O DIREITO – ANÁLISE ONTOLÓGICA

Adelcio Machado dos Santos[1]
Gabriela Lopes Besen[2]
Daniel Tenconi[3]
Mário Luiz Cachinsky[4]
Ivonete Moreira

Recebido em 28/08/2020
Aceito em 12/11/2020

RESUMO
De forma cronológica e logicamente, entende-se que o Direito surge quando o indivíduo vive em sociedade, estabelecendo regras de vivência. Com o artigo pretende-se contextualizar o direito na vida e no ambiente. Por tanto, considera-se que o Direito é um elemento estruturador da sociedade, tendo relevo especial na dinâmica social, uma vez que procura regulamentar o código de ações e comportamentos em relação à vida em sociedade e a relação com o meio ambiente, para que a vida entre os indivíduos funcione de forma adequada. Destarte, o Direito só é considerado relevante quando o indivíduo integrado na sociedade tem um caso que precisa ser resolvido. Portanto, para defini-lo, o contato entre a vida e o Direito é fundamental. Esse contato surge nos casos e nos problemas que necessitam serem resolvidos por terceiros, como juízes, articuladores, conciliadores, entre outros. Em epítome, o Direito consiste na aplicação em casos concretos.
PALAVRAS-CHAVES: Direito; Conceituação; Sociedade; Cidadãos.

THE RIGHT - ONTOLOGICAL ANALYSIS

ABSTRACT
Chronologically and logically, it is understood that the Law arises when the individual lives in society, establishing rules of living. The article aims to contextualize the law in life and the environment. Therefore, it is considered that the Law is a structuring element of society, with special emphasis on social dynamics, since it seeks to regulate the code of actions and behaviors in relation to life in society and the relationship with the environment, so that life among individuals functions properly. Therefore, the Law is only considered relevant when the individual integrated in society has a case that needs to be solved. Therefore, to define it, the contact between life and the Right is fundamental. This contact arises in cases and problems that need to be solved by third parties, such as judges, articulators, conciliators, among others. In epitome, the Law consists in the application in concrete cases.
Key-words: Law; Concept; Society; Citizens.

[1] Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento pela UFSC. Docente e Pesquisador nos Programas de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Desenvolvimento e Sociedade e em Educação da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP). Endereço: Rua Prof. Egídio Ferreira, nº 271, Apto. 303. Capoeiras/Florianópolis/SC/Brasil. E-mail: adelciomachado@gmail.com
[2] Advogada. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade da UNIARP.
[3] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade da UNIARP.
[4] Advogado. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Desenvolvimento e Sociedade da UNIARP. Docente na Área Jurídica da Educação da UNIARP.

INTRODUÇÃO

Para o cidadão não existe interesse em saber a ontologia do Direito, exceto quando, pontualmente, necessita dele na vida. Enquanto não surge uma demanda na vida do cidadão, não existe a procura pelo Direito, apenas uma potência de Direito.

Devido a isso, o Direito que é, é aquele que resulta dos critérios e da decisão aplicada aos casos e problemas surgidos na sociedade. A lei ou o costume são apenas Direito que pode ser.

O Direito é só aquele que no caso concreto nos venha a ser definido pelo órgão competente (CONSANI, 2018). A lei apenas permite vaticinar um resultado. Só é Direito quando aplicado. O "Direito que é" é o conjunto de regras de decisão prática e seus resultados.

Essas decisões são tomadas em grau soberanamente mais acentuado pela atividade de jurisprudência como Universidades, Sociedades Comerciais, Clubes Desportivos, entre outros, e o confronto do indivíduo na vida com o Direito não se dá somente nos tribunais (CONSANI, 2018).

Aliás, pode-se afirmar que o Direito na maior parte das vezes se opera, por exemplo, na repartição de finanças, quando um funcionário toma uma decisão, quando um policial decide ou não aplicar uma multa de trânsito, na Universidade quando, por exemplo, o Reitor define um regime de transição de ano, entre outras situações. Existem assim várias entidades criadoras e aplicadoras de Direito em uma Sociedade, que vão desde os Juízes aos funcionários públicos e aos órgãos legítimos das instituições autorreguladas (FARIA, 2004).

