

Múltiplos sentidos de Direito e a busca do significado principal

Multiple senses of law and the search for the focal meaning

Renato José de Moraes*

Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis – RJ, Brasil

1. Introdução

A palavra “direito” é empregada de modos diversos, abarcando realidades distintas. Isso é reconhecido de maneira praticamente unânime¹. Neste artigo, iremos refletir sobre a polissemia dessa palavra ou termo, e esperamos obter luzes para a compreensão do jurídico. Tal reflexão será feita a partir de conceitos tomados da filosofia clássica, como a analogia e a predicação *ad unum* ou *proσ ev*.

Inicialmente, convém esclarecer que analogia aqui não é propriamente aquela prevista pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o Decreto-Lei n. 4.657, em seu art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Esta analogia estabelecida pela lei é um instrumento para a decisão judicial, fundando-se em uma comparação entre casos semelhantes, mas não iguais, para orientar a solução de um caso novo.

* Doutor em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito pela USP. Com estágio a nível de pós-doutorado na Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Professor de direito e filosofia. Pesquisador do NTDH – Núcleo de Teoria dos Direitos Humanos, da UFRJ. E-mail: renatojmoraes@gmail.com.

1 Cf. FERRAZ JÚNIOR, 2015, pp. 11-17; REALE, 2015, pp. 61-64; NINO, 2007, pp. 11-16; HART, 1994, pp. 1-6.

Ao contrário, a analogia a que nos referiremos no decorrer deste artigo refere-se à relação entre conceitos próximos, indicando que possuem uma raiz comum. Portanto, é uma noção muito mais ampla e complexa que a analogia prevista na LINDB e pode ser aplicada em inúmeros campos do saber, tanto teóricos quanto práticos. A analogia na decisão jurídica é uma das possíveis aplicações do conceito geral de analogia².

A expressão “direito” é empregada para denominar entes distintos. Logo, ela certamente não é um termo unívoco, ou seja, um daqueles que são empregados com o mesmo significado para diferentes sujeitos. Exemplos de termos unívocos são “ser humano”, quando predicado de qualquer indivíduo da espécie humana, ou “cadeira”, para determinados móveis nos quais as pessoas se sentam.

Os termos equívocos ou homônimos, por outro lado, apresentam a mesma expressão verbal ou escrita, sem que nada tenham em comum quanto ao conceito que representam nos vários contextos linguísticos. É o que sucede com as palavras “manga”, que serve tanto para a fruta quanto para o pedaço da camisa, ou “bala”, que é o doce e também o projétil de uma arma. A semelhança de palavras é mera coincidência, sem que haja qualquer ligação clara entre as duas realidades expressas por aqueles sinais escritos ou verbais³.

Se “direito” não pode ser classificado como unívoco, tampouco deverá ser considerado como equívoco. Afinal, notamos algo comum, uma base de significado compartilhada, ainda que não idêntica, nas diferentes aplicações que fazemos desse vocábulo. Isso nos leva a outras classificações, a respeito da relação entre conceitos expressos com os mesmos vocábulos ou fonemas, que estão entre a univocidade e a equivocidade.

Para os medievais, como Tomás de Aquino, Alberto Magno e Averróis, essas classificações intermediárias são tipos de analogias⁴. Outros autores, fundados em Aristóteles, consideram que nem todas as possibilidades entre univocidade e equivocidade sejam analogias. Haveria diferentes homônimas não fortuitas ao lado da analogia, como a chamada atribuição *ad unum*, ou relação a um termo único, que se dá quando uma mesma palavra é empregada

2 WEINREB, 2016, pp. 56-60; SUSTEIN, 1992, pp. 743-749.

3 ARISTÓTELES, *Cat. c. 1; 1, a, 5 – 12.*

4 TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Metaphysicae*, lib. 4, l. 1, nn. 7-9; LIBERA, 1989, em um texto primoroso.

em contextos diversos, sempre fazendo referência ao significado principal, do qual os demais sentidos derivam⁵.

No âmbito anglo-saxão, esta atribuição *ad unum*, ou $\text{pro}\sigma$ *ev* em grego, foi denominada de *focal meaning* por G. E. Owen, em um artigo de vasta influência⁶. Esta nomeação foi acolhida por autores latinos como Aubenque, que pretendeu aperfeiçoá-la trocando-a pela expressão *unité focale de signification*⁷. Assim, a analogia foi diferenciada da atribuição *ad unum* ou sentido focal.

Independentemente de admitirmos ou não essa diferenciação, várias dificuldades são solucionadas quando percebemos que o termo “direito” não é sempre idêntico, pois representa conceitos relativamente distintos – não totalmente – em diversos âmbitos. Em outras palavras, reconhecemos que se trata de um conceito que não é unívoco, nem equívoco. Discernir isso leva a um enriquecimento de entendimento, fundamental para a teoria e prática do direito.

Então, afirmações como a de Nino perdem parte considerável da sua razão:

*La palabra “derecho” es ambigua, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de “banco”), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí*⁸.

Não é uma ambiguidade prejudicial ou uma inexatidão lamentável. Trata-se de analogia, na linguagem dos medievais, ou de atribuição *ad unum*. Em qualquer desses casos, é um uso da linguagem que não deve ser evitado ou criticado, e sim assimilado e, posteriormente, controlado.

Autores relevantes reconheceram o caráter polissêmico do termo “direito”. Herbert Hart ressalta que “direito” é uma palavra empregada em uma série de casos que não estão ligados entre si por mera uniformidade, mas acham-se vinculados por relações menos diretas a um caso central (*central case*), relações essas que podem ser de analogia de forma ou de conteúdo⁹.

5 AUBENQUE, 1962, pp. 198-206; 1978; 1989; OWENS, 1978, pp. 107-128; BERTI, 2011, pp. 380-383; PELLEGRIN, 2007, pp. 26-27.

6 OWEN, 1960, pp. 163-90.

7 AUBENQUE, 1989, p. 294.

8 NINO, 2003, p. 14.

9 HART, 1994, p. 81.

Além disso, ele critica duramente a tendência, na filosofia do direito, de considerar que um termo geral deva ser aplicado apenas em situações que compartilhem “qualidades comuns”, sem levar em consideração que há diferentes modos de se empregar um termo universal em distintas situações. Muito tempo e ingenuidade teriam sido desperdiçados na busca dessas “qualidades comuns”, na intenção de chegar a conceitos unívocos. Para fundamentar sua postura, Hart recorre justamente à analogia e à atribuição a um caso central em Aristóteles¹⁰.

Por sua vez, John Finnis refere-se frequentemente ao “significado focal” (*focal meaning*) de um conceito, que é o principal ou central, a partir do qual significados derivados surgem e são utilizados¹¹. Assim, “Estado de Direito” apresentaria, em seu significado primário, uma série de características; se apenas algumas delas estiverem presentes, talvez o Estado de Direito não ficasse descaracterizado pelas notas faltantes, mas essa noção seria aplicada de maneira derivada, fora do *focal meaning*¹².

Assim, estudar os sentidos distintos do direito não é uma novidade¹³. Pelo contrário, eles serão aqui analisados aproveitando-se de autores medievais e clássicos. No entanto, esse recuo no tempo não visa conduzir-nos para uma espécie de arqueologia jurídica, mas fazer recordar-nos de verdades que continuam sugestivas e fecundas.

