

## UMA TENTATIVA (NECESSIDADE) DE CONCEITUAR O DIREITO

*AN ATTEMPT TO CONCEPTUALIZE THE LAW AND UNDERSTAND YOUR NEEDS*

*Francisco de Assis e Silva*<sup>1</sup>

*Demetrius Nichele Macei*<sup>2</sup>

**RESUMO:** Trata o artigo de refletir sobre algumas necessidades da vida moderna, revendo o conceito de Direito sob o seu aspecto filosófico. O estudo procura demonstrar a necessidade de rever o conceito de Direito, de forma a humanizá-lo. O trabalho se inicia com o relato de fatos do nosso cotidiano que nos fazem questionar o modo de ver o Direito e sua função entre nós. Partimos dos estudos sobre Vontade, Finalidade e Ficções Jurídicas, de Hans Vaihinger. Em seguida, sob a luz dos estudos de Luiz Fernando Schuartz, entender como a teoria de Hans Kelsen pode também servir para a reflexão sobre intencionalidade da conduta humana. Depois, apresentamos o posicionamento de Marcio Pugliesi, em paralelo com Hart e Dworkin, este visto sob as lentes do pensamento de Orlando Villas Boas. Finalmente, propomos o questionamento dos conceitos vigentes de Direito, especialmente aquele que apresenta-o como regulador da conduta humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conceito de Direito; Intencionalidade; Vontade; Humanização; Conduta humana.

**ABSTRACT:** This paper discusses some needs of modern life, reviewing the concept of Law in its philosophical aspect. The study seeks to demonstrate the need to revise the concept of Law, in order to humanize him. The work begins with an account of facts of everyday life that make us question the way of seeing the Law and its role among us. We start studies on Will, Purpose and Legal Fictions, from Hans Vaihinger. Then, in the light of studies of Luiz Fernando Schuartz understand how the theory of Hans Kelsen can also serve to elaborate on intentionality of human conduct. Then we present the positioning of Marcio Pugliesi, alongside Hart and Dworkin, this seen through the lens of thought Orlando Villas Boas. Finally, we propose a questioning of prevailing concepts of Law, especially one that presents it as a regulator of human conduct.

**KEYWORDS:** Concept of Law; Intentionality; Will; Humanization; Human conduct.

---

<sup>1</sup> Mestre em Filosofia pela Faculdade de São Bento. Doutorando em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Advogado. E-mail: francisco.deassis@jbs.com.br

<sup>2</sup> Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Pós-doutorando pela USP. Advogado. E-mail: demetrius@macei.com.br

## 1. UM CONCEITO DE DIREITO

O nosso objetivo é refletir sobre algumas necessidades da vida moderna, e a partir daí, escapar um pouco das ideias de que o direito é um sistema de normas, linguagens e hierarquias, organismos, poder, organização, e repensar se há movimento e tempo nesse repensar, ainda que sob critério meramente acadêmico reflexivo, sem interferência sociopolítica, propondo ao final um novo conceito de direito.

Um torcedor simplesmente dispunha em sua mão de um pedaço de pau, com um prego na ponta usado para espancar outro torcedor que acabou sendo internado com perfurações no crânio. Espetáculo que percorreu as redes sociais, os jornais e canais de televisão do mundo todo. Esta cena ocorreu em 2013, numa partida de futebol entre as equipes brasileiras do Clube Vasco da Gama (RJ) e Atlético Paranaense (PR), durante o campeonato denominado “Brasileirão” em 2013.

Para aqueles que pensam o Direito como Linguagem, para aqueles que pensam o direito como controlador das ações humanas, para aqueles, que pensam que o direito é norma cogente, enfim, para qualquer que seja a forma de ver o Direito, a conclusão que nos parece uníssona é de que o direito é incapaz de controlar condutas humanas, porque elas derivam da vontade e o direito não toca essa realidade. O Direito é incapaz, da forma como se propõe e da forma como se estagnou no pensamento jurídico, especialmente no Brasil nos últimos 40 anos, resolver problemas básicos, como uma briga de torcida nos estádios.

Talvez nada mais ocorra do que cinco ou seis autos de inquéritos, processos criminais e daqui alguns anos pouco se saiba sobre o que ocorreu e suas consequências, porque o “Direito” continuará caminhando na mesma direção e mesmice. Ou seja, nem naquilo que é o mais comum dos eventos brasileiros, provavelmente tão popular como almoçar ou ir à missa ou na igreja aos domingos, um evento futebolístico, fica transitando de norma em norma, de organismo de poder em organismo de poder, de linguagem em linguagem e nada se resolve ou por muito comodismo ou por falta de inspiração.

