

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Renata Silva Gomes

**A ESCOLA DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO:
uma compreensão geral da justiça e do direito sob a perspectiva dos
principais autores realistas contemporâneos.**

Belo Horizonte
2014

Renata Silva Gomes

**A ESCOLA DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO:
uma compreensão geral da justiça e do direito sob a perspectiva dos
principais autores realistas contemporâneos.**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G633e Gomes, Renata Silva
A escola do realismo jurídico clássico: uma compreensão geral da justiça e do direito sob a perspectiva dos principais autores realistas contemporâneos / Renata Silva Gomes. Belo Horizonte, 2014.
184f.

Orientador: Júlio Aguiar de Oliveira
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito - Filosofia. 2. Realismo. 3. Justiça. 4. Direito natural. 5. Direito - Estudo e ensino. I. Oliveira, Júlio Aguiar de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 34:378

Renata Silva Gomes

**A ESCOLA DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO:
uma compreensão geral da justiça e do direito sob a perspectiva dos
principais autores realistas contemporâneos.**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno – PUC Minas

Profa. Dra. – Mônica Sette Lopes - UFMG

Prof. Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo – Puc Minas

Belo Horizonte, 07 de maio de 2014.

Á Cleiton, com amor.

AGRADECIMENTOS

À Deus por tudo.

À minha mãe, e ao meu pai pelo apoio incondicional e muito amor. À minha irmã, Octávia, pela cumplicidade e amizade.

À Cleiton por compartilhar comigo o gosto pelo saber e por me incentivar a buscar sempre mais. Obrigada pelo amor e paciência.

Ao professor e orientador Júlio Aguiar de Oliveira, por ser verdadeiramente um mestre e por me apresentar uma nova forma de compreender o mundo.

Ao professor Alexandre T. G. Trivissonno, por todo o seu apoio. Aos demais professores do Programa da PUC - Minas, que, com suas aulas, contribuíram para a reflexão que levou a esta pesquisa.

Aos colegas e funcionários do Programa, em especial, Bárbara e Rafael Sapucaia, pelo apoio nos momentos mais importantes deste trabalho.

Àqueles que contribuíram para a realização deste trabalho, muito obrigada.

A prudência não é uma virtude heroica, se a entendemos como uma virtude sobre-humana; porém, às vezes é preciso coragem, ao menos aquela do juízo, para preferir o “bem do homem”, que é objeto próprio da prudência, ao que cremos ser o Bem em si. Talvez enfim, essa virtude ainda tenha possibilidades num tempo que, cansado dos prestígios contrários, mas cúmplices, do “herói” e da “bela alma”, procura uma nova arte de viver de onde sejam banidas todas as formas, mesmo as mais sutis, de desmesura e de desprezo. (AUBENQUE, 2008, p. 14).

RESUMO

Indaga-se na pesquisa sobre o conceito de direito e de justiça para a escola do realismo jurídico clássico. Sobre essa questão, procurou-se identificar os expoentes da referida escola do direito (dentro dos limites estabelecidos para o objeto) e a partir de suas doutrinas apontar as bases jus-filosóficas do direito e da justiça. Esse esforço de pesquisa foi constituído sobre a premissa de que os realistas são aqueles que têm como fundamento de suas teses os escritos de Aristóteles, os juristas romanos e Tomás de Aquino. Foi quando se identificou Michel Villey como precursor e paladino do realismo clássico, uma vez que foi justamente com esse autor que a escola realista começou a tomar forma na contemporaneidade. Por isso outra razão não teria como senão a de tomá-lo como marco teórico dessa pesquisa. Percebeu-se também a singularidade da obra de Javier Hervada, uma vez que possui a tese mais completa e mais assente com o apregoado pelos clássicos. Sobre essa metodologia jurídico-teórica, os procedimentos metodológicos firmaram-se sobre as técnicas próprias da análise de conteúdo das obras de diversos autores realistas, em especial de Michel Villey e Javier Hervada. Dessas ações pode-se concluir que o direito em sentido estrito para a escola do realismo jurídico clássico é a coisa justa, também chamada, de o seu. E assim o é porque é definido a partir da perspectiva do jurista. A justiça é a virtude de dar a cada um o que é seu, logo, o seu direito. Esse seu, é, pois, coisa, res exterior corpórea ou incorpórea. Sendo, assim o direito é objeto da justiça. O direito natural como coisa justa natural que é, é direito concreto e aplicável, uma vez que tem seu fundamento baseado na pessoa, em sua estrutura ontológica. Logo, é parte integrante da realidade jurídica, coexistindo com o direito positivo.

Palavras-chave: Realismo jurídico clássico. Direito. Justiça. Natureza humana. Direito natural.

ABSTRACT

Inquires in research on the concept of right and justice to the classical legal realism school. On this issue, we sought to identify the exponents of this school of law (within the limits set for the object) and their doctrines from the point jus - philosophical foundations of law and justice. This research effort was established on the premise that the realists are those who are challenging their theses writings of Aristóteles, the Roman jurists and Tomás de Aquino. When it was identified Michel Villey as a precursor and top reference of classical realism , since it was precisely to this author that the realist school began to take shape in the contemporary world . Therefore no other reason than that have to take it as a theoretical framework of this research. Also realized the uniqueness of the work of Javier Hervada, since it has a more complete and settled with the thesis proclaimed by the classical. About this legal-theoretical methodology, methodological procedures have signed up on the proper techniques of content analysis of the works of many realistical, authors especially Michel Villey and Javier Hervada. These actions we could conclude that the right in the strict sense for the school of the classical legal realism is the fair thing, also called in its. And because it is so defined from the perspective of the jurist. Justice is the virtue of giving to each one's own, right, one's right. This it is because, thing, is corporeal or incorporeal res exterior. Being thus the right is the object of justice. Natural law as a natural thing that is fair is concrete and applicable law, as it has its foundation based on the person, in its ontological structure. Therefore, it is an integral part of the legal reality coexisting with positive law.

Keywords: classical legal realism. Right. Justice. Human nature. Natural law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
1.1. Uma questão de método.....	15
2. A ESCOLA DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO	20
2.1. As bases da escola do realismo jurídico clássico: síntese das fontes	20
2.2. O que é ser realista segundo Schoupe, Hervada e Villey	24
2.3. Os precursores do realismo jurídico clássico	25
2.3.1. <i>Michel Villey</i>	25
2.3.2. <i>História e trajetória de Javier Hervada</i>	41
3. FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO 49	
3.1. A filosofia do direito.....	49
3.2. As coisas estão repartidas	56
3.3. Questionamentos sobre o direito subjetivo no realismo jurídico clássico	59
3.3.1. <i>As origens do direito subjetivo para os realistas clássicos</i>	59
3.3.2. <i>Formalismo como consequências do ockhanismo: Hervada e Schoupe</i>	66
3.3.3. <i>Uma forma de compreender o direito subjetivo em consonância com o realismo jurídico clássico</i>	69
3.3.4. <i>Consequências linguísticas do ockhanismo</i>	71
4. A JUSTIÇA NA CONCEPÇÃO DA ESCOLA DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO	73
4.1. O conceito de justiça	73
4.1.1. <i>A definição comum de justiça</i>	75
4.1.3. <i>A justiça na definição de Ulpiano</i>	82
4.1.4. <i>A justiça para Tomás de Aquino</i>	84
4.1.5. <i>A caracterização da justiça segundo Javier Hervada</i>	89
4.1.6. <i>A igualdade no conceito de justiça</i>	95
5. O DIREITO PARA A ESCOLA DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO	97
5.1. Premissas sobre o direito.....	100
5.2. A etimologia da palavra direito dentro da história.....	101
5.3. A lei, ou a norma é o direito em sentido próprio e estrito?	116
5.4. O direito subjetivo é o direito em sentido próprio e primário?	120
5.5. O seu, a coisa justa é o direito em sentido primário e estrito?	123
5.6. A definição de direito	127
5.6.1. <i>A res, a coisa para o direito</i>	127

5.6.2. O direito como objeto da justiça	129
5.6.3. O direito como o devido	130
5.6.4. Direito como relação	131
5.6.5. O título	133
5.6.6. A medida	134
5.6.7. O fundamento do direito	136
5.6.8. O direito como o justo	138
5.6.9. Alteridade: relação com o outro	140
5.7. O lugar da norma dentro do realismo jurídico clássico	140
5.8. A pessoa na concepção do realismo jurídico clássico	142
5.8.1. A dignidade da pessoa humana	146
5.8.2. O dever-ser	149
6. O DIREITO NATURAL NA CONCEPÇÃO REALISTA DO DIREITO	151
6.1. Da juridicidade da pessoa humana	157
6.2. Natureza e história	160
6.3. Premissas sobre o direito natural: relação entre direito natural e direito positivo.	164
6.4. O direito natural em sentido próprio e primário: uma perspectiva hervadiana	167
6.5. As normas naturais	169
7. CONCLUSÃO	173
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	180

1. INTRODUÇÃO

O questionamento sobre o que é o direito é recorrente, e não obstante essa recorrência e a dedicação de inúmeros pensadores de todas as épocas a esta questão, é uma pergunta que permanece sem uma solução satisfatória. Não houve ainda uma definição que satisfizesse os filósofos e juristas, no sentido de estancar a busca de conceito mais adequado. É neste contexto e empreendendo essa mesma busca que se encontra o Realismo Jurídico Clássico e, por sua vez, o objeto deste trabalho.

Nesse ínterim, junto às diversas tentativas modernas de fundamentação do direito, a teoria aristotélico-tomista, até o final da primeira metade do século passado, era considerada superada. Sua análise ocorria quase sempre de uma perspectiva histórica. As críticas levantadas contra ela pareciam tê-la prostrado no passado, colocando-a em segundo plano. Entretanto, essas mesmas teorias, que tanto a criticaram, não se mostraram tão convincentes ao explicar o direito.

A crítica às concepções, hoje dominantes, já não são poucas. O positivismo, normativismo e/ou subjetivismo, têm sofrido vários ataques. Hervada (2008, p. XXIV) afirma que o “[...] o positivismo normativistas - com suas variantes formalistas e sociologistas - é uma etapa mórbida da ciência jurídica em fase de superação; e é insensível às ciladas do pós-positivismo, que em sua opinião mais agrava que cura a doença.”

Neste mesmo sentido, Chorão (1989a) afirma que Villey e Maritain convergem em seu combate contra a nocividade do pensamento moderno. Ambos, mantêm em sua obra uma denúncia sistemática e persistente dos erros do pensamento moderno, aos quais opuseram “as verdades perenes da Filosofia Aristotélico-Tomista”. (CHORÃO, 1989a, p.37).

A perspectiva clássica, assim, tem sido resgatada por filósofos morais e filósofos do direito, por meio de reinterpretações das teorias de Aristóteles dos juristas romanos e de Tomás de Aquino, formando assim a escola do Realismo Jurídico Clássico. Jus-filósofos contemporâneos têm se voltado para essa perspectiva em busca de descrições consistentes sobre o conceito da justiça e do direito, inclusive do direito natural. Hervada (1988, 2006, 2008,), Villey (1977, 2009),

Schouppe (1984), Goytisoló (1991, 1999), concordam que as definições sobre o direito, apresentadas pelas teorias que sucederam as clássicas de Aristóteles, dos romanos e de Tomás de Aquino, não se assentam em bases muito sólidas.

Essa volta aos clássicos, feita pelos expoentes do realismo jurídico clássico se dá por dois motivos principais, o primeiro é porque Aristóteles, os romanos e Tomás de Aquino, apresentam conceitos de direito e da justiça consistentes e muito defensáveis historicamente. Segundo porque esses conceitos por serem inferidos da observação da realidade se adequam melhor a ela, ou mais precisamente tem, segundo seus defensores, o condão de torná-la melhor, dado que geram respostas mais assentes com a dinâmica social, às indagações e aos problemas que se apresentam aos juristas contemporâneos.

A eleição dessa escola como objeto da presente estudo está embasada em vários argumentos. Inicialmente se invoca a sua novidade no cenário jurídico contemporâneo. Novidade que, todavia, não significa nem a sua relevância em termos de número de adeptos na contemporaneidade e menos ainda a defesa de conceitos que não tenham nenhum precedente histórico. O que se infere dessa palavra, no presente contexto, é justamente a retomada, depois de séculos de quase total abandono, de conceitos da justiça e do direito sob a concepção dos clássicos: Aristóteles, os romanos e Tomás de Aquino.