Inicialmente, examinaremos o que são a analogia e o significado focal, para estabelecer a base teórica na qual nos moveremos. A seguir, vamos relacionar essas noções aos distintos sentidos da palavra “direito”, que é o que nos interessa especificamente.

2. A analogia e o sentido focal ou principal

De acordo com a filosofia clássica e medieval, conforme vimos, uma expressão empregada analogicamente em múltiplas situações tem um significado em parte comum a todas elas. Ou seja, um núcleo de notas presente em todas suas utilizações, o que afasta a equivocidade. Ao mesmo tempo, apresenta elementos distintos, que a separam da mera univocidade. Palavras como

10 HART, 1994, pp. 279-280.

11 FINNIS, 2011, pp. 9-11; 2013, pp. 109-110.

12 FINNIS, 2011, pp. 270-273.

13 ENDICOTT, 2013, pp. 57-60.

“saudável”, “belo”, “bom”, são empregadas cada uma em distintos contextos e expressando conteúdos desiguais, mas sempre mantendo algo conceitualmente próximo nesses sentidos diferentes¹⁴.

Dizemos que uma ação é bela, assim como uma paisagem, um rosto ou uma peça fabricada artificialmente. Igualmente serão saudáveis o animal, o ar que ele respira, a comida que ele ingere, bem como sua fisionomia. Esse tipo de utilização das palavras é bastante comum, e traz à linguagem uma riqueza de sentidos que não existe em uma codificação meramente matemática ou unívoca.

A linguagem é um elemento essencial para a correta apreensão do mundo que nos rodeia e para a interação entre os seres humanos¹⁵. De certo modo, podemos afirmar que a linguagem “fala” por si mesma através dos sujeitos, que por ela somos educados e conduzidos¹⁶.

A analogia pode complicar a comunicação, porque a torna frequentemente menos exata, com significados imediatos ou indiretos se misturando. Por outro lado, essa plasticidade da linguagem, que se mostra na analogia, é um elemento enriquecedor. Ela nos permite descobrir relações reais escondidas por trás dos termos verbais, fazendo com que notemos aproximações existentes entre situações e sujeitos, que são flagradas pelo uso da mesma palavra para tratar deles, sem que haja uma mera coincidência, mas um fundamento comum que se torna patente.

Na filosofia medieval, foram estabelecidas distinções entre tipos de analogias. Porém, não há unanimidade entre os autores quanto à melhor classificação desses tipos, nem quanto ao seu número¹⁷. Para nossos propósitos, é suficiente assinalar três espécies de analogia, que nem sempre se distinguem perfeitamente: a de proporcionalidade, a de proporção e a de atribuição.

A primeira se funda em uma comparação entre duas aproximações ou predicções distintas: do modo como A é semelhante a B, também C é semelhante a D. A relação entre os termos análogos, na proporcionalidade, não é estreita. Por exemplo, se afirmarmos que um ser humano é “leão” por dominar os outros, usaremos um sentido derivado, metafórico, fundado em

14 ARISTÓTELES, *Met.*, l. 4, c. 2; 1003, a, 3 – b, 10; TOMÁS DE AQUINO, *S. T.*, I^a q. 13 a. 6 co.

15 PIEPER, 1992, pp. 14-16.

16 HEIDEGGER, 2003, pp. 8-11.

17 FORMENT, 2010, pp. 61-4; PORRO, 2012, pp. 53-61.

que, assim como o leão toma a frente dos outros animais, aquele ser humano se impõe aos demais. Também podemos dizer que o pai se comportou como um leão para proteger seus familiares, porque apresentou uma fortaleza semelhante à força do felino.

Não há, nessa analogia, uma igualdade real, na essência dos elementos envolvidos. Há uma proporcionalidade em relação a uma qualidade, que se manifesta de modo bastante distinto nos envolvidos na analogia, ainda que preservando a ligação de sentido que permite descobrir a similitude que afasta a mera equivocidade¹⁸.

Na analogia de proporção, o que existe em comum entre os elementos é real, com uma igualdade nos entes analógicos superior à encontrada na proporcionalidade. Desse modo, a inteligência é a visão da alma, assim como os sentidos são a visão do corpo; ou seja, ambas são visões, mas não em sentido idêntico. Um animal é dócil de modo análogo a como um ser humano o é, não absolutamente diferente ou igual.

Em certas situações, a distinção entre a analogia de proporção e a de proporcionalidade é dificilmente perceptível¹⁹, o que tira a exatidão da classificação. De qualquer maneira, pode-se dizer que, em ambas as analogias, as comparações se dão entre os conceitos analógicos, *unius ad alterum*, de um a outro, sem que um deles represente a causa pela qual a característica em questão esteja nos demais conceitos.

Por sua vez, a analogia de atribuição apresenta um sentido primário e original daquele termo, a partir do qual derivam os outros sentidos análogos. Por isso, é uma analogia *duorum ad tertium*, de dois a um terceiro. Nesse sentido, “marcenaria” é primordialmente o conjunto de objetos de madeira trabalhados. Por derivação, também nomeamos “marcenaria” a técnica pela qual tais objetos foram produzidos, bem como o local essa arte é exercida. Os instrumentos usados pelo marceneiro são igualmente denominados “de marcenaria”, devido à finalidade a que estão destinados. Portanto, a partir de um sentido primário, conceituamos várias outras realidades pela sua relação com aquele primeiro sentido²⁰.

Para os medievais, a atribuição *ad unum*, chamada de *focal meaning* no âmbito anglo-saxão, seria esta analogia de atribuição. Além disso, vários

18 FABRO, 2010, pp. 220-221.

19 PORRO, 2012, p. 60.

20 FABRO, 2010, pp. 219-20.

deles consideravam que Aristóteles teria a predicação $\text{pro}\sigma\ \text{ev}$ como uma analogia. De acordo com o citado acima, há discussões relevantes e sutis sobre a existência ou não da analogia de atribuição em Aristóteles²¹. Decidir a esse respeito ultrapassa o objeto deste texto.

De qualquer modo, parece razoável reconhecer que existem argumentos robustos para as duas posições. De fato, não é claro que Aristóteles tenha considerado que a atribuição *ad unum* fosse um tipo de analogia. Porém, ainda que seja assim, é possível entender que a interpretação dos medievais foi um desenvolvimento legítimo da doutrina aristotélica²², não apresentando contradição com os princípios dela. Juristas importantes empregaram a analogia nesse sentido, referindo-se à concepção de Tomás de Aquino e seus contemporâneos, como fez Kaufmann, que chega a afirmar: “O direito é originariamente analógico”²³.

A partir dessas considerações, vamos agora examinar como se dá a analogia de atribuição ou, se preferirem, o *focal meaning*, ou predicação *ad unum*, em relação ao termo “direito”. Veremos agora se cabe falar de analogia a respeito dos empregos da palavra “direito”. Ou seja, se há neles um elemento comum, ao lado de aspectos diferentes, que afastem a univocidade e a equivocidade e apontem para a analogia. Também é importante verificar se existe, em relação ao direito, um significado primário e originário, do qual os outros derivam, e quais são as aplicações derivadas ou secundárias mais comuns do termo “direito”.