## 2. MUITO COMODISMO OU FALTA DE INSPIRAÇÃO?

Podemos olhar para fatos como estes, da mesma forma como fazemos todos os dias nas esquinas de Cidade onde vivemos. Ou podemos simplesmente tomar a atitude mais elementar qual seja, de refletirmos sobre o tema e propormos algo diferente. Quando paramos no semáforo e alguém nos pede esmolas, podemos ter duas atitudes: ajudar dando-lhe algo que está ao nosso alcance ou em nossa capacidade econômica ou social, que vai de uma moeda a um carinho ou uma palavra de esperança, ou simplesmente fechar o vidro ignorando e continuar andando como se nada houvesse, como se aquele evento ali, nada dissesse a nosso respeito ou de forma alguma interferisse em nossa vida.

De outro rumo, vamos encontrar certamente alguém que sustente uma atitude analítica sobre o tema, olhar a partir de várias perspectivas, estudar o cenário e ensaiar sutis interpretações sobre o fato, ou sobre aquilo que o fato está naquele instante representando. Alguém que desenvolverá uma série de raciocínios e atitudes acerca do tema que acabamos de discorrer, sem necessariamente interagir diretamente no fato ou com o fato ou através do fato narrado.

Sem fugir da ideia de que o Direito perpassa todo o sistema social, ou melhor, preferimos afirmar que todo o sistema social clama algo, que se chama Direito, vemos e pensamos que há situações, olhando a partir da perspectiva do nosso papel social como “estudantes<sup>3</sup>” do direito que exige algo além de pueris propostas momentâneas, como afirmou certa vez Tulio Ascarelli: “*na atual crise de valores, o mundo pede aos juristas ideias novas, mais que sutis interpretações*”<sup>4</sup>. Enfrentamos vários assuntos jurídicos em nossa janela no dia a dia, e pouco se propõe, ainda que na esteira da mera reflexão, mas, certamente não vemos nada além de *sutis interpretações* diante de fatos que certamente carecem de novas ideias. Pouco se pensa fora das linhas já postas do sistema jurídico, embora haja uma vontade latente de que os acontecimentos, ou melhor, falando de outra forma, os fatos da vida social possam ser resolvidos naquele momento, não em um juízo inquisitorial mas, em um juízo óbvio.

---

<sup>3</sup> O tema Estudioso nos parece representar um ar de imponência daquele que já tem uma ideia de verdade sobre o direito. Estudante é aquele que sempre procura aprender, verificar e perguntar.

<sup>4</sup> MACEI, Demetrius Nichele. *Verdade Material no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2013. Epílogo.

O que passa por nossa janela no semáforo da vida é sem dúvida, uma crise de valores e mais que isto talvez uma crise de definição do papel do Direito e do criador da Norma Jurídica. Podemos fazer a interpretação que quisermos, porém, como dizem os italianos “*é fato*” ou, aqui entre nós, é notório que a sociedade exige do Direito uma revisão de conceitos e um reflexo melhor das suas ansiedades e de suas vontades, para que evitemos o costumeiro desastre de permanecer respondendo às crises com conceitos pré-formados que segundo Hanna Arendt, apenas aguça a crise, “*uma crise se torna um desastre quando respondemos a ela com juízos pré-formados, isto é, com pré-conceitos. Uma atitude dessas não apenas aguça a crise, como nos priva da experiência da realidade e da oportunidade que ela proporciona a reflexão*”.<sup>5</sup> Porque ainda quando vemos ensaios de reação eles partem sempre de conceitos pré-formados. Escolas jurídicas ou conceitos jurídicos que não se movem, que não se auto questionam, e a academia segue, sempre no mesmo tom, sempre fechando a janela porque já tem um conceito pré formado sobre aquele fato.

O que queremos propor, alinhados com o tema desse Congresso do CONPEDI<sup>6</sup>, é justamente a “Humanização do Direito”, é uma parada no semáforo para descer do carro, parar o jogo e o campeonato, interrompermos as transmissões, ganharmos tempo, interrompermos o trânsito e verificarmos de fato o que esta ocorrendo ali, e não simplesmente acreditar que aquilo tudo que estamos vendo é parte de um todo já construído sob o qual não somos capazes de refletir e criar novas ideias, ou não reformular formas de ver a sociedade e desta mesma forma de ver o Direito como o fruto deste movimento social que passa no dia a dia na nossa vida.

### 3. QUAL CONCEITO DE DIREITO?

O Direito em nossa forma de ver, não possui vida em si. Nasce da combinação das vontades humanas que se transformam em fatos (ou eventos) humanos, ou acontecimentos que não são controlados por ele, que sobre este fato, apenas decide. Luiz Fernando Schuartz tentou ao longo de sua curta carreira acadêmica elaborar uma teoria da decisão, iniciando sobre o pensamento do direito como algo que surge no seio

---

<sup>6</sup> Tema do XXIII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito: Humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI.

da sociedade e suas atitudes comunicacionais que se iniciam com a intenção<sup>7</sup>. Isto nos levará ao encontro e andar de par com nossa ideia, eixo central de nosso plano de pesquisa, sobre o tema, Vontade, Finalidade e Ficções Jurídicas, a partir da ideia de Hans Vaihinger<sup>8</sup>.