A definição do direito e da justiça segundo a escola do realismo jurídico clássico apresenta uma série de características que a diferenciam claramente das outras concepções majoritárias, o que em boa medida é a razão para que se tenha escolhido essa escola como objeto de estudo.

Sobre a vertente metodológica jurídico-teórica, a pesquisa foi construída sobre procedimentos e técnicas próprios da análise de conteúdo de literaturas relativas à escola do realismo jurídico na tentativa de identificar seus principais expoentes, como melhor se esclarece abaixo em *Uma questão de método*. Esse esforço metodológico permitiu a identificação do precursor e paladino da escola realista jurídica clássica, Michel Villey, tomado como o marco teórico da escola e dos estudos do presente trabalho. A identificação de Michel Villey como paladino resultou da análise da bibliografia realista jurídica clássica quando foi apontado Javier Hervada, também, como um de seus principais expoentes.

Sem se desprender de todo universo bibliográfico estudado, a maior parte do

esforço de pesquisa sobre o conceito de direito e de justiça para a escola realista clássica não poderia ser realizada senão sobre as teses jus-filosóficas desses dois autores. A análise bibliográfica que tinha como intuito principal a identificação dos pressupostos comuns ao conceito de direito e de justiça concernentes ao jus-filósofos identificados como realistas, permitiu a verificação da tese mais adequada, pelo menos se assim considerada a partir da opinião da maioria dos autores realistas. Momento em que Javier Hervada foi apontado como autor que possui melhor tese, por sua completude e integralidade conceitual e menor crítica; fator não experimentado por Michel Villey.

O uso da expressão Realismo Jurídico Clássico para designar uma concepção, uma escola ou um sistema de pensamento jurídico é relativamente novo, uma vez que apesar de estar assentado sobre as bases do pensamento clássico, não é a descrição que hoje se faz deste.

Ressalta-se que apesar de ter suas bases em um jusnaturalismo escolástico, não pode com esse ser confundido. O jusnaturalismo escolástico, além de ser lido, hoje, contendo uma orientação notadamente religiosa, abarca várias orientações tão diversas, com raízes e influências tão distintas que parecem estar umas para as outras, tal como o realismo para o idealismo. Assim, necessário é deslocar o realismo jurídico clássico do que se compreende por jusnaturalismo escolástico.

Outrossim, denominar essa escola somente de jusnaturalismo pode fazer com que se confunda com outros pensamentos próprios da Idade Moderna, que não foram por certo, estudos propriamente jus-filosóficos, mas de conotação basicamente moral, tal como Grócio¹, Puffendorf, Wolf, entre outros. São esses autores todos de matiz racionalista, concepção que difere em muito da dos realistas, objeto de nosso estudo.

O realismo jurídico clássico, logo, é assim denominado por ter elegido como perspectiva a arte do jurista. Parte, assim, da observação da realidade, especificamente da realidade jurídica e somente depois desenvolve sobre ela uma teoria. É clássico por estar sustentado em filósofos que definem o direito como a coisa justa, o seu, aquilo que lhe é devido, tais como Aristóteles, os juristas romanos

¹ Recordemos a formação calvinista de Grócio, misturada com uma corrente neo-estóica: a razão do homem, que é sua natureza, dita-lhe uma moral que Grócio confunde com a moral cristã. Não nos surpreende encontrar o fenômeno da absorção do direito na moralidade num autor cuja cultura resume a do século XVI ao mesmo tempo em que transmite seu legado aos juristas do futuro. (VILLEY, 2009, p. 651).

e Tomás de Aquino, com esse último adjetivo pode-se distingui-los dos modernos realismos escandinavo e estadunidense, ambos denominados de realismo jurídico. A distinção entre eles é premente, uma vez que se pode ousar dizer que muito pouco ou nada compartilham em suas bases, fontes e fundamentações.

Um pressuposto fundamental do realismo jurídico clássico é a ligação que essa concepção trás entre a justiça que se define por *dar a cada um o seu* e o direito que é *o seu* a ser dado, logo, é o direito objeto da justiça. Apenas a relação, em si mesma, independente de seu conteúdo já seria relevante para firmar esta concepção em uma linha não positivista do direito. Logo, mais fortemente se apresenta essa disparidade ao se analisar o conteúdo que lhes é dado.

Assim, para o realismo jurídico clássico, direito é uma coisa concreta; é o seu; o justo. Recusa veementemente a proposta positivista de que seria o direito simplesmente uma invenção do homem. Como é o direito objeto da justiça, realiza-se a justiça quando se dá ao outro aquilo que lhe é devido. Assim, a justiça, no realismo, se despe de conceitos ideológicos, que lhe emprestaram as teorias modernas, e se torna palpável.

Com intuito de deslindar a concepção do direito e da justiça segundo a escola do realismo jurídico clássico este trabalho foi dividido da seguinte forma.

Na primeira parte do trabalho foi abordado o renovado interesse na teoria do direito de Aristóteles, dos romanos e de Tomás de Aquino, possibilitado por autores como Michel Villey e Javier Hervada, Jean Pierre Schoupe, Vallançon, André- Jean Arnaud, Bigotte Chorão, Cunha, Vigo, Vallet de Goytisoló, Rabi-Baldi, entre outros. Iniciar-se-á com a exposição da história e trajetória do precursor, na atualidade, do realismo jurídico clássico, Michel Villey. Expôs-se, posteriormente, o motivo de ter sido alçado, por seus pares, (autores realistas) a paladino do realismo jurídico clássico. Por fim, foi introduzida a teoria de Hervada, demonstrando ser ele o autor que melhor e mais profundamente desenvolveu a concepção realista do direito e da justiça.

Neste capítulo, não se pretende aprofundar as teses dos autores mencionados. O objetivo é apresentar os autores Michel Villey e Javier Hervada, especificamente, através de sua trajetória de suas obras e da opinião dos outros autores realistas sobre eles.

O realismo jurídico clássico é uma concepção que busca identificar o ser do

direito, afirmando categoricamente o que ele é e o que ele não é. Diferentemente de muitas concepções positivistas e pós-positivistas, esse movimento atenta para a questão da necessidade de se iniciar o conhecimento de uma ciência pela sua respectiva filosofia. Assim, dedicou-se o capítulo seguinte a uma análise mais detalhada da filosofia, especificamente da filosofia do direito e o porquê de ser ela imprescindível para a definição do direito segundo os realistas clássicos.

Em seguida, trata-se de uma premissa necessária à existência do direito segundo os realistas clássicos, qual seja as coisas estão repartidas. O direito e a justiça como se perceberá não repartem as coisas, a política o faz. A justiça dá, restitui, àquele a quem é devido, o seu direito. Todavia, como o *seu* esse direito já é existente. A política reparte as coisas e somente quando essas coisas estão na zona de interferência de outro ser humano que é necessário que se dê o *seu* a quem lhe é devido.

E por último, inserto nesse mesmo capítulo, tratou-se dos questionamentos sobre o direito subjetivo - tão caro aos juristas contemporâneos - dentro do realismo jurídico clássico. Observou-se que praticamente todos os realistas se dedicam a essa questão de forma mais ou menos aprofundada. Isso se dá porque antes de iniciar o estudo do direito dentro do realismo clássico, se faz necessário demonstrar qual o lugar do direito subjetivo dentro dessa escola e para isso é necessário apresentar as suas bases históricas.

O terceiro capítulo foi inteiramente dedicado à exposição da teoria da justiça na perspectiva do realismo jurídico clássico. Tratou-se sobre temas como a definição clássica da justiça (apresentada por Aristóteles, os juristas romanos e Tomás de Aquino). Em seguida se expôs a caracterização da justiça, segundo proposto por Javier Hervada, explicitando cada uma das partes de sua definição (o verbo *dar*, a *cada um* e por último, o *seu*) e traçando a sua relação com o direito. Por fim, foi abordada a sua relação com a igualdade.

O quarto capítulo mais longo e mais detalhado trata inicialmente da etimologia da palavra direito, as suas principais definições dentro da história e especificamente e mais aprofundadamente a sua definição dentro do realismo jurídico clássico. Observar-se-á que pelos motivos apresentados no primeiro capítulo, o autor que deu a tônica desse desenvolvimento foi Hervada seguido, ou melhor, precedido por Villey. O último precede Hervada na concepção realista do direito, porém é esse que

apresenta uma teoria mais completa sobre o tema de interesse desse trabalho, como se buscou demonstrar.

Ainda no quarto capítulo, se dedicou ao estudo da pessoa, da dignidade que lhe é inerente e do dever-ser. Além da relação entre elas (dever-se e dignidade) e a natureza humana. Essa primeira exposição é premissa necessária para o que se seguiu, qual seja, o quinto capítulo que trata da análise da teoria do direito natural sob o viés hervadiano. Aqui se expôs a juridicidade da pessoa humana, a qual é condição de existência do direito natural e o conceito de direito natural em sentido primário e estrito e a sua fundamentação na natureza humana.

Findo o quinto capítulo foi apresentada a conclusão do presente estudo. Resumidamente pode-se ter como principal conclusão desse trabalho que o direito em sentido estrito para a escola do realismo jurídico clássico é a coisa justa (*res exterior*) também chamada, de o seu. A justiça é uma virtude, um hábito de *dar a cada um o seu*, logo, o seu direito. Infere-se, assim, que o direito é objeto da justiça.

O direito natural é aquela coisa corpórea ou incorpórea adequada e proporcional ao homem em virtude de sua natureza ou estrutura fundamental ontológica. É o direito natural núcleo do direito vigente o qual se fundamenta na pessoa humana e na sua dignidade. Como coisa justa natural que é, é direito concreto e aplicável, coexistindo de forma pacífica com o direito positivo.

1.1. Uma questão de método

O presente trabalho tem como objeto a concepção do direito e da justiça da escola do Realismo Jurídico Clássico que retoma Aristóteles, os romanos e Tomás de Aquino. De caráter teórico e intradisciplinar, a metodologia desse trabalho se construiu a partir de uma abordagem jurídico-compreensiva dos fundamentos teóricos dessa perspectiva. Assim, o estudo, firmado sobre a vertente jurídico-teórica, foi executado através da análise, comparação e discussão de obras dos autores realistas.

Abordou-se, através do método jurídico-compreensivo e exploratório, o conceito de direito e de justiça apregoados por essa nova escola e outros temas a esses conceitos correlacionados de forma a apresentar o pensamento realista

clássico integralmente. A integralidade aqui não vem de tratar exaustivamente de todos os autores abordados, mas de dar uma visão geral dos temas mais caros a essa escola. Desnudar a concepção realista clássica do direito e da justiça a fim de deixar claras a sua perspectiva.

Abordar a Escola do Realismo Jurídico Clássico, seus principais expoentes e os conceitos direito e da justiça por eles apresentados em todas as suas nuances e particularidades é de fato uma tarefa hercúlea. Tarefa que não coaduna com a limitação de tempo imposta ao presente trabalho. Assim, optou-se por apresentar a sua teoria de forma geral, porém cuidadosa, respeitando a linha de pensamento mais difundida dentro da própria escola.

Com esse intuito, focou-se nos autores que retomam Aristóteles e Tomás de Aquino de forma a extrair deles a concepção de direito como sendo o seu, *suum*, e a justiça como sendo objeto do direito. Realizar a justiça, para os realistas é dar a cada um o que é seu, o seu direito, o que é devido por justiça. Logo, a coisa justa. Tratam, pois, da relação necessária entre o direito e a justiça.

Outra questão definidora do realismo clássico e de seus expoentes é o fato de partirem da observação da realidade para a construção da filosofia e não o contrário. Parte-se do real, do concreto, do direito como *res* justa, logo, do direito chamado de objetivo para depois tecer sobre ele uma filosofia.

A existência de um direito faculdade ou um direito norma contrapõe-se ao realismo jurídico clássico de tal forma que Jean Pierre Schoupe em seu livro *Le réalisme juridique* caracteriza os autores como realistas clássicos e não realistas usando exatamente esse critério. São realistas clássicos os autores que creem ser direito apenas o direito objetivo, ou seja, o direito como o seu, a coisa justa. Ressalta-se que autores realistas importantes como Hervada acreditam na existência de direito como faculdade mais de forma secundária. Esse *direito faculdade* seria uma derivação do verdadeiro direito que é o seu.

Partindo-se dessa exposição do que é central para a escola do realismo jurídico clássico, posta aqui de forma resumida, tomaram-se como expoentes dessa escola os autores que coadunam com esse núcleo de pensamento.

