

---

## O conceito de direito e reflexão filosófica contemporânea<sup>1</sup>

### *The concept of law and contemporary philosophical reflection*

Bjarne Melkevik<sup>2</sup>

**Resumo:** Historicamente, a Filosofia do Direito ofereceu uma estrutura dinâmica e influente mediante a qual identificar, explicar, produzir e desenvolver a racionalidade mostrou-se necessário para lidar com os problemas e as questões fundamentais levantados pela experiência democrática. Atualmente, questões políticas amplamente abrangentes estão sendo suscitadas em todo o mundo acerca do presente e do futuro da democracia e, em especial, acerca do papel do direito na formação da experiência democrática.

- 
- 1 Tradução de Andityas Soares de Moura Costa Matos e Gabriela Godoy de Araújo. Revisão técnica de Thomas da Rosa de Bustamante.
  - 2 Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade de Paris 2. Ensinou Teoria Geral do Direito, Direito Comparado e Filosofia do Direito na Universidade de Tromsø (Noruega) e na Universidade do Québec (Canadá), sendo atualmente Professor Titular na Universidade de Laval no Québec (Canadá), onde ensina nos cursos de Graduação e de Pós-Graduação. Entre suas mais recentes publicações estão: *Philosophie du Droit: Volume 1* (2010), *Droit, Mémoire et Littérature* (2010), *Marxisme et Philosophie du Droit: Le Cas Pasukanis* (2010), *Habermas, Droit et Démocratie Délibérative* (2010) e *Philosophie du Jugement Juridique* (2010). Seu estudo *Rawls o Habermas: Un Debate de Filosofía del Derecho* (2006) foi publicado em tradução espanhola.

Mas os fundamentos e os horizontes de tais questões não parecem ser abordados. Espera-se que estudantes, pesquisadores e profissionais do direito produzam conhecimento e visões críticas capazes de lidar com tais necessidades. Em tal contexto histórico, a relevância da Filosofia do Direito precisa ser reconsiderada, no sentido de explorar e contribuir com os processos de formação e de transformação das culturas jurídicas democráticas. Destarte, este artigo analisa brevemente o papel histórico da Filosofia do Direito nos processos associados ao entendimento conceitual do direito, tendo o objetivo de revelar sua identidade como disciplina jurídica e sua relevância como estrutura voltada para a análise e a deliberação acerca da natureza e da função do direito. Assim, o artigo submete a novo estudo algumas das tradicionais questões ontológicas, epistemológicas e éticas que caracterizam o exercício da Filosofia do Direito, retratando a importância das experiências inclusivas, comunicativas e participativas como condições imprescindíveis para o surgimento de estruturas jurídico-filosóficas necessárias no mundo da democracia contemporânea.

**Palavras-chave:** Filosofia do Direito. Ontologia. Epistemologia. Ética. Democracia.

**Abstract:** Historically, the Philosophy of Law has provided a dynamic and influential framework in which to identify, explain, produce and develop the rationality is needed so as to come to terms with the fundamental issues and questions raised by the democratic experience. Currently, far reaching policy questions are being raised throughout the world concerning the present and future of democracy; and specifically the role of the law in the formation of the democratic experience. But the foundations and horizons of the problems appear to be left on edge. Legal students,

researchers and practitioners are expected to produce knowledge and perspectives capable of addressing such needs. In such a historical context, the relevance of the Philosophy of Law to explore and contribute to the ongoing formative and transformative processes of democratic legal cultures needs to be reconsidered. Accordingly, this article reviews briefly the historical role of the Philosophy of Law in the processes associated to the conceptual understanding of the law, so as to reveal its identity as a legal discipline and its relevance as a framework for analysis and deliberation on the nature and role of the law. In so doing, the article reconsiders some of the traditional ontological, epistemological and ethical questions which characterize the exercise of the philosophy of law, and depicts the importance of inclusive, communicative and participatory experiences, as necessary conditions in the emergence of the legal philosophical framework needed so as to contribute to the needs of contemporary democracy.

**Keywords:** Philosophy of Law. Law. Ontology. Epistemology. Ethics. Democracy.

## 1. Introdução

Este trabalho oferece uma visão geral das controvérsias examinadas no âmbito da Filosofia do Direito. Aqueles que se deparam com esse caminho desafiador se dão conta de que percorrê-lo requer entender suas configurações históricas, bem como compreender análises detalhadas do conteúdo conceitual e argumentativo de debates e posicionamentos teóricos específicos. Primeiramente, é importante ter em mente que aprender Filosofia do Direito requer um esforço individual para entender ideias e práticas históricas e atuais comprometidas com a determinação do papel e da extensão

do direito. Avançar em tal caminho pressupõe, tanto para o estudante quanto para o pesquisador, um desafio que consiste em compreender o que os filósofos do direito pensam e ensinam em ambientes democráticos. Mas a tarefa não deve ser reduzida a uma experiência isolada destituída de engajamento material no que concerne aos cenários concretos em que questões fundamentais – e, frequentemente, sutis – em relação ao direito são levantadas. Dessa forma, não deve ser surpresa que enfatizemos os problemas descritos nas considerações não-positivistas que circulam na Filosofia do Direito contemporânea. De fato, nos centralizamos no conceito de direito propriamente dito e direcionamos nossa atenção para questões relacionadas à inserção filosófica do direito como objeto do pensamento. Tais tópicos constituem a abordagem clássica da Filosofia do Direito.