3. O direito como objeto da justiça

Conforme vimos, na analogia de atribuição ou na atribuição $\text{pro}\sigma\ \text{ev}$ é possível identificar o sentido originário de um termo, a partir do qual surgem os sentidos derivados. No caso do direito, porém, essa tarefa é especialmente difícil, porque tal significado primário praticamente se perdeu. Contudo, ele continua perceptível na linguagem comum e no trabalho cotidiano dos juristas, ainda que consista em uma significação quase desconhecida nos dias de hoje. Para chegar a ela, será preciso retornar aos romanos e comprovar sua atualidade.

21 BERTI, 2011, pp. 380-96; PELLEGRIN, pp. 25-7; FABRO, 2010, p. 207; OWENS, pp. 1978, pp. 107-28.

22 TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Metaphysicae*, lib. 4 l. 1 n. 8; LIBERA, 1989.

23 KAUFMANN, 1976, pp. 56-62.

3.1 As lições do direito romano

Dentre as mais influentes e citadas definições de justiça, está a do jurista romano Ulpiano. Para ele, justiça seria a “vontade constante e perpétua de dar a cada um seu direito”²⁴. Em latim como em português, fica clara a função sintática de objeto direto da palavra “direito”. Na língua original, *ius* é uma palavra no caso acusativo, que é exatamente aquele que indica a função do objeto direito. Portanto, direito é aquilo que é entregue em um ato de justiça, o que é devido para uma das partes; o objeto da justiça. Não se trata de uma função sintática causal, ou instrumental, que em latim corresponderia ao caso ablativo, como se o direito fosse a regra que me obrigasse a entregar a coisa, e não o próprio bem entregue.

O sentido do direito – *ius* – como objeto da justiça, presente no direito romano clássico, pode ser encontrado com anterioridade em Aristóteles, que sustenta ser a justiça o estado que dispõe a fazer o justo, o correto, o direito, o *dikhaion*²⁵. O próprio da justiça é realizar o justo, o direito.

O objeto da justiça, ao contrário das demais virtudes, é algo ajustado não apenas ao agente, mas a uma relação externa a ele, na qual estão envolvidos outros sujeitos. Por isso, podemos verificar se a proporção devida foi ou não observada a partir de fora, de maneira objetiva²⁶.

Como ordena uma relação externa, a justiça tem como objeto algo que está externo às partes envolvidas, no sentido de que está além da sua intimidade²⁷. Ou seja, alguma coisa que é entregue de um para outro, podendo esta coisa ser material ou imaterial, inclusive um bem como a honra e a vida, mas sempre, ao menos de certa forma, mensurável e apreensível pelos sentidos ou pela razão.

Esse juízo de adequação de uma conduta exterior frequentemente é difícil de ser feito em relação às virtudes que dizem respeito aos apetites sensíveis ou mesmo a razão – como a prudência, a coragem, a temperança –, porque regulam algo interior do agente, isto é, seus sentimentos e seus raciocínios.

24 D. 1.1.10 pr.: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (JUSTINIANO, 1928, p. 30).

25 ARISTÓTELES, *Ethic.*, l. 5, c. 1; 1129, a, 9 – 10.

26 VILLEY, 2008, pp. 71-2.

27 TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Ethic.*, lib. 5 l. 1 n. 2.

O que permanece apenas no interior do sujeito não tem ainda razão de justiça. Pode em um segundo momento levar a que o agente faça algum mal ou pratique algum bem externamente, surgindo então a injustiça ou a justiça, respectivamente. Porém, enquanto se restringe a algo interno, no âmbito dos pensamentos e dos sentimentos, não se tornou justiça ou injustiça.

Portanto, as coisas exteriores podem ser objeto da justiça. Logo, elas são os direitos. Por exemplo, a casa é o direito do proprietário, que pode usá-la, dispô-la e fruí-la, porque ela lhe foi atribuída por uma razão de justiça. Provavelmente, ele a adquiriu por meio de um contrato: entregou algo para receber a casa. O que ele entregou, era o direito do vendedor, que por isso passou a ter o dinheiro ou outro bem como seu. Por sua vez, o vendedor transferiu a casa, que se torna a partir disso direito do proprietário.

Com relação à propriedade, é fácil descobrir qual é o direito. Também os contratos têm por função determinar qual será o direito de cada um no seio das transações, nas quais uma parte entrega algo para receber em troca um bem. A interpretação e aplicação de qualquer negócio jurídico visará exatamente descobrir a intenção das partes e as relações de equilíbrio, que devem culminar em uma justa distribuição, pela qual cada um recebe o seu direito, o que lhe é devido.

Por sua vez, em um cargo público, o direito será aquela função específica, que traz consigo uma série de poderes, competências, atribuições e obrigações, previstos nas leis que organizam o exercício da função. Portanto, uma posição determinada na sociedade – paternidade, cidadania, magistratura, cargo policial ou fiscal, categoria estudantil – representa um direito que traz em seu bojo vários elementos relativos ao desfrute e aos deveres inerentes àquela posição (por exemplo, estar submetido a alguém, no direito romano, era ser *sub alieno iure*²⁸).

Em várias das relações da vida social, que são aquelas reguladas pela justiça, teremos necessariamente que descobrir e reconhecer os direitos das partes envolvidas. A justiça apenas poderá se estabelecer depois que os direitos tenham sido discernidos e atribuídos, sabendo-se o que é devido a cada um.

28 GAIO, Inst., 1, 48.

3.2 O direito como algo neutro

No sentido que estamos aqui explorando, não cabe conceber o direito como algo positivo ou negativo. Simplesmente é o devido, seja para que alguém o receba, seja para que outrem o atribua. O que se busca é a justiça, que, uma vez alcançada, representa um bem para todos que nela estejam envolvidos. Não tem sentido afirmar, então, que é uma desvantagem pagar a dívida; antes, é exatamente o que quero fazer, por ser o bom, o correto, o justo, o direito. O fato de sentir ou não prazer ao realizar essa ação é outro problema, relacionado à existência ou não da virtude da justiça em meu interior. Do mesmo modo, receber o que é devido não é uma vantagem, mas o ajustado, o equilibrado, o que é melhor para todas as partes²⁹.

Na linguagem atual, porém, o termo direito traz consigo uma conotação de regalia, de poder, de fruição, enquanto o dever representaria a face negativa do direito, na acepção de sujeição, obrigação, desvantagem. Assim, receber a dívida seria um direito, e pagá-la, um dever. O proprietário usufruir do seu bem seria um direito; os que têm que respeitar o direito de propriedade de outrem, seriam sujeitos a um dever.

A linguagem contemporânea não causa grandes males, sendo que alguns a consideram inclusive superior à antiga³⁰, ainda que seu fundamento seja provavelmente uma concepção utilitarista ou hedonista da realidade, o que não é muito consistente em termos filosóficos. Esse vocabulário traz a ideia de que a dívida representaria uma diminuição do patrimônio ou aumento das responsabilidades e dos ônus de quem as deve cumprir, e por isso não seria propriamente um direito, que em princípio significaria uma melhora da situação de quem o possui.