Outra especificação ou delimitação com relação aos autores trabalhados é o fato de que se privilegiou, na escolha feita para a definição do âmbito do presente estudo os autores que são juristas. Muitos são os filósofos não juristas que

escrevem sobre o que se chama de realismo clássico. Não serão, todavia, explorados de forma específica. Entretanto, em alguns temas tratados serão utilizadas as contribuições desses filósofos como forma de enriquecer o presente estudo.

Apesar de ser uma escola relativamente nova e tendo uma pequena infiltração no mundo, razoável é o número de autores que tratam dessa concepção. São tantos que não foi possível trabalhar todos em um único estudo.

Desta feita, escolheu-se para o presente trabalho limitar o número de autores enfocados. A escolha dos autores e o que a motivou será exposto de forma resumida no texto abaixo, porém, só se tornará perfeitamente clara com o desenrolar do presente estudo. Crê-se que o próprio trabalho fará a sua defesa nesse sentido.

Assim, determinou-se o foco desse trabalho primeiramente nos autores de língua espanhola. Essa escolha se deve a dois fatores principais. O primeiro é tradição histórica dos autores espanhóis em relação ao estudo das teorias de Tomás de Aquino dos juristas romanos e de Aristóteles. Esse motivo abrange apenas os autores espanhóis, todavia, o segundo e principal motivo é pela força que a escola do realismo clássico tem em países de língua espanhola. Ver-se-á que há nos países de língua espanhola, especialmente na Espanha, uma abundância de autores e artigos tratando desse tema. Assim, justifica a expansão para autores de língua espanhola e não só espanhóis. Ressalta-se, ainda, que um dos realistas mais aclamados, pela abrangência e consistência de seu trabalho é o espanhol Javier Hervada, o qual será um dos componentes principais do presente trabalho.

A escola do Realismo Jurídico Clássico vem encontrando muito eco nos autores portugueses e não só em quantidade de escritos como na qualidade desses. Logo, justifica a escolha de autores portugueses. Esses autores demonstram ser fiéis ao paladino do realismo jurídico clássico, ou seja, Michel Villey, fazendo uma leitura crítica, porém, muito contextualizada desse autor. Diante disso, não poderiam ficar à margem do presente trabalho, dado que se crê serem eles os autores que melhor leem, no sentido de dar luzes ao trabalho de Villey, ou que pelo menos leem com mais entusiasmo o precursor da escola objeto do presente estudo.

E por fim, porém, não nessa ordem, foram trabalhados os autores franceses. A escolha de trabalhar com os autores franceses é inerente ao tema. É uma

necessidade própria do tema, a que o mesmo se impõe, dado que o autor que deu notoriedade a escola do realismo jurídico clássico, na contemporaneidade, o seu maior defensor e difusor é o Francês Michel Villey. Além dele, serão trabalhados alguns de seus discípulos franceses.

Assevera-se que na França, a tradição de uma história do direito, que foi tão arduamente criticada por Villey, ainda é muito forte. Logo, não são muitos os autores franceses que leem Villey de forma a dar colorido às suas palavras. Muito se encontra de críticas a esse autor entre seus conterrâneos, todavia, não são críticas que se localizam dentro do realismo clássico. Essas críticas, geralmente tem seu foco em desconstruir a sua visão do direito e da justiça utilizando o viés histórico. O que foge da proposta do presente estudo. Por isso, resolveu-se por restringir aos autores franceses que trabalham a teoria de Villey de dentro realismo.

Ainda dentro da delimitação apresentada, o trabalho de pesquisa não foi construído sobre a análise de todos os autores de língua espanhola, todos os portugueses e os franceses que se consideram realistas clássicos. O universo de autores ainda seria extenso demais para o tipo de estudo aqui realizado.

A relevância desses autores, dentro da escola do realismo jurídico clássico, foi indicada por seus pares, em seus escritos, ou seja, são os próprios realistas que serão o parâmetro utilizado no presente trabalho para se determinar quais são os realistas de destaque dentro desse universo. Por certo, e como se verá adiante, os autores componentes de uma escola se citam mutuamente. Suas obras dialogam com frequência, assim, pode-se, determinar quais dos autores ou obras contribuíram mais para a construção e consolidação da concepção de direito e de justiça tal como defendida pela escola do Realismo Jurídico Clássico.

O objeto próprio do presente estudo não será tal como o fez brilhantemente Jean Pierre Schoupe, classificar e expor de forma resumida a teoria dos autores que se denominam realistas. O foco de suas obras é a classificação o escopo desse trabalho será a exposição da teoria geral dessa escola. De fato o autor acima citado levou 20 anos para concluir sua obra, não poderia pretender, pelo presente estudo, fazê-lo em dois anos. Pelo menos não se poderia fazer um estudo minimamente decente sobre esse viés.

Aprofundando na concepção dessa escola percebeu-se que para expô-la de forma coerente é necessário seguir as suas premissas. Os autores realistas

apregoam que o direito e a justiça e qualquer teoria que se propõe a estudá-los deve iniciar seus estudos por sua filosofia, porque é justamente ela que cuida de descrever o todo. E o todo, como bem apresenta os realistas, é bem mais do que a soma das partes, assim, para se conhecer a concepção da escola realista clássica do direito é necessário que se parta de uma exposição geral. Foi à própria escola do realismo clássico e a vontade de lhe ser fiel que impôs a escolha feita para o presente trabalho, qual seja fazer uma exposição geral da concepção da justiça e do direito.

Assim, optou-se por trabalhar mais aprofundadamente a concepção realista do direito, ou seja, o foco do presente estudo é o direito como, o justo, o seu, *summ*, e a justiça como dar a cada um o seu. Implicando logicamente em uma relação entre a justiça e o direito em que o seu, o direito, é o objeto da justiça. Nesse esforço de trabalho, percebeu-se que alguns autores se mostravam, segundo seus próprios pares, e de acordo com a análise feita de suas obras mais relevantes para essa construção. Assim, se deu com a obra de Javier Hervada, a qual demonstrou ser mais integradora. Dentro da obra desse autor se harmonizam muitas das concepções de outros realistas que parecem conflitar.

Assim, o foco desse trabalho está em suma na obra do precursor do realismo jurídico clássico Michel Villey, como se verá abaixo e de Javier Hervada, seu expoente, mais influente, com a obra mais coerente e geral.

2. A ESCOLA DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO

2.1. As bases da escola do realismo jurídico clássico: síntese das fontes

Doravante esse tema seja referido em muitos outros pontos do presente trabalho se faz necessário, por ora, apresentar uma breve exposição sistemática do que os realistas clássicos consideram o norte, a fundação e as bases dessa escola.

Essa necessidade se fundamenta em duas principais razões. A primeira se refere ao fato de que as fontes que inspiram o pensamento de cada corrente - seja em uma perspectiva positivista, seja em uma realista - divergem substancialmente.

A segunda e mais importante razão é que as fontes, em relação ao tema do presente trabalho, definem e delimitam os autores que a compõem. Uma vez que, só pode ser considerado expoente do realismo jurídico clássico, autores, que se inspiram nos clássicos, Aristóteles, os romanos e Tomás de Aquino, como se busca demonstrar abaixo.

Cunha (1992, p. 104), ao citar Villey, demonstra que assim como ele crê que para se definir de forma precisa o direito tem-se que beber das fontes clássicas.

[...] Villey aponta-nos a grande lição do ovo de Colombo jurídico que é voltar aos primórdios, quando Aristóteles sonhou o Direito e os Romanos lograram *ius redigere in artem*.

Beber dessas fontes lustrais é inspiração imorredora, porque são fontes vivas, essas. Afinal, as que deram nascimento ao Direito. Olvidado esse facto, esquecido esse legado, têm os epígonos misturado, baralhado, confundido. (CUNHA, 1992, p. 104)

Segundo Hervada (1934 -), Villey (1914 –1988), Schouppe (1984, 1991,1992), Goytisolo (1991, 1997), Bigotte Chorão (1986, 1989a,1991), Cunha (1992, 1999, 2009), Vallançon (2000, 2009) e vários outros realistas, a adequada identificação do direito em sentido próprio e estrito é mérito da tradição clássica, cujo precedente filosófico é Aristóteles. Este filósofo inicia a tradição que define o direito como sendo a coisa justa, também chamado o justo, o seu, o que pertence e cabe ao titular.

A concepção realista do direito tem, assim, sua origem em Aristóteles. Villey (1977, 2009) afirma, e a ele se juntam todos os autores realistas citados nesse

trabalho, que Aristóteles foi provavelmente o fundador da filosofia do direito. Ainda que tenha, Aristóteles, revolucionado o pensamento filosófico ele não criou toda uma filosofia do direito do nada. Por certo foi influenciado pelos pensadores de sua época e principalmente por seu mestre Platão que já tratava do tema do direito.

Segundo Villey (2009), um dos grandes méritos de Aristóteles foi ter elaborado no livro V da *Ética à Nicômaco* uma concepção do direito mais precisa do que a de Platão, em que o direito deixa de ser um ideal, (definição defendida por Platão) e se encontra diferenciado da moral. Trata-se da noção estrita do direito que segundo Aristóteles é o direito como *o seu*, como *o justo*.

Essa noção estrita do direito, não foi por Aristóteles, inventada construída de forma arbitrária e idealista, mas foi extraída da experiência, fruto da observação, como bem coloca Villey (2009). Observação essa que Aristóteles estende à linguagem por ser ela um reflexo da experiência.

Schouppe (1984, p.556), afirma que Aristóteles se preocupou em observar atentamente o mundo judicial, a realidade jurídica, centrando seu ponto de vista na decisão do juiz entre o justo e o injusto.

Schouppe (1984) afirma ainda, assim como Villey, que está em Aristóteles a primeira denominação realista do direito, qual seja *to díkaion*. Villey (2009, p.45) acrescenta que Aristóteles trata do direito, dentro de um estudo sobre a justiça, o direito seria, assim, uma parte do estudo da justiça, porém uma parte bem definida e distinta dessa.

Essa distinção entre direito e justiça e a definição da relação entre eles, além da separação entre o âmbito da moral e o âmbito do direito está muito clara nas obras de Aristóteles, especificamente, quando esse autor explica que *to díkaion*, se difere de *díkaios*. O primeiro são os atos justos, enquanto o segundo representa o homem justo e virtuoso. Nas palavras de Villey (2009, p.45) “Posso realizar o *díkaion*, ou seja, atos justos, sem ser eu mesmo *díkaios*, ou seja, intimamente justo.”. Para Aristóteles, assim, o direito é uma realidade objetiva, independente das disposições internas do sujeito. (SCHOUPPE, 1984).

Ressalta-se ainda, que Aristóteles é, segundo Villey, Hervada (2008), Schouppe (1984) e tantos outros, o pai da doutrina do direito natural. “ele deu destaque ao termo (*díkaion physikón*); construiu sua teoria e a pôs em prática; é o fundador dessa doutrina à qual inúmeros juristas, séculos depois, viriam a aderir”

(VILLEY, 2009, p.53).

O realismo jurídico clássico encontrou um importante eco dentro da jurisprudência romana. Villey (2009, p.67) ressalta que a cultura romana do chamado período clássico é, sobretudo, a cultura grega. “Muitas obras gregas foram traduzidas, transpostas para o latim; sobretudo as noções de uso comum, cuja noção resulta do esforço grego (como as de direito natural, de equidade, de lei em sentido amplo) [...]”.

Segundo Villey, deve-se situar o momento do nascimento do direito romano como sistema científico aproximadamente na época ciceroniana. Nesse momento, a influência de Aristóteles é muito forte: “Políbio transmitiu as grandes teses de sua *Política* e Cícero traduz os *Tópicos*, dedicados ao jurista Trebatius; as escolas de retórica difundem as noções aristotélicas de justiça, de equidade, da lei e do direito natural” (VILLEY, 2009, p.70).

Conclui assim, Villey (2009), que os juristas romanos conhecem e colocam em destaque a definição de justiça, formulada por Aristóteles. Aceitaram a doutrina de que o direito deriva da justiça e mais precisamente que o direito é aquilo que é justo. Para os juristas romanos, o direito é considerado como aquela parte de bens que a cada um corresponde e que o jurista procurará determinar de forma equitativa. (SCHOUPE, 1984).

Os romanos, todavia, não só absorveram as concepções aristotélicas, mas as desenvolveram. Assim, segundo Hervada (2008, p.74) a definição de justiça mais conhecida por sua simplicidade e grande precisão é a de Ulpiano em D.1,1,10: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (A justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito)”. Afirmção que é corroborada pela obra de Villey (1977, 2009), de Vigo (1992), Goytisoló (1991, 1997, 1999), entre outros. Com Ulpiano, a fórmula da justiça além de ganhar em precisão adquire a sua mais perfeita dimensão jurídica, pois faz sobressair o seu de cada um, o seu direito. (HERVADA, 2008, p.74).

