

**O DIREITO É ARTE, CIÊNCIA OU PRUDÊNCIA?  
UMA INVESTIGAÇÃO ONTOLÓGICA NA HISTÓRIA DO  
PENSAMENTO JURÍDICO OCIDENTAL**

*IS LAW ART, SCIENCE OR PRUDENCE?  
AN ONTOLOGICAL INVESTIGATION IN THE HISTORY OF  
WESTERN LEGAL THOUGHT*

**Daniel Damasceno<sup>1</sup>**

**Resumo:** Este trabalho investiga o estatuto ontológico da prática judicial dentro do contexto histórico da Antiguidade e do Medievo. A partir da modernidade, a diferenciação clássica entre arte, ciência e prudência foi perdida, de modo que as ciências naturais passaram à posição de representantes autênticas do método científico. Para não perder o seu prestígio científico, as ciências humanas foram forçadas a adotar os métodos próprios daquelas, o que tem gerado confusão acerca da complexa natureza do direito. Por meio da revisão de literatura dos autores clássicos e medievais, mediante o emprego do método histórico-dialético, conclui-se que, no passado, o direito era, sobretudo, uma prudência, porque esta categoria da razão prática é mais próxima à realidade que as leis e as decisões judiciais abarcam.

**Palavras-chave:** Filosofia do direito. Ontologia jurídica. Ciência moderna. Prudência judicial.

**Abstract:** This work investigates the ontological status of judicial practice within the historical context of Antiquity and the Middle Ages. From modernity, the classical differentiation between art, science and prudence was lost, so that the natural sciences passed to the position of authentic representatives of the scientific method. In order not to lose their scientific prestige, the human sciences have been forced to adopt their own methods, which has generated confusion about the complex nature of law. Through the literature review of classical and medieval authors, with the use of the historical-dialectical method, it is concluded that, in the past, the law was, above all, a prudence, because this category of practical reason is closer to the reality that laws and judicial decisions encompass.

**Keywords:** Philosophy of law. Legal ontology. Modern science. Judicial prudence.

---

<sup>1</sup> Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pesquisador do Grupo de Estudos em Filosofia do Direito - Díkaion (CNPq), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC).

## Introdução

Em um artigo publicado na *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Renato José de Moraes<sup>2</sup> (2017, p. 107) conclui que o direito é uma técnica, porque voltado para a produção de uma sentença, cujo objeto é exterior ao agente. Essa conclusão estaria supostamente fundada na tradição clássica, que diferencia ciência, prudência e técnica, referindo-se constantemente ao direito como “arte” – cuja manifestação está na técnica.

Afinal, o que é o direito, para que ele serve? Abriu-se uma discussão entre filósofos e juristas sobre a finalidade do direito na modernidade, desde Francis Bacon e Thomas Hobbes. As respostas são as mais variadas: desde a manutenção da ordem social até a estabilidade do sistema pela segurança jurídica. Mas, para quê? Como identificar o seu fim? Essa questão fundamental foi relegada ao segundo plano pelos juristas atuais, preocupados na possibilidade de o direito ser ou não uma ciência, em sentido moderno, a partir da aplicação de um método para interpretar as leis, estudar as relações de poder, decifrar a linguagem jurídica etc.

Embora essas perguntas possam supor a adoção de uma postura metafísica em que as formas de conhecimento existentes estão todas concentradas no próprio objeto de análise mediante a fixação de uma essência (verdade como correspondência), a posição epistemológica contrária – de que a natureza é dinâmica e relativa, cognoscível só pelas ideias – causa um vazio ontológico que exclui do direito a ressonância da objetividade, capaz de refletir acerca dos meios hábeis para compreender plenamente a prática judicial.

Para além de qualquer criação de “tipos ideais”, esta pesquisa investiga o conteúdo do direito independentemente das formas de manifestação cultural do fenômeno jurídico. A ontologia analisa o ser autêntico a partir de uma observação filosófica na qual o objeto é confrontado com as representações subjetivas criadas pelos observadores. Decerto, o fato de o ser humano viver em uma comunidade específica faz com que o direito tenha múltiplas manifestações, como produto social e mutável que é. Contudo, isso não impossibilita uma reflexão teórica acerca do que há de universal nele, comum a todas as suas particularidades.

Estabelecidas essas premissas, a presente investigação parte da coleta de dados bibliográficos da história do pensamento jurídico ocidental e aplica o método histórico-dialético às fontes selecionadas sobre o tema, confrontando as opiniões comuns dos filósofos clássicos e medievais para desvendar como se compreendia a prática do direito antigamente, em especial Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino. Na primeira seção, será exposta a classificação das

---

<sup>2</sup> Esse texto foi publicado em uma nova versão corrigida e atualizada, mas que não alterou os fundamentos das suas conclusões (MORAES, 2021).

ciências pré-modernas, conforme a descrição aristotélica desenvolvida pela escolástica. Em seguida, será investigado o conceito moderno de ciência, para, só depois, arrematar qual a ontologia do direito, segundo os ensinamentos dos antepassados.

## 1. A classificação das ciências: *theoría*, *práxis* e *poíesis*

Consoante Aristóteles (*Metafísica*, VI, 1, 1025b 25), de três maneiras podemos classificar um saber: “todo conhecimento racional é ou prático, ou produtivo, ou teórico.” O princípio do primeiro está no agente, isto é, na vontade, porquanto coincidem o objeto da ação prática e o da volição. O do segundo está naquele que produz, seja no intelecto, na arte ou noutra faculdade, ocupado de uma atividade exterior. O do último reside no próprio objeto, constante nas suas partes e propriedades, causas e efeitos.

Dividem-se, por conseguinte, em: i) *ciências teóricas* (especulativas), orientadas a contemplar a ordem do universo para o conhecimento da verdade; ii) *ciências práticas* (operativas), dirigidas a imprimir ordem ao agir imanente no sujeito; e iii) *ciências técnicas* (produtivas), com vistas a determinar a forma da matéria pela obra externa. As primeiras estão no âmbito da *theoría*, daquilo que não depende da vontade humana, pois se comporta sempre da mesma maneira, em razão da própria natureza das coisas; as segundas no plano da *práxis*, daquilo que atua de modo específico, pois ordenado à perfeição da vida humana; as terceiras no campo da *poíesis*, daquilo que pode ter formas variáveis, produto do engenho humano.

Sumariamente, um conhecimento pode ser qualificado em um desses grupos a partir de três critérios<sup>3</sup>: quando o seu *objeto* é uma contemplação, uma ação ou uma construção; o seu *fim* extrínseco é a Verdade, a Bondade ou a Beleza; e o seu *modo* de proceder é a especulação, a ordenação ou a fabricação até a sua realização mais exitosa, ancorada em princípios teóricos

---

<sup>3</sup> Segundo Tomás de Aquino, de três maneiras podemos distinguir as ciências: quanto ao *objeto*, ao *modo* e ao *fim*. 1) Se o *objeto* do ato de conhecer é algo dado ao homem, sobre o que não se pode operar sem transformá-lo ou destruí-lo, esse conhecimento resultará pura e simplesmente especulativo, tal como é o das matemáticas ou da biologia. Ao revés, se o ato de conhecer recair sobre uma realidade operável, realizada pelo homem através de alguma atividade humana, poderá pertencer em princípio ao âmbito do conhecimento prático ou operativo, ainda que de modo não necessário. 2) Se o *modo* de conhecer é pela aplicação de uma forma à matéria, cujos acidentes estão sujeitos ao factível ou à deliberação, este é praticável. Já se se conhece pela resolução do composto aos princípios formais universais, na consideração dos universais e das substâncias, este conhecimento procede de modo especulativo. 3) Se o seu *fim* é a verdade em absoluto, é especulativo; enquanto o do intelecto prático é o resultado da operação. Daí se segue que para a configuração do carácter prático de um conhecimento, é necessário não só que se refere a um objeto realizável ou operável, senão, ademais, que esse conhecer tenha o fim de regular a ação humana até algum bem ou perfeição, seja em ato, seja em potência (MASSINI CORREAS, 2005, p. 422-423).

ou práticos e direcionada a imperativos concretos ou abstratos. Em última análise, o objeto formal e materialmente operável, mais do que os fins, é o que vai determinar se um saber é teórico ou prático (MASSINI CORREAS, 2006, p. 165). Eis o esquema tradicional:

**Quadro 1 – Classificação das ciências segundo seus objetos e espécies**

| CIÊNCIAS                         | OBJETO                          | ESPÉCIES                        |
|----------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|
| <i>Teóricas ou especulativas</i> | Contemplação ( <i>theoría</i> ) | Metafísica, Matemática e Física |
| <i>Práticas ou operativas</i>    | Ação ( <i>práxis</i> )          | Ética, Economia e Política      |
| <i>Técnicas ou produtivas</i>    | Produção ( <i>poíesis</i> )     | Arte Poética e Retórica         |

A classificação aristotélica permite distinguir diversas acepções do vocábulo “ciência”, que é usado em pelo menos dois sentidos diferentes. Em sentido amplo, significa o conhecimento certo, perfeito e atual pelas causas (*cognitio certa per causas*); ou seja, sempre que estivermos diante de um saber que chegue às mesmas causas dos fenômenos ou às razões que o demostrem, temos um conhecimento científico. Em sentido estrito, a palavra “ciência” é empregada referindo-se apenas às ciências teóricas ou puras, as quais tem por objeto o necessário e o universal, como a filosofia, física e matemática<sup>4</sup> (MONTORO, 1999, p. 73-75).