Seu maior problema, contudo, é que ela é uma explicação incompleta de certos aspectos da vida cotidiana. Frequentemente, queremos pagar o quanto antes nossas dívidas, tanto para nos vermos livres de uma futura penalidade, como porque teremos uma vantagem se o fizermos, ou simplesmente para sentir o alívio por eliminar uma pendência. Como desejo avidamente uma obra de arte, busco entregar o valor combinado ao vendedor o quanto antes; ou seja, quero satisfazer minhas obrigações, porque assim

29 VILLEY, 2008, p. 70; FINNIS, 2011, pp. 205-210.

30 FINNIS, 2011, p. 209.

alcançarei um bem. O aspecto negativo da dívida no mínimo não fica tão claro nessas circunstâncias.

Seja como for, o sentido inicial de direito representaria apenas a coisa devida, tanto do lado de quem a recebe, como do lado de quem a outorga. É algo externo aos envolvidos, e por isso não apresenta tanta relevância compreender como, psicologicamente, eles entendem aquele dar o que é devido: se um o faz com prazer, e o outro com tristeza, ou se os dois ficam satisfeitos, ou nenhum dos dois gosta daquele resultado final. O que importa é que a proporção devida entre as partes, o justo, foi mantido ou promovido³¹.

3.3 O sentido originário de direito

Para os romanos, conforme examinado acima, o direito (*ius*) recebia seu nome por sua relação com a justiça (*iustitia*). Inclusive etimologicamente, vemos como ambos os termos são próximos, o que serve para indicar a relação íntima que existe entre eles também conceitualmente, como significado. Por isso, Isidoro de Sevilha escreveu, em uma obra que representa uma espécie de enciclopédia da antiguidade: *ius autem dictum, quia iustum*, isto é, “chamado de direito, porque justo”³².

Na evolução da linguagem, em vários idiomas houve um afastamento da palavra *ius* e o emprego cada vez mais frequente de outras ligadas a *rectum*, *directum*, isto é, reto, direito. Isso aconteceu, evidentemente, em português, e em francês (*droit*), italiano (*diritto*), alemão (*recht*), espanhol (*derecho*) e inglês (*right*). Seja como for, o sentido é essencialmente o mesmo de *ius*, apesar da separação etimológica³³.

Em português, continuamos a usar vários termos derivados de *ius*, como jurídico, juízo, jurisprudência, jurisdicional, e assim por diante. Nas outras línguas, sucede algo similar, de modo que se pode afirmar que a raiz *ius* permanece presente em todos os idiomas ocidentais.

Analisaremos a seguir outros significados do termo “direito”. Mas convém reafirmar que seu sentido primeiro, como foi empregado pelo direito romano e pelos juristas que formaram a arte jurídica europeia, é o mesmo de *ius*, que é a própria coisa justa (*ipsa res iusta*), isto é, aquilo que é devido

31 TOMÁS DE AQUINO, S. T., II^a-IIae q. 58 a. 8 co.

32 ISIDORO DE SEVILHA, 1911, Ety., l. 5, c. 3.

33 FERRAZ JÚNIOR, 2015, pp. 12-13.

a alguém em uma relação de justiça, o objeto de um ato dessa virtude. Desta acepção vão derivar todas as demais³⁴.

4. O direito como arte ou técnica

A técnica ou arte, na concepção clássica, é a reta razão no fazer³⁵. Ela é uma virtude intelectual, porque aperfeiçoa a razão humana, quando esta se volta para fazer produtos ou artefatos, que são a finalidade do conhecimento técnico³⁶. Medimos a qualidade da técnica pelo resultado obtido, e não pelas disposições – boas ou ruins – de quem realizou os objetos.

Tendo isso em conta, cabe agora examinar a relação entre o sentido originário do direito e a técnica jurídica.

4.1 O caráter prático e contingente do direito

O direito precisa ser discriminado, descoberto. A partir das circunstâncias, tendo em conta as normas jurídicas aplicáveis, a vontade das partes, elementos fáticos, intenções, expectativas e vários outros aspectos, que têm maior ou menor importância em um caso ou noutro, é necessário determinar o que é justo na relação entre as partes.

Há casos juridicamente semelhantes, o que facilita uniformizar as soluções e descobrir padrões que terminam por ser satisfatórios. Ao mesmo tempo, os envolvidos na busca do direito devem estar sempre abertos a possíveis exceções e matizes, que mudam a configuração de uma causa concreta. Um detalhe simples – por exemplo, a data em que uma prestação deveria ser realizada, ou um defeito na forma do instrumento público, ou a alteração de uma palavra no testamento – pode levar a que se produza um efeito totalmente diferente do anteriormente imaginado ou querido.

É assim porque o direito, a coisa justa, é uma realidade mutável, pertencente ao âmbito do contingente. Portanto, não é possível sustentar sempre afirmações universais e necessárias sobre os casos concretos em que o justo se realiza, exatamente porque estão sujeitos a inúmeras variáveis. Isso é conhecido desde os romanos, como comprova o texto do jurista Javoleno,

34 TOMÁS DE AQUINO, S. T., II^a-IIae q. 57 a. 1 ad 1.

35 ARISTÓTELES, *Ethic.*, l. 6, c. 4; 1140, a, 1 – 6.

36 TOMÁS DE AQUINO, S. T., I^a-IIae q. 57 a. 3 co.

recolhido no Digesto: “Toda definição no direito civil [o direito da cidade] é perigosa: há muito pouco que não possa ser subvertido”³⁷.

Ademais, as características de cada sociedade influem no que seria justo entre as partes, porque a repartição dos bens e das cargas dá-se em um corpo político, com padrões de comportamento, tolerâncias e exigências diferentes dos encontrados em outros agrupamentos sociais organizados. Exatamente por isso existe um direito convencional, positivo, que explicita o que é considerado correto naquele ambiente político ou estado.

O jurista deve saber controlar essa constante perfectibilidade do direito, o fato de ele não ser perfeito nem definitivo. Ao mesmo tempo, isso não significa que ele seja irracional ou fruto do capricho. Não se pode aqui cair na dicotomia, que tantos danos causou, entre um conhecimento científico, universal, dedutível e perfeito, de um lado, e a simples opinião ou preferência psicológica, sem qualquer fundamento na razão ou em aspectos objetivos, do outro. Há uma série de intermediários entre os dois extremos, todos com sua racionalidade própria, existindo tanto raciocínios dedutíveis quanto dialéticos³⁸. O direito encontra-se na posição de um saber ordenado, sério, em que há um enriquecimento contínuo, um estudo profundo, sem que se possa atingir – em quase todos os casos – o grau de certeza do que é universal.

Além disso, a justiça não tem uma função especulativa, de descrição da realidade. A finalidade precípua dos juristas não é o saber especulativo, teórico, ainda que este também tenha sua relevância para a compreensão e aprimoramento do jurídico. De fato, alguém pode estudar quais as regras que regulamentam o imposto de circulação de mercadorias no Rio Grande do Sul, sem que tenha um interesse imediato em aplicar esse conhecimento. Porém, essas regras foram promulgadas, têm validade para regulamentar relações reais, e não consistem em um mero exercício intelectual. Na maior parte das vezes, quem as conhece procura empregá-las para influenciar no mundo real, para produzir algo, para decidir conflitos e orientar comportamentos.