Dada a perspectiva geral que caracteriza nosso exercício, seremos impelidos a escolher prioridades e objetivos, de tal forma que sejamos capazes de revelar e focalizar o tema que iremos sustentar como sendo essencial. Questões tradicionais e contemporâneas surgirão e algumas delas terão de ser deixadas sem respostas. A necessidade de escolher – como uma decisão metodológica – não deve ser desmerecida. Inevitável como é, no trabalho teórico, a exclusão é sempre um risco cuja qualidade pode formar e moldar, oportunamente, uma intenção responsável, possibilitada pela comunicação e pelo argumento. Logo, antes de atacar as controvérsias específicas da Filosofia do Direito, pensamos ser útil expor algo sobre o próprio conceito de Filosofia do Direito, já que se trata de uma estrutura intelectual fundamental com a qual estudantes e pesquisadores são levados a se envolver; só depois disso suas opções e posições podem assumir riscos e adquirir significado. Nesse sentido, somos obrigados a considerar a distinção conceitual implícita nos

dois ângulos que operam nesse meio: o direito do filósofo e o direito do jurista. Portanto, discorreremos primeiro sobre a perene questão acerca da definição do direito – a questão ontológica – para então voltarmos nossa atenção para a forma a partir da qual se pode conhecer o direito – a questão epistemológica. Tentaremos depois definir o direito no contexto do “dever” (teleologia) – a questão do direito natural ou do ideal de direito. E finalmente, por óbvio, analisaremos as particularmente difíceis questões acerca da ética e do direito.

## **2. Uma aproximação do conceito de Filosofia do Direito**

Normalmente, quando revisamos o conceito de Filosofia do Direito, seu objeto não é, para os filósofos do direito, a “noção de direito” propriamente dita. Geralmente, um filósofo do direito não ganha a vida como advogado ou juiz e, sendo o caso, seus discursos serão assentados em um direito filosófico, ou seja, em um nível universal. Nesse sentido, a Filosofia do Direito não se envolve com considerações diretamente ligadas à prática do direito. Na verdade, ela geralmente faz uso de considerações gerais comumente aceitas, que são independentes do direito e não progridem. Normalmente, esse tipo de análise pretende esclarecer o presente estado das normas legais, sendo a validade comumente implícita no que deveria ser apreciado como direito. Em outras palavras, é preciso ser cuidadoso com a separação entre aqueles que escrevem sobre dogmática jurídica (ou a doutrina do direito) e aqueles que fazem Filosofia do Direito. A confusão nesse nível primário é filosofia contraproducente, mesmo se isso acontecer em relação ao conceito de “direito positivo”! Dessa maneira, é aconselhável perceber que a Filosofia do Direito é diferente de qualquer tratamento

concernente ao direito dentro de uma estrutura positiva, sendo diversa de abordagens que lidem com o direito ou com qualquer fenômeno relacionado ao domínio do direito entendido como objeto científico, tal como na Antropologia do Direito, na Sociologia do Direito, na História do Direito etc. Nessas ciências o direito é visto como um “dado”, ou seja, como parte de um mundo factual. Mas diversamente dessas ciências jurídicas, que podem ser avaliadas de acordo com critérios descritivos, a Filosofia do Direito tem o direito como objeto do pensamento. Em outras palavras, seu *locus* específico é a “mente”. Assim sendo, a Filosofia do Direito continua fundamentalmente universal em seus contornos.

Agora vamos nos voltar para os dois ângulos implícitos em tal conceito de Filosofia do Direito. Devemos manter a perspectiva segundo a qual a Filosofia do Direito pode ser definida tanto a partir de uma óptica filosófica quanto jurídica, ou seja, tanto como a lei dos filósofos quanto como a lei dos juristas.

O primeiro ângulo, geralmente adotado por filósofos profissionais (ou por aqueles que tem vocação para tanto), é caracterizado pela investigação filosófica do objeto do direito a partir de uma posição filosófica que pode ser uma escola de pensamento, um sistema, um método, uma discussão, um conceito filosófico, entre outros. Em geral – certamente se trata de uma tendência –, o direito se liga aqui à aplicação de certa posição filosófica, mostrando assim que a posição em si pode ser adequadamente utilizada para esclarecer um modo particular de se conceber o direito. Dessa maneira, a Filosofia do Direito estudada pelos filósofos usualmente se inclina para o desenvolvimento de um sistema axiomático objetivando explicar seus pontos de vista sobre o “direito”.