Dito isso, questiona-se se apenas a metafísica, a lógica, a matemática e os saberes assimilados seriam ciência? É possível ter ciência do que se gera e se corrompe, é dizer, do contingente, desde que não o investigue enquanto singular, geral e corruptível, mas em função de suas razões universais, que são necessárias. Em outras palavras, para que um conhecimento orientado à contingência possa revestir-se de caráter científico é preciso que se refira ao que há de necessário e universal dentro do todo singular e mutável do seu campo do saber (MASSINI CORREAS, 2006, p. 106).

É nesta acepção que ciência se opõe à arte – dirigida à produção de coisas externas ao produtor – e às ciências práticas – orientada à atividade humana propriamente dita, indicando a ação interna do agente. A arte, diferentemente da ciência, ordena racionalmente as operações do homem sobre certa matéria, para adaptá-la da melhor forma a fim de cumprir determinada utilidade<sup>5</sup> (CALDERÓN, 2011, p. 82). Portanto, diverge das ciências práticas em sentido estrito

<sup>4</sup> Em sentido estritíssimo, Augusto Comte exclui a metafísica e a filosofia do saber científico, deixando apenas às ciências naturais e formais esse rótulo.

<sup>5</sup> A diferença essencial entre arte e ciência é que estas consideram a ordem das coisas por natureza, enquanto aquelas imprimem determinada ordem nas coisas que estão naturalmente abertas a serem ordenadas. Assim entendidas, as ciências propriamente ditas ou em sentido estrito são apenas aquelas puramente especulativas, que a razão simplesmente considera a ordem natural e não cria nem finge ordenar nada. Mas, quando uma disciplina ultimamente dirigida à ordem considera seus assuntos apenas em geral, ainda não se pode dizer que seja uma arte, vez que a ordem só pode ser aplicada na matéria específica. Daí que estas disciplinas se chamam ciência em um sentido mais amplo, como no caso da ética (ou moral), que, ordenando os atos humanos em sua universalidade, é

quanto a sua ordenação à nível particular ou universal, respectivamente, e a sua finalidade, que pode ser a beleza ou a utilidade, mas não o bem moral ou a verdade<sup>6</sup> (MONTORO, 1999, p. 74-76; SCHERER, 2018, p. 31-33).

Não parece haver grandes dificuldades em aplicar o quadro aristotélico das ciências aos campos científicos modernos. Embora seja uma concepção de ciência menos rigorosa do que a contemporânea, tem a vantagem de explicar e auxiliar a divisão dos tipos de saberes de acordo com as notas específicas que os definem. Sucede que as exatas adquiriram enorme prestígio no Ocidente após o desenvolvimento experimentado pelos europeus. Por consequência, houve a tendência em extrapolar o alcance dessas ciências, crescendo a tentação de explicar, por meio delas, todas as realidades universais, inclusive aquelas referentes às humanidades<sup>7</sup> (MORAES, 2017, p. 89-90), como se houvesse uma marcha da história para o progresso socioeconômico em todas as áreas.

Ora, normas morais não se situam nessas esferas: conseqüentemente, estariam fora do saber objetivo – intersubjetivamente válido. Assim, não lhes restaria alternativa senão situar-se no espaço da subjetividade, no âmbito das emoções e dos sentimentos, das decisões irracionais e arbitrarias. Não haveria condições de legitimar normas éticas. Isso equivale a estabelecer uma enorme redução ao conceito de racionalidade, tal qual articulada pelos gregos: a esfera de dar razões de legitimidade do nosso conhecimento. Agora, a racionalidade restringe-se à razão teórica; e, mais ainda, a razão que estuda somente os fatos comprováveis<sup>8</sup> (OLIVEIRA, 1993, p. 11).

O avanço da técnica suprimiu a noção de contingência, imprevisão e fortuito da mentalidade científica moderna, relegando esses conceitos para um campo inferior e subalterno do conhecimento, que é o artístico e o normativo. A teoria científica atual é marcada pela profunda convicção de que a possibilidade de validação racional de hipóteses e argumentos limita-se ao campo das ciências formais (lógico-matemáticas) e factuais (empírico-analíticas).

---

chamada de ciência e não arte. Já a prudência considera-os em particular, e não pode ser dita ciência senão em um sentido muito impróprio (CALDERÓN, 2011, p. 130).

<sup>6</sup> Divide-se em artes liberais ou propriamente ditas, quanto à consecução do belo, e artes mecânicas ou servis, quanto à produção do útil.

<sup>7</sup> Na classificação científica moderna, direito e filosofia são ciências do espírito, por tratarem de “percepções internas” do sujeito cognoscente e utilizarem métodos similares. Na tradição clássica, elas estão em polos opostos – a última é teórica e a primeira prática –, não só porque o seu modo é diverso, mas também pela diferença de objetos e fins. Por isso, ciência prática não se identifica com ciência social ou humana, pela diferença epistemológica e metodológica entre ambas. A sua vantagem é melhor descrever a real natureza das ciências “não naturais”, que, longe de ser obsoleta pelas observações do racionalismo crítico popperiano, incorpora a falseabilidade na sua classificação. Veja-se os distintos métodos em: BERTI, 2002, p. 47-60.

<sup>8</sup> Tanto o saber especulativo quanto o prático, na tradição grega, não se identificam com as razões pura e prática kantianas, ambas de natureza apriorística. As ciências teóricas e práticas fundam-se na experiência, cujo sentido é muito mais amplo do que pretende ser os experimentos empírico-positivistas (ECHAVARRÍA, 2019, p. 52).

Ao adotar um conceito empírico de ciência, segundo o qual ciência seria o estudo de todo objeto capaz de experimentação, a modernidade derrocou a autoridade da tradição histórica e a validade do saber prático produzido neste âmbito<sup>9</sup> (WEYL, 2018, p. XII). Todavia, à medida que o conceito de ciência moderna foi sendo abandonado, não houve qualquer tentativa de resgate da antiga classificação aristotélica, revelando certa aversão ou ojeriza ao paradigma anterior. Tudo que remeta ao passado é rejeitado e descartado como velho e ultrapassado.

Esse evolucionismo histórico-científico está na raiz mesma da crença em sucessivas contradições orientadas a uma culminação final, o ápice do progresso, causa da falsa sensação de avanço irremediável. Essa não parece ser a postura consciente de um estudioso sério. É uma atitude tipicamente iluminista a de considerar a História das Ideias a partir do Século das Luzes<sup>10</sup>, como se tudo que houvesse antes fosse trevas, obscuridade e ignorância. O eterno progresso rumo a um “estágio final da humanidade” é um mito moderno do qual ainda tentamos nos livrar, quanto mais no campo das ciências práticas.

Romper com essa perspectiva é não apenas exaltar o valor histórico do passado, mas sobretudo a sua capacidade de ensinar conceitos perdidos e vitais que foram renegados pela modernidade sem o devido filtro sapiencial.

## 2. Em que medida o direito é uma ciência?

A qualificação do *ius* como *scientia* encontra-se no Digesto e nas Instituições justinianeias. Se a ciência jurídica constitui uma das mais duradouras definições da atividade dos juristas, porque recolhida nos textos bizantinos, o significado exato deste conceito tem permanecido como uma das mais controvertidas categorias da enciclopédia jurídica. Seria enganador encarar o conceito utilizado pelos medievais como definidor dessa autonomia da

---

<sup>9</sup> Segundo Thomas Kuhn (2011), a história das ciências não deve ser estudada supondo-se o progresso científico contínuo e acumulado das gerações anteriores. Pelo contrário, a ciência progride significativamente por meio de *revoluções* – mais do que *evoluções* –, em cujos pressupostos amplamente aceitos pela comunidade científica de determinado período histórico são tidos como verdades indiscutíveis.