Sem dúvida, podemos analisar as regras de qualquer arte motivados por adquirir conhecimento e só; porém, isso não modifica o caráter prático de todas as técnicas. É importante ressaltar que, normalmente, estudamos

37 Dig., l. 50, 17, 202: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.*

38 ARISTÓTELES, *Top.*, l. 1, c. 1; 100, a, 25 – 101, a, 4.

as regras a partir das suas aplicações, não de maneira abstrata. Podemos aprender como são as pinceladas de Van Gogh ou de Picasso, e o fazemos a partir de quadros em que eles utilizaram sua forma peculiar de pintar. O bom artista aprende isso também para aprimorar a sua técnica, que desembocará em coisas bem feitas – no caso, pintadas.

4.2 O direito e sua necessidade na justiça e na política

A justiça é a virtude que regulamenta as relações exteriores dos indivíduos entre si, e destes com o corpo social³⁹. Ela versa sobre as operações, as distribuições dos bens e das cargas dentro da sociedade. Para haver a distribuição, é preciso que se saiba antes o que cabe a cada qual, o que lhe é devido. Se esse conhecimento está obscurecido, ou é pouco trabalhado, ou simplesmente é desprezado pelos poderosos, então não se consegue uma sociedade harmônica.

Portanto, o direito é um pressuposto da ação; no caso, de uma ação virtuosa, que será regulada pela justiça e na qual também participarão a prudência e as demais virtudes, ainda que de forma secundária⁴⁰. É difícil exagerar a importância da tarefa dos juristas, e a necessidade de que se mantenham íntegros e conhecedores da sua arte. O interesse social depende em grande parte do adequado exercício da função deles. Por isso, não estranha que, historicamente, os conhecedores do direito tenham sido figuras importantes no governo e na administração dos Estados.

Mesmo em sociedades pouco organizadas, sempre houve ao menos resquícios de direito, do entendimento técnico sobre o que era devido ou não nos relacionamentos humanos. Às vezes, esse discernimento cabia apenas ao rei, que decidia as causas surgidas entre seus súditos. Posteriormente, os soberanos passaram a usar um grupo de pessoas que exercessem, no nome do monarca, essa função.

Porém, foi em Roma que surgiu uma corporação dedicada profissionalmente à tarefa de distinguir o justo do injusto, de modo estável e permanente⁴¹. Os romanos tinham em alta conta esse trabalho de juristas. Ulpiano, por exemplo, escreveu sobre a sua arte: “A jurisprudência é o conhecimento

39 TOMÁS DE AQUINO, S. T., II^a-IIae q. 58 a. 2 co.

40 HERVADA, 2008, pp. 108-110; PIEPER, 1966, p. 45.

41 SCHULZ, 1946, pp. 41-5.

das coisas divinas e das humanas, a ciência do justo e do injusto”⁴². Ele não hesita em considerar-se um sacerdote, pela nobreza da função que exercia⁴³.

Aprimorar a arte do direito, que tem por função discernir o que é o justo em cada situação concreta, torná-la algo estudado seriamente e exercido por pessoas talentosas e aplicadas, foi um enorme ganho civilizacional. Seu efeito é duradouro e profundo, porque mudou a mentalidade e a maneira com que as relações sociais eram regulamentadas, aperfeiçoando-as.

A política, se a entendemos como a busca de um governo bom para a cidade, isto é, que vise o bem comum e o desenvolvimento do todo social e dos cidadãos, sem dúvida pôde avançar muito a partir do momento em que foi dedicada maior atenção ao direito. Este representa um limite para o poder do soberano, que não pode fazer arbitrariamente o que desejar, atropelando o que é devido aos seus súditos. Evidentemente, a força muitas vezes se sobrepõe ao direito, como ocorre também nos dias de hoje. Porém, se não houvesse direito, e se ele não fosse separado do poder de fato, nem poderíamos dizer que determinado ato foi arbitrário ou injusto, porque não teríamos uma regra, uma proporção pela qual medi-lo além da mera força bruta.

4.3 O direito arte e o direito objeto da justiça

Para descobrir o que é o direito, temos a arte denominada direito. O nome da arte é derivado do objeto para o qual ela está voltada. Esse tipo de derivação linguística é comum, como sucede com a escultura (arte que trata das esculturas), a pintura, a costura etc. Isso sucede provavelmente porque a arte é definida pela sua finalidade, isto é, uma técnica diferencia-se das outras pelo fim que se busca com ela. Por conseguinte, é natural que o fim acabe por nomear, em vários casos, a arte; e o fim é o produto, algo que é realizado por meio do conhecimento prático que é a técnica ou a arte.

No direito, o que se realiza é a determinação daquilo que é justo. Não corresponderá a uma criação a partir de uma matéria informe, como se dá no campo das belas artes ou da produção de instrumentos materiais. Antes, será o argumentar, o indicar, o descobrir e mostrar o que é devido para cada

42 Dig. 1.1.10.2: *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*

43 Cf. Dig. 1.1.1.1.

um na distribuição de bens. Muitas vezes, o jurista necessitará ser criativo, aberto para novidades, atento para o que pode aprimorar o descobrimento do justo e a consequente decisão sobre o que cabe para cada parte envolvida em uma disputa. Enfim, capacitado para melhorar a descoberta do que é devido nas variadas situações que surgem no seio da sociedade, ela mesma sendo sempre mutável e complexa. Como qualquer praticante de uma arte, o jurista deve sempre almejar uma excelência maior no exercício dela⁴⁴.

A prática do direito não é o mesmo que o ato da virtude da justiça. Tal como foi repetido várias vezes, a justiça depende do direito para se realizar. No entanto, o fato de descobrir o que seja o justo em dada relação não significa que ele será colocado em prática ou respeitado pelo agente; apenas se ele o fizer, teremos uma ação materialmente justa.

Logo, o direito não é uma virtude, ainda que intimamente ligado à justiça. Ele é uma técnica, que visa produzir algo, realizar alguma coisa. Nesse sentido, ele não depende da intenção com o que o jurista, o estudioso do direito, o exerce. Uma pessoa com desejos torpes pode, mesmo assim, ser eficaz e competente para discernir o justo, o direito. Como sucede em todas as técnicas, a bondade do fazer está no objeto realizado, e não nos motivos ou perfeição interior do agente⁴⁵. Para ser justo e realizar a ação justamente, porém, a intenção terá que ser reta, o que entra no âmbito da virtude.

5. O direito e as normas jurídicas

Atualmente, para parcela considerável dos estudiosos, o direito corresponderia primordialmente ao conjunto de normas obrigatórias vigentes em um determinado grupo politicamente organizado. O modo como se entende essa afirmação pode ser mais ou menos forte. Para alguns, o direito é apenas a norma posta, e saber quais são as normas válidas em um país, em determinado momento, consistiria na finalidade última da chamada ciência do direito⁴⁶. Outros consideram que a norma representa a concretização do valor justiça, ou a opção política que regulamenta a sociedade.

Em todos esses casos, independentemente da compreensão que se tenha das normas e de sua relação com a justiça e com a política, podemos

44 MACINTYRE, 2007, pp. 187-188.

45 ARISTÓTELES, *Ethic.*, l. 6, c. 4; 1140, a, 10 – 17.

46 NINO, 2007, p. 37; RAZ, 1979, pp. 41-45.

pressupor que poucos duvidariam, nos dias de hoje, que o direito seja fundamentalmente as normas jurídicas e seu estudo. A forma de compreender o que são essas regras pode variar; porém, elas representarão o sentido principal com que empregamos a palavra “direito”⁴⁷.