O segundo ângulo é geralmente adotado por juristas que sentem a necessidade de considerações mais essenciais

sobre o direito. O fundamento para tal abordagem se apoia, acima de tudo, em suas experiências, as quais determinam o cerne de seu pensamento sobre a matéria. A corrente conhecida como “Filosofia Jurídica”, bem como a que vários autores chamam de “Teoria Geral do Direito”, usualmente limitam suas considerações filosóficas porque acabam por ser utilizadas apenas para legitimar posições específicas acerca do conceito de direito positivo em si. Consequentemente, a filosofia dos juristas é caracterizada por uma evidente preocupação com o conceito de direito positivo propriamente dito. Não obstante, trata-se de uma construção reflexiva a qual falta rigor.

Quando adotados separadamente, esses dois ângulos favorecem uma análise superficial da Filosofia do Direito: estudar Filosofia do Direito sem “filosofia” ou sem “direito” pode trair, até certo ponto, tanto uma quanto a outra abordagem! De fato, esse debate é similar àquele concernente à natureza de “Deus”. Relembrando a clássica polêmica entre filósofos e teólogos: o “Deus” dos filósofos não requer nenhum ato de fé, pois se trata de um “Deus” que emana da razão, ao contrário do “Deus” dos teólogos; construído acima de qualquer autoridade ou razão, este último é o “Deus” da fé. Do mesmo modo, a ruptura do direito dos filósofos é utilizada como uma justificativa desenvolvida a partir da formação de uma “razão esquemática (ou organizacional)” e de diferentes formas de “direito-ideia” disso resultantes. No outro lado do debate, a justificação da Filosofia do Direito dos juristas é essencialmente conectada com o eixo de uma semelhante “experiência esquemática (ou organizacional)” mas, neste caso, fundada a partir do desenvolvimento de formas “reais” de direito, com o que se fomenta a disputa anteriormente mencionada.

Apesar de a Filosofia do Direito ser dividida entre essas duas perspectivas, o fato é que a energia criativa que surge de tal ruptura é extremamente vantajosa, porquanto possibilita às duas disciplinas se mobilizarem e confrontarem o que é específico para ambas, com o que se percebe a atual Filosofia do Direito com toda sua diversidade e riqueza.

Entretanto, somos da opinião de que a próxima virada na Filosofia do Direito deve ser feita mediante a desistência de quaisquer alegações “esquemáticas” ou “organizacionais”, tanto da perspectiva filosófica quanto da jurídica, para assim possibilitar o desenvolvimento da Filosofia do Direito de modo independente em relação aos conceitos de “razão” e “experiência”. Neste artigo essa perspectiva pode ser somente indicada; seu desenvolvimento pleno deverá ser o objeto de futuros trabalhos.<sup>3</sup>

---

3 Cf. MELKEVIK, Bjarne. *Horizons de la philosophie du droit*. Paris: Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2006; MELKEVIK, Bjarne. *Réflexion sur la philosophie du droit*. Paris: L'Harmattan e Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2000; MELKEVIK, Bjarne. *Rawls ou Habermas: une question de philosophie du droit*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2002; MELKEVIK, Bjarne. *Considérations juridico-philosophiques*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2005; MELKEVIK, Bjarne. *Tolérance et modernité juridique*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2006. Em língua árabe: *أوضاعاً فلسفية* [Ada ala falsafat alqanoun: isham fi binaa machrou qanouni hadith/Lumière sur la philosophie du droit: contribution à la construction d'un projet juridique moderne]. Trad. Georges Saad et al. Beirute: Éditions Al-Najoie et l'Association libanaise de philosophie du droit, 2007; MELKEVIK, Bjarne. *نون اقل فلسفة صوصن* [Nusûs fi falsafat al-qânûn/Textes de philosophie de droit]. Trad. Georges Saad et al. Beyrouth: Édition Al Najoie et l'Association libanaise de philosophie du droit, 2005.



### 3. A questão ontológica

Em primeiro lugar, as filosofias jurídicas geralmente examinam a questão – ou simplesmente fazem uma investigação – sobre o que o direito “é”. Tal averiguação requer um exame cuidadoso concernente à essência do direito para além da noção posta pelo positivismo jurídico. Uma breve incursão na história da Filosofia do Direito é suficiente para demonstrar que por um longo tempo essa foi a questão fundamental. Historicamente, o direito foi concebido tanto como sendo algo presente nas “coisas” como na “mente”.<sup>4</sup> Considere-se a defesa dos antigos de um entendimento do direito enquanto “verbo” e a visão dos modernos, que se inclinam para uma compreensão do direito como “sujeito”.