<sup>10</sup> O traço essencial da Ilustração (*Aufklärung*) é o preconceito contra o preconceito em geral; e, com isso, a despotencialização da tradição. A superação de todo preconceito – esse imperativo iluminista – se mostrou ela mesmo um preconceito, cuja revisão abrirá caminho para uma compreensão mais adequada da finitude histórica da razão humana (GADAMER, 2013, p. 360; 367). Desse modo, o distanciamento temporal da tradição que pretendemos restaurar permite-nos não cair nos mesmos mal-entendidos de outrora, desviando-se de falsos conceitos e espantalhos caricaturais.

ciência do direito perante outras disciplinas do conhecimento, por não corresponder ao conceito contemporâneo de ciência (HOMEM, 2003, p. 346).

Não existia, para Aristóteles, nenhuma teoria jurídica ou política separada do *éthos* da comunidade. É pela ligação aos costumes que a lei (*nomos*) atinge o agir individual e, por sua vez, a universalidade. Por essa vinculação, a estrutura metodológica da ciência prática tem a sua especificidade não apenas no objetivo de atingir algum conhecimento, mas também, e sobretudo, no fim próprio do agir ético do homem (OLIVEIRA, 1996, p. 59), que está particularmente vinculada à filosofia, ao empregar conceitos fundamentais sobre o ser do homem, sua causa e finalidade.

Na verdade, existe uma subordinação de toda ciência prática a alguma ciência especulativa, dado que a ação humana requer um conhecimento das coisas sobre as quais opera. É dizer, as práticas apoiam-se nas especulativas e se subordinam formalmente à Ética, pois qualquer objetivo prático do homem é orientado ao seu fim último por normas universais, as quais não impedem, em todo caso, um uso da liberdade contrário a elas. Logo, é fácil perceber por que concepções de mundo radicalmente diferentes descrevem fenômenos e a realidade de maneira igualmente distinta (ORREGO SANCHÉZ, 2005, p. 33; 35).

Os hábitos práticos, pela sua própria natureza, dizem respeito a objetos contingentes e particulares, não a categorias universais e necessárias. Sobre estas últimas, é possível adquirir conhecimento propriamente científico, não no âmbito daquelas (MORAES, 2017, p. 94). A ciência não explica nem pode explicar todas os fenômenos – até porque é incapaz de se questionar sobre a causa de si mesmo, objeto da metafísica. Daí que a racionalidade prática, antes de significar um saber incerto e errôneo, é responsável por um âmbito de conhecimento que a ciência não alcança: aquele relativo às ações humanas inconstantes e mutáveis no tempo e no espaço. Arte e prudência sempre têm uma parcela de imprevisibilidade, diferentemente da ciência, cujo conhecimento é certo e previsível.

## Quadro 2 – Classificação dos hábitos do intelecto segundo suas espécies

|                         |                      |   |
|-------------------------|----------------------|---|
| HÁBITOS<br>INTELECTUAIS | <i>Especulativos</i> | <b>Entendimento, Sabedoria e Ciência</b>                      |
|                         | <i>Práticos</i>      | <b>Arte</b> (técnica)<br><b>Prudência</b> (sabedoria prática) |

A contraposição entre ciência e prudência condensa-se no fato de que aquela opera uma racionalidade formal e lógica, enquanto esta uma material e retórica, orientada a conteúdos variados. Em termos aristotélicos, *episteme* frente a *phrónesis*; em termos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio practica*; em termos modernos, razão pura frente à vontade. Enquanto

o critério que preside as primeiras é a oposição qualitativa verdadeiro/falso, tudo/nada, o que rege as segundas é uma progressão quantitativa que vai desde o menos ao mais apropriado, adequado e oportuno (ZAGREBELSKY, 2009, p. 123).

Se nas ciências naturais, a racionalidade se apresenta sob a verdade das suas proposições descritivas; na ciência jurídica, ela é evidenciada a partir da razoabilidade dos seus enunciados normativos. O direito não se limita à correção dos fatos (condutas) às normas (hipóteses), mas, vai além, ao avaliar a proporcionalidade e justiça da previsão legal à circunstância específica; ciente de que aquele jamais se esgota neste, pois o mundo da vida é amplo e irrestrito. Daí que o juiz, diferentemente do doutrinador, não faz ciência, mas aplica uma prudência a casos concretos e irrepetíveis.

Os esforços da razão prática para “conhecer” o direito tem como finalidade última não um conhecimento especulativo de normas, nem de direitos empíricos, mas um saber prático acerca de um objeto operável, qual seja, o que deve se dar a alguém em uma situação concreta. Para encontrar o “devido”, a razão jurídica recorre simultaneamente a considerações de pelo menos duas classes inextricavelmente unidas: por um lado, socorre-se de apontamentos técnicos e artísticos sobre os diversos institutos jurídicos (leis, contratos, obrigações etc.); por outro, em vista do seu caráter realmente prático, utiliza-se de uma deliberação substancialmente valorativa direcionada ao fim prudencial do direito, que é dizer o justo<sup>11</sup> (ORREGO SANCHÉZ, 2005, p. 146).

A prudência, como todo saber, tem por objeto a verdade. Todavia, ao contrário da verdade investigada pelo pensamento filosófico ou científico, é uma verdade prática; isto é, uma verdade contingente e mutável de acordo com as circunstâncias do caso concreto<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Curiosamente, aproximam-se dessa tese, a partir de investigações distintas em muitos aspectos, autores como Perelman, Dworkin, Alexy, Viewegh, Esser e até mesmo Raz.

<sup>12</sup> A filosofia prática tem em comum com a teórica o fato de procurar a verdade, ou seja, o conhecimento de como as coisas efetivamente são, e, também, a causa de como são, isto é, o fato de ser ciência. Sua diferença em relação à filosofia teórica é que, para esta última, a verdade é um fim em si mesma, enquanto para a filosofia prática a verdade não é o fim, mas apenas um meio em vista de outro, que é a ação, sempre situada no tempo presente – não alguma coisa já existente, mas que deve ser feita agora. Enquanto a filosofia teórica deixa, por assim dizer, as coisas como estão, aspirando apenas conhecer o porquê de serem de certo modo, a filosofia prática, ao contrário, procura instaurar um novo estado de coisas ao conhecer o porquê do seu modo de agir para transformá-lo. Ela é tudo menos neutra, calculadora, nas relações com a realidade humana, pois julga o valor desta, avalia o que nela é bom e o que é mau, a fim de melhorá-la. Ao fazê-lo, porém, não renuncia a conhecer a verdade, isto é, a fazer ciência, ao verificar não apenas como estão as coisas, mas também quais são as suas causas. Bem diferente é o estatuto da prudência, que é a mais elevada virtude da parte calculadora da alma racional (razão prática). Ela é a capacidade de deliberar bem, de examinar os meios necessários para alcançar um fim bom. Ora, ninguém delibera sobre as coisas que não podem ser diferentemente, é dizer, são constantes, mas aquelas realidades que podem ser de vários modos, que não são “sempre” nem “geralmente”. Por este motivo, ela não é ciência e difere da filosofia prática, a qual tem objetos realizados ao menos frequentemente. Logo, há uma notável diferença entre a contingência, particularidade e mutabilidade que caracterizam o objeto da *phrónesis* e a relativa variabilidade que constitui os princípios gerais da filosofia prática. Isso não impede, contudo, que a sabedoria prática tenha uma verdade, a qual Aristóteles chama de “verdade prática” (BERTI, 2002, p. 116; 118; 146). O

(FERNANDES, 2020, p. 106). Esse conhecimento prático não se vale do método dedutivo próprio da racionalidade científica moderna, senão do retórico-dialético, consistente na discussão das opiniões prováveis ou verossímeis. Isto não prejudica a sua “cientificidade”, mas está perfeitamente conforme a natureza do seu objeto, que não é o necessário, senão aquilo que é o mais frequente.

Sendo voltado para as realidades práticas, o direito depara-se com o contingente. Ele estuda as realidades universais e gerais, o que é necessário, mas não visando simplesmente ao seu conhecimento. A construção teórica que vier a ser feita terá como objeto uma realidade voltada para o agir, para modificar o mundo exterior. Não se limitará ao saber, à teoria, como se estes fossem fins em si mesmos. Antes, o direito é um conhecimento que visa a algo além do próprio conhecimento, uma aplicação (MORAES, 2017, p. 104).