Com o crescimento da influência do estoicismo, neoplatonismos e novas visões de mundo judaico-cristãs às quais iria aderir Santo Agostinho, o direito romano assim, como as obras de Aristóteles foram deixadas adormecidas. “Quanto à renascença do direito romano na Europa moderna, a partir do século XIII, ela estará ligada à renascença de Aristóteles”. (Villey, 2009, p.74).

Arnaud (2011, p. 873), corroborando com Villey (2009), afirma que no estoicismo, o pensamento de Aristóteles sofreu alterações de forma que as distinções aristotélicas não foram conhecidas durante toda a Alta Idade Média, até o trabalho de Tomás de Aquino na *Suma Teológica*.

O direito é encontrado em Tomás de Aquino principalmente em dois tratados de sua *Suma Teológica*: o primeiro é o tratado das leis e o segundo é o tratado da justiça. Villey (2009) assevera, todavia, que para captar todo espírito de Tomás de Aquino é necessário que se leia toda a *Suma*, pois, nela se pode encontrar pincelado aqui e ali questões que interessam ao direito e assim, dão coerência e unidade aos textos que tratam especificamente desse tema.

Tomás de Aquino é o autor que eleva o realismo ao seu apogeu. Em sua obra o direito é apresentado como uma *res iusta*, objeto da justiça. O Aquinate resgata a doutrina jurídica de Aristóteles, a enriquece, com a experiência do Direito Romano e a complementa com sua concepção cristã. E assim, o direito passa a ser, antes de tudo, uma coisa justa devida ao outro. (SCHOUPPE, 1984, p.611).

Nessa mesma linha, Hervada (1976,1988, 2008) afirma que se construiu, a partir de Tomás de Aquino, uma filosofia do direito perpétua, na linha do grande renascimento da ciência jurídica que tem como início a aceitação da primeira filosofia do direito de relevância depois da de Aristóteles e com a qual se harmoniza perfeitamente.

Tomás de Aquino cita Agostinho e Gregório, ao discutir questões sobre o direito e a justiça, mas, como Villey (2009, p. 157) bem observa, ele escolherá, como autoridades principais, autores pagãos, como Aristóteles e Ulpiano. E continua:

Em matéria de direito natural, são Tomás costuma seguir, portanto, o sistema Aristotélico. Não quero dizer que ele o reproduza identicamente: se assim o fosse, esse capítulo seria inútil. A doutrina de são Tomás é, em primeiro lugar, muito mais bem ordenada e coerente; em seguida, solidifica seus pensamentos com a ajuda do neoplatonismo, de Cícero de Ulpiano, da Bíblia, de santo Agostinho. (VILLEY, 2009, p. 140)

Depois do apogeu, segue um largo intervalo de seis séculos em que a definição de direito como sendo a coisa justa, o seu, permanece adormecida. É esse o tempo em que a Escolástica dos séculos XIV e XV e a Escolástica Espanhola trazem duas novas definições para o termo direito, o direito como sendo faculdade

ou poder (direito subjetivo) e o direito como sendo a lei. (SCHOUPE, 1984, p.611). Alguns autores da Escolástica Espanhola conservam um lado tradicional mantendo a definição de direito como a coisa justa, mas, essa não reinará mais sozinha, em geral, a partir dessa escola os autores passam a somar à concepção realista do direito, aquelas outras acepções.

A verdadeira concepção realista do direito que tem suas origens em Aristóteles e seu apogeu em Tomás de Aquino, portanto, se mantém, ao largo da história até o seu renascimento, ainda que limitado no século XX. (SCHOUPE, 1984, p.611).

Diante do exposto conclui-se, que as fontes que inspiram o realismo jurídico clássico, são aquelas que definiram o direito como sendo o seu, a coisa justa, e definem a justiça como uma virtude que tem o direito por objeto. Assim, tem-se como bases dessa escola, Aristóteles, os juristas romanos e Tomás de Aquino.

Logo, para se classificar um autor como expoente dessa escola é necessário que ele retome e baseie seus estudos especificamente nessas fontes.

2.2. O que é ser realista segundo Schoupe, Hervada e Villey

Para Schoupe (1984), é realista o autor que defende uma concepção objetiva do direito. Concepção esta que conceitua o direito como o seu, a coisa justa, ou seja, o objeto da justiça, que se determina em si mesmo independente de todo tipo de referências ao sujeito. Como coisa justa é uma coisa externa devida por uma pessoa a outra.

Ressalta-se que essa concepção objetiva do direito difere diametralmente da difundida e contemporânea concepção subjetivista, em que o sujeito é o centro e a base do direito.

Hervada (2006, 2008), Villey (1977, 2008), Goytisoló (1997,1999), entre outros, afirmam, na mesma linha de Schoupe, que para o Realismo Jurídico Clássico, direito é uma coisa concreta; é o seu; o justo; *a res iusta*. Como se verá em todo o trabalho. Acrescentam, os dois primeiros autores, que para ser realista o jus-filósofo deve partir da experiência e só depois chegar à filosofia.

O realista jurídico é aquele que não parte de uma ideia, uma filosofia ou uma

ideologia, para conceber o seu conceito de direito, mas, da realidade, como afirmam Villey (1977) e Hervada (2009). “Adotamos o ponto de vista de uma filosofia realista, que modestamente se limita a conhecer o mundo exterior, mas pretende uma visão de conjunto”. (VILLEY, 1977, p.28). Nesse mesmo sentido Hervada afirma que segue a filosofia aristotélico-tomista porque entende que é realista, porque parte da realidade e a partir dela se explica. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009)². Para demonstrar que o pressuposto de sua teoria é de inspiração clássica, Hervada cita: “[...] dizia Aristóteles que tomava as coisas como as encontrava, Tomás de Aquino dizia que o estudo do fato mais humilde conduz ao estudo da verdade mais alta.” (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009, p.587, tradução nossa).³

Diante da análise das fontes que inspiram o realismo jurídico clássico, e da exposição sintética dos autores Schoupe, Villey e Hervada, depreende-se que para se definir qual autor pode ser enquadrado dentro dessa perspectiva tem-se que considerar dois fatores principais. O primeiro é que o autor deve conceituar o direito como a coisa justa, o seu, e a justiça como dar a cada um o que é seu, o seu direito. Logo, ter o direito como objeto da justiça. Outro fator determinante é que o jus-filósofo deve partir da observação da realidade, da experiência, logo, da perspectiva do jurista para se determinar o direito e a justiça.

2.3. Os precursores do realismo jurídico clássico

2.3.1. Michel Villey

Uma das figuras que se integra dentro do que se denominou realismo jurídico clássico é o professor francês Michel Villey. Poder-se-ia afirmar que não só se integra a essa corrente de pensamento, mas que de fato recupera, dentro do panorama jurídico contemporâneo, o pensamento aristotélico-tomista, em um

² Yo soy realista, en el sentido de que no parto de una idea, de una filosofía o de una ideología como es tan común. Mi punto de partida es la observación de la realidad y si me apoyo después –después, no antes– en una filosofía, lo hago porque me parece que esta filosofía representa la mejor explicación de lo real. Si sigo la filosofía aristotélico-tomista es porque entiendo que es realista, porque parte de la realidad y desde ella la explica. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009, p. 586).

³ Con razón decía Chesterton de Aristóteles, que tomaba las cosas como las encontraba; y añadía –hablando de Santo Tomás de Aquino– que el estudio del hecho más humilde conduce al estudio de la verdad más alta.

momento em que a doutrina majoritária é de matiz positivista.

A escola do realismo jurídico clássico deve, assim, a esse autor, em grande parte, a sua relevância no cenário atual da filosofia do direito.

Michel Villey é considerado por muitos autores, a exemplo dos que serão citados abaixo, como um desbravador, responsável por introduzir no pensamento contemporâneo o realismo jurídico clássico. Um autor que inspirou e continua a inspirar muitos estudiosos. É sobremaneira mencionada a sua coragem em defender a definição do direito como o seu, a coisa justa, em um cenário tão desfavorável.

Para estabelecer a contribuição de Villey para essa escola, ou mesmo para demonstrar que é com esse autor que se inicia a trajetória contemporânea do realismo jurídico clássico. Faz-se necessário, tecer uma pequena exposição sobre a história de Michel Villey.

2.3.1.1. História e trajetória (o sistema villeyneano)

Michel Villey nasceu em Caen, na França, em 1914. Filho de Pierre Villey, historiador e crítico literário do século XVI e irmão de dois Villey que também se embrenharam no mundo acadêmico. O primeiro professor de medicina e presidente da ordem dos médicos, o segundo professor de economia, Daniel Villey. É muito provável que esse autor tenha sido influenciado pela história e trajetória de sua família no sentido de traçar seu caminho através da academia. (ARNOUD, 2012).

Em 1950, já lecionava na Universidade de Estrasburgo. Todavia, somente em 1961, foi nomeado para a Faculdade de Direito da Universidade de Paris. Não obteve êxito em seu primeiro concurso para professor em Paris, porque tinha *uma certa dificuldade em agir segundo as regras*, segundo as regras da Faculdade de Paris, segundo conta seu discípulo Arnaud. Arnaud afirma ainda que além de ser um espírito crítico, Michel Villey, era o rigor personalizado:

[...] enfrentou muitas dificuldades para sair-se com êxito no concurso para Professor Universitário, porque ele não aceitava “jouer le jeu” (jogar o jogo). “Finalmente [disse-me], sendo o pai de uma menina, a Lucile, aceitei... mas foi muito difícil para mim... Por favor, Arnaud! Não faça isso! Você tem que saber que o rigor do concurso tem suas próprias regras, que não correspondem, algumas vezes, à nossa concepção do que é o rigor.”

(ARNAUD, 2011, p. 870)

Na França a filosofia do direito era à época de Villey, prioritariamente uma história do direito. Não existia, segundo o próprio Villey (1977), um departamento especial para esse ensino. Eram assim, os colegas de Villey, em sua maioria ou totalidade, históricos do direito, não muito afeitos às suas incursões filosóficas. E foi, assim, apresentando um tema puramente de filosofia do direito que esse autor foi rejeitado em seu primeiro concurso na Faculdade de Direito da Universidade de Paris. (ARNAUD, 2011).

Villey tornou-se, posteriormente, professor da Paris, e continuou a ser um filósofo do direito. Quando foi escolhido para o cargo, em 1961, ele deu uma primeira exposição, embora, sintética do que seria chamado posteriormente de sistema villeyneano. Esse autor produziu um longo artigo, sem notas e simplesmente intitulado *Résumé du droit naturel classique*. Esse artigo representou na verdade uma reconstrução do sistema aristotélico-tomista. Segundo Arnaud (2011) esse artigo era um espelho e um primeiro esboço do pensamento villeyneano.

Michel Villey, a partir da apresentação desse artigo, foi mantido à margem pelos seus colegas da Universidade de Paris. No texto escrito pelo professor da Universidade Paris II, Stéphane Rials, em apresentação ao livro de Villey intitulado *Formation de la pensée juridique moderne* em sua publicação pós morte, afirma que:

Certos traços da personalidade intelectual de Michel Villey desagradam aos tempos: amizade pelos antigos e singular convivência com os medievais; cristianismo e, pior, catolicismo não dissimulado, ainda que muito independente; polêmica em relação aos direitos dos homens num tempo em que os constitui em ídolos de tinta e saliva. (VILLEY, 2009, p. XIII – XIV)

O próprio autor dessa *Apresentação* demonstra claramente não ser villeyneano, e apresentou nela mais motivos para se distanciar da obra de Villey do que para se inspirar nela, ainda que não se saiba se foi mesmo essa a sua intenção.

Não se pode olvidar, todavia, que uma certa desconfiança sobre os textos de Villey ainda pairam nas escolas francesas de direito. Ver-se-á, mais adiante que a

obra de Villey encontrará muito mais eco em países como Espanha, Portugal e nos demais países de língua espanhola do que em seu país natal. Entretanto, a França não desconhece de todo o seu mérito. A cadeira na Faculdade de Direito de Paris, que pertencia a Michel Villey, desde a sua morte, se manteve fantasma, residindo como o centro da filosofia do direito que ele havia criado. Em 1998, foi transformado em um instituto que leva seu nome, *Institut Michel Villey*. (ARNOUD, 20012).