Para Lask apud Luisi (1993) o direito é uma realidade cultural, referida aos valores. Deste conceito deriva a possibilidade de uma dupla consideração do direito: científica e tecnológica.

A consideração científica pode adquirir três aspectos: a Jurisprudência ou Ciência do Direito, a Doutrina Social do Direito e a História do Direito. Já Radbruch apud Luisi (1993), afirma que o direito é um dado cultural, igualmente uma realidade referida a valores.

Nada mais é do que a ideia de justiça. "o direito é aquele complexo de normas gerais tendo por objetivo a vida de relações, ou seja, a vida social" (Radbruch apud Luisi, 1993, p. 49).

A camada básica do conceito de Direito é "O direito que é". Direito é o critério, resultado das decisões dos juízes, articuladores, conciliadores, entre outros que atuam em órgãos de administração pública e órgãos das instituições autorreguláveis nos casos concretos.

As regras e as decisões dos casos concretos, no entanto, têm que recorrer a uma validade fundamentante, senão não se está perante o Direito, mas sim perante o arbítrio puro.

A validade fundamentante será constituída pelo sistema jurídico aberto e seu "castelo"

normativo-dogmático pelas Leis, precedentes judiciários, costumes, doutrina e demais elementos normativos formais.

Frente ao exposto, pretende-se contextualizar o direito na vida e no ambiente.

DESENVOLVIMENTO

Os cidadãos tendem a conceituar o direito a partir do senso comum, que o Direito é um conjunto de normas e regras escritas, que garante o poder de decisão, e que cabe ao Estado garantir o cumprimento (COSTA, 2001).

A Constituição Federal de 1988, garante aos cidadãos brasileiros, no seu Art. 5°, inciso II, que no sistema legal vigente "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988).

Adentra-se desse modo no universo dos fatos sociais e como os atores sociais transitam na sociedade, nascem os problemas decorrentes da interação social e cabe ao Direito a identificação, reconhecimento e resolução, concedendo aos cidadãos substrato para o reinício (CAVALHEIRO; MENDES, 2020).

Pondera-se que existam três estratos que constituem o conceito de Direito. O primeiro - que representa o Direito - é a decisão do caso concreto. O primeiro estrato também garante que ninguém sofrerá julgamentos arbitrários, respeitando-se assim a Carta Magna Constitucional. O segundo estrato é aquele a que o órgão decisório pode recorrer para fundamentar sua decisão; Lei, Costume, etc. O terceiro estrato espelha-se no Direito que deve ser aquele em que a decisão aponte soluções práticas aos problemas recorrentes.

Destarte, que o Direito garante que as sentenças judiciais sejam emitidas por critérios jurídicos, e que eventuais questionamentos sejam eliminados. O Direito cumpre o papel de promover a autonomia de direitos e institutos regulados em base legal (COSTA, 2001; CAVALHEIRO; MENDES, 2020).

Para se passar do primeiro ao segundo estrato, não se aplicará o tradicional silogismo subjuntivo, pelo contrário, habitualmente perante um caso o decisor instrui a decisão a ser tomada, ou pelo menos os critérios e premissas necessários a essa decisão e então seleciona a fundamentação formal a ser aplicada. Portanto faz-se necessário uma conclusão final a partir de premissas verdadeiras e pertinentes (ANGIONI, 2012).

No imo, o decisor buscará um instrumento eficaz para o resultado pretendido.

O primeiro estrato o juiz pautará sua decisão analisando aspectos racionais apresentados pelas provas anexadas ao processo, garantindo a verdade das premissas e a decisão judicial.

O segundo estrato formal e positivo pode ser chamado de "o direito que pode ser". Representa o âmbito do mundo natural, relativo ao certo/errado, verdadeiro/falso, etc. Quando esses não respondem ao âmago da questão devem ser imediatamente eliminados (PAULITSCH, 2012; ANGIONO, 2012).