Aristóteles vê o direito à semelhança de uma arte. Para ele, bem como para os juristas romanos, o direito é essencialmente sinônimo de justiça distributiva. Trata-se de uma arte que consiste em determinar, em uma cidade ordenada, o que é devido a cada cidadão. Assim, o direito se torna parte da estrutura da cidade e representa a palavra da justiça firmemente enraizada na comunidade política. Se esse “direito-verbo” é caracterizado por Aristóteles pela existência de uma cidade ou de uma sociedade bem organizada, para outros filósofos a sua característica essencial repousa em sua natureza cosmológica ou no mundo das ideias.

A lição a ser aprendida com a moderna Filosofia do Direito reside no conceito de “direito-sujeito”, o qual identifica

---

4 Cf. VILLEY, Michel. Le droit dans les choses In: AMSELEK, P.; GRZEGORCZYK, C. *Controverses autour de l'ontologie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, pp. 11-26, 1989. AMSELEK, Paul. Le droit dans les esprits. In: AMSELEK, P.; GRZEGORCZYK, C. *Controverses autour de l'ontologie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, pp. 27-49, 1989. Cf. também AMSELEK, Paul; MACCORMICK, Neil. *Controversies about law's ontology*. Edinburgh: Edinburgh University, 1991.

claramente o direito a partir da construção filosófica de um sujeito e suas qualidades intrínsecas, tais como a autonomia, a dignidade, a vontade etc. O filósofo germânico Kant é considerado aquele que desenvolveu o mais sofisticado dos sistemas de “direito-sujeito”. Ao identificar o direito com um sujeito filosófico entendido enquanto vontade autônoma, Kant submete o direito ao domínio da razão e, assim o fazendo, infere o postulado da razão *a priori* dos sujeitos. A ontologia do direito encontra aqui a metafísica dos sujeitos.

Na Filosofia do Direito contemporânea essa controvérsia entre o “direito-verbo” e o “direito-sujeito” ainda persiste. E deve ser claramente mencionado que tal controvérsia geralmente se põe como paralela a teorias sobre o direito que parecem ser “empíricas”. De fato, as chamadas correntes “empíricas”, tais como as teorias de A. Ross e H. Hart, situam a questão da ontologia do direito na previsibilidade das pessoas de terem competências para configurar o direito<sup>5</sup>. Tal perspectiva desloca vários tópicos da Filosofia do Direito para a seara das ciências do direito, na qual a questão ontológica do direito subsiste apenas nas definições comumente aceitas que o caracterizam enquanto uma configuração de regras ou normas. Logo, verifica-se o problema de se saber se essas teorias do direito são realmente “empíricas” ou propriamente “psicológicas”.

O presente estágio das tentativas contemporâneas de redefinição da ontologia do direito, juntamente com as linhas da disputa entre antigos e modernos, não parece suficientemente relevante para nós. A consideração de várias formas de ontologia do direito – tais como a teoria sistêmica

---

5 Cf. ROSS, Alf. *On law and justice*. London: Stevens and Sons, 1958 e HART, Herbert Lioneus Adolphus. *Le concept de droit*. Bruxelles: F.U.S.L., 1976 (HART, Herbert Lioneus Adolphus. *The concept of law*. Oxford: Oxford University, 1961, 2. ed. 1994).

ou autopoietica<sup>6</sup>, a nova teoria institucionalista do direito<sup>7</sup> e outras estruturas teóricas – permite-nos compreender que elas simplesmente alegam que os resultados teóricos do passado não são convincentes, porquanto seu horizonte metafísico já não é mais o nosso.

Graças à virada linguística, a questão ontológica do direito hoje se arrisca a novos horizontes, tais como os do pragmatismo. Parece-nos que o investimento filosófico na linguagem e em seu uso pragmático na Filosofia do Direito pode provar ser muito mais vantajoso do que qualquer “ontologia” jamais foi. Essas novas considerações filosóficas podem servir para colocar de lado a questão metafísica dos antigos e dos modernos para pragmaticamente – ou “linguisticamente” – desenvolver o conteúdo e a extensão da Filosofia do Direito.

#### 4. A questão epistemológica

As filosofias do direito também lidaram com a questão de como obter “conhecimento” sobre o direito e o que está envolvido em tal “conhecimento”. O “direito” é um objeto do conhecimento? A palavra “conhecimento” pode ser utilizada em relação a uma discussão prática tal como a jurídica? Deve ser enfatizado que considerações acerca da epistemologia jurídica se referem a visões preestabelecidas sobre um conteúdo científico e sua respectiva racionalida-

---

6 Cf. ARNAUD, André-Jean; GUIBENTIF, Pierre Guibentif (orgs.). *Niklas Luhmann observateur du droit*. Paris: L.G.D.J., 1993 e TEUBNER, Gunther. *Le droit, un système autopoïétique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993 (TEUBNER, Gunther. *Law as an autopoietic system*. London: Blackwell, 1993).