Nossa vida pode ser vista como algo que é feito de vontades ou intencionalidades que através das representações tentamos sair do ideal para o ideado. Sabemos que há alguns para quem o mundo é olhado, sentido, pensado e criado somente pela linguagem desprezando-se acontecimentos que a antecede. Mas, não polemizaremos nesse instante o papel da linguagem nesse contexto; apenas, afirmamos que não cremos no papel criador da linguagem, no conceito de criação filosoficamente definido<sup>9</sup>. Nesse jogo de vontade e intencionalidade, a escolha é armada pela intencionalidade que é a causa de todas as condutas humanas.

Vivemos num mundo de intencionalidades, escolhas e ficções. Desde Platão, passando por Francis Bacon até Sartre, nada mais fizemos do que, por meio da vontade despertar e representar a intencionalidade por um sistema de comunicações ao mesmo tempo abrangente quanto limitado. Sequer sabemos o que pensamos, sequer sabemos o que queremos efetivamente porque a intencionalidade se esconde por de trás de algo. E não podemos negar que é no recôndito da face mais oculta do pensamento que ela (intencionalidade) repousa. Só temos o ideal do amor, o que vivemos é sua mera representação – ficção. Dos fatos que assistimos e que relatamos no início deste trabalho, que Intencionalidade provocou aqueles fatos? Onde deveria agir o direito?

Importantes os conceitos de Vontade e Intencionalidade. Nossos conceitos terão sempre como ponto de partida aquilo que lemos e pesquisamos sobre a vida e a

---

<sup>7</sup> *Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>8</sup> VAHINGER, Hans, *The Philosophy of 'As if'*, Translated by C. K OGDEN, London 1924.

<sup>9</sup> CRIAR não competiria mais ao homem, porque Deus já criou e não pode mais o homem criar, porque não haveria espaço para criação sem as características que o termo criar possibilita. Conforme dicionário católico: Like other words of the same ending, the term creation signifies both an action and the object or effect thereof. Thus, in the latter sense, we speak of the "kingdoms of creation", "the whole creation", and so on. In the former sense the word sometimes stands for productive activity generally (e.g. to create joy, trouble, etc.), but more especially for a higher order of such efficiency (e.g. artistic creation). In technically theological and philosophical use it expresses the act whereby God brings the entire substance of a thing into existence from a state of non-existence — *productio totius substantiâ ex nihilo sui et subjecti*. (<http://www.catholic.org/encyclopedia/view.php?id=3475>, acessado em 09 de Dezembro de 2013)

obra de Hans Vaihinger<sup>10</sup> - sem dúvida o mais Kantiano de todos os Kantianos - sobre a teoria das ficções e assumimos que a partir dessa obra iremos explicar, sem defender, nossa forma de pensar sobre um conceito de direito, a partir da abordagem filosófica. Sendo assim, o conceito de intencionalidade para da ideia de Vaihinger é que, por traz de todo o pensamento tem algo que o movimenta que o provoca e que é responsável por cem por cento das ações humanas. Que na maioria do tempo que pensamos o fazemos de acordo com uma vontade interior muito forte, cuja origem é orgânica porque para ele *o pensamento é a função orgânica da psiquê*. E o fato então é a representação desta função orgânica. Quando levantamos o braço para alcançar algo, uma vontade provoca esse movimento, mas há uma intencionalidade estaria por detrás de todo o comando.

A intencionalidade não tem sabor de novidade. Kelsen já havia trabalhado com a ideia de intencionalidade no seu principal trabalho e quiçá o principal trabalho global sobre o direito e seus decorrentes, como Norma e Sistema. Vê-se que conforme apontou Luiz Fernando Schuartz, *“logo nas primeiras páginas da Teoria Pura do Direito, Kelsen apresenta os conceitos gerais que servirão de base do projeto teórico. Uma boa maneira é iniciar pela consideração da intencionalidade”*.<sup>11</sup> Porque já dentro do Direito, quando vemos normas, compreendemos que elas dirigem-se a fatos jurídicos decorrentes da conduta humana, que não existe sem Vontade ou Intencionalidade, então não podemos fugir da ideia daquilo que vem primeiro, ou seja, a conduta humana, antes de quisermos definir um conceito de Direito, e todo esse conhecimento sobre o Direito deve passar por essas considerações. Porque *“o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos)”*.<sup>12</sup> E mais acentuadamente reforçando nossa afirmação, Schuartz viu que *“Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”*.<sup>13</sup> Embora ele afirme isto, não compreendemos que o Direito regula o comportamento humano e sim a consequência

---

<sup>10</sup> VAHINGER, Hans, *The Philosophy of 'As if'*, Translated by C. K. OGDEN, London 1924.