O terceiro estrato constitutivo do conceito do Direito poderá ser apontado como "o Direito que deve ser". Este conceito de "Direito que deve ser", expressa um Direito justo ou assente em valores. Assim a norma jurídica imputa a decisão de determinada conduta, que cabe ser aplicada (PAULITSCH, 2012).

Neste caso, o Direito que assentaria na natureza das coisas, que se conhece por demonstração e que se infere como verdade (ANGIONO, 2012).

Assentar o Direito numa ordem de valores é estimulante, apesar de existirem inúmeras dificuldades e interrogações que acompanham esta tese, aparentemente sedutora quer por facilidade das soluções, quer pela ética que incorpora no Direito.

De acordo com ELY (1995, p. 72),

> [...] não existe uma única resposta acerca de quem define os valores e quais são aqueles que deveriam ser mantidos e prosseguidos. O valor pode ser só uma expressão individual de gosto ou uma pura e arbitrária criação do indivíduo.

Naturalmente que estas teorias psicológicas dos valores se opõem às teorias realistas, que acreditam que os valores são coisas reais e objetivas (CASTAÑON, 2007). O valor da vida, por exemplo, pode ser considerado tendencialmente universal, a partir do qual se possam deduzir os apropriados conceitos e critérios de decisão jurídica.

Em princípio, ninguém discutirá que o valor da vida é absoluto, universal ou inabalável (BARBOSA, 2018). Tendo em vista sua aplicação jurídica em vários problemas, pode-se dizer que o primeiro deles que surge é em relação ao aborto.

Há quem defenda o aborto, entendendo que a vida só começa com o nascimento completo do concepto/embrião/feto e com vida, por isso o ato em si não altera o valor da vida. Por outro lado, quem é contrário ao aborto defende que a vida começa com a concepção. Assim, quem defende o aborto é contra o valor da vida.

Vê-se já que o valor da vida acaba por ser irrelevante para a questão. Já que ambas as posições pró e contra o aborto não se opõem em causa da vida, apenas dão-lhe construção, conteúdos e interpretações diferentes. Não se sabem os seus limites, nem quando começa.

Frente ao exposto, conclui-se facilmente que não é possível radicalizar as decisões jurídicas em valores. Apoiada no formalismo normativista, as decisões judiciais garantem a natureza técnica do Direito (BISOL, 2004). Estas são demasiadas fluídas e plurais para servir de base a qualquer decisão.

As valorações dominantes sofrem mutações e manipulações. Poder-se-á, mesmo em certas circunstâncias, nem saber quais são as ideias dominantes. Nestes casos, o aplicador do Direito terá que decidir com as suas ideias pessoais de justiça (BISOL, 2004). O que fecha o círculo levando ao Direito que é.

A existência de uma pluralidade de valores é garantia em uma sociedade livre e democrática, não se devendo impor um único valor ou hierarquia absoluta deles.

Nesta perspectiva, cumpre efetuar um cuidado balanço e reapreciação constante dos valores justos e injustos, a aplicar aceitando um pluralismo em constante reapreciação, o que remete também a consideração dos valores que tornam o Direito para o aplicador (PEREIRA, 2004).

Portanto, em última análise, a consideração dos valores relevantes ao Direito acaba sempre por remeter para o decisor, para o aplicador concreto do Direito.

Isto culmina na ideia de que o Direito resulta da decisão do Juiz (ou decisores), tornando-se por isso os valores irrelevantes para o conceito de Direito, apenas relevando para a compreensão da dinâmica do Direito e eventualmente dos valores subjetivos subjacentes às decisões (BISOL, 2004).

O Direito Ambiental estuda os problemas ambientais e suas interligações com o homem, objetivando a proteção do meio ambiente para a melhoria das condições de vida como um todo e a garantia da qualidade de vida para todos.