Tal conhecimento prático apoia-se no conhecimento de causas variáveis, múltiplas e – às vezes – contraditórias, como são as leis positivas. Uma lei positiva é causa do justo positivo; porém, as leis se proliferam, são suscetíveis de variadas e até opostas interpretações e nem sempre tem por fim declarar o direito concreto. Dentro desta limitação, a ciência do direito pode alcançar um grau relativo de certeza moral (ORREGO SANCHÉZ, 2005, p. 50). Por isso, os romanos chamaram-no *iuris prudentia* (*Digesto*, I.I.10.2) e não uma “*iuris sapientia*”, pois o universo jurídico não é o mundo das verdades abstratas, mas o mundo dos valores, e, principalmente, o mundo do *agere* e do *actio*, embora não se esgote todo nele. Em certo sentido, o direito é uma ciência: não abstrata, mas de tipo prático<sup>13</sup> (CRUZ, 1984, p. 282).

Conforme Ovídio Baptista da Silva (2004, p. 1-2), a redução do conceito de ciência, peculiar ao pensamento moderno – o qual só concebe como científicos os ramos do saber humano destinados a medir, pesar e quantificar –, fez com que o direito se transformasse num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão dogmática. Embora tenha havido um considerável avanço nas últimas décadas, nossas instituições – tanto legislativas quanto universitárias – impõem um comportamento estático ante o direito posto. O sistema pressupõe

---

objeto do direito não é essa verdade prática, que é própria da moral. Porém, muitas vezes, precisa se sustentar nela para chegar a uma decisão acerca do caso jurídico. Aqui reside mais uma relação entre direito e moral, cuja positividade, mesmo sendo prescritiva e convencional, não pode chegar a conclusões apartadas da realidade ética do homem.

<sup>13</sup> Naquilo que os juízes dizem, o direito não é propriamente ciência, porque se debruça sobre o agir humano concreto. Não versa sobre verdades universais, tampouco traz um conhecimento certo e seguro do seu objeto de estudo; antes, participa na construção de um sentido atual e presente para as normas jurídicas criadas pelo legislador, por meio das decisões judiciais particulares. “É evidente que o discernimento não é conhecimento científico, pois como já dissemos ele se relaciona com o fato particular fundamental, já que a ação a ser praticada é desta natureza. Ele difere, então, da inteligência, pois a inteligência apreende definições para as quais não há uma razão, enquanto o discernimento se relaciona com o fato particular fundamental, que é objeto não de conhecimento científico, mas da percepção” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VI, 1142a).

que apenas o Legislativo produz as leis; e a consequência inevitável é que o Judiciário é responsável tão somente por cumpri-las mecanicamente.

Em definitivo, o que distingue os antigos juristas dos contemporâneos não é tanto a tarefa de interpretar, estudar ou analisar os diferentes aspectos da atividade humana em si mesma, mas para qual fim essas tarefas se dirigem. Os clássicos, longe de qualquer abstração moderna, definem-no simplesmente como a arte de dar a cada parte o que é devido, dentro dos fatos narrados. Visa a pessoas concretas, homens de carne e osso, pois o direito não existe somente por força do Estado, mas decorre da própria natureza das relações humanas.

O grande problema da maioria dos manuais jurídicos é que não discorrem sobre a ontologia da interpretação. Limitam-se apenas a conceituar o que venha a ser “interpretar” e logo passam para o estudo dos métodos interpretativos. Esse tipo de salto epistemológico não pode ser outra coisa senão um resquício do juspositivismo, que vê na hermenêutica uma ciência puramente teórica e especulativa, em vista a desvendar o sentido dos textos abstratamente. A noção de que o direito é ciência do justo e do injusto – *isti atque iniusti scientia* (*Digesto*, I.I.10.2) – perdeu-se desde que a justiça se tornou um valor “subjetivo”.

Pode-se dizer que o objeto do direito, encarado como ciência prática, é a deliberação racional segundo regras jurídicas. O seu objeto não é a especulação – mera contemplação – dos sistemas jurídicos mundiais. É pelas ações e decisões humanas que sabemos se alguém conhece o direito vigente ou não. Concebido desta forma, ao modo pré-moderno, o direito é equiparado a uma habilidade adquirida pela experiência, com treinamento, seguindo razões universais. A tarefa dos juristas, na verdade, é algo mais complexa do que a busca pela certeza e regularidades das relações sociais. E isto não deriva nem de uma falha de método nem de um defeito dos seus operadores, mas sim da natureza do seu objeto<sup>14</sup> (LOPES, 2003, p. 40).

A caracterização da interpretação jurídica como prática não é algo que careça de consequências ou as tenha em pouca importância. Algumas delas são de tamanha relevância e de profundas ressonâncias na determinação da objetividade e dos limites da interpretação do direito, que da resposta dependem sua finalidade, método e grau de certeza. Destarte, saber a qual categoria pertence o direito apresenta-se como uma questão central, visto que objetos provenientes de conhecimento distintos correspondem a diferentes hábitos intelectuais, cada

---

<sup>14</sup> Essa característica essencial do direito – a praticidade – permite perceber que as normas e a jurisprudência – a arte de decidir bem – não explicam nem descrevem a realidade natural, mas guiam ou redirecionam a ação humana. O discurso jurídico e a própria ciência jurídica não explicam sua formação social, embora se possa entender melhor uma comunidade pela consideração do seu sistema legal. A ciência do direito é, portanto, prática antes de especulativa. O direito está, sem dúvidas, entre aqueles saberes que causam perplexidade à classificação da ciência moderna.

um com suas características peculiares (MASSINI CORREAS, 2006, p. 430; MORAES, 2017, p. 85).

### 3. Entre arte e prudência: um problema conceitual

Um conhecimento pode ser qualificado como prático quando seu *objeto* é uma práxis humana, seu *fim* intrínseco à ordenação ou regulação dessa práxis até sua realização mais plena e exitosa, e seu *modo* de proceder vá desde os princípios práticos em direção aos imperativos concretos de ação, no plano que se tem denominado *prudencial*<sup>15</sup> (MASSINI CORREAS, 2005, p. 425). O direito não tem por finalidade produzir algo belo, mas sim tornar os cidadãos da cidade justos, o que garantirá o cumprimento da lei e a harmonia nas relações sociais.

A finalidade do direito perpassa a solução de problemas, a organização das relações sociais, a orientação da sociedade e das condutas. Não qualquer orientação, mas aquela que alcance um bem determinado, que é a própria coisa justa, a relação equilibrada entre os seres humanos e os bens externos da sociedade. Portanto, visa a um fim prático, que será realizado dentro de uma realidade essencialmente mutável e problemática, que são as relações sociais<sup>16</sup> (MORAES, 2017, p. 104), ao pretender ordenar operações intelectuais para a sua aplicação na história, pelo que não é ciência no sentido estrito da palavra.

Não à toa, Tomás de Aquino se refere com frequência à arte e prudência do direito, ao concreto averiguar o devido a cada um, consistente em saber o que vai ser dado, a quem, quando, onde e como. Ao revés, pouco fala de uma *scientia iuris* (ORREGO SANCHÉZ, 2005, p. 49-50). Em sentido forte, o direito não é ciência, posto que o seu estudo deve apontar para

---

<sup>15</sup> Embora o produto formal do direito seja a decisão judicial, um objeto externo ao agente, ela não é o seu único resultado. O direito opera no mundo da vida, influenciado a vida das pessoas conforme as possibilidades que as normas jurídicas abrem ou fecham. A decisão individual de cumprir ou não a lei – mesmo que não tenha ninguém assistindo – imprime um hábito na vontade do sujeito, deixando uma marca positiva ou negativa, conforme a sua correspondência ao bem comum. O direito não se contenta com a ordem exterior, mas aperfeiçoa interiormente o homem, que pode tornar-se tanto mais justo ou injusto conforme sua disposição interna para com as leis da cidade. Os cidadãos não produzem uma arte ao respeitar as leis, mas vivenciam uma realidade. Nesse aspecto, pode ser entendido como objeto da justiça enquanto a sua operação, e da prudência enquanto a sua intelecção. No mesmo sentido: GADAMER, 2013, p. 418-419. Ao reverso: POVEDA VELASCO, 2006, p. 23-24; e, sob outros fundamentos: DWORKIN, 1999, p. 63-65.

<sup>16</sup> O direito não é uma realidade a ser contemplada como a ordem teórica; tampouco é ordem produtiva ou técnica, nas quais fabricamos objetos para que as coisas ganhem utilidade; menos ainda é uma ordem lógica, que a razão põe em seus atos para a consecução de seu objetivo específico. O direito tem por seu objeto o justo, o devido ao outro, de maneira que ajustemos ou igualemos nossa conduta aos títulos do outro. Em termos metafísicos, a realidade do direito não é substancial – como a existência do homem – e sim accidental, pois baseada no modo em que se encontram relacionados diferentes elementos que compõem um todo, e não considerado singularmente em si mesmo (VIGO, 2007, p. 58).

um conhecimento distinto e mais rico do que normalmente se lhe atribui (MUÑOZ; PARGA, 2017, p. 86).