<sup>11</sup> Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica / Luis Fernando Schultz – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 2

<sup>12</sup> Idem. p. 3

<sup>13</sup> Idem ibidem. p. 3

do comportamento humano, porque para regular o comportamento haveria de regular a intencionalidade. O que o direito é capaz de tentar regular é o fato. Ou seja, o que já foi, o passado.

Ele ainda referia-se a regular a conduta humana, enquanto aqui expressamos que a conduta humana vem, ou deveria vir, antes do direito, significando dizer que o regular, é estabelecer condições decorrentes de uma conduta humana, ou seja, a conduta humana não nos parece regulada pelo Direito, antes, ou seja, o Direito não age na intencionalidade ou na vontade, ele age no resultado. Não vamos aqui, neste momento discutir conceitos de eficácia, ou seja, se alguma conduta humana deixa de existir em face do poder coercitivo do Direito. Mas, entendemos que a ideia de regular o comportamento humano, é regular o fato, e fato será sempre passado. Mesmo porque *não temos acesso a nenhuma conduta humana que tenha sido deixada de ocorrer porque havia uma norma ou porque o direito a regulou*. E não é contraditório o que afirmamos, mas, firma nossa interpretação a partir do próprio Schuartz afirmou que, *a intencionalidade é algo que delimita um subconjunto da totalidade dos fatos que constitui o mundo.*<sup>14</sup>

E como fato é sempre passado, a intencionalidade ou a vontade é o que delimita a totalidade dos acontecimentos que constituíram o mundo.

Normatizar, em nosso programa de pesquisa, irá significar informar ou regular algo que deve ser ou acontecer. Posteriormente vamos refletir se a norma situa-se no mundo do Ser ou do Dever Ser. Quando dizemos que queremos *fazer* uma norma, ainda que na linguagem comum, queremos dizer que algo que deve acontecer e quando acontecido será visto com a lente do futuro sobre o passado, queremos dizer que queremos dar consequências à condutas humanas que não se adequem àquela forma descrita, porque não nos referiremos enquanto “norma-direito” às condutas humanas ocorridas de acordo com a norma, porque mesmo estando de acordo elas não aparecerão no sistema de análise. Assim, como o motorista que não comete uma infração de trânsito, nunca será “lido” pela linguagem do método de aferição de multa, a norma sempre enquanto linguagem irá olhar para a conduta para traz e a conduta irregular. Ou

---

<sup>14</sup> Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 3.

em desacordo, porque “*norma significa que algo deve ser ou acontecer, um homem se deve conduzir de determinada maneira*”. Porque a Norma, trazida de Kelsen é sempre vista como um sentido, um *sinn*<sup>15</sup>. Este *sinn* – “sentido” em alemão – talvez passe em torno da ideia de vontade ou de finalidade, visto que a norma significaria um sentido, que vincularia uma vontade/intencionalidade a uma finalidade, como vimos dizendo.

Talvez o Direito de Kelsen, numa leitura cujo tempo nos faz escapar, estaria no mundo do Ser e não no mundo do dever ser, ou mais na lenda de Sartre no mundo do Devir, mas, isto é ponto para outra pesquisa.

Fatos, portanto estão sempre no passado, e então, são acontecimentos, e existem diversos tipos de fatos que, *ainda que todo conhecimento de fatos seja mediado linguisticamente* e a norma deveria atentar-se a um vir a ser que, entretanto, não é verdade que todo o vir a ser pode ser descrito como linguagem. Ele toma a linguagem como processo de mediação entre fatos existentes. Já que o conteúdo da enunciação sim pode ser descrito em termos de linguagem, visto que o fato é aquilo que o enunciado enuncia, ou seja, o seu conteúdo proposicional.<sup>16</sup> Quando redigimos um texto ocorre um fato e aquilo que é redigido antes da redação tornar-se um texto ainda que seja fato, embora mediado pela linguagem nem sempre é descrito como linguagem. Melhor dizendo, aquilo que se traduz no texto, ocorre antes do texto e somente é mediado pela linguagem, porém não pode ser descrito como linguagem, porque não é linguagem, ou ainda melhor aquilo que é descrito pela linguagem não pode simplesmente ser entendido como linguagem. O Direito pode ser, já antecipando um ponto, descrito por uma norma, mas, o Direito não é necessariamente norma. O Amor pode ser mediado pela linguagem, mas, o amor não é “mesmo” linguagem, e sim algo que está antes do texto.

E esta ideia será importante quando formos tratar mais adiante daquilo que em termos de norma antecede a linguagem, mas, já perpassou pelos quadrantes da vontade/intencionalidade, visto que os estados intencionais, e cremos que o direito trabalha muito nos estados intencionais, que são os antecessores dos fatos e das

---

<sup>15</sup> Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.3.