O Direito Ambiental é importantíssimo para a garantia da qualidade de vida da sociedade, sendo ao mesmo tempo uma garantia de preservação das demais formas de vida, bem como dos recursos florestais, hídricos e minerais de nosso país (SILVEIRA, 2013).

É correto afirmar que o direito não deverá agir de maneira descompromissada com a degradação do meio ambiente, mantendo-se como ineficaz remédio para os delitos contra a natureza e sim como poderoso mecanismo da prevenção desses males.

Acima de qualquer debate acerca da essência do Direito, deve-se voltar para a preservação do que é parte do mundo natural (SILVEIRA, 2013).

Pode-se divisar a formação de uma escola natural de pensamento filosófico, em face da própria necessidade de o homem reaproximar-se de uma harmônica interação com a natureza. Afinal, o meio ambiente pertence a todos. É nele que está presente o item essencial a uma qualidade de vida saudável. Logo, toda a sociedade possui o direito de ter um meio ambiente equilibrado, propício à vida descente.

O direito ao meio ambiente saudável é garantido na Constituição Federal de 1988 e nas resoluções administrativas editadas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) órgão do Ministério do Meio Ambiente (BRASIL, 1988). O dano ambiental pode ser compreendido como qualquer lesão aos recursos ambientais, causando a degradação e, consequentemente, o desequilíbrio

ecológico. Caracteriza-se pela pluralidade de vítimas.

No Art. 225, inciso IV, da Constituição Federal, o Poder Público, para garantir o meio ambiente equilibrado e sadio, deve exigir estudo prévio de impacto ambiental para obras ou atividades causadoras de significativa degradação do meio ambiente, ao que deverá dar publicidade; ou seja, tornar disponível e público o estudo e o resultado, o que implica na obrigação ao fornecimento de informação ambiental (BRASIL, 1988).

A discussão acerca do meio ambiente não se resume a uma tarefa da Ecologia, ou, na área jurídica, do Direito Ambiental. Repensar as atitudes humanas frente ao meio ambiente perpassa, necessariamente, por uma atitude de "recriação" da leitura que se possui acerca da natureza.

O direito ao meio ambiente é individual, entretanto o meio ambiente é um bem coletivo e imensurável. Questionamentos em relação aos direitos de natureza transindividual dificultam o direito ambiental no país e uma indeterminação normativa relativa a estas questões. Paradigmas jurídicos fundamentados inadequadamente dificultam a tomada de decisão pelo jurista, em equacionar questões relativas à preservação do meio ambiente e a aplicação de penalidades aos que se opõem ao direito ambiental (BISOL, 2004).

Para Kant, a lei é justa se tiver um fundamento na consciência do dever. A consciência do dever é o fundamento de tudo, inclusive da própria liberdade ao direito (KLEIN, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para saber se esta ação é justa ou não, deve-se responder à seguinte pergunta: Você ficaria satisfeito em viver num suposto mundo em que a máxima da sua conduta se tornasse uma lei necessária (que não tem exceções)?

Se você gostaria de viver nesse mundo, então você deveria começar dando o exemplo, ou seja, você deveria agir assim. Isso é a consciência do dever.

Tome-se à guisa de exemplo: você viu aquele garoto que ultrapassou o sinal vermelho ali na esquina e quase provocou uma colisão?

Você gostaria de viver num mundo onde todos, sem exceção, desrespeitassem os sinais de trânsito? Pois então, todos vocês devem respeitar os sinais de trânsito: essa é a consciência do dever.

É uma consciência que nasce na razão pura. Esta consciência do dever nasce na própria razão, independente de outras influências. É fruto, portanto, da própria autonomia. E, além do mais, tem-se a consciência de que se deve respeitar, porque sabe que poderia não respeitar.

Kant diria: deves, portanto podes (KLEIN, 2014). Se a liberdade nasce da consciência do dever, como nem todos obedeceriam à consciência do dever, desse modo surge o Estado Civil, que faz

as leis, para obrigar que cada um cumpra o seu dever, caso contrário, podem e devem ser punidos.