7 Cf. AMSELEK, Paul. Le droit dans les esprits. In: AMSELEK, P.; GRZEGORCZYK, C. *Controverses autour de l'ontologie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, pp. 27-49, 1989 (AMSELEK, Paul; MACCORMICK, Neil. *Controversies about law's ontology*. Edinburgh: Edinburgh University, 1991).

de. Por exemplo, o pensamento jurídico-filosófico tem por principal objetivo elucidar a relação entre a especificidade do direito e a possibilidade de seu conhecimento conforme determinada teoria epistemológica. Duas correntes são confrontadas nesse momento: a epistemologia do observador e a epistemologia do participante.

Por um lado, a epistemologia jurídica do observador é baseada no paradigma de um indivíduo que pretende “observar” seu objeto e, de acordo com regras científicas mais ou menos estabelecidas dentre as várias teorias do conhecimento científico, poderia explicar o objeto em si. Atualmente, em geral isso significa que é necessário identificar o direito com um objeto científico do conhecimento antes de iniciar qualquer processo de “observação”. Concretamente, o conhecimento do direito está conectado a seus aspectos significativos – quais sejam, seus conceitos – ou à linguagem jurídica ou mesmo às atitudes psicológicas dos atores jurídicos. Estamos nos referindo em especial a correntes filosóficas como o empirismo ou a escola da filosofia analítica.<sup>8</sup>

Por outro lado, a epistemologia da participação se funda no paradigma de acordo com o qual não se pode “observar” o direito, já que ele adquire seu significado em contextos que também definem o observador. Direito não é “natureza”, mas “cultura”, e deve ser reconhecido como tal, situando-se assim sua compreensão prática. A hermenêutica jurídica, sendo uma filosofia contemporânea do direito, favorece tal perspectiva.<sup>9</sup> Tal abordagem também afirma que o sujeito cognoscente está envolvido no tipo de conhecimento

---

8 Cf. GRZEGORCZYK, Christophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel (ed.). *Le positivisme juridique*. Paris: L.G.D.J., 1993.

9 Cf. HERMÉNEUTIQUE et ontologie du droit: numéro thématique de la *Revue de Métaphysique et de Morale*, n. 3, 1990, pp. 311-423 e NERHOT, Patrick. *Law, writing, meaning: an essay in legal hermeneutics*. Edinburgh: Edinburgh University, 1992.

que constrói. Assim, a perspectiva hermenêutica torna possível abandonar o paradigma da observação que domina a epistemologia do direito, forçando-nos a questionar o direito do ponto de vista do conhecimento que um sujeito adquire em certo contexto que, da mesma forma, o define.

De fato, ambas as abordagens não são somente epistemológicas, de modo a formar a totalidade do objeto de seus estudos, mas também estão frequentemente comprometidas com “interesses epistemológicos”. Logo, a epistemologia da observação prega a “neutralidade”, enquanto a epistemologia da participação toma posições necessárias nos níveis sociais e políticos.

A epistemologia do direito também envolve uma interrogação acerca da racionalidade jurídica (ou da racionalidade comprometida com o domínio jurídico). Para a epistemologia do direito, a questão sobre como definir e entender o tipo de racionalidade que melhor se ajusta ao empreendimento jurídico ocupa um lugar de grande importância. Trata-se de uma questão “tradicional” cuja importância para o direito aumenta na nossa cultura moderna, impregnada de visões sobre “cientificidade”, utilidade, efetividade etc. Aqui, a Filosofia do Direito se debruça sobre os possíveis discursos acerca da racionalidade jurídica e, de fato, quando Max Weber define racionalidade jurídica enquanto atividade racional dotada de propósito e faz desse tipo de racionalidade o conceito-chave para o entendimento do direito, ele nos leva a acreditar que provavelmente é um ótimo analista das tendências da sociedade do seu tempo, mas, como filósofo, entende o direito apenas no sentido da racionalização de meios para alcançar certos fins.<sup>10</sup> O sucesso desse discurs-

---

10 WEBER, Max. *Sociologie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988 (WEBER, Max. *On law in economy and society*. Cambridge: Harvard University, 1954).

so sobre a racionalidade nos permite entender porque a Filosofia do Direito é tão interessada em temas relativos à racionalidade e porque isso se relaciona à nossa concepção de modernidade jurídica.

Os movimentos filosóficos que buscam a introdução do conceito de racionalidade comunicativa – como a teoria de Habermas – ou a reavaliação e a sutil mudança da racionalidade conhecida como estética – uma significativa corrente na Filosofia do Direito – são testemunhos desse crescente interesse na temática da racionalidade jurídica.