Consolidado que o direito é um saber prático, resta saber se ele se enquadra melhor como uma arte ou uma prudência. É verdade que, para a maioria dos juristas pós-iluministas, o direito é uma ciência. Para os romanos, contudo, o paradigma adotado era outro: o direito não era apenas ciência, muito menos técnica. Era a ciência e a técnica do justo e do injusto. A descrição do direito como saber prático é fornecida através da famosa definição de Celso, citada por Ulpiano: *ius est ars boni et aequi* – o direito é a arte do bom e do justo<sup>17</sup> (*Digesto*, I.I.1.pr.).

Essa concepção expressa no brocardo romano se mostra convincente porque, no saber jurídico, há uma finalidade prática evidente: o estudo das leis e das normas visa a solucionar situações concretas, organizar e pacificar a sociedade, estabelecendo o que é devido a cada um. Por isso, deve ser complementado com o conhecimento da situação fática, do pedido das partes, do problema posto (MORAES, 2017, p. 103-104). Para entender melhor essas diferenças, é preciso recorrer aos filósofos clássicos.

Para Aristóteles (*Ética a Nicômaco*, VI, 1139b), entre as coisas variáveis, estão incluídas as realidades criadas e as ações praticadas, de modo que a primeira disposição racional se refere ao que produzimos exteriormente e, a segunda, refere-se ao que só passa em nosso espírito. Em ambos os casos, trata-se de algo prático, mas que pode ser compreendido desde distintos pontos de vista. Denomina-se *phrónimos* o homem capaz de deliberação, no que concerne ao contingente, enquanto a ciência pertence ao necessário. Nessa perspectiva, há de diferenciar a postura do agir (*agere*) e do fazer (*facere*).

Todas as ações e produções humanas referem-se ao particular, frutos dos hábitos intelectuais práticos. Quanto ao que está fora de nós, ou agiremos sobre ele ou o produziremos. Se “a ação termina em uma realidade fora da ação, o impulso do agente tende, pela ação, para esta realidade. Se nela não termina, o impulso do agente tende para a própria ação” (AQUINO, *ScG*, III, 2). Logo, todo sujeito atua em intenção a um fim, que às vezes é a própria ação – como na moral –, às vezes algo produzido por ela – como na arte.

<sup>17</sup> A conceituação do direito pelos romanos levou séculos para elaborar seu produto, por vezes decantado. Nesse trabalho paciente de afinação e precisão de conceitos intervieram muitos jurisconsultos – a maior parte deles nossos desconhecidos. Daí que não há propriamente “um” autor dessa formulação, pois recolhida e reelaborada a partir das ideias filosóficas de Aristóteles, Platão e Plutarco (CRUZ, 1984, p. 280-281). Etimologicamente, “direito” não provém do latim *ius*: “direito” em português; *derecho*, em espanhol; *diritto*, em italiano; *droit*, em francês... Sempre traduzindo a ideia de algo reto, direito, que não é torto; no mesmo sentido de termos germânicos como o alemão *recht* ou o inglês *right*. “Analisando os vocábulos das línguas neolatinas, é fácil concluir que não derivam de *ius*. Seriam uma evolução da palavra latina *derectum*, a evocar o fiel da balança que, em face do equilíbrio dos pratos, imagem da igualdade da justiça, fica ‘reto’, *rectum*, no meio. E daí a palavra *derectum* (*de+rectum*), Direito.” (POVEDA VELASCO, 2006, p. 22).

O *agir* diz respeito a uma ação responsável, consciente, na qual estão envolvidos a vontade e os apetites, coordenados pela razão do sujeito. Há um controle do desenvolvimento da ação (*práxis*), em maior ou menor grau, que indica que o agente sabe a finalidade de sua conduta, busca tal finalidade e, por isso, responde pela conduta. As ações são dotadas de uma carga de imanência, pois marcam interiormente os agentes. Elas não podem ser compreendidas apenas olhando-as de fora, pois é necessário avaliar a intenção do agente, a ordenação dos seus apetites ao agir. Em outras palavras, as ações devem ser medidas e qualificadas tendo em vista os desígnios do agente, e não apenas o seu resultado exterior, a materialidade mecânica do movimento de quem o criou. Por isso, condutas externamente idênticas podem ser, *moralmente* falando, boas ou ruins, a depender dos motivos pelos quais foram levadas a cabo (MORAES, 2017, p. 94-95).

Elas modificam quem as realiza, deixam nele uma forma ou tendência, em maior ou menor grau. Pelas ações – escolhas conscientes do indivíduo –, adquire-se virtudes ou vícios. Configuram internamente o sujeito, tornando-o um ser humano pleno ou decaído pelo fracasso de sua própria natureza. Logo, o *agir* corresponde às ações entendidas como humanas, nas quais o fim é desejado pelo agente, que controla seus atos em vista desse mesmo fim. Como a vontade e os apetites sensíveis possuem um papel preponderante na *práxis*, eles têm que estar bem ordenados para que ela seja perfeita. Apetites desordenados tornam a ação ruim, ainda que externamente ela aparente ser boa (MORAES, 2017, p. 106).

Como categoria distinta das ações, também relativas ao comportamento humano prático, contingente e particular, encontra-se o *fazer*, que frequentemente é traduzido por produção. Esse fazer ou produzir diz respeito à fabricação de algo externo a quem o pratica. Ao contrário do que se dá com a ação, a qualidade da produção pode ser medida de fora, porque se tratará de uma realização boa ou má, na medida em que o produto exterior for bem ou mal realizado (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VI, 1140a). Na produção, não importam as motivações do produtor, a interioridade e ordenação dos seus apetites ao dar os passos que culminaram no produto desejado; tampouco o porquê de ter sido confeccionado aquele artefato. Antes, analisa-se apenas o aspecto técnico, a manufatura produzida, se está adequada ou não à sua finalidade (MORAES, 2017, p. 95).

Em resumo, o que distingue a *práxis* da *poiesis* é que esta se volta à perfeição da própria obra, ao passo que aquele diz respeito à perfeição da pessoa, realizada na própria ação pelo sujeito. Perfeição, aqui, alude ao próprio ato praticado pelo agente moral, não ao produto resultante do ato, como n'aqueloutra. Esta radica na satisfação das necessidades materiais humanas, já aquela se identifica com a plenitude do espírito, a manifestação da autorrealização

do ser humano enquanto indivíduo. A prática tem, portanto, um fim imanente em si mesma, cuja perfeição realiza-se plenamente na presença deste fim, que é o seu bem respectivo<sup>18</sup> (OLIVEIRA, 1996, p. 60, n. 17).

Dito isso, o que diferencia as virtudes do intelecto prático? Tradicionalmente, a arte se define como a reta razão na produção das coisas humanas (*recta ratio factibilium*). A prudência, ao contrário, é a reta razão na ação humana (*recta ratio agibilium*). Ambas as virtudes se referem ao contingente, mas a primeira enquanto ao fazer e a segunda quanto ao obrar, pois a arte opera para o bem da obra feita (*ad bonum operis*) e a prudência para o bem daquele que obra (*ad bonum operantes*) (ORREGO SANCHÉZ, 2005, p. 30). Assim, só esta última “exige a retidão do apetite; pois, não somente dá a faculdade de bem agir, mas também causa o bom uso da obra”<sup>19</sup> (AQUINO, *S. Th.*, Ia IIae, q. 61, a. 1).

A arte é a virtude que aperfeiçoa a função prática da razão humana que se aplica à feitura de objetos – materiais ou espirituais – que não coincidem com o ser do sujeito agente. Elas exigem flexibilidade, adaptação, visão clara do fim e conhecimento dos meios para alcançá-lo. Admiramos a excelência de um músico ou a criatividade de um compositor, assim como a habilidade de um acrobata ou de um confeitiro, não em função de se o artista está se tornando uma pessoa melhor, mas em face do que é realizado, do produto exterior que fizera (MORAES, 2017, p. 96). “Portanto, a finalidade da arte é solucionar um problema concreto, produzir algo externo ao agente, e para isso será necessário um conhecimento de tipo prático, que levará em conta as experiências adquiridas pelo agente.”<sup>20</sup> (MORAES, 2017, p. 94.)