O Estado Civil é a garantia da liberdade individual externa.

O fato de os indivíduos serem controlados pelo estado para não impedirem o exercício da liberdade de todos os outros, é o que Kant chama de heteronomia, isto é, o fato de ser controlado pelos outros, externamente (KLEIN, 2014). A guisa de exemplo, o garoto que poderia ter sido multado, caso a polícia não estivesse ocupada com o menor que teria cometido um furto.

É justa aquela lei que respeita a consciência do dever que nasce na razão pura, sem interferências externas, portanto a lei é fruto da própria autonomia.

A interpretação no Direito exerce uma função importantíssima, de modo que se torna um universo de estudo inesgotável, pois, como é de praxe relatar, a hermenêutica jurídica extrapola a visão metódica de outros tempos e açambarca a multidisciplinariedade do nosso tempo.

Por conseguinte, solicita ao intérprete (juízes, articuladores, conciliadores, entre outros) das leis, conhecimento do conteúdo jurídico, interpretação, precisão e domínio da aplicabilidade das leis.

Todos os cidadãos devem tomar conhecimento do cumprimento das leis, a partir deste movimento podem incorporar a disposição para melhorar o sistema jurídico do país, partindo da premissa que permeia a vida em sociedade, pautando-se na moral e na ética.

REFERÊNCIAS

ANGIONO, L. Os seis requisitos das premissas da demonstração científica em Aristóteles (segundo Analíticos I 2). **Manuscrito – Rev. Int. Fil.,** Campinas, v. 35, n. 1, p. 7-60, jan./jun. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/man/v35n1/a01.pdf. Acesso em: 04 jul. 2020.

BARBOSA, G. **A vida como direito humano:** sua positivação relacionada com o direito de morrer com dignidade. Teresina, 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/63960/a-vida-como-direito-humano. Acesso em: 4 jul. 2020.

BISOL, Jair. **O vazio e o inacabado da lei:** para uma teoria fragmentária do direito. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

CASTAÑON, G. A. Psicologia humanista: a história de um dilema epistemológico. **Memorandum**, Ribeirão Preto, v. 12, p. 105-124, 2007. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~memorandum/a12/castanon01.htm. Acesso em: 27 ago. 2020.

CAVALHEIRO, A. C.; MENDES, M. B. Ordenamento jurídico como ordem social aos olhos

de Paolo Grossi. *In*. TARUFI, J. M.; GIBRAN, S. M. **Coleção**: "UNICURITIBA pesquisando direito". Curitiba: Centro Universitário Curitiba, 2013. p. 51-82. Coletânea 4.

CONSANI, C. F. O conceito de vontade na filosofia política de Rousseau e Condorcet. **Trans / Form / Ação**, Marília, v. 41, n. 1, mar. 2018, p. 99-140. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/trans/v41n1/0101-3173-trans-41-01-0099.pdf. Acesso em: 04 jul. 2020.

COSTA, A. A. **Introdução ao Direito:** uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Fabris, 2001.

ELY, J. H. **Democracy and distrust:** a theory of judicial review. 11. imp. Cambridge and London: Harvard University Press, 1995.

FARIA, J. E. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estud. av.**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, ago. 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a06v1851.pdf. Acesso em: 4 jul. 2020.

KLEIN, J. Uma relação entre ética e direito na filosofia política de Kant. **Manuscrito**, Campinas, v. 37, n. 1, p. 161-210, jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-60452014000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 4 de jul. de 2020.

LUISI, L. **Filosofia do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

PAULITSGH, N. S. O direito e a ciência do pensamento de Hans Kelsen. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 2012. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-96/o-direito-e-a-ciencia-no-pensamento-de-hans-kelsen]/ Acesso em: 27 ago. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e notadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

SILVEIRA, C. E. M. da (org.). **Princípios do direito ambiental**: articulações teóricas e aplicações práticas. Caxias do Sul: Educs, 2013.