## 5. A questão do “dever-ser”

O terceiro aspecto examinado pela Filosofia do Direito relaciona-se à questão do “dever-ser” (ou da teleologia) do direito ou da prática jurídica. Em outras palavras, trata-se do estabelecimento do que o direito deve ser, consistindo, mais precisamente, em uma busca pela *lege ferenda* e pela avaliação normativa (ou teleologia) inerente a qualquer temática jurídica. Mesmo sendo essa questão, há muito tempo, confundida com a definição ontológica de direito e com a questão epistemológica relacionada ao conhecimento do direito, parece aconselhável esclarecer sua especificidade, entendendo-a somente como um “dever-ser” no domínio do direito. Se esse “dever-ser” sem dúvida se liga às concepções de “direito natural” em suas múltiplas variantes ou às de “direito ideal” (e mesmo para o positivismo jurídico, se tal inclui uma concepção de obrigação para os indivíduos), é justo concluir que há um benefício significativo na análise dessa tendência em si e por si mesma. Hoje podemos afirmar que a linha divisória localiza-se entre aqueles que buscam uma teoria do direito completa e global, construída a partir da noção de “dever-ser” jurídico, e aqueles que buscam somente referências particulares acerca desse “dever-ser”.

Podemos identificar a primeira perspectiva ao considerarmos o renascimento do pensamento “jusnaturalista”. De fato, percebemos que o direito natural dos antigos, como o dos modernos, realizou feitos extremamente positivos por aproximadamente vinte anos.<sup>11</sup> Além das particularidades de cada visão, tal corrente desenvolveu em conjunto o princípio do “direito-ideia”, o qual pretende explicar a realidade ou a autenticidade do direito. Realmente, tais obras tendem ao desenvolvimento de uma teoria global, tornando possível avaliar e julgar o direito existente. Trata-se historicamente do conceito de “justiça” ou simplesmente do “justo”, utilizado como pedra angular para o desenvolvimento de tais teorias. Muito cedo os modernos privilegiaram conceitos como os de “razão”, “vontade”, “autonomia”, “contrato social” e vários outros, mas, de maneira geral, adotam o paradigma dos direitos subjetivos como medida de seu ideal. Contudo, a última observação nos leva à trilha do caráter essencialmente idealista da formação da ordem social, construída sobre o pilar de um “ideal” destinado a ser realizado.

Em segundo lugar, podemos também examinar o recurso ao princípio de um “dever-ser” jurídico, mas de uma maneira muito mais modesta, como nas várias correntes conhecidas como “crítico-jurídicas”. Aqui não se trata diretamente de uma questão acerca do desenvolvimento de um “direito-ideia”, mas sim de uma tentativa de se supor, mais particularmente e de modo filosófico, a existência de um ideal de direito. Esse “dever-ser ideal” nunca é explicitamente desenvolvido como Filosofia do Direito, mas reside em soluções e métodos considerados mais corretos, racionais, justos, iguais, democráticos etc. Além disso, podemos observar correntes conhecidas como críticas que fazem dessa

---

11 RENAUT, Alain; SOSOE, Lukas. *Philosophie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

avaliação normativa sua *raison d'être*, tal como o movimento do feminismo jurídico e, parcialmente, os movimentos que integram a “escola dos estudos crítico-jurídicos”.

Em vários aspectos, as teorias de direito natural e aquelas nas quais há crítica jurídica são complementares; ambas se caracterizam pelo desejo de mobilizar o “dever-ser” do direito quando relacionado a análises jurídicas factuais ou contextuais.

A questão do “dever-ser-no-direito” é geralmente relacionada ao pensamento acerca do direito enquanto instituição. Trata-se, portanto, de uma questão intimamente relativa àquela sobre o modo de se conhecer a natureza de uma “boa instituição”, tal como é desenvolvida pela Filosofia Política e pela Filosofia Social. Parece-nos que atualmente o grande debate se funda no convencimento pelas nossas instituições, de acordo com entendimentos tanto de “justiça” quanto de “justo” e “bom”. “Comunitaristas” como Sandel e Charles Taylor pregam uma justificação de acordo com a compreensão do que é “bom”, enquanto um pensador liberal como Rawls insiste em uma justificação segundo o entendimento do conceito de “justo”. Talvez o curso de ação mais promissor consista em escolher o melhor de cada uma dessas posições, a exemplo do que a teoria comunicativa de Habermas sutilmente se propõe.

## 6. A questão da Ética e do direito

Se devemos buscar uma constante preocupação na filosofia reflexiva do direito, parece que ela reside no domínio da Ética. Trata-se, portanto, da questão de se entender o direito do ponto de vista do que devemos fazer e dos atos que devemos praticar. Os seguidores do positivismo jurídico não estão inteiramente errados ao associar essa questão às reflexões sobre o “dever-ser” no direito. Tal associação



resulta tanto em uma rejeição de qualquer deliberação ética (Kelsen) quanto na confirmação de alguma normatividade ética mínima sobreposta (Hart). Para o nosso propósito, podemos ver a Ética no “direito” como uma forma filosófica preestabelecida de um “dever-ser” vindo de fora. A Ética, então, apreende a questão do “direito” como uma emanção de sua suposta retidão.