A maestria na arte permite tanto ao artífice esmerar-se em excelentes obras, produzindo em conformidade com as regras do seu *fazer*, quanto realizar produtos defeituosos. O mesmo não se dá com a prudência, no âmbito da ação. Por meio dela, o ser humano pode realizar atos

<sup>18</sup> Em Aristóteles, *práxis* diz respeito à vida enquanto atividade condicional, o agir como movimento específico de determinado ser vivo que constitui o seu modo de existir. Isto é claramente distinto da *poíesis*, o agir instrumental que produz ou faz algo (OLIVEIRA, 1996, p. 59-60). Essas duas propriedades fundamentais definem os dois modos distintos da operação humana, delimitando os campos respectivos do ético e do técnico. O enfraquecimento ou mesmo a supressão dessa diferenciação na cultura contemporânea significa, em última análise, a perda da especificidade ética de nossas ações pela tirania do “produzir” nas relações humanas (VAZ, 2012, p.70).

<sup>19</sup> Ainda que compartilhe com a prudência o fato de ser relativa a objetos contingentes e à razão prática, a arte diferencia-se dela porque confere a possibilidade de realizar boas ações, no sentido técnico, mas não garante que elas sejam realizadas de forma moralmente aceitável, simplesmente porque estas dependem da vontade reta do agente, potência apetitiva. Já a prudência não apenas possibilita como assegura que a conduta será boa, ou virtuosa, tendo em conta o bem do ser humano como um todo, e não só como artista (MORAES, 2017, p. 107).

<sup>20</sup> Ao sujeito das artes, a razão não a encontra senão a faz; e, como é obra própria, a razão pode penetrar em toda a ordem inteligível que pertence ao artefato. De fato, o que se apresenta mais claro ao artífice é o fim para o qual ele quer o produto. Em função desse fim, determina a matéria a utilizar e a forma que lhe dará. Ambas, matéria e forma, precisam uma da outra: porém, a matéria tem anterioridade, já que o artífice a encontra feita na natureza, enquanto a forma é ele que propriamente dá. Daí que a definição de uma arte se dá principalmente pelo fim, isto é, pela utilidade (CALDERÓN, 2011, p. 144). No caso do direito, a matéria são os atos humanos, tal qual encontrados na natureza, e a forma são as normas jurídicas, criadas pela inteligência.

virtuosos, porque sua inteligência ilumina a vontade e lhe mostra o caminho para se alcançar o bem ético, permitindo que se aja bem, em conformidade com um fim adequado ao sujeito agente. Nesse espectro, agir mal não é prova de domínio ou alto grau de prudência, mas de falta dela<sup>21</sup> (MORAES, 2017, p. 95).

Assim, já que não é ciência, a prudência seria uma arte? A resposta é negativa, pois a prudência tende à ação, enquanto a arte à produção. Portanto, a prudência não é uma arte. E, se a prudência não é ciência nem arte, o que ela seria? Pode ser que seja uma disposição moral. Mas, como distingui-la das outras virtudes morais? Acrescente-se uma característica específica: se a virtude moral é uma disposição prática relativa à eleição, a prudência é esta mesma disposição concernente à reta regra de eleição; isto é, não se trata só da retidão de intenção (AUBENQUE, 1999, p. 44), mas da adequação do critério eleito à escolha dos meios.

No primado das coisas humanas passíveis de deliberação, no qual se situa a função judicial, a virtude prática por excelência é a prudência, por causa da matéria a que se aplica, qual seja, a escolha ou eleição de uma meta finalizada por uma ação. A prudência é uma virtude intelectual – ainda que, também, moral – que discerne os meios para que as ações do sujeito agente sejam boas (BONALDO, 2019, p. 169). Já a arte pertence à ordem daquilo que se faz, formal e principalmente, para a perfeição do objeto exterior; e só secundária e acidentalmente em função da perfeição do sujeito operador.

No âmbito jurídico, ocorre exatamente o contrário: tudo se ordena própria e materialmente para o aperfeiçoamento do homem; e só virtualmente ao bem das realidades exteriores. Por isso, quem atua no direito não pode desprezar os fundamentos daquilo que compromete o seu agir. Não se trata mais de construir uma obra – o que não compromete o agente interiormente –, mas de encontrar uma solução para a série de problemas que interessam ao destino humano. Por pertencer à ordem ética, o jurista não pode menosprezar os fundamentos de sua atividade e exaltar os meios instrumentais de sua prática (formas processuais, métodos interpretativos, exegese legal etc.)<sup>22</sup> (MASSINI CORREAS, 2006, p. 138).

Por esta face exterior, deu-se o nome de “arte do direito” à jurisprudência. A arte nada mais é do que a reta razão das coisas externas que se hão de fazer. O direito é, então, chamado

---

<sup>21</sup> Em sentido estrito, “arte” se aplica apenas a atos humanos externos para os quais uma coisa é feita ou um instrumento é usado. Mas podemos entendê-la no sentido amplo, referindo-se às três ordens de atos humanos: externos, apetitivos e intelectivos. Desta forma, a prudência poderia ser impropriamente chamada de arte (CALDERÓN, 2011, p. 130).

<sup>22</sup> No seio de uma arte, o uso das regras tem um sentido, não são um fim em si mesmo, visam a algo. Ter consciência disso permite manuseá-las da melhor maneira possível, que precisará ser criativa em casos inauditos ou inéditos – os chamados *hard cases* –, enquanto tenderá a ser rotineira naquelas situações cotidianas e repetitivas, a respeito das quais a solução mais razoável já foi dialeticamente estabelecida. Pela arte do direito, surgem as regras jurídicas; e não o contrário (MORAES, 2017, p. 105).

de arte, porque se ordena à materialização do justo, que se dá no juízo jurisprudencial, bem como se dirige a alguma utilidade que se obtém pela ação exterior. É arte jurídica com relação às habilidades para o bom uso desses meios externos (tramitar, argumentar, provar etc.); contudo, quanto aos atos cognitivos que são o seu fim, o direito não é arte senão prudência (ORREGO SANCHÉZ, 2005, p. 48).

Tanto é um erro comparar a interpretação musical com a interpretação jurídica, porque ambas não se restringem a uma única de interpretação correta. O músico, embora diante de uma partitura com textura aberta, ou seja, com múltiplas possibilidades de execução, não tem por fim uma apresentação “justa”, no sentido moral de dar o devido a alguém, mas de aplicar a melhor técnica possível para igualar ou superar o compositor original. O juiz, pelo contrário, não faz apenas uma releitura textual das normas jurídicas, pois tem ainda que valorar provas, avaliar consequências, integrar lacunas normativas etc. Em derradeira análise, o fim último das artes é a beleza, enquanto o da prudência é o bem.

Disso se conclui que a arte do direito se subordina à jurisprudência como a seu fim, e esta depende daquela como instrumento. A jurisprudência falha totalmente se não chega a alcançar o justo; ou, se o conhecendo o julgador, expressa algo distinto. Ao contrário, a arte do direito não falha enquanto tal, se obtém uma errônea apreciação do justo (ORREGO SANCHÉZ, 2005, p. 48-49). Enfim, o direito, enquanto conjunto de normas jurídicas (objeto formal), é arte; e, quando dirigido a uma decisão justa (objeto material), é prudência.

Todavia, a jurisprudência e a arte do direito não se bastam a si mesmos. Supõem um conhecimento mais geral que orienta este “saber fazer”: a ciência do direito. Se toda ciência, conforme Baldo degli Ubaldi, é uma arquitetura intelectual ordenada e ordenadora, o direito é ciência só no seu objeto. Porém, não bastam conceitos e princípios universais: para existir, o direito precisa refletir-se ao social. O saber jurídico encarna na história concreta da sociedade, tendendo a organizá-la correta e adequadamente (GROSSI, 2014, p. 187).

Quando Justiniano conceituou o direito como “ciência” do justo e do injusto (*iusti atque iniusti scientia*), ou Celso o definiu como “arte” do bom e do justo (*ars boni et aequi*), essas palavras não parecem negar a primazia da prudência no direito, mas antes evocar a um conhecimento prático análogo a esses saberes, dotado de algum rigor no método (DIP, 2019, p. 115-117). Na realidade, os aspectos contemplativos, técnicos e éticos do direito não se excluem, antes se complementam. Considerado sob esta tríplice perspectiva, o direito admite funções descritivas e normativas para cada espécie de saber.