A partir do que examinamos até agora, procuraremos verificar até que ponto essa afirmação, que se tornou uma “evidência”, é verdadeira. Bem como em que medida ela talvez seja insuficiente e míope.

5.1 A função das regras no seio das artes

O direito representa, primordialmente, uma igualdade, uma proporção na divisão dos bens e cargas exteriores no seio de uma sociedade. Por isso, ele é o objeto da justiça. Dessa noção, derivou-se outro sentido analógico de direito, que é o da arte cuja função é exatamente descobrir, apresentar qual é esse justo concreto em cada caso. Neste segundo sentido, o direito é uma técnica, algo que leva a uma produção exterior ao sujeito que a realiza, e cuja bondade independe da intenção com que o produtor a levou a cabo.

Em qualquer arte, há regras. Através dela, os artistas ou técnicos podem alcançar a finalidade que almejam. Há um aprendizado, frequentemente longo, para dominar uma técnica qualquer, no qual se congregam o conhecimento do particular e do universal⁴⁸.

Normalmente, o aprendizado de uma arte é realizado junto a um especialista, alguém que domina plenamente aquele campo do saber e do fazer, e que transmite ao aprendiz os segredos daquela arte. Para isso serviam as corporações de ofício na Idade Média, os ateliês dos artistas renascentistas, os grupos de literatos que trabalhavam juntos na época moderna, e assim por diante.

A regra é aprendida melhor na prática, observando e tentando imitar. É assim que agem os grandes artistas, que demoram até conseguir alcançar um estilo pessoal, um modo próprio de realizar as coisas. Há alguns que jamais alcançam originalidade ou um grande talento, mas podem ser excelentes produtores, copiando e inspirando-se em outros. Para tanto, sabem como preparar os instrumentos que utilizarão, os materiais que manusearão, a maneira de conduzir a produção, para então chegar ao resultado visado.

47 BOBBIO, 1993, pp. 3-4.

48 ARISTÓTELES, *Met.*, l. I, c. 1; 981, a, 17 –18.

Sem o conhecimento das regras, uma arte não pode ser exercida. Não porque as regras representem algo autoritário, ou sejam limitações indesejadas e impostas por quem veio antes. Na realidade, as regras são condensações da sabedoria naquele campo artístico ou técnico, algo que serve de norte para seguir pelo caminho que os melhores trilharam, e assim chegar longe⁴⁹. Se não houvesse regras nos vários ofícios, cada pessoa teria sempre que começar de novo; descobrir por si só as melhores práticas; aprender o que dá certo e o que prejudica na produção de algo. Concretamente, isso impediria que ocorresse um progresso sustentado e consistente.

Basta que pensemos na grande evolução da tecnologia dos últimos séculos. Todo novo inventor ou técnico apoia-se no que outros aprenderam, seja para demonstrar que algo era eficiente, seja para alertar que era um caminho equivocado. Com isso, vai havendo um acúmulo de conhecimentos – muitas vezes não universais ou especulativos, mas práticos e de alcance relativamente limitado –, que ajudam o aperfeiçoamento daquela técnica.

As regras, em certo sentido, são a descrição das boas práticas, do que se mostrou funcional e útil, levando a um resultado satisfatório, belo ou simplesmente bom. Não significa que elas sempre servirão para todos os casos, nem que elas tiram sua força do fato de haverem sido prescritas pelo melhor artista ou técnico. Por representarem algo efetivo, elas se cristalizam; pode-se afastá-las, em certa situação, mas isso deve ser feito com cautela, com o risco de se chegar a um resultado defeituoso, por não se levar em conta a experiência comprovada anteriormente. Esquecer-se disso leva a que muitos artistas, por desconhecerem os princípios de sua técnica, sejam incapazes de realizar algo significativo e criativo, mas se limitem ao chocante e escandaloso, quando não simplesmente medíocre.

Pode-se afirmar que as regras preexistem na inteligência do artista ou técnico, que as aplicará quando exercer seu ofício. Quem ganha experiência e passa a ter um controle maior sobre sua arte, passa a entender cada vez melhor o sentido das várias regras, as suas limitações, acertos e finalidades. Mais do que simplesmente enunciá-las, ele as entende intimamente; consegue sopesá-las e ir além do que lhe foi ensinado, do que está no sentido literal das normas.

49 ELIOT, 1932, pp. 13-16.

5.2 O direito e as normas

Sendo o direito uma técnica, uma prática para alcançar determinada produção – que no caso é o discernimento do justo, do devido –, ele também possui as suas regras. Isto é, procedimentos que se mostram convenientes, padrões a serem seguidos, soluções que costumam servir na maior parte das vezes.

Há uma razão na mente do artista, que orienta o seu fazer. No direito, de modo similar, existe uma razão, uma proporção, que podemos descobrir através da experiência e da reflexão em torno dela. Assim, poderemos identificar qual a medida correta a ser aplicada no caso concreto, de forma a que a ação que for realizada seja justa, ao menos em seu aspecto externo. Então, cabe afirmar que seguir a regra levará ao justo, porque nela se condensa a experiência e a instrução adequadas à situação particular. Estudamos jurisprudência em parte por isso; e a doutrina é, do mesmo modo, o acúmulo de um saber prático da parte dos juristas.

Aqui podemos recorrer a um jurista romano, Paulo:

O direito não é obtido [tomado] da regra, mas do direito que a regra é feita. Portanto, pela regra é entregue uma breve narração das coisas, e, como diz Sabino [outro jurista romano], como é uma conexão de causa, uma vez em que esteja viciada em algo, perde a sua função⁵⁰.

Quando a regra é escrita, ela é chamada de lei. Conforme uma tradição antiga, a lei é a constituição escrita. Porém, há outras espécies de normas, muitas delas não escritas. De qualquer modo, todas as normas têm seu aspecto de regra, de direcionamento, de previsão, de algo que deve estar na mente do artista – do jurista – de modo a orientar seu trabalho e auxiliá-lo a alcançar o fim almejado em sua arte.

Coerente com essa concepção é o surgimento das normas no direito romano. No início, não havia em Roma uma lei nem um direito exatos ou certos, antes que eles fossem determinados pelos reis que governavam⁵¹. Posteriormente, surgiu a chamada Lei das Doze Tábuas, porque era escrita

50 Dig. 50.17.1: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.*

51 Dig. 1.2.2.1.

em doze tábuas e havia sido formulada por um conjunto de dez homens, que estudaram as normas das cidades gregas⁵².

Conforme explica o jurista Pompônio, o direito civil estabeleceu-se quando o conteúdo e o significado das leis escritas passaram a ser disputados, e a autoridade dos prudentes foi necessária para a interpretação dessas leis. Surge um direito composto, formulado pelos especialistas, sem que esse direito seja inicialmente escrito ou promulgado por um órgão estatal. Tal direito termina por se constituir o direito comum, e por isso é chamado de direito civil⁵³. Como vemos, é um direito que surge do exercício da técnica, da busca pelas soluções justas e pela melhor interpretação das normas.