Villey, fundou, no ano de 1952, juntamente Charles Eisenmann e Henri Motulski, a célebre Revista *Archives de Philosophie du Droit*. Villey ficou à frente dessa revista como redator do ano de 1959 até 1985. (ARNAUD, 2011, p.868). Participando ativamente com numerosos artigos até a sua morte em 24 de julho de 1988. A *Archives de Philosophie du Droit*, continua ativa até hoje, representando um importante um legado deixado pelo autor.

Como professor que foi, praticamente toda a sua vida, seu pensamento e sua obra se desenvolveram dentro do ambiente acadêmico. E provavelmente esse ambiente o influenciou na escolha de seu método.

Villey privilegiava o método dialético. A universidade segundo, esse autor é o lugar próprio para desenvolver um pensamento baseado na dialética. Villey levava tão a sério o seu método que cria que a filosofia do direito não poderia ser ensinada. Os alunos deveriam encontrar sua própria sabedoria através do espírito crítico. (VILLEY, 1977).

Arnaud, que foi como dito acima aluno de Villey, demonstra que esse autor pensava que o ensino deveria ser dialético e aberto às críticas e que o conhecimento da filosofia deveria ser orientado, não ensinado nos moldes da universidade de sua época. Ele não só cria nesse método de ensino como o aplicava em suas aulas.

No primeiro dia das suas aulas de Filosofia do Direito, ele dizia para seus alunos que a Filosofia do Direito não pode ser ensinada, porque é o pensamento crítico que é fonte da inovação em Filosofia do Direito. Que ele estaria presente para orientar-nos, mas sem nenhuma pretensão de impor uma verdade. Que ele nos ensinaria a Filosofia do Direito somente através da sua história, através das obras dos pensadores mais importantes do Direito. (ARNAUD, 2011, p.869).

É dentro desse ambiente acadêmico e efervescente que esse autor produz

suas obras: *Le Droit romain, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, La Formation de la pensée juridique moderne, Philosophie du droit, Définition et fins du droit, les moyens de droit, Le Droit et les Droits de l'homme, Seize essais de philosophie du droit, Critique de la pensée juridique moderne, Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*. Escreveu ainda vários artigos publicados na revista em que foi redator por um longo tempo *Archives de Philosophie du Droit*.

Muitos autores evocam a coragem de Villey em testar seus escritos entre seus alunos. Em aguçar seu sentido crítico. Acreditava esse autor, que para produzir algo que tenha valor tem-se que expô-lo as críticas. O pensamento tem que ser testado, rebatido, repensado, se ele sobreviver a todo esse processo dialético provavelmente é algo que merece ser escrito. (CUNHA, 1992).

A vida de Villey não é muito diferente de sua obra, segundo Vallançon (2009), existe uma coerência, uma continuidade entre uma e outra. Villey não gostava de ser agraciado com honrarias, quantas vezes não disse e redisse que a filosofia é alheia às preocupações pragmáticas, aos sucessos de carreira, às ambições políticas. Também sob esse prisma viveu como ensinou.

Segundo Arnaud (2011, p. 868), “Villey era uma pessoa muito acessível. Digamos: um Cristão que vivia sua cristandade (abertura aos outros, escuta, capacidade de partilhar) - a cada momento.”

Essa acessibilidade e abertura tanto da pessoa como do professor Villey coaduna com a sua ideia de universidade. Villey (1977) acreditava que o formato mais adequado à aprendizagem de forma dialética e com espírito crítico era uma universidade tal como a Universidade Medieval. A palavra medieval por si só já afasta a academia contemporânea, soa como um adjetivo pejorativo, o que em nada incomodava Villey, dado que não se preocupava com a aceitação e o modernismo de suas ideias. (VALLANÇON, 2009).

Assim, esse autor afirma que se deve analisar a Universidade Medieval para além dos preconceitos. Preconceitos que para Villey (1977) vêm da falta de conhecimento. Pouco, são difundidas as qualidades de uma universidade no estilo medieval, o que ressoa são seus defeitos, que em sua maioria lhe são atribuídos sem merecimento como parte de uma tradição de se desmerecer a Idade Média.

Segundo Cunha (1992), Villey viu nessa forma de universidade o que ela tem de melhor, os seus elementos de espontaneidade, autossugestão, diálogo e

contestação. E é exatamente desse diálogo que surgem, ou melhor, se fazem alunos com o espírito livre e crítico. Assim, Cunha (1992, p.144) afirma sobre a universidade medieval: “Quando é preciso dialogar, confrontar, cotejar autoridades e posições é toda uma biblioteca que se torna imprescindível. Então [...] é a própria existência uma adesão à universidade e ao que aí se discute - verdadeira frequência, autêntica avaliação contínua.” Eis, a universidade que continha o verdadeiro espírito villeyneano.

Nessa linha, seguindo o que cria ser o melhor método de ensino, Villey, privilegiava a oralidade. Esse autor acredita que o magistério filosófico devia ser essencialmente oral, assim como o era nas Universidades Medievais. Além de aguçar o senso crítico a oralidade traz à filosofia do direito uma possibilidade de se testar, frente às opiniões alheias. (CUNHA, 1992).

Cunha reafirma o dito por Vallançon (2009) e Arnaud (2011) que Villey não diz dogmaticamente a seus alunos, do alto de sua cátedra, o que é direito, e muito menos o que ele deve ser. Não oferece soluções. Prefere problematizar, criticar e polemizar. Sem dúvida orienta e informa. “Mas, sobretudo quer, formar sem deformar.” (CUNHA, 1992, p.110). A sua motivação é fazer dos estudantes e futuros juristas, sujeitos pensantes.

Para defender seu método dialético Villey (1977) expõe resumidamente a história desse método e como é imprescindível à aprendizagem da filosofia do direito. Segundo ele, até a aparição do sistema moderno - que transporta a filosofia para o método geométrico - tradicionalmente, o método da filosofia era o diálogo, a dialética, a arte de uma discussão bem organizada. Esse método foi inicialmente o método filosófico por excelência, predominou tantos nas escolas gregas, como na Idade Média com a escolástica. Ele foi escolhido por ser o mais adequado para se conhecer o universal, ou seja, confrontar as visões parciais até se chegar à visão do todo. É, pois, esse o método de ensino que melhor coaduna com o espírito da universidade e a forma de produção de conhecimento aos moldes de Villey.

Schouppe (1991, p. 151) afirma em *Reflexiions sur la conception du droit de M. Villey: une alternative a son rejet des droit de l’homme*, que em entrevista com Villey para a produção desse artigo, pode vivenciar, o método dialético que Villey preconizava, tendo ele mesmo como um dos atores da conversa..

Defensor, como Tomás de Aquino, de um direito não religioso nem construído

como uma mera moral coativizada, Villey, apesar de católico, sempre apregoava a necessidade da separação entre direito e moral e matinha a fé e o direito separados. Cada qual em seu lugar devido. “Em suma, defensor de um direito jurídico não confessional, e de uma religião, religiosa não politizada.” (CUNHA, 1992, p.110).

2.3.1.2. O paladino do realismo jurídico clássico

Michel Villey foi, como já dito, um dos principais responsáveis por apresentar e difundir uma nova leitura dos clássicos, Aristóteles, os juristas romanos e Tomás de Aquino. Assim, e diante da sua inabalável coragem em defender ideias tão contrárias à sua época foi e é denominado por muitos realistas o paladino do realismo jurídico clássico. Pode-se, pois, facilmente encontrar diversas referências a Michel Villey, à sua obra e ao seu importante papel na filosofia do direito atual.

Hervada (2009, 1988), reconhecidamente um autor realista, afirma que Villey é hoje um dos mais conhecidos sustentáculos da concepção realista do direito. E essa concepção, a qual Hervada é um forte adepto como se verá mais adiante, é em definitivo a tese central dos principais escritos de Villey. Hervada faz inclusive uma nota editorial para o livro de Villey em que o saúda por sua coragem e perseverança, em sua longa e constante batalha, plasmada em numerosos artigos e em vários livros, frente à concepção normativista do direito.⁴ Hervada cita Villey em praticamente todos os seus livros dedicados ao realismo jurídico clássico tanto o enaltecendo como o autor que mais se destaca em propagar a volta da concepção de aristotélico-tomista, como dialogando com suas obras de forma crítica. Apresentando o que considera pequenos defeitos na obra de Villey. Todavia, bem reconhece Hervada, que enaltecer e criticar tem a mesma importância dado que uma obra que se destaca que sacode o pensamento que parece pacificado é exatamente a que merece tal atenção.

Hervada (2009) afirma que deve principalmente aos escritos de Villey o seu traslado do realismo conceitual para o realismo jurídico clássico. Que sua obra o iluminou, que gostou tanto dela que promoveu a sua tradução para o espanhol. Diz ainda que à época que teve contato com a obra de Villey, encontrou poucos livros

⁴ Nota editorial de Hervada, livro *Compendio de Filosofía del Derecho*, p.15, 1979.

que tratavam sobre o realismo clássico isso na década de setenta. Alguns autores como Graneris trabalhavam o realismo jurídico clássico e até traziam temas interessantes, mas não o faziam ao modo de Villey, eram ainda premissas do que se tornaria o entendimento completo da concepção realista do direito. Nas palavras de Hervada:

Tudo isso acentuava minhas dúvidas e minhas reflexões em busca do realismo jurídico clássico, convencido como estava – sobretudo depois de ler Villey – que o realismo conceitual que havia sido à base de meu trabalho de investigador e escritor até então resultava em uma visão insuficiente do realismo clássico. (ESCRIVÁ; HERVADA 2009, p.580).⁵

A obra de Villey, afirma Hervada, era mais clara, dizia um pouco mais do que as outras, por isso lhe rendeu várias homenagens. Todavia, deixa claro que ainda não via nas obras desse autor uma teoria geral do realismo jurídico. (ESCRIVÁ; HERVADA; 2009).

No mesmo sentido, Carlos Ignacio Massini (2005) afirma que a obra de Villey é uma das contribuições mais importantes à tarefa necessária de redescobrir as filosofias do direito clássicas e repensá-las em uma perspectiva contemporânea.

Há entre os autores trabalhados nessa dissertação um eco contínuo ao afirmar que Villey repensa os clássicos de forma a torná-los contemporâneos. Goytisoló (1991), não difere desse coro afirmando que efetivamente, Villey retoma não somente à filosofia aristotélico-tomista como também o método do direito natural. Ele se propõe a repensar a filosofia do direito contemporaneamente através de métodos clássicos, rechaçando as opções que se pretendem inovadoras, e que são mais facilmente defensáveis no cenário atual.

Dentro dessa linha, Cunha (1992, p.103), que escreve um artigo cujo título é *Direito e Universidade: do pensamento jurídico pedagógico em Michel Villey*, afirma que “Ao dialogar com os astros do momento Villey dá colorido à sua argumentação. Consegue essa singular simbiose entre defender uma filosofia de séculos contra adversários bem reais e vivos da hora.”. Cunha (1992, p.103) continua sua homenagem sublinhando que “[...] Villey não apenas possui um estilo arejado,

⁵ Todo esto acentuaba mis dudas y mis reflexiones en la búsqueda del realismo jurídico clásico, convencido como estaba ya –sobre todo después de leer a Villey– de que el realismo conceptual que había sido el trasfondo de mi labor de investigador y escritor hasta entonces resultaba una visión insuficiente del realismo clásico.

frontal, atual, não apenas testa as suas ideias frente às modas fugazes como consegue ser plenamente clássico e plenamente moderno”.

Cunha ainda adverte sobre a figura física do próprio Villey dizendo que:

Villey tem o ar daqueles homens de ação muito dinâmicos e muito apaixonados, mas que contam também com o peso de um legado e a ponderação de uma particular sabedoria. A foto a que nos vimos referindo dá-lhe, a nossos olhos, urna mistura da sabedoria de guru oriental e do dinamismo de um Churchill que sabe serem precisos sangue, suor e lágrimas em qualquer guerra. Pensando um pouco mais, este é já um primeiro paradoxo em Villey - tem aquele ar contemplativo de S. Tomás. O mesmo S. Tomás que dava murros na mesa diante de reis e arrasava por escrito os heréticos¹⁵. A figura de Aristóteles é muito mais activa, mas o Estagirita parece-nos ser muito menos aguerrido nos seus trabalhos. (CUNHA, 1992, p.99)

Termina asseverando que esse autor tem uma concepção do direito assente na natureza e não no voluntarismo, uma prudência que o faz se distanciar do pensamento que está na moda. Relegar a *agoridade* e voltar seu pensamento para a busca do que pode ser durável. Não é, pois, [...] um sábio velho encerrado nos seus próprios problemas, desfasado do mundo circundante. Consegue essa singular simbiose entre a defesa de uma filosofia de séculos contra adversários bem reais e vivos da hora. (CUNHA, 1992, p.103).