Levando em conta tais diferenças, fácil concluir que o direito é primordialmente uma prudência, porque, embora não garanta que o jurista ou as partes ajam interiormente de maneira

correta, não se contenta ao aspecto exterior, mas a produzir o justo no caso concreto. É uma sabedoria que permite descobrir aquilo que é devido aos interessados em uma relação de bens externos. Somente poderia ser visto enquanto arte se o seu produto fosse entendido apenas como uma decisão técnico-formal, sem qualquer referência a um conteúdo substancial-valorativo. Se a arte vai do particular ao universal, a prudência desce do universal ao particular.

Para Aquino (*S. Th.*, Ia IIae, q. 57, a. 4), a prudência – a razão reta que guia as nossas ações – exige estarmos bem dispostos em relação aos fins, o que se dá pelo apetite reto, pressuposto pela virtude moral. Já a bondade das obras da arte não é a do apetite humano, mas a dessas obras mesmas, ao modo dos hábitos especulativos, por isso não pressupõe o apetite reto. Logo, uma pessoa injusta pode ser um bom artista, pois pouco importa como se comporta na parte apetitiva; mas alguém injusto não pode ser um bom juiz, dado que a justiça é uma virtude moral, e o julgador não pode encontrá-la sem alguma retidão de vontade.

Como alguém poderia dizer o justo sem ele mesmo ser justo? Isso é possível por acidente, mas não substancialmente. O sujeito que realiza externamente a justiça, sem desejá-la no seu interior, está praticando um ato que não vai lhe aperfeiçoar internamente. O movimento de buscar o justo exige um esforço tanto moral quanto intelectual, cuja solução justa é obra do homem justo, e não arte do jurista, quem quer que ele seja. A decisão judicial é uma ação dirigida ao bem do outro, diferente de uma produção técnica, dotada de beleza.

Assim, o direito é uma *iuris prudentia* (juris prudência): a virtude intelectual da prudência aplicada ao conhecimento do justo, cujo entendimento se chama prático. Isto se vê claramente pelo fim da ação que é alcançar o justo segundo uma proporção determinada pelo prudente. No caso da justiça, o justo meio consiste em certa igualdade proporcional da coisa exterior à pessoa exterior, de modo racional e real (*medium rationis et medium rei*). Quando a prudência indica à justiça seu “justo meio”, está-lhe assinalando a medida de seu objeto, a medida do direito, que é algo externo (ORREGO SANCHÉZ, 2005, p. 37).

Conforme visto, a arte é direcionada para a excelência da coisa produzida, enquanto a virtude à excelência do produtor. Em aparente contradição com isso, as virtudes, no direito, são condições necessárias para alcançar a excelência não somente no decisor – o juiz –, mas no mundo além dele. Elas permitem que o exterior seja transformado de uma maneira particular pela decisão tomada, não simplesmente que ele se torne uma pessoa melhor. Isso, contudo, pode ser explicada porque, embora as virtudes estejam focadas no autoaperfeiçoamento, elas também são, de forma acidental à sua natureza, uma condição necessária para a tomada de decisões legais adequadas (MICHELON, 2013, p. 32).

No direito, o homem é o próprio agente da ação; é ele, mediante a sua deliberação e escolha deliberada que produz uma ação com valor moral, “atualizando as suas disposições para agir através do hábito de agir virtuosamente ou viciosamente” (LEAL BARÃO, 2022, p. 7). A atividade jurisprudencial não exclui a ética, enquanto filosofia prática, que implica na habilidade de agir corretamente por meio da razão humana. Tal ordem jurídica resulta de ser o direito não um conjunto de normas positivas: mas, antes, a busca do justo, cujo acesso à justiça se dá pela intuição sensível e percepção racional.

É verdade que a intencionalidade da justiça não consiste no bem subjetivo próprio ou alheio – em fazer alguém justo –, mas “no bem objetivo que representa a ordem justa. Daí que a retidão da justiça e da ação justa seja medida pela consecução efetiva da ordem justa” (HERVADA, 2008, p. 98-99), e não pela aquisição subjetiva da virtude pessoal. Ora, o Estado moderno não se preocupa se o cidadão cumpre seus deveres cívicos ou obrigações contratuais com conformidade interior, mas sim exteriormente (VILLEY, 2019, p. 72-73).

Na lição de Hervada (2008, p. 99-101), o ofício do jurista difere do moralista porque não é próprio do primeiro “o dinamismo ético da justiça (o aperfeiçoamento pessoal de quem realiza a justiça), e sim o dinamismo social e objetivo da justiça (a implantação da ordem justa), que tem um aspecto técnico (dar efetivamente a cada um o seu).” Somente em relação a este age o jurista, abstraindo-se da subjetividade ética da justiça enquanto virtude pessoal, pois interessado apenas nos seus resultados: a ação justa em si mesma, objetivamente considerada.

Todavia, essa explicação não traduz completamente a experiência do direito. Os destinatários da lei agem prudencialmente sob os comandos normativos, de modo que a sua conduta afeta a interpretação e aplicação das leis. Ademais, não é verdade que a ordem jurídica se preocupa apenas com a materialidade da ação, exteriorizada nos seus efeitos<sup>23</sup>. Por exemplo, quando alguém mata outrem, não importa apenas o resultado morte, mas a intenção com que este ato foi praticado, já que, a depender da voluntariedade do agente, o fato pode ser atípico. Do mesmo modo, em muitos casos de responsabilização civil subjetiva.

Na verdade, a separação entre direito e moral pela distinção entre os âmbitos da exterioridade e interioridade das ações humanas, respectivamente, é um conceito que conta com poucos séculos de afirmação. Na antiguidade, o direito estava profundamente relaciona ao

---

<sup>23</sup> Todas as coisas e os atos humanos exteriores podem ser objeto material do direito. Em sentido derivado, as pessoas também o são (titular, devedor etc.). No entanto, ao direito só interessa essas coisas enquanto justas ou devidas a alguém. Já o objeto formal da ciência jurídica é a justiça, centro de referência desta disciplina. Essa afirmação vale tanto para seu aspecto natural quanto positivo, pois cada ramo do direito se ocupa, de uma vez, ao justo natural e ao justo positivo em uma matéria determinada: civil, penal, empresarial etc. (ORREGO SANCHÉZ, 2005, p. 51). Para aprofundar, cf. HERVADA, 2008, p. 154-156.

modo de vida honesto (*Digesto*, I.I.10.1), dirigindo-se não apenas aos juristas, mas a toda a comunidade. Para que os cidadãos sejam justos, não basta que cumpram os comandos exteriores; é preciso conformar a sua vontade aos imperativos da justiça, desejando praticar o justo. Por isso, ainda que a arte do direito seja própria dos juristas, à população em geral o direito é recebido como uma prudência, já que não possuem aquele conhecimento técnico.

O fato é que a norma procede da reta razão, isto é, da razão retificada pela prudência, no que se refere ao atuar humano congruente com a sua condição de pessoa (*agere* ou *práxis*), e pela arte, no que concerne ao fazer em relação às coisas (*facere* ou *poíesis*). Em última análise, a norma jurídica é racional quando é prudente e está de acordo, se for o caso, com a técnica que assume (HERVADA, 2008, p. 245-248). Assim, percebe-se que o essencial está na prudência e não na arte, que é instrumental ou acidental às pessoas para assegurar ao outro a plena realização de suas potencialidades em sociedade.

Hans-Georg Gadamer (2013) ilumina essa questão ao explicar como o modo de compreendermos normas éticas se dá mediante um projetar da pré-compreensão constituída pelo nosso horizonte histórico. Por isso, interpretar não pode ser uma técnica (*tékhne*), mas uma prudência (*phrónesis*), que depende muito mais da abertura do intérprete à alteridade do texto e do seu senso crítico em questionar suas compreensões prévias do que pelo seguimento de qualquer método eficaz (TAXI, 2018, p. 176). Daí porque a interpretação jurídica difere das interpretações artísticas, sobretudo as musicais: não só o objeto interpretado, mas os modos interpretativos e os fins intrínsecos são substancialmente distintos.

Retomando o esquema utilizado na primeira seção, temos que: quanto ao seu *objeto*, o direito não é uma contemplação abstrata ou uma construção material, mas uma ação justa; o seu *fim* extrínseco imediato é a justiça, que pertence à Bondade, e só mediatamente é a Verdade e a Beleza; o seu *modo* de proceder é a ordenação, mais do que a especulação ou a fabricação, pois ancorada em princípios práticos direcionados a imperativos sociais concretos. Portanto, o direito é, fundamentalmente, uma prudência, porque dirige os atos humanos em sociedade para o bem – e não individualmente considerados, como ocorre na ética.