Por isso, em Roma, o direito ou é constituído pela lei, ou é o próprio direito civil, o qual consiste na interpretação dos jurisprudentes. Ao lado deste direito legal e daquele dos juristas, há também as leis das ações, que contêm a maneira como as ações processuais são exercidas; o plebiscito, que vem das decisões populares; os editos dos magistrados, que geraram o direito honorário; os decretos do senado, que não seriam propriamente leis; finalmente, as constituições do rei, que este mesmo determina que vigore como lei⁵⁴. São várias fontes de normas, sendo que a principal delas foi obra dos jurisconsultos, isto é, dos prudentes.

É importante reconhecer que, século depois, os vários códigos modernos são em grande parte uma formalização de conhecimentos doutrinários⁵⁵. Os exemplos mais significativos e influentes disso são os códigos civis francês (1804) e alemão (1900), sem desmerecer tantos outros diplomas notáveis. Ou seja, as conclusões dos jurisconsultos, dos estudiosos e práticos do direito terminaram por se cristalizar em normas legais, de forma parecida ao que se deu com os romanos e as suas normas.

A origem dessas leis escritas e gerais não é um ato estatal solto no espaço, uma ordem que viesse como uma mera manifestação de vontade. Ao contrário, são preparadas pelo trabalho de comissões compostas por juristas muitas vezes renomados. Depois, recebem a sanção estatal, que é um aspecto próprio da época contemporânea, que não sucedeu em Roma ou nos países da *common law*. Portanto, a própria lei estatal lança mão do trabalho

52 Dig. 1.2.2.4.

53 Dig. 1.2.2.5.

54 Dig. 1.2.2.12.

55 CAENEGEM, 1999, pp. 8-10; WIEACKER, 1980, pp. 536-544.

dos juristas, de modo especial nos grandes códigos dos vários campos do direito: civil, penal, processual, tributário etc. Há uma arte prévia, que permite distinguir as melhores regras, que posteriormente foram consagradas pelos poderes legislativos.

Além dessa função de concretização e estabelecimento das melhores práticas, as regras no direito determinam aspectos que poderiam ser decididos de maneiras diversas, mas precisam receber uma uniformidade. Tal uniformidade é importante para a segurança e por garantir que se levem em conta, nas decisões, os vários aspectos envolvidos, que poderiam ser esquecidos ou jogados de lado diante das circunstâncias muitas vezes candentes de um caso concreto.

A determinação do direito pelas regras deve sempre ser fundada nas observações e conhecimentos da melhor doutrina. Ainda assim, muitas vezes sobra um campo aberto para a discricionariedade do legislador; a este, então, caberá escolher a solução que lhe parecer melhor, sabendo que esta sempre será perfectível, limitada e talvez necessite de ajustes, maiores ou menores, no momento da sua aplicação pelos juízes e demais operados do direito.

5.3 A confusão do direito com as normas

Devido a um movimento iniciado de maneira mais fundamentada e consistente no século XIV, que é o legalismo moral⁵⁶, houve a progressiva tendência de confundir o direito com a norma, escrita ou não. Neste ponto de vista, as normas visam ordenar a conduta humana, a fim de organizar a vida em sociedade. O direito compreenderia aquelas normas que são tornadas obrigatórias pelo poder do Estado, enquanto outras normas – morais, religiosas, costumeiras – teriam uma força distinta e em princípio mais fraca do que as jurídicas.

Empregando os sentidos analógicos, conforme fizemos no decorrer deste artigo, pode-se concluir que a norma não é propriamente o direito, mas a regra do direito. O direito é a coisa justa, a *ipsa res iusta*, que na maior parte das vezes é encontrada por meio das regras, escritas ou não. Com frequência, as normas chegam a determinar o que é direito, quando estabelecem, por exemplo, um prazo para contestar uma ação, ou uma forma a ser seguida no contrato, ou os poderes que competem a um governante. No entanto,

56 ABBÀ, 1996, pp. 75-83.

como explicado antes, não são o direito em sentido primário, mas a regra, a forma, a indicação do direito.

A consideração de que o direito são as normas ganhou força quando se passou a supor que não há certo ou errado, justo ou injusto, em si mesmo. Então, apenas o que fosse determinado pela norma – seja ela procedente de um déspota, de um parlamento democrático, de um rei justo ou de um grupo homicida – seria direito⁵⁷. De fato, isso aparentemente traria uma simplificação no tratamento do jurídico, cuja característica seria apenas ser o efeito de uma norma válida em determinado ordenamento.

No entanto, por um lado, essa suposta facilidade não se comprovou. Veja-se a dificuldade para decidir a validade de uma norma, que termina por demandar questões valorativas, sociológicas e psicológicas. Além disso, é uma limitação da compreensão do direito, porque desemboca em considerar jurídico aquilo que é estabelecido por quem detém o poder político e consegue mantê-lo. É uma conclusão insuficiente, porque o direito visa exatamente regular e legitimar esse poder.

O direito tem uma relação estreita com a realidade, com as coisas. Não corresponde a um conjunto de normas formais, nas quais pouco importaria o conteúdo para estabelecer ser algo é ou não jurídico. Ao contrário, as normas apareceram para satisfazer necessidades práticas, e a partir disso podem e devem ser ponderadas, utilizadas, julgadas e assimiladas. Diferente do que poderia parecer à primeira vista, este entendimento das normas fortalece-as; não as diminui nem a relega a um segundo plano. Apresenta um motivo justificável para obedecê-las, porque não são uma mera arbitrariedade, o resultado da imposição do governante do momento, mas algo necessário e importante para a vida social. Assim, as normas são fundadas em algo além da vontade dos poderosos, e por isso podem ser justificadas, aplicadas e estudadas de maneira plenamente racional.

Enfim, as normas podem ser chamadas direito, sem problema algum. Isso é correto, não apenas porque se tornou corrente, mas por representar a realidade e estar teoricamente bem fundado. Simplesmente é preciso frisar de que se trata de um sentido derivado, por ser a regra que estabelece o *ipsa res iusta*, o direito objeto do ato de justiça.

57 KELSEN, 1998, pp. 54-55.

6. Conclusão

A consideração de que o direito é um conceito analógico ou com um significado central, com sentidos distintos, mas dependentes entre si, pode ser aprofundada. Isso certamente trará resultados relevantes, para estabelecer o papel da técnica jurídica e das normas na realização da distribuição dos bens, das atribuições, das cargas e das penas no interior do corpo social.

Esse uso analógico, ainda que possa nos tirar precisão e clareza ao tratar dos conceitos, representa uma necessidade para explicar linguisticamente uma realidade complexa e multifacetada como a jurídica. Esquecer-se disso leva a conclusões equivocadas, por não se perceberem matizes e nuances importantes.

Terminemos com a citação de um pensador medieval, que conhecia bastante bem a filosofia grega e o direito romano. Tomás de Aquino expressou com precisão e síntese o exposto neste artigo, mostrando a relação entre os sentidos do direito. Escreveu ele:

Pois também o nome direito foi primeiro empregado para significar a própria coisa justa (*ipsam rem iustam*); posteriormente, foi derivado para a arte pela qual é conhecido o que seja justo; a seguir, para significar o local em que o direito é reconhecido, quando se diz que se deve comparecer no tribunal (*in iure*); e a seguir é também chamado de direito quando é estipulado por aquele cujo ofício é fazer justiça, mesmo que aquilo que ele tenha decidido seja iníquo⁵⁸.