Nesse caminhar, o autor português Bigote Chorão (1989a, p.33), faz uma homenagem à Villey: “[...] a imagem do grande Mestre parisiense que desde cedo se gravou no meu espírito, como fruto do convívio íntimo e fecundo com a sua obra aliciante, foi, de facto, essa: a do paladino do realismo jurídico clássico. Acrescenta ainda Chorão que:

A fidelidade a lição magistral de M. Villey obriga-nos a recolher, aprofundar e matizar atentamente as suas inestimáveis contribuições, para tentarmos inseri-las no quadro de um autêntico realismo jurídico, conforme aos princípios essenciais da tradição clássica -da *philosophia perennis* e da *perennis iurisprudencia*- e suficientemente *integrador, dinâmico e operativo*, isto é, que se revele capaz de assumir plenamente os vários aspectos e dimensões do direito, de acolher todas as novas aquisições da experiência histórico-jurídica e, enfim, de dar resposta eficaz as aspirações e necessidades do homem ao longo dos tempos. (CHORÃO, 1989a, p.33)

Afirma ainda, o autor português, que conviver com Michel Villey foi de fato

muito edificante, uma vez que Villey estimula seus alunos de forma consistente e permanente no sentido de conhecer a obra dos autores que são à base do realismo jurídicos clássicos. Assim, seus alunos e leitores tornam-se com alguma facilidade leitores, da *Ética à Nicómaco* de Aristóteles, do *Digesto* de Justiniano e da *Suma Teológica* de Tomás de Aquino. (CHORÃO, 1986, 1989, 1989a). Nesse sentido, continua Chorão “[...] a obra de M. Villey ergue-se diante de nós como um grande e sólido monumento de elevado saber, de singularíssima originalidade e de exemplar coragem intelectual, a provocar-nos á reflexão e ao debate. (CHORÃO, 1989a, p.46).

Paulo Ferreira Cunha (1992, p. 97) também enaltece Villey como Paladino do realismo jurídico clássico “Villey era para mim o classicista, o defensor do realismo aristotélico-tomista, o paladino da justiça jurídica, da especificidade do Direito frente as suas múltiplas corrupções”. Mais afrente continua Cunha “Parecendo um advogado da causa antiga, para alguns antiquada e arcaica até, Villey é actual pelo seu estilo, pelas suas referências, pelo incessante diálogo com a contemporaneidade.” (CUNHA, 1992, p.102)

Tanto Cunha (1992) como Vallet de Goytisoló (1991) e Arnaud (2011) se dizem discípulos de Villey. Assevera-se que Bigote Chorão (1989a) também se coloca nessa posição. Os autores citados e outros como Vallançon (2011) engrossam essa fila que felizmente se alarga na atualidade.

Juan Vallet de Goytisoló (1991) em artigo publicado em *Persona y Derecho*, em que os artigos daquele volume se dedicavam à obra de Villey, diz ser discípulo deste. E afirma: “Ao cumprir o honroso e gratíssimo encargo que me deu o Professor Javier Hervada de participar, com esta colaboração, em homenagem de quem considero um dos mestres a quem mais devo, o Prof. Michel Villey [...]”. (GOYTISOLO,1991, p.211, tradução nossa) ⁶

Esse autor afirma que não pode deixar de evocar o impacto que a obra de Villey produziu em sua primeira leitura, que sentiu como se houvesse iluminado a sua parte obscura. A sua intuição, o seus sentidos pendiam para aquela explicação dada por Villey, entretanto, ainda não a conhecia. Só podia sentir que seu caminho já traçava tais estradas intuitivamente. E eis que tudo se tornou claro.

⁶ Al cumplir el honroso y gratísimo, para mí, encargo del Prof. Javier Hervada de participar, con esta colaboración, al homenaje de quien considero uno de los maestros a quienes más debo, el Prof. Michel Villey.

De repente a leitura desse artigo de Villey me fez perceber claramente que a genuína definição do direito correspondia a um predicado *to dikaion quod iustum es!* O que é justo e concreto. Esse giro copernicano para mim me permitia passar de uma zona embebida em sombras a outra iluminada pelo sol; e por sua vez, como jurista prático me reconfortou por ter podido explicar o que cotidianamente procurava realizar e porque o fazia daquele modo. (GOYTISOLO, 1991, p.212)⁷

Goytisoló (1991), na linha dos autores acima citados, continua enaltecendo Villey ao afirmar que a valentia intelectual do francês ao ir contra a corrente é deveras muito meritória e que os seus argumentos apoiados em dados reais e em sólidos argumentos são merecedores de no mínimo muito respeito.

Michel Villey dedicou toda sua frutífera vida de investigador e de mestre a redescobrir o caminho Clássico, perdido entre a aspereza do nominalismo, de onde pretendeu sair a moderna filosofia do direito que, com a razão humana autônoma, criou monstros juntamente com aqueles que quiseram dar vida aos caprichos irracionais e utópicos do voluntarismo. Cuidou de mostrar, à filosofia contemporânea, a encruzilhada a partir da qual se poderia retornar ao bom caminho. (GOYTISOLO, 1991, p.237, tradução nossa).⁸

Diante de todo exposto pelos autores citados, é indubitável de acordo com a obra do próprio Villey que uma de suas preocupações fundamentais é a retomada da concepção clássica do direito, o que ele considera como sua concepção original, e para sua linha de pensamento a mais rica e mais adequada.

Nem todos os autores que o citam concordam inteiramente com sua obra, todavia, não lhe tiram a importância, pelo contrário o tomam como um debatedor de valor, que merece ser lido de forma analítica e merece a atenção do diálogo com sua obra.

Como exemplo dessa prática, pode-se citar o autor Argentino Rodolfo Vigo, em sua obra, *Aspectos polémicos em la obra de Michel Villey*, em que diz que “No presente trabalho nos propomos a render homenagem ao recordado ex-Redator dos

⁷ De repente, la lectura del artículo de Villey me hizo percibir claramente que la genuina definición del derecho correspondía a un predicado *to dikaion, quod iustum es!*; lo que es justo en concreto. Ese giro, copernicano para mí, me permitía pasar de una zona sumida en sombras a otra iluminada por el sol; y, a la vez, como jurista práctico, me reconfortó por haberme podido explicar lo que cotidianamente procuraba realizar y porque lo hacía de aquel modo.

⁸ Michel Villey dedicó toda su fructífera vida de investigador y de maestro a redescubrir el camino clásico, perdido entre las fragosidades del nominalismo, de donde pretendió salir la moderna filosofía del derecho que, con la razón humana autónoma, há creado monstruos con los que han querido dar vida a los caprichos irracionales y utópicos del voluntarismo. Trató de mostrar, a la filosofía contemporánea, la encrucijada a partir de la cual se podría retornar el buen camino.

Arquivos de Filosofia do Direito e fazemos com fidelidade a seu método controversial, ou como preferia chamar o próprio Villey: dialético.” (VIGO,1992, p.278, *tradução nossa*).⁹

Esse autor reconhece a importância de Villey para retomada da concepção de Aristóteles, dos juristas romanos e de Tomás de Aquino, entretanto, não deixa de apresentar uma série de pontos de sua obra que considera censuráveis. Um deles é o fato de considerar Villey mais Aristotélico e romanista do que propriamente Tomista. O que não o retira de seu lugar de destaque entre os representantes do realismo jurídicos clássico, segundo o próprio Vigo (1992, p.278).

Para homenagear seu Mestre, André-Jean Arnaud, que foi aluno e discípulo de Villey - o qual o orientou em sua tese de doutorado e em tantos outros estudos - por ocasião do vigésimo aniversário de seu falecimento, organizou um dossiê da Revista *Droit et Société* em Paris, com título: *Michel Villey, vingt ans déjà!*.

Esse dossiê foi constituído de artigos escritos por muitos autores não franceses, o que demonstra a importância e a penetração do pensamento de Villey para além de seu país natal. Os Professores Francisco J. Contreras Peláez e Antônio E. Pérez Luño trataram de alguns aspectos da obra de Michel Villey que tiveram repercussão na doutrina jusnaturalista espanhola. O Professor Antonio Punzi, a partir de uma visão italiana, fala de algumas interpretações que considera errôneas de Michel Villey sobre o Direito Natural. O Professor Olivier Jouanjan, da Universidade de Estrasburgo, Professor, também, na Alemanha, tratou do sujeito na obra de Michel Villey. O Professor Gregorio Peces-Barba Martinez, grande especialista do tema dos direitos humanos analisou a posição filosófica muito provocadora de Michel Villey neste assunto (ARNAUD, 2011, p.871).

Vê-se que grande parte dos autores até o momento citados além de enaltecerem Villey apresentam fortes críticas a partes de sua obra. O que deixaria provavelmente o próprio Villey lisonjeado, nas palavras de Arnaud e de tantos outros, que deixam claro a importância que esse autor dava ao senso crítico e a realmente colocar as suas ideias à prova.

Chorão (1989a, p. 42), nessa mesma linha afirma que “seguir o magistério

⁹ En el presente trabajo nos proponemos rendir un homenaje al recordado ex-Redactor de los Archives de Philosophie du Droit, y lo hacemos con fidelidad a su método controversial, o como preferiria llamarlo el mismo Villey: dialéctico.

villeyneano não, significa, porém, adotar, perante sua obra, uma atitude de adesão passiva e total ou de aceitação mecânica, que sem dúvida repugnaria ao eminente Mestre aqui evocado”. E continua afirmado que:

Talvez esse notável e desconcertante paladino do realismo jurídico *clássico* seja, no fundo, um “*filósofo romântico*”, com todas as reservas que estas classificações justificadamente despertam: oferecem, os seus “*excessos românticos*”, a vantagem de nos fazer entrar pelos olhos os méritos do realismo e os deméritos do idealismo jurídico (e nunca estaremos bastante agradecidos por isso), mas obriga-nos ao mesmo tempo, a uma permanente vigilância moderadora, se queremos salvaguardar o equilíbrio – *clássico* – da filosofia realista. (CHORÃO, 1989a, p. 46)

São numerosos os discípulos de Villey, que seguem sua linha de pensamento e que voltam às raízes do realismo clássico ao estudarem o conceito de direito e de justiça. Alguns de forma mais crítica e outros com maior adesão à suas teses, porém, todos com a mesma preocupação de recuperar esse pensamento que implica em uma concepção concreta de mundo.

Há um número muito grande de obras, em português, em francês e especialmente em espanhol que tratam da obra de Villey. Verdade é que dos artigos e dissertações que tem como tema central a sua obra, mais vultuosos são os que lhe apresentam críticas. Entretanto, são elas, como já dito, também frutos merecidos do árduo trabalho de Villey em divulgar a concepção em que acreditava, qual seja, o realismo jurídico clássico de viés aristotélico-tomista.

Na apresentação que faz desse autor, Schouppe (1984), o enquadra dentro do realismo jurídico clássico. Apontando-o em seu livro, *La concepción realista del Derecho*, como um dos expoentes do realismo jurídico clássico propriamente dito. Posteriormente, escreve uma obra cujo tema é exatamente o trabalho de Villey intitulada *Reflexions sur la conception du droit de M. Villey: Une alternative a son rejet des droits de L’homes*, publicado em 1991, a qual demonstra a importância desse autor para o realismo e apresenta críticas em relação à sua posição sobre os Direitos Humanos.

Diante do exposto, parece claro que uma das características principais da obra desse autor é precisamente a qualidade da recuperação que esse faz do pensamento de Aristóteles, dos juristas romanos e de Tomás de Aquino. Especificamente o que ele extrai desses autores em relação ao conceito de justiça e

de direito, incluindo aqui o direito natural. São, justamente, essas características de sua obra que o deram destaque no cenário jusfilosófico.

A Revista *Persona e Derecho*, inaugurada em 1974, pela Universidade de Navarra, em sua edição n. 24, no ano de 1991, foi dedicada aos *Escritos en memoria de Michel Villey (I)*. Em sua edição n. 25, também, no ano de 1991, foi dedicada aos *Escritos en memoria de Michel Villey (II)*. Nessa edição quase todos os artigos tratavam da pessoa e da obra de Michel Villey e muitos deles o enalteceram como um realista jurídico desbravador, por iniciar, ou melhor, reiniciar a discussão sobre as concepções de Aristóteles, dos juristas romanos e de Tomás de Aquino do direito e da justiça. Há ainda no ano seguinte, a edição número 26 que foi dedicada aos *Escritos en memoria de Michel Villey (III)*, e o seu próximo número também o foi, *Escritos en memoria de Michel Villey (IV)*. Essas recorrentes homenagens demonstram a importância desse autor para o direito especialmente para a escola do Realismo Jurídico Clássico.