<sup>16</sup> Idem. p. 4

condutas, são completamente diferentes de outros estados porque a intenção tem um caráter ou conteúdo conceitual podendo ser proposicional ou objectual, nas palavras de Schuartz:

*“Estados intencionais distinguem-se de outros estados de coisas por possuírem um conteúdo conceitual, que pode ser ou proposicional ou objectual”.*<sup>17</sup>

Estas primeiras ideias nos parecem importantes e não estão isoladas, porque percebemos ter tomado lugar comum discussões em torno do direito como Sistema de Linguagem, ou em outras teorias como um jogo, e então, sua comparabilidade com demais sistemas, como economia, diferenciando-o, e colocando-o como um jogo de linguagem ou mero jogo com regras, com estrutura própria interna e externamente. Compreendemos que o “Direito”, se visto apenas nesta forma, de jogo de linguagem, ou de mero jogo, unicamente como um composto de normas jurídicas e ai suas hierarquias, competência, validade eficácia etc. irá sempre manifestar-se, ou preferimos dizer, representar-se em linguagem técnica e transitará fora do ambiente da vida social, e fora do ambiente que o antecede, que chamamos de intencionalidade, e como cediço nunca resolverá o problema da sociedade moderna, assim mesmo como não resolveu os problemas de outras sociedades antigas. O Direito é Norma, é Coação, é Coerção, é Jogo, é Linguagem? Ou é uma mera ferramenta política e econômica de preservar riquezas, como dizem alguns? Veja-se como bem pontuou Marcio Pugliesi ao afirmar em sua Teoria do Direito que:

*“Os conflitos regulados pelo Direito envolvem mercadorias, bens de produção, moeda e circulação de bens, direitos e mercadorias. As relações pessoais, como as alcançadas pelo Direito de Família e Sucessões, são lidas e entrelidas pelo viés da propriedade e sua transmissão. O Homem na esfera do Direito polui-se pela mercancia e se submete a regras de jogos ditadas pelos detentores das estruturas de produção, distribuição e consumo.”*<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.6

<sup>18</sup> Teoria do direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8

De onde vem o Direito, e de onde aparece a necessidade de uma sociedade ter algo que chamamos de Direito, que depois, em seu caráter de funcionamento – não de função – ou funcionalidade, melhor dizendo, vira ferramenta, arte, poder, política?

Embora essa posição dirija-se aos adeptos da filosofia da linguagem, é de longe que isto ocorre, ou seja, este caráter meramente metodológico do Direito, já podia ser percebido em outros autores não necessariamente ligados a filosofia da linguagem. Dizer que o Direito é um composto de linguagem, regras, sistemas etc., parece ser simples, modestamente, porque deste contexto tomando-se o mundo como sistema binário (que não o é) e as pessoas também se fossem binárias e assim binários seus comportamentos, poderíamos jogar fatos e regras num sistema de decisões e processarmos decisões em uma máquina também binária, e por mais que sejamos insistentes em querer aceitar isto, devemos ser conscientes também em perceber que em se tratando de mais de um ser humano, ou seja, tratando-se de relações, torna-se impossível qualquer análise binária.

Nesta mesma linha de procurar compreender o que é o direito e de forma ele interfere na vida em sociedade, alguns autores que dedicaram-se muito a um conceito de Direito. Dentre eles destacamos Hart e Ronald Dworkin. Para este autor, o Direito era visto como um conceito interpretativo, mas, não se confundindo com a ideia de um Direito com abordagem Hermenêutica como pretendeu Hart. Na abordagem de Hart, que prefere o Direito como sistema hermenêutico, há uma análise inovadora do sentido de regra, e há um privilegio maior à questão do sentido da ação, que serão ou não reguladas por regras de intencionalidade. Hart aceita, portanto, o Sistema e não dá tanto importância à questão óbvia da linguagem; agrega o ingrediente que queremos explorar, que é o da intencionalidade. Com isto ele sempre trouxe para o debate do conceito de Direito, novos fundamentos metodológicos para o positivismo jurídico, porém sendo fiel a argumentos anteriores ou clássicos de que não estão juntos conceitos como Direito, Moral, Natureza. E aí é que residirá a maior crítica de Dworkin, conforme tese de Ronaldo Porto Macedo Junior<sup>19</sup>.

