coisas em cima (a mesa de madeira, de quatro pernas), a descrição da realidade será uma. Se definimos como um objeto abstrato, referente à qualidade da comida que se serve (a boa mesa satisfaz os convidados), então a descrição será outra.

Isso não implica um relativismo, que é uma posição que pressupõe a concepção essencialista para depois negá-la. Pois não se afirma que a essência é inatingível, mas que a questão da essência não tem sentido. A “essência” de “mesa” não está nem nas coisas nem na própria palavra. Na verdade, “essência” é apenas, ela própria, uma palavra que ganha sentido num contexto lingüístico: depende de seu uso. Para os convencionalistas só há um dado irrecusável: os homens comunicam-se, quer queiram quer não (é impossível não se comunicar, pois não se comunicar é *comunicar* que não se comunica). Essa comunicação admite várias linguagens (falada, por gestos, pictórica, musical etc.). Em consequência, a descrição da realidade depende da linguagem usada, e em casos como o da música pode-se até dizer que a linguagem (musical) e a realidade (musical) se confundem.

Circunscrevendo-nos à linguagem falada, base de todas as demais formas de comunicação humana, pode-se dizer que o convencionalismo se propõe, então, a investigar os usos lingüísticos. Se a definição de uma palavra se reporta a um uso comum, tradicional e constante, falamos de uma definição *lexical*. Essa definição será verdadeira se corresponde àquele uso. Por exemplo, se definimos “mesa” como um objeto redondo que serve para *sentar-se*, a definição é falsa. A palavra não se usa assim em português. Definições lexicais admitem, pois, os valores verdadeiro/falso. Nem sempre, porém, uma palavra se presta à definição desse tipo. Ou porque o uso comum é muito im-