Não é de se estranhar que muitos dos autores que reconhecem o magistério de Villey e sua importância para a filosofia do direito, reconhecem as dificuldades pelas quais esse autor passou para defendê-la nos tempos atuais. Não é por falta de expressão melhor, que teve seu trabalho comparado às batalhas de Dom Quixote contra os moinhos de vento. Sua jornada foi mesmo quixotesca, dado que sua concepção do direito e da justiça e o método por ele empregado são opostos e em geral ignorados pela maioria dos juristas, seus contemporâneos.

O autor Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (1992, p.75) deixa o dito acima claro, ao afirmar que escreveu o artigo *El concepto de derecho en el realismo clasico a partir de las opiniones de Michel Villey y Georges Kalinowski* sobre a visão de Villey por sua colaboração na difícil tarefa de fazer avançar uma ciência e de realizar em um contexto acadêmico um diálogo razoável sobre sua concepção.

Quando esse autor inicia a sua tão enaltecida jornada para retomar a concepção de direito e de justiça de Aristóteles, dos juristas romanos e de Tomás de Aquino, o normativismo jurídico florescia, de tal forma que seu embate com os juristas e filósofos de sua época não foram nada amenos. Logo, não é exagerado compará-lo à Dom Quixote, como acima citado, e nem mesmo são exageradas todas as menções à sua coragem e empenho nesta cruzada.

A importância de seu trabalho não está na originalidade de sua concepção do

direito e da justiça, nem em tratar de questões que são novidade no âmbito jurídico, como já dito, mas de trazer à tona um pensamento que difere totalmente do paradigma de sua época. É época em que orbitava essencialmente o normativismo jurídico e o direito subjetivo.

Em definitivo com Villey começa o ressurgimento de uma concepção adormecida, para não dizer rechaçada, durante longo período de tempo. Esse retorno às raízes assinala uma direção para a posteridade no sentido de dar opção aos juristas ansiosos por compreender e explicar o direito. Àqueles que creem que seja esse algo mais que um conjunto de normas, ou que uma criação do homem, algo mais do que uma mera faculdade subjetiva. Aos que creem ser o direito algo dinâmico, concreto, próprio da vida. A esses juristas foi aberto um novo caminho.

Em suma, como descreve Cunha (1992, p.119) “O professor Villey pretendeu simplesmente ser um professor, isto é um inspirador, mas não um criador.” A originalidade deixa de ser um valor em um mundo de modismos passageiros, um mundo em que o novo é melhor só por ser novo. A originalidade em Villey está em defender ideias supostamente envelhecidas, concepções que se acreditava infrutíferas, dado que inaptas para a atualidade. “Villey não queria descobrir a pólvora. É apenas o Colombo que redescobre uma coisa óbvia, porque já antiga e até intuitiva – essa ideia que o direito está nas coisas e não é mero produto do voluntarismo dos poderes.” (CUNHA, 1992, p.119).

Diante do exposto, é justo reconhecer que a filosofia do direito contemporânea e não só os discípulos de Villey tenham adquirido uma dívida para com esse jurista, posto que se deve a ele o enriquecimento da filosofia do direito, por ter trazido à tona e defendido veementemente uma concepção e um método que havia sido rechaçado por tantos e por tanto tempo.

Poder-se-ia questionar: O que Aristóteles, os juristas romanos ou Tomás de Aquino poderiam entender do mundo contemporâneo? Parcas são as semelhanças entre esses tempos (clássico e contemporâneo) que de tão largos em distância, poder-se-ia dizer que são outros mundos. Todavia, Cunha assevera:

É um alívio para o jovem estudante, farto das confusões e de teorias auto-anuladoras, que passam todos os dias, sentir o conforto de uma filosofia que vai de Aristóteles a S. Tomás e que chega até nós basicamente incólume, seguida por tantos e tão diversos, tão apta a desenredar as teias

minotáuricas da anomia intelectual moderna. (CUNHA, 1992, p. 119)

O próprio Villey (2009) afirma que para se compreender verdadeiramente o direito e a justiça tem-se que retornar à filosofia jurídica clássica, é necessário fazer o caminho inverso da história. Com este intuito, tem-se que cavar muito e muito fundo, dado que a filosofia jurídica clássica se encontra enterrada, recoberta de sucessivos aluviões que vinte séculos de história sobre ela depositaram. “Temos que cavar desentulhar essas camadas superiores como cavam os arqueólogos para reencontrar a cidade de Tróia ou Templos egípcios [...]” (VILLEY, 2009, p. 433). Para que se dê a renascença da filosofia clássica do direito e da justiça.

Só, depois desse trabalho de redescoberta pode-se ler as fontes clássicas da forma que devem ser lidas, não com os olhos contaminados pelos séculos de distorções que essas filosofias sofreram, mas em sua integralidade e pureza. “Pois o que temos que reformar é nosso próprio pensamento; trata-se de reviver nele uma outra concepção de mundo, o que não pode ocorrer se não o esvaziarmos das concepções opostas [...]” (VILLEY, 2009, p.433).

Não é, entretanto, a empreitada proposta por Villey trabalho fácil, o que ele mesmo reconhece:

Ir contra a concepção do mundo para o qual nos empurram o costume, o interesse, a facilidade é um enorme peso a carregar; restaurar o antigo pensamento autêntico do direito natural é como um trabalho de Sísifo. São tantas as forças a superar: toda uma educação moderna, não só o nominalismo e a concepção acanhada que ele nos dá dos valores, não só a filosofia pós-cartesiana da natureza, mas a concepção lógica em que fomos educados. (VILLEY, 2009, p. 432-433).

Não é, pois, nada fácil, mas é deveras reconfortante. Quando se consegue ver o direito e a justiça tal como apresentado pelos clássicos, é como sair da escuridão, ver às luzes, as tão ansiadas luzes. Como bem demonstrou Hervada e Goytisolo, ao descreverem a influência de Villey em sua ‘descoberta’ do realismo jurídico clássico.

Não se pode deixar de reconhecer que dentro da história sempre houve autores que se dedicaram aos clássicos. Mas talvez não se pudesse encontrar terreno mais áspero a esses ensinamentos do que os que semeara Villey. Schouppe

(1984, p.609-610), nessa linha afirma que “Villey es el filósofo del derecho que más há “ luchado” en favor del realismo jurídico, principalmente desde un punto de vista histórico.”

E de fato tem-se o terreno por semeado. Logo, tem se que reconhecer a esse autor, o seu mérito, dado que seu trabalho constante rendeu frutos, muitos artigos dedicados ao tema, e mudas, vários autores se consideram seus discípulos e desenvolvem as suas teorias. E nas palavras de Chorão (1989a, p. 47) “[...] são ainda muitos mais os que está destinada a produzir no futuro”.

Com Villey, a escola do Realismo Jurídico Clássico começou a tomar forma e o direito como a coisa justa, objeto da justiça, retornou como tema de inúmeros textos contemporâneos.

2.3.2. História e trajetória de Javier Hervada

Outro expoente do realismo jurídico que devido a sua relevância será necessário destacar é Javier Hervada.

Villey foi de fato o precursor do realismo jurídico clássico, todavia, não se pode negar a influência de Hervada na consolidação e na penetração dessa corrente jus-filosófica pelo mundo. Sua vida e suas obras a partir de 1973 foram dedicadas ao estudo, compreensão e a realização de obras que trouxessem um panorama completo dessa nova escola.

Hervada é um autor que serve de inspiração para muitos dos novos seguidores da escola do realismo clássico. Suas obras não são tão polêmicas, quanto às de Villey. Assim, sem perder a linha do realismo jurídico clássico esse autor traça e esclarece esse pensamento.

Percebe-se que Villey colocou essa concepção no cenário jurídico e filosófico, Hervada o desenvolveu, clareando o que Villey tinha deixado por fazer.

Assim, para justificar a escolha desse autor como um dos expoentes mais importantes da escola do Realismo Jurídico Clássico e situar a sua contribuição, fez-se um apanhado resumido de sua trajetória, disponível no site da Universidade de Navarra, em página dedicada ao próprio Hervada.

Francisco Javier Hervada Xiberta nasceu em Barcelona na Espanha em 7 de

fevereiro de 1934. Graduado em Direito pela universidade de Barcelona em 1956, obteve o título de doutor em Direito no ano de 1958 pela Universidade Central de Madri, hoje chamada de Universidad Complutense.

Em 1962 lhe foi outorgado o título de doutor em direito Canônico pela Universidade de Navarra. Instituição em que ele ocupa hoje o cargo de catedrático emérito nas faculdades de direito e de Direito Canônico. Foi investido com título de *Doctor honoris Causa* pela Pontifícia Universidade da Santa Cruz em 26 de novembro de 2002.

Foi secretário da faculdade de Direito Canônico da Universidade de Navarra de 1965 a 1972. Paralelamente exercia a função de Diretor do departamento de filosofia do Direito da Universidade de Navarra, do Centro de estudos sobre a responsabilidade social da iniciativa privada de 1976 a 1980. No âmbito editorial, dirigiu a *Colección Canónica* da Universidade de Navarra de 1959 a 1973 e a revista *Ius Canonicon*, de 1970 a 1973, além da revista *Persona e Derecho*. Proferiu numerosas conferências por diversos países europeus e da América Latina.

Após uma primeira etapa de dedicação à teoria fundamental do direito canônico o interesse intelectual desse autor o orientou à filosofia do direito da qual se mostra um efervescente seguidor do realismo jurídico clássico inspirado em Aristóteles, nos juristas romanos e em Tomás de Aquino.

Faz-se necessário alertar que em suas primeiras obras Hervada estava envolto em estudos que o levaram até o realismo conceitual. De forma resumida esse autor interpretava o direito, a *res iusta*, a coisa justa de Tomás de Aquino, como a realidade social ordenada de forma justa. Conceito de direito que difere muito do defendido pelos realistas clássicos. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009).

Segundo Hervada, a interpretação apresentada pelo realismo conceitual nunca o satisfazia. Ele sentia que essa interpretação não correspondia exatamente ao verdadeiro pensamento do Aquinate. (ESCRIVÁ; HERVADA; 2009).

Foi exatamente quando se inquietava com o realismo conceitual que Hervada teve contato com as obras de Michel Villey. Nesse momento, e inspirado pelos ensinamentos de Villey, Hervada (2009) afirma que se convenceu de que o realismo conceitual em que trabalhava, a longo tempo e profundamente, resultava de uma visão insuficiente do realismo clássico. Ressalta-se que não se tratou no presente trabalho do realismo conceitual, por não ser esse o escopo do presente estudo. Para

garantir que não serão introduzidos conceitos da época em que Hervada se dedicava ao realismo conceitual, não serão utilizados os textos de Hervada, anteriores a 1979. Data em que o próprio Hervada (2009) afirma ter cambiado para o realismo jurídico clássico, tal como se trata no presente estudo.

Nesse caminhar, Hervada (2009) afirma que chegar a entender o realismo jurídico clássico, e assim entender os juristas romanos e o que se encontra em Aristóteles e Tomás de Aquino não podia vir de reflexões ou raciocínios. O esforço lógico não pode conduzir a esse tipo de descoberta. “O lo veia o no lo veá, y yo no lo veia por mucho que reflexionase” (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009, p.580).

Afirma ainda Hervada que:

Acabei por compreender o realismo clássico como uma luz que veio e me iluminou, foi como se as peças de um quebra cabeças de repente se arrumassem. Minha conversão ao realismo jurídico clássico, não foi fruto de minha reflexão, todavia, o foi de uma intuição, uma visão, foi com despertar de um sonho, uma repentina claridade que me foi oferecida à margem de minha incessante busca. (ESCRIVÁ; HERVADA; 2009, p. 580).

Interessante é que Hervada não é o primeiro autor a alegar ter sido inspirado pela obra de Villey de forma a despertar para um caminho que sensitivamente sabia existir, todavia, até conhecer seus escritos não tinha ainda despertado para essa concepção. Vallet Goytisoló (1991, p.212) disse quase as mesmas palavras usadas por Hervada ao descrever qual o impacto da obra de Villey em seu pensamento e em seus estudos, como demonstrado no tópico Michel Villey.