Desde Sócrates tem sido uma constante na Filosofia do Direito insistir nessa questão fundamental: o que deve ser feito? Tal questão é proposta a partir de uma perspectiva que enfatiza tanto os agentes do direito quanto certos modelos de atos normativos. Na verdade, podemos entender a Ética como impositiva de uma justificação racional de nossas escolhas coletivas e individuais. Como atores que agem nos níveis jurídicos e sociais, temos que constantemente justificar nossos atos de maneira racional e esclarecer a finalidade de nosso comportamento. Consequentemente, o problema principal consiste em distinguir direito e Ética. No tocante a tal distinção, há muito vem sendo considerado como critério tradicional a concepção segundo a qual a Ética se refere à consciência ou à interioridade do sujeito enquanto o direito se associa a atos sociais ou à externalização de comportamentos subjetivos. Esse tipo de explicação é cada vez mais criticado e abandonado em favor de vários outros. Mencionemos, em especial, os modelos desenvolvidos por Herbert Hart e Jürgen Habermas.

Em geral, o atual debate na Filosofia do Direito tende a reativar a Ética no direito. Um observador da Filosofia do Direito contemporânea certamente será afetado pelo antagonismo existente entre aqueles que procuram instaurar um discurso fundacionalista acerca dos parâmetros jurídicos e aqueles que se opõem inteiramente a tais tentativas. Por um lado, observamos como o legado do Iluminismo se apresenta em vários projetos filosóficos com o objetivo de

garantir a base final para os parâmetros jurídicos. Trata-se principalmente de várias formas de kantismo jurídico. Por outro lado, notamos a existência de um discurso não fundado em tais parâmetros. Tal discurso adota facilmente a teoria de Habermas sobre a filosofia comunicativa, analisada por nós em outros trabalhos.<sup>12</sup>

Existem, de fato, vários programas filosóficos que oferecem modelos éticos de atos sociais, bem como da função da justiça, da vida boa e muitos outros. Tais modelos são considerados de suma importância para o direito, já que nos dão a oportunidade de abrir nossas mentes para os vários horizontes culturais do direito, que podem ser, em muitos aspectos, tão distintos dos nossos.

Os campos do Direito e da Ética são matéria de inúmeros debates. Os problemas éticos concernentes à humanidade têm sempre efeitos diretos no campo do direito. Pensemos apenas na bioética, no aborto, no suicídio assistido, na ecologia etc.

---

12 MELKEVIK, Bjarne. Le modèle communicationnel en science juridique: Habermas et le droit. In: *Les Cahiers de Droit*, v. 31, n. 3, pp. 901-915, 1990, MELKEVIK, Bjarne. Transformation du droit: le point de vue du modèle communicationnel. In: *Les Cahiers de Droit*, v. 33, n. 1, pp. 115-139, 1992 (reimpresso em BELLEY, Jean-Guy; ISSALYS, Pierre (orgs.). *Aux frontières du juridique: études interdisciplinaires sur les transformations du droit*. Québec: Geptud/Université Laval, pp. 111-135, 1993 e MELKEVIK, Bjarne. Habermas et l'état du droit: le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'état de droit contemporain. In: BOULAD-AYOUB, J.; ROBERT, P.; MELKEVIK, B. (orgs.). *L'amour des lois: la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, pp. 371-387, 1996. Esses três trabalhos foram republicados em MELKEVIK, Bjarne. *Horizons de la philosophie du droit*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, pp. 93-150, 2004.

## 7. Conclusão

A Filosofia do Direito contemporânea confirma o interesse inicial pelo conceito de direito. Trabalhos cruciais de Kelsen (*Teoria Pura do Direito*), Hart (*O Conceito de Direito*) e Dworkin (*Levando os Direitos a Sério*) apenas retomam os problemas relacionados ao conceito de direito e tentam dar respostas coerentes. Não obstante, se devemos sublinhar uma tendência, podemos afirmar que o cenário atual dá mais e mais peso a um pensamento normativo relacionado a outras disciplinas, tais como as Ciências Sociais, a Política ou a Antropologia. Ao nosso ver, o fato de que os resultados das ponderações filosóficas sobre o direito sejam colocadas à prova denotam, uma vez validados, sinais de vitalidade nesse campo da reflexão.

Mencionamos que a Filosofia do Direito permanece como um campo aberto, oferecendo várias possibilidades e afetando tanto a presente quanto a futura cultura jurídica de nossa sociedade moderna. Agora especificaremos o alcance do conceito de direito conforme esclarecido por uma moderna (ou modernista) Filosofia do Direito. Tal projeto filosófico direciona-se a culturas jurídicas características de sociedades que fizeram do direito moderno o horizonte de suas escolhas e ações. De fato, o desejado fim é renovar e enriquecer tais culturas. Podemos dizer, parafraseando Habermas, que a Filosofia do Direito busca “localizar e preservar os lugares” que são potencialmente ocupados pelas práticas jurídicas e teóricas dessa cultura, própria do inacabado projeto jurídico moderno.