Outros, como Weber, sustenta Macedo Junior, preferiram aproximar o direito analogamente a um jogo de xadrez, mas, isto fascinou muito mais aqueles inclinados ao

---

<sup>19</sup> *Do xadrez à cortesia – Dworking e a teoria do direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva: 2013. Pag. 6

critério do positivismo metodológico, do qual se afasta qualquer ideia de intencionalidade. Para Dworkin essa comparabilidade com o jogo de xadrez é inadequada para o Direito porque não traz aquilo que realmente ocorre na dimensão interpretativa do direito, sendo a prática social da cortesia a melhor e mais adequada forma de interpretação do direito. Dworkin, já ao final de sua vida, aderiu a uma teoria interpretativa do direito, porém diferenciada daquela de Hart. Propõe então uma compreensão gramatical inserindo a “cortesia” como mudança conceitual mais profunda, ao contrário de Hart que apenas, segundo ele, via uma interpretação apenas orientada para a identificação da intenção subjetiva dos agentes como melhor maneira de interpretar o direito. Daí porque sempre lemos que, tanto Weber quanto Hart procuravam identificar o sentido interno e externo da ação que era sempre regulada por regras de intencionalidade.

Conforme iremos sustentar em nossa pesquisa, nada, absolutamente nada, escapa ao domínio da Vontade ou Intencionalidade. No encalço de verificar sua teoria, Vaihinger encontrará na obra de Adolf Horwicz (*Psychologische Analysen ouf physiologischer Grundlage*), importantes apontamentos sobre o comportamento humano a partir da vontade. A obra de Horwicz mostrava que toda a psicologia era baseada em esquemas de reflexos e que as impressões sensoriais seguem na simulação de ideais principais até movimentos expressivos e ações de vontade. Os reflexos são simples motor do fenômeno que seguem as simulações. Que os movimentos resultam de sentimentos elementares que liberam ações derivadas da vontade. Ele conclui disso que o pensamento é apenas significado da vontade e então ele realiza a satisfação da filosofia herdada de Kant de que o que está em supremacia é a prática. Afirma então que: *“I had derived from Schopenhauer namently that thought originally is only a means for the purposes of the Will, and both ideas coincided with the conviction that I had gained from Kant as to the supremacy of the practical”*<sup>20</sup>. Quando falamos então em intencionalidade ou “will” estaremos falando sempre naquele conceito de Vaihinger de que tudo é Vontade. Nada absolutamente nada escapa à vontade.

O principal fracasso do positivismo jurídico seria então, ao olhar de Dworkin, o convencionalismo e o agulhão semântico. Para nós, não pode haver um desprendimento

---

<sup>20</sup> *Eu aprendi a partir de Schopenhauer que o pensamento é originalmente só um meio para os fins da vontade, e ambas as idéias se harmonizavam com a convicção de Kant a respeito do primado ou supremacia do prático.* (tradução livre) Halle, C.M. Pfeffer, 1875. p. 31. Exemplar digital acessado em 04 de julho de 2014, <https://archive.org/stream/psychologischean02horw#page/n7/mode/2up>

da vontade na compreensão dos fatos sociais e, portanto, do direito. E por isto pregamos que o Direito e suas ferramentas, não podem estar presos ao Positivismo Metodológico, nem mesmo a uma Teoria da Linguagem desvincilhada da realidade social. Dworkin, arrematando, procura lançar um desafio ainda maior a todas as teorias jurídicas contemporâneas, além do positivismo jurídico. A prática jurídica para ele deriva de práticas sociais ou sempre com elas vão se relacionar “*the central and pervasive aspect of legal practice*”<sup>21</sup>. E se essas práticas derivarão sempre da Intencionalidade onde deve agir o direito, para que fatos, em desacordo com a vontade de todos, que chamamos para fins de nosso trabalho de “*vontade média convencional*”<sup>22</sup>.

Eis as palavras de Dworkin:

*“o direito é sem dúvida, um fenômeno social. Mas, sua complexidade, sua função e suas consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática jurídica é argumentativa. Cada ator envolvido nessa prática compreende que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido pela e na prática; a prática consiste, em grande medida, em mobilizar essas proposições e argumentar sobre elas. Os povos que dispõem do direito (Law) fazem e debatem demandas sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis – porque sem sentido (senseless) – sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre elas só pode ser descoberto mediante a observação de como o direito deles (their Law) fundamenta (ground) e defende essas demandas. Esse aspecto argumentativo crucial da prática jurídica pode ser estudado de duas maneiras, ou por dois pontos de vista. Um deles é o ponto de vista do sociólogo ou do historiador, que pergunta, por exemplo, que certos padrões de argumentos jurídicos se desenvolvem em certas épocas ou circunstâncias ou não em outras. O outro é o ponto de vista interno daqueles que fazem as demandas”*<sup>23</sup>

Não importa então tanto o caráter metodológico positivo das proposições jurídicas, da linguagem, do método, do sistema, quando na realidade cada qual de nós

---

<sup>21</sup> *Law's Empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1986. p. 419

<sup>22</sup> Para nós, se cada ato humano está diretamente e incontrolavelmente submetido a uma vontade que nem sempre é desconhecida, a vida em sociedade somente é possível a partir de um consenso natural ou formal de vontade média convencional, sem a qual a beligerância e o conflito é fato certo.