Ao decidir aprofundar seus estudos no realismo jurídico clássico de inspiração villeyneana, esse autor percebeu que não havia obras completas, manuais sobre o realismo jurídico clássico e sua concepção do direito e da justiça. Entretanto, fartas eram as obras de outras linhas teóricas como a obra de Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, a obra de Rawls *Teoria da Justiça*, *O Conceito de Direito* de Hart, *Sobre o Direito e a Justiça* de Ross, de Reale tem-se *A Introdução ao Direito*, entre outras. (ESCRIVÁ; HERVADA; 2009).

Muitas são as obras produzidas no mundo que tem como foco central o conceito de direito, o conceito de justiça ou de ambos em conjunto. Todavia, Hervada percebeu, que com relação ao realismo jurídico clássico eram escassas as obras e nenhuma delas em seu entender fazia as vezes de obra completa tendo

como foco a sua concepção de direito e de justiça. (ESCRIVÁ; HERVADA; 2009).

O próprio autor (ESCRIVÁ; HERVADA; 2009) afirma que foi a falta de obras gerais que tratassem do conceito de direito e de justiça segundo o realismo jurídico de matiz aristotélico-tomista e romanista que o motivou a dedicar as suas futuras obras a esse tema. Tema, esse, que o deixou apaixonado de pronto.

Quando ocorreu essa guinada na compreensão de Hervada do direito e da justiça, esse autor estava escrevendo o seu *Compendio de derecho natural*. Segundo Hervada, ele já havia terminado o seu capítulo primeiro que tratava exatamente do realismo clássico, todavia, sobre a perspectiva do realismo conceitual. (ESCRIVÁ; HERVADA; 2009).

Era necessário expor a sua nova visão sobre o tema, assim, reescreveu o capítulo I e o dedicou ao realismo jurídico clássico, que retoma Aristóteles e Tomás de Aquino e os romanos, segundo as influências *villeyneanas*, além desse capítulo dedicou a esse tema os capítulos II, IV e V. Ao direito natural dedicou os capítulos III, VI e VII. Criando, segundo esse autor, uma obra completa, porém, limitada sobre o assunto. O compêndio, como assevera Hervada, é uma obra feita para seus alunos, logo, necessitaria ter uma certa limitação de páginas, para que cumprisse sua função. Por não querer estender muito essa obra, deixou alguns pontos dessa nova perspectiva sem tratamento, todavia, o que o fez em seus livros posteriores. (ESCRIVÁ; HERVADA; 2009).

Todo esse trabalho culminou com a publicação em 1981 da obra cujo título acabou por ser *Introducción crítica al derecho natural*.

Continuou a tratar do tema e de aprofundar questões ainda não tratadas em seu segundo texto sobre o tema e que foi o primeiro em forma de guia para os estudos universitários cujo título *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. A sua terceira obra é *As lições propedêuticas de filosofia do direito*. Segundo Hervada cada um desses livros tem características e finalidade próprias. (ESCRIVÁ; HERVADA; 2009).

Em 2012, na Espanha foi publicada uma obra de Hervada intitulada *Temas de filosofía del Derecho*. Esses livros não esgotam a obra desse autor que possui ainda vários artigos dedicados ao realismo. Na revista *Persona e Derecho* Hervada publicou, em 1989, *Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico*. Na revista *Droits* escreveu um texto breve cujo título é *le droit dans le réalisme juridique*

classique, também publicado em 1989, entre outros.

Hervada escreveu mais alguns artigos voltados para o direito canônico. O primeiro foi intitulado de *Pensamientos de un canonista en la hora presente* e o segundo *Coloquios propedêuticos sobre el derecho canónico, dentre muitos outros*, esses todavia, não serão objeto de estudo do presente trabalho.

Apesar da vasta contribuição que Hervada prestou ao cenário filosófico e jurídico, esse autor é humilde e afirma que: “Minha tarefa não passa de ser um primeiro intento; me limitei a semear, a plantar uma semente, ou se quiser, assinalar o caminho” (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009, p.582, tradução nossa)¹⁰.

Hervada (2009) alega que apesar de seu intento em construir uma teoria geral do direito e da justiça sob a perspectiva do realismo jurídico clássico, não crê ter feito o bastante. Fez o que pôde, dado que dedicou muitos de seus estudos a tal tema, mas, ainda assim, deseja que sejam esses conceitos mais desenvolvidos, em muitos pontos, tanto pelo viés da filosofia quanto pelo viés da ciência do direito. E termina dizendo que com relação à teoria completa do direito e da justiça sobre a perspectiva do realismo jurídico clássico que se conformaria em ser apenas um precursor.

Hervada se coloca de forma deveras humilde em relação à sua participação e influência dentro da escola do Realismo Jurídico Clássico. Tem-se, logo, que discordar do professor espanhol, quando diz ser apenas um precursor dessa concepção. A qualidade de sua obra e sua completude podem ser percebidas ao longo deste trabalho e serão atestadas por vários outros realistas.

Não se pode olvidar da relevante penetração de sua obra no mundo e o vasto número de autores que escrevem artigos e dissertações tendo Hervada como o centro e a base de seus trabalhos.

Verdade é que seu livro *Introducción crítica al derecho natural* já está na Espanha em sua 10ª edição, que corresponde à 11ª, uma vez que a 10ª edição foi reimpressa em 2007. Esse livro foi publicado em vários países Hispano-americanos. Em 1981 foi publicado no México e em 1997 já estava saindo a segunda reimpressão da terceira edição. Na Colômbia foi publicado em 2000 e a segunda edição saiu em 2006. Em 1999 foi publicado no Peru e em 2008 foi publicado na

¹⁰ Pero mi tarea no passa de ser um primer intento; me limitado a sembrar, a poner la semilla, o si quieres a senñar el camino.

Argentina. Em Portugal e na Itália foram publicados em 1990. Em 1991 foi publicado na França, em 2004 na Hungria e em 2006 no Canadá. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009).

A influência da obra de Hervada no cenário jus-filosófico mundial tinha apenas se iniciado. Na ceara do livro *Introducción crítica al derecho natural* vários outros de seus livros foram traduzidos e publicados em diversos países ao redor do mundo. Os livros *O que é o Direito? A moderna resposta do realismo jurídico* e *As lições propedêuticas de filosofia do direito* foram publicados inclusive no Brasil.

Essa explanação serve para demonstrar como a obra de Hervada foi difundida no mundo. Sua apreciação, e sua capacidade de infiltração até mesmo em países, marxista-leninista como a Hungria. Não se pode negar a influência desse autor na concepção realista clássica do direito e da justiça.

2.3.2.2. Influências de Hervada no pensamento realista moderno

Segundo Schoupe (1984), Hervada se singulariza em relação aos demais autores realistas, porquanto, trata de modo expreso e dá um novo vigor à concepção realista do direito. No que concordam, também, Chorão (1989a), Cunha (2001) e Goytisoló (1986) e Escrivá (2009).

Goytisoló é um dos muitos autores convidados a publicar um artigo na Revista *Persona y Derecho* em Homenagem a Javier Hervada, no ano de 1986.

Afirma Schoupe (1984, p. 603) que Hervada é o autor que produziu e continua desenvolvendo, uma doutrina que traduz perfeitamente a concepção do direito de Aristóteles, de Tomás de Aquino e dos romanos. A obra desse autor, conclui Schoupe, apresenta o interesse de ser a mais recente e, sobretudo, a única que trata de maneira expressa e com rigor a natureza do direito sobre uma perspectiva realista.

Nesse sentido, Schoupe (1984, p.603) complementa: “[...] o direito não está para esse autor contemplado no ponto de vista da lei ou do direito subjetivo. Seu conceito chave é o justo, o direito em sentido realista, a *res iusta*.” E continua afirmando que a razão para essa perspectiva reside no ponto de partida adotado por esse autor, qual seja, a arte do direito. Sinteticamente, explica Schoupe a arte do

jurista consiste em saber dar cada um o seu, ou seja, o a coisa justa.

Jean Pierre Schouppe escreveu o livro *Le réalisme juridique* e o longo artigo *La concepción realista del derecho* em ambos, Schouppe faz uma exposição de vários autores e de forma resumida expõe suas teorias sobre que o conceito da justiça e do direito. Essa análise tem como objetivo classificar os autores colocando-os ou não entre os realistas clássicos no sentido estrito do termo. É exatamente nessas obras que Schouppe afirma que “Hervada es el primer jusnaturalista que elabora una doutrina jurídica basada íntegra y exclusivamente em el concepto de la cosa justa” (SCHOUPPE, 1984, p.610). Assim, Schouppe não só apresenta Hervada como um expoente do realismo jurídico clássico como enaltece sua obra afirmando ser ela a mais completa dentro dessa perspectiva do direito e da justiça.

Bigote Chorão (1989a) afirma que Hervada possui uma compreensão mais integral da realidade jurídica, comparada à visão de Villey. Segundo, Chorão, Villey privilegia de forma excludente a aceção do direito como o justo ou a coisa justa, com sacrifício de outras realidades jurídicas tais como o direito com faculdade e o direito como normas. Hervada, entretanto, consegue abarcar em sua teoria do direito as várias realidades jurídicas, sem, todavia, retirar da centralidade o direito como a coisa justa, o seu. Logo, do texto de Chorão pode-se extrair que a obra de Hervada é de fato mais integradora, menos conflitante, ainda que rigorosamente assente com o realismo jurídico clássico fundado em Aristóteles, nos juristas romanos e em Tomás de Aquino.

Paulo Ferreira Cunha e Ricardo Dip (2001) usam como base de seu livro *Propedêutica Jurídica: Uma perspectiva jusnaturalista*, as várias obras escritas por Hervada. Ressalta-se que como o próprio título do livro demonstra e como explicitado na *Apresentação*, os autores tinham como intuito ao criar essa obra dar aos alunos iniciantes do curso de Direito brasileiros uma visão do direito e da justiça sob a perspectiva jusnaturalista, que inclui por certo a visão do realismo jurídico clássico.

Escrivá (2009, p.582) escreveu em conjunto com Hervada, em um sistema de entrevistas, perguntas e respostas, uma obra, em dois volumes, dedicadas exclusivamente à exposição e explicação das obras escritas pelo último. Nessa obra, Escrivá afirma que Hervada escreveu muito sobre o realismo jurídico clássico para “darlo a conocer”, e sobretudo, ofereceu uma visão completa dessa concepção

apresentando um sistema integral sobre ela.

Gonzalo Diaz Diaz (1991) escreve *Hombres y documentos de la filosofia española*, uma obra que tem como escopo a apresentação resumida dos homens e das obras mais importantes da Espanha. Hervada é citado em seu livro, *Hombres y documentos de la filosofia española IV, H-LL*, nele esse autor afirma que a partir de 1973, Hervada, se mostra um fervilhante seguidor do realismo jurídico clássico inspirado em Aristóteles, nos juristas romanos e em Tomás de Aquino. E é exatamente dentro dessa concepção e seguindo as coordenadas dos clássicos que se propõe a desenvolver um sistema completo de filosofia do direito. As obras desse autor dão acolhida a mais recente problemática ética e jurídica sugeridas pelos avanços científicos e tecnológicos.

Percebe-se na referência acima exposta e principalmente no exame de sua obra que Hervada não está alheio às questões contemporâneas. Escreve, justamente com intuito de solucionar os problemas atuais que são postos aos juristas. Propõe uma volta aos clássicos, especificamente, como forma de responder aos questionamentos, dúvidas e impasses os quais o mundo jurídico está mergulhado.

3. FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO

3.1. A filosofia do direito

O realismo jurídico clássico trata, como já dito, de uma concepção que busca identificar o ser do direito, afirmando categoricamente o que ele é e o que ele não é. Diferentemente de muitas concepções positivistas e pós-positivistas, esse movimento atenta para a questão da necessidade de se iniciar o conhecimento de uma ciência pela sua respectiva filosofia.

Villey (2009) e Hervada (1988) afirmam que são os filósofos que explicitam e formulam os princípios e as bases nos quais se constituem a ciência do direito. Logo, é a filosofia que trata de definir o direito e apresentar a sua essência. A essência do direito, a sua definição ontológica existe em todo sistema científico e é exatamente essa definição que lhe dita às fronteiras.

Assim, concepções ou escolas do direito diferentes tem como base ontológica um ser do direito diferente. Ainda que não seja esse conhecimento totalmente consciente. Villey cita como exemplo o positivismo jurídico. Ele afirma que o positivismo tende a conceber o direito como um fato, um conjunto de fatos: seja um conjunto de leis existentes ou um conjunto de julgamentos (realismo americano). Outros concebem o direito como valor, um objeto de