A seguir, referindo-se ao direito como lei, ele sustenta:

Assim como preexiste certa razão na mente do artífice, que é chamada de regra da arte, daquelas coisas exteriores que são feitas por arte; também daquelas obras do justo, que a razão determina, preexiste certa razão na mente, como certa regra de prudência. E se é colocada em escrito, é chamada de lei, pois a lei, segundo Isidoro, é a constituição escrita. Por isso a lei não é o direito mesmo, falando propriamente, mas alguma razão de direito⁵⁹.

58 S.T., II^a-IIae q. 57 a. 1 ad 1.

59 S.T., II^a-IIae q. 57 a. 1 ad 2.

Portanto, já os medievais, fundando-se na sabedoria grega e romana, perceberam a ligação íntima entre os distintos sentidos do direito. Preservaram as diferenças, ao mesmo tempo em que reconheceram o que havia de comum entre eles. Recuperar essa linguagem parece um ganho fundamental, inclusive por explicar a função das normas dentro da técnica, e desta para resolver as situações concretas e chegar ao direito.

Referências

- ABBÀ, Giuseppe. *Quale impostazione per la filosofia morale?* Roma: LAS, 1996.
- ARISTÓTELES. *Aristoteles graece: ex recensione Immanueles Bekkeri*. Berolini: Academia Regia Borussica, 1831.
- ARISTÓTELES. *Metafísica: ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário de Giovanni Reale*. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002.
- ARISTÓTELES. *The complete works of Aristotle: the revised Oxford translation*. Edited by BARNES, Jonathan. Princeton: Princeton University Press, 1991.
- AUBENQUE, Pierre. *Le problème de l'être chez Aristote: essai sur la problématique aristotélicienne*. Paris: PUF, 1962.
- AUBENQUE, Pierre. Les origines de la doctrine de l'analogie de l'être: sur l'histoire d'un contresens. *Les Études philosophiques*, Paris, n. 1, pp. 3-12, jan./mar. 1978.
- AUBENQUE, Pierre. Sur la naissance de la doctrine pseudo-aristotélicienne de l'analogie de l'être. *Les Études philosophiques*, Paris, nn. 3 / 4, pp. 291-304, jul./dez. 1989.
- BERTI, Enrico. A analogia em Aristóteles. In: IDEM. *Novos estudos aristotélicos II: Física, antropologia e metafísica*. Tradução de Silvana Cobucci Leite, Cecília Camargo Bartalotti e Élcio de Gusmão Verçosa Filho. São Paulo: Loyola, 2011. pp. 379-96.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1993.
- CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- ELIOT, Thomas Stearns. *Selected Essays*. London: Faber and Faber, 1932.
- ENDICOTT, Timothy. The generality of Law. In: L. D. D'ALMEIDA; J. EDWARDS; A. DOLCETTI (ed.). *Reading HLA Hart's The concept of law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013. pp. 32-68.
- FABRO, Cornelio. *Partecipazione e causalità secondo San Tommaso d'Aquino*. 2. ed. Roma: Edivi, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FINNIS, John. *Reason in action: collected essays*, v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- FORMENT, Eudaldo. "Analogía". In: GONZÁLEZ, Ángel Luis (ed.). *Diccionario de filosofía*. Navarra: EUNSA, 2010. pp. 61-64.
- GAIO. *Institutionum commentarius*. With a translation and commentary by Edward Poste. Oxford: Clarendon Press, 1904.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law: with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. <https://doi.org/10.1093/he/9780199644704.001.0001>
- HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.
- HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- ISIDORO DE SEVILHA. *Etymologiarum sive originum*. Recognovit W. M. Lindsay. Oxford: Oxford University Press, 1911.
- JUSTINIANO. *Digesta*. In: *Corpus Iuris Civilis*. Recognovit Theodore Mommsen et Paulus Krueger. 15. ed. Berolini: Weidmannos, 1928.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogía y "naturaleza de la cosa"*. Hacia una teoría de la comprensión jurídica. Tradução de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.
- LIBERA, Alain de. Les sources gréco-arabes de la théorie médiévale de l'analogie de l'être. *Les Études philosophiques*, Paris, nn. 3 / 4, pp. 319-45, jul./dez. 1989

- MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: A study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1998.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- OWEN, G. E. L. Logic and metaphysics in some earlier works of Aristotle. In: DÜRING, I.; OWEN, G. E. L. (ed.). *Aristotle and Plato in the mid-fourth century*. Papers of the Symposium Aristotelicum held at Oxford in August, 1957. Goteborg: Elander, 1960.
- OWENS, Joseph. *The doctrine of being in the Aristotelian "Metaphysics"*. 3. ed. Toronto: Pontifical Institute of Medieval Studies, 1978.
- PELLEGRIN, Pierre. *Dictionnaire Aristote*. Paris: Ellipse Édition, 2007.
- PIEPER, Josef. *Abuse of language. Abuse of power*. Tradução de Lothar Kraut. San Francisco: Ignatius Press, 1992.
- PIEPER, Josef. *Four cardinal virtues: prudence, justice, fortitude, temperance*. Tradução de Lawrence E. Lynch & alii. Notre Dame: Notre Dame University Press, 1966.
- PORRO, Pasquale. *Tommaso d'Aquino: un profilo storico-filosofico*. Roma: Carocci Editore, 2012.
- RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.
- SCHULZ, Fritz. *History of Roman legal science*. Oxford: Oxford University Press, 1946.
- SUSTEIN, Cass. On analogical reasoning commentary. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 106, n. 741, pp. 741-91, 1992.
- TOMÁS DE AQUINO. *Scriptum super Sententiis*. Textum Parmae 1856 editum ac automato translatum a Roberto Busa SJ in taenias magneticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit. Disponível em: www.corpusthomicum.com, editado por ALARCÓN, Enrique. Último acesso em 8 de agosto de 2017.
- TOMÁS DE AQUINO. *Sententia libri Ethicae*. Textum Taurini 1950 editum ac automato translatum a Roberto Busa SJ in taenias magneticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit. Disponível em: www.corpusthomicum.com, editado por ALARCÓN, Enrique. Último acesso em 8 de agosto de 2017.

- TOMÁS DE AQUINO. *Sententia libri Metaphysicae*. Textum Taurini 1950 editum ac automato translatum a Roberto Busa SJ in taenias magneticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit. Disponível em: www.corpusthomicum.com, editado por ALARCÓN, Enrique. Último acesso em 8 de agosto de 2017.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. São Paulo, Loyola, 2001-2006.
- TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*. Textum Leoninum Romae 1888 editum ac automato translatum a Roberto Busa SJ in taenias magneticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit. Disponível no sítio www.corpusthomicum.com, editado por ALARCÓN, Enrique. Último acesso em 8 de agosto de 2017.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: Definições e fins do direito. Os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- WEINREB, Lloyd L. *Legal reason. The use of analogy in legal argument*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

Recebido em 06 de setembro de 2018.

Aprovado em 25 de julho de 2020.