<sup>23</sup> *Idem*. p. 13 (tradução livre)

compreende aquilo que nos é dado pela lei, e queremos acrescentar aqui a partir da teoria que adotamos que a isto se acrescenta de uma vontade e de uma finalidade a que nossa vontade nos impulsiona. Sendo um fenômeno social, em cuja estrutura há pessoas com vontades, que interpretam e se movimentam na sociedade um contra o outro ou um em favor do outro de acordo com aquilo que a lei lhe permite ou lhe proíbe cria uma dinâmica, que, acrescentando-se aí o elemento vontade no conceito Vaihinheriano, acelerando um movimento de argumentação que do ponto de vista interno vai estabelecer mudanças necessárias, porque mesmo que a linguagem não se modifique os movimentos sociais vão se modificando porque nem sempre são guiados pelo movimento cogente das normas e sim pelo movimento indissociável da psiquê da vontade, queiramos ou não aceitar.

A modernização das relações sociais é um auto referencial e por si só deveria criar a sua própria normatividade dentro do sistema, ou como diria Orlando Villas Boas Filho, ao estudar Habermas e Hegel, *“nosso tempo, é um tempo de nascimento e de passagem para um novo período. O espírito rompeu com o que era até agora o mundo da sua existência e representação e está a ponto de afundar no passado, está a operar sua transfiguração. Neste contexto, como bem observa Habermas, apresenta-se então como moderno aquilo que proporcional expressão objetiva a uma atualidade do espírito que espontaneamente se renova”*<sup>24</sup>.

Havia até certo tempo uma forma de controle dos atos humanos que procurava interferir na vontade, conforme se vê em Weber, em Villas Boas, mas, isto não existe mais, não há mais religião, não há mais poder paternal, referências e outros mecanismos que antecedem aos fatos e procuravam atuar na intenção, ou pelo menos criar mecanismos para o controle das intenções. A sociedade e as relações sociais estão num movimento de crescente racionalização e diferenciação de esferas e de libertação. Não há referentes mais. A Sociedade e o indivíduo se autorreferenciam. Autoreferenciando-se deixa para trás o fundamento de validade global que sempre fora ditado pelo movimento de enquadramento institucional, e esse argumento de validade das relações não encontra mais fundamento de validação no enquadramento institucional, e não poderia muito menos ocorrer um fundamento de validação na metodologia positivista. *O sistema, a linguagem a pirâmide ou como dissemos no início, os modelos repetidos*

---

<sup>24</sup> *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad. p. 38.

*ou a preguiça de pensar em algo novo e caminhar para uma nova proposta e para um novo tempo um novo direito, uma nova pesquisa, novas ideias.* Parece não haver espaço para novas ideias, vide o sistema metodológico de ensino e as linhas de pesquisa das principais universidades brasileiras. Não há ouvidos para novos argumentos. Não há tempo. Não se permite ideias novas. Basta escrever um texto sem referencia no sistema de ensino e ver o que ocorre. *Não há um referente que não seja “aquele – dado”.* E é aí que a força do comodismo e da mesmice prospera e que os acontecimentos da sociedade que toda a sociedade repugna, ou seja, que a vontade média convencionalizada não quer, e não querendo o direito deveria naquele momento atender aquela vontade média convencionalizada e resolver ali, na hora o conflito, mas, as amarras da mesmice, do Sistema e do Jogo das Regras de Linguagem deixam sempre as coisas como estão.

O que tentou Schuartz, Hart, Dworkin, Luhmann, Marcio Pugliesi, Paulo de Barros Carvalho e outros e que estamos tentando singela e humildemente propor, foi uma reflexão sobre um conceito de Direito. Alguns se fixando com muita força na ideia de sistema e linguagem<sup>25</sup> que poderíamos identificar aqui como o direito visto de fora, enquanto outros procuraram introduzir alguma coisa como causa origem, ou mesmo transitar pela discussão se o direito se situa no mundo do ser ou do dever ser, alguns perpassando ideias de intencionalidade, mas, todos, sem exceção adotando as relações sociais e os fatos (no sentido de acontecimentos passados) como elementos formadores do direito. Nós queremos olhar o direito a partir da ideia de pensamento, que serve à vontade ou intencionalidade para busca de uma finalidade (função do pensamento). Esse movimento de uma vontade de um acrescido da vontade de outro, se opõem e criam uma necessidade de consenso e então a raiz do direito estaria no estágio anterior da linguagem e poderia ter como nascedouro as vontades universais, dado que nenhum movimento humano escapa a vontade. E não adentraremos aqui ainda, a questão de poder e de estruturação do Estado.