Finalmente, podemos também salientar os aspectos políticos e filosóficos da Filosofia do Direito. Enfatizaremos primeiramente o senso de responsabilidade requerido de

qualquer pessoa que lide com a Filosofia do Direito, a qual representa uma extensão e um enriquecimento da cultura jurídica. Seu significado, bem como seu papel, consiste em abrir novos horizontes para nossa cultura. Como o direito é dedicado a lidar com a cultura jurídica, ele é conectado a um campo de vida social e humana da maior importância para todos nós. Todo filósofo do direito deve, portanto, avaliar as implicações éticas que emanam de seu trabalho, dado que opções e escolhas são inevitáveis.

O filósofo do direito tem responsabilidades no que tange à sociedade. Assim, ele deve dar ouvidos à sociedade e aos indivíduos que a compõem. Injustiças, opressão, exclusão, entre outras práticas, permanecem sempre presentes nas nossas sociedades modernas e o cenário internacional parece sombrio. Fazer Filosofia do Direito é também um compromisso: um compromisso com o direito e pelo ajuste de nossas disputas por meio de uma legislação moderna e democrática.

Nesse sentido, a Filosofia do Direito é caracterizada mais pelos novos horizontes que abre e pelas possibilidades que contempla do que pelo seu passado, por mais que este seja glorioso.

## Referências

AMSELEK, Paul. Le droit dans les esprits. In: AMSELEK, P.; GRZEGORCZYK, C. *Controverses autour de l'ontologie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, pp. 27-49, 1989.

AMSELEK, Paul; MACCORMICK, Neil. *Controversies about law's ontology*. Edinburgh: Edinburgh University, 1991.

ARNAUD, André-Jean; GUIBENTIF, Pierre Guibentif

(orgs.). *Niklas Luhmann observateur du droit*. Paris: L.G.D.J., 1993.

BELLEY, Jean-Guy; ISSALYS, Pierre (orgs.). *Aux frontières du juridique: études interdisciplinaires sur les transformations du droit*. Québec: Geptud/Université Laval, 1993.

GRZEGORCZYK, Cristophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel (ed.). *Le positivisme juridique*. Paris: L.G.D.J., 1993.

HART, Herbert Lioneus Adolphus. *Le concept de droit*. Bruxelles: F.U.S.L., 1976.

HART, Herbert Lioneus Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994.

HART, Herbert Lioneus Adolphus. *The concept of law*. Oxford: Oxford University, 1961.

HERMÉNEUTIQUE et ontologie du droit: numéro thématique de la *Revue de Métaphysique et de Morale*, n. 3, 1990.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Berlin/New York: Springer, 1986.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *Pour une théorie institutionnelle du droit: nouvelles approches du positivisme juridique*. Paris: L.G.D.J., 1992.

MELKEVIK, Bjarne. *Considérations juridico-philosophiques*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2005.

MELKEVIK, Bjarne. Habermas et l'état du droit: le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'état de droit contemporain. In: BOULAD-AYOUB, J.; ROBERT, P.; MELKEVIK, B. (orgs.). *L'amour des lois: la crise*

de la loi moderne dans les sociétés démocratiques. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1996.

MELKEVIK, Bjarne. *Horizons de la philosophie du droit*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2004.

MELKEVIK, Bjarne. Le modèle communicationnel en science juridique: Habermas et le droit. In: *Les Cahiers de Droit*, v. 31, n. 3, 1990.

MELKEVIK, Bjarne. *Rawls ou Habermas: une question de philosophie du droit*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2002.

MELKEVIK, Bjarne. *Tolérance et modernité juridique*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2006.

MELKEVIK, Bjarne. Transformation du droit: le point de vue du modèle communicationnel. In: *Les Cahiers de Droit*, v. 33, n. 1, 1992.

NERHOT, Patrick. *Law, writing, meaning: an Essay in legal hermeneutics*. Edinburgh: Edinburgh University, 1992.

RENAUT, Alain; SOSOE, Lukas. *Philosophie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

ROSS, Alf. *On law and justice*. London: Stevens and Sons, 1958.

TEUBNER, Gunther. *Law as an autopoietic system*. London: Blackwell, 1993.

TEUBNER, Gunther. *Le droit, un système autopoïétique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

VILLEY, Michel. Le droit dans les choses In: AMSELEK, P.; GRZEGORCZYK, C. *Controverses autour de l'ontologie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, pp. 11-26, 1989.

WEBER, Max. *On law in economy and society*. Cambridge: Harvard University, 1954.

WEBER, Max. *Sociologie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

---

*Recebido em 21/12/2011.*

*Aprovado em 28/12/2011.*