Essas considerações trazem relevantes implicações ao entendimento e à aplicação do direito. Não é só comandos legais criados abstratamente pelo legislador, tampouco teses jurisprudenciais ditadas pelas cortes. É tanto ciência, arte e prudência. Ciência na ordenação dos conteúdos normativos, arte nas técnicas de argumentação e produção de peças processuais, e prudência na aplicação das leis. Essa tripla característica é que confere ao direito uma particularidade dentro do ramo das ciências práticas, ao vivenciar um eterno deslizar-se entre normas gerais e individuais para sua correta compreensão.

A técnica legislativa é uma arte, porque o legislador constrói o ordenamento legal, produzindo normas jurídicas. Já o jurista não cria a normatividade *ex nihilo*, mas age sobre ela: os comentários da doutrina são uma ciência, porque os comentadores refletem sobre o ente abstraído da sua prática social. Finalmente, as sentenças judiciais são uma prudência, pois singularizam o objeto da justiça na situação particular. Em síntese: para o legislador, o direito é uma arte; para o doutrinador, o direito é uma ciência; para o juiz, o direito é prudência. As três razões – teórica, prática e técnica – atuam conjuntamente na formatação da melhor experiência jurídica.

Podemos concluir que existe uma *teoria* do direito, constituída por estudos voltados ao conhecimento do que é a realidade jurídica, qual sua natureza e finalidade. Há também uma *técnica* do direito, que desce para as regras quanto ao “fazer” jurídico, indicando como redigir uma petição, sentença, recurso etc. Existe ainda uma *arte* do direito, relativa aos aspectos estéticos da prática jurídica, como a eloquência judicial, a oratória advocatícia e as vestes talares. Por fim, há uma ciência normativa e moral, cujo fim específico é ordenar a conduta social humana ao sentido justo (MONTORO, 1999, p. 83).

Pelo exposto, a prática do direito não se confunde com a simples aplicação de uma ciência à realidade. Nem a técnica nem a prudência permitem regras absolutas e gerais, resoluções ou fórmulas acabadas e indiscutíveis. À medida que nos aproximamos das coisas reais, ao que existe de forma concreta, as circunstâncias ganham força. O universal vai perdendo sua clareza no individual em que se materializa as contingências humanas (MORAES, 2017, p. 107-108). A maior parte da dinâmica do direito – meio pelo qual se extraem os significados normativos – se passa na sua aplicação diária e cotidiana, que não é estritamente científica, muito menos filosófica ou artística, mas prudencial.

## **Conclusão**

Toda essa discussão teórica visou a inculcar na mente do leitor a visão de que o direito é uma realidade muito mais complexa do que só uma ciência pode conter ou uma arte pode fazer. Até mesmo os autores clássicos chamaram-na ora de uma ora de outra, dando a entender que o importante não é tanto a classificação correta quanto uma perfeita compreensão do seu objeto. Tal distinção é ainda mais urgente quando se predomina uma visão estritamente científica do direito, causando restrições epistemológicas inconcebíveis no atual estágio do desenvolvimento do pensamento jurídico.

Seja arte, ciência ou prudência, o direito transita em larga medida em todas elas, situando-se, quanto ao seu fim, à prudência: já que busca a justiça como finalidade último do seu ordenamento. A diferença é que os medievais, ao contrário dos modernos, sabiam que não estavam fazendo uma ciência rigorosa ao argumentar em favor ou contra uma opinião, enquanto estes últimos creem piamente terem encontrado o “sentido verdadeiro do texto” ao falarem em razoabilidade, proporcionalidade, ponderação etc.

De forma sintética, o direito, enquanto prudência legal e jurídica, participa tanto arte quanto ciência: ciência na ordenação dos conteúdos; arte na confecção dos argumentos. Ambas carecem mutuamente uma da outra, com o fim de formar um todo inteligível e dinâmico correspondente à finalidade almejada na elaboração das sentenças: uma a nível intelectual, para a correta ordenação do saber; outra a nível ativo, para alcançar a justiça material no caso concreto.

Esse duplo estatuto confere ao direito uma natureza única dentro do espectro das ciências sociais aplicadas, ao deslocar-se entre normas gerais e individuais para a sua correta interpretação. A prudência é justamente a parte do conhecimento jurídico que une o saber científico e artístico do intérprete, permitindo que se dê a solução mais adequada ao caso, a partir da ordenação do sistema jurídico vigente. E ela, mais do que os métodos, é que vai influenciar cognitivamente o intérprete no momento da decisão.

## Referências bibliográficas

AQUINO, Tomás de. **Suma contra os gentios**. Tradução de D. Odilão Moura, OSB. Campinas: Ecclesiae, 2017.

\_\_\_\_\_. **Suma teológica**. Tradução de Alexandre Correia. Campinas: Ecclesiae, 2016.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário de Gama Kury. São Paulo: Madamu, 2020.

AUBENQUE, Pierre. **La prudencia en Aristóteles**. Traducción de M.<sup>a</sup> José Torres Gómez-Pallete. Barcelona: Crítica, 1999.

BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. 2. ed. Tradução Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BONALDO, Frederico. **Prestação jurisdicional e caráter**: a interdependência das virtudes do juiz. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

CALDERÓN, Álvaro Martín. **Umbrales de la filosofía**: cuatro introducciones tomistas. Moreno: Padre Álvaro Calderón, 2011.

CRUZ, Sebastião. **Direito romano**: lições. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1984.

CORPUS IURIS CIVILIS. **Digesto**: livro I, livro L. 2. ed. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. Brasília: TRF1, 2017.

DIP, Ricardo. **Segurança jurídica & crise do mundo pós-moderno**. 3. ed. São Luís: Resistência Cultural, 2019.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECHAVARRÍA, Martín F. **De Aristóteles a Freud**: ensaio de filosofia da história da psicologia. Tradução de Adriel Teixeira. Rio de Janeiro: Edições C.I., 2019.

FERNANDES, André Gonçalves. **Ensinando e aprendendo o Direito com o método do caso**: bases epistemológicas e metodológicas. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2020.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal. 1640-1820. Lisboa: Almedina, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 11. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LEAL BARÃO, Marina. Ações virtuosas em Aristóteles e o valor das ações em Kant. **Revista Seara Filosófica**, Pelotas, n. 22, p. 1-13, verão/2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Editora 34, 2003.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. La interpretación jurídica como interpretación práctica. **Persona y derecho**: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Pamplona, n. 52, p. 413-444, 2005.

\_\_\_\_\_. **La prudencia jurídica**: introducción a la gnoseología del derecho. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

MICHELON, Claudio. Practical wisdom in legal decision-making. In: AMAYA, Amalia; HOCK LAI, Ho (ed.). **Law, virtue and justice**. Portland: Hart Publishing, 2013, p. 29-50.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Renato José de. Que tipo de saber é o direito? Entre a ciência, a prudência e a técnica. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 1, p. 83-111, jan./abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Nem ciência, nem prudência: o direito como arte. *In*: SILVEIRA, Marcelo Pichioli da; BONALDO, Frederico; ARAÚJO, Marcos Paulo Fernandes de (org.). **Direito natural contemporâneo: a renascença do jusnaturalismo no Brasil e no mundo**. Londrina: Thoth, 2021, p. 285-307.

MUÑOZ, Francisco Puy; PARGA, Milagros Otero. Teoría del derecho entendida como teoría prudencial del derecho. **Revista Derecho & Sociedad**, Lima, n. 48, p. 79-91, mar. 2017.

SCHERER, Daniel C. **A raiz antitomista da modernidade filosófica**. Formosa: Edições São Tomás, 2018.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

\_\_\_\_\_. **Ética e sociabilidade**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

ORREGO SANCHÉZ, Cristóbal. **Analítica del derecho justo: la crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural**. México: UNAM, 2005.

POVEDA VELASCO, I. M. Direito, jurisprudência e justiça no pensamento clássico (greco-romano). **Revista da Faculdade de Direito USP**, São Paulo, v. 101, p. 21-32, jan./dez. 2006.

TAXI, Ricardo Dib Araújo. **A perda da prudência no pensamento jurídico moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica 1**. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

VIGO, Rodolfo Luis. Iusnaturalismo vs. iuspositivismo (un alegato iusnaturalista). **Prudentia iuris**, Buenos Aires, n. 62-63, p. 43-102, 2007.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

WEYL, Paulo Sérgio. Prudência: a condição da ciência (e da crítica!) do direito. Prefácio. *In*: TAXI, Ricardo Dib Araújo. **A perda da prudência no pensamento jurídico moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Mariana Gascón. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

E-mail: [danielleitao@hotmail.com](mailto:danielleitao@hotmail.com)

Recebido: 11/2023

Aprovado: 02/2024