A ideia de consenso já fora vista em Habermas, quer pelas palavras dele mesmo ou por aquelas de Schuartz ou Marcio Pugliesi, sem assumir a ideia de vontade, mas, partindo da impossibilidade de participação total dos cidadãos nas decisões políticas e na formação do direito, fundar um consenso democrático que chamou de racionalidade discursiva ou de universais pragmáticos ou ainda universais do diálogo

---

<sup>25</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. Ed. São Paulo: Noeses, 2008.

chegou a ser o ensaio de apresentar uma teoria do direito, em suas próprias lições, Marcio Pugliesi assenta que:

*“Habermas buscará estabelecer uma pragmática universal com o objetivo primário de construir uma teoria filosófica da verdade lastreada no consenso. Supondo que, no sistema capitalista, a participação política dos cidadãos seja, em larga medida, fictícia, objetiva investigar a possibilidade de fundar o consenso democrático numa “racionalidade discursiva” a que chama de ‘universais pragmáticos’ ou ‘universais do diálogo’.”*  
(...)

*“Esses universais pragmáticos são expressões linguísticas que refletiriam as estruturas universais da situação do discurso: 1) os pronomes pessoais, os vocativos e assemelhados que definam os participantes do discurso; 2) os dêiticos ou indicativos espaciais e temporais, os demonstrativos, os artigos e os inumerais, as formas e os modos gramaticais referentes à dimensão espaço-temporal e aos objetos das predicções possíveis; 3) As expressões intencionais ou modais relativas às atitudes do emissor frente aos distintos componentes do discurso; 4) Os performativos, mais ou menos gramaticalizados, relacionados à interação entre emissor/receptor e entre emissor/suas expressões”<sup>26</sup>*

Claro que se há consenso, estamos assumindo a ideia de absorção de vontades<sup>27</sup>, mas sempre com a assunção conjunta de que uma vontade programou aquela atitude firme da premissa de que nada, absolutamente nada, escapa da vontade. Nosso sentido é pensar, ou melhor, iniciar uma pesquisa sobre nossa ideia de Direito, que escape do dogmatismo de sistema, linguagem, poder e proponha uma nova forma de tornar as relações sociais passíveis de consenso e ao mesmo tempo na quebra do consenso no reestabelecimento dele mesmo. Na transmutação das atitudes a partir da compreensão das vontades e finalidade. Mas, para isto devemos estar livres para pensar fora daquilo que já fora dito até aqui.

---

<sup>26</sup> *Teoria do direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 49-50

<sup>27</sup> Sempre que falamos em vontade ou finalidade, a ideia é a mesma, e vai depender da tradução. Para alguns, o que não é conhecido é a Intencionalidade, para outros a Vontade. Seja um termo ou outro, estamos sempre nos referindo aquela vontade ou intencionalidade, ou seja, aquele movimento desconhecido. Se queremos comprar uma gravata sabemos que queremos comprar uma gravata. Não é portanto desta vontade que estamos falando e sim daquela ideia, de Por que exatamente temos vontade de comprar uma gravata? Essa vontade ou intencionalidade transita no obscuro da mente.

#### 4. CONCLUSÃO

A partir das leituras que fizemos, partindo sempre do pensamento de Hans Vaihinger, nada escapa da vontade que se movimenta para uma finalidade. E isto tudo talvez crie um “sinn” – que Kelsen já havia mencionado. Mirando todos os acontecimentos do dia a dia, não vemos esperança no sistema posto, a menos que acreditemos na pregação daqueles que afirmam que mesmo o construtivismo tem seus momentos de desconstrução<sup>28</sup>. Esse é o eixo central de nossa pesquisa. Essa vontade é individualizada ou em linguagem filosófica, subjetiva, porque é de cada qual dos sujeitos. É essa vontade que provoca todo o agir humano, e a partir da necessidade de viver na prática, o pensamento serve a esta vontade e a esta finalidade e cria inúmeros mecanismos de organização da vida em sociedade e em especial o Direito.

E de que Direito estamos falando? Um direito que não é norma, não é linguagem, assim, como o amor não é “eu te amo”, para nós o direito não é um dever, é um antes disto: vontade que com a ideia de finalidade, volta à ideia de “sentido – sinn”. Tendo o Direito a função de organizar no mundo prático os fatos que escapam ao consenso de vontades, procuramos a partir de Schuartz, Luhmann, Pugliesi, Weber, Hart, Dworkin cada qual em seu referente, uns mais para o sistema outros mais para as relações sociais, procuraram e procuram conceituar e propor uma teoria do Direito, que não é linguagem por si só, não é sistema por si só, não é norma por si só, mas, é algo onde se inserem as relações sociais e, portanto, à vontade e a finalidade. Ou pensamos algo fora do que há, ou continuaremos no comodismo. É hora de outro movimento, de outra ideia e de uma nova atitude. E tudo começa com o pensamento, e a Reflexão.

---

<sup>28</sup> MACEI, Demetrius Nichele. A verdade material no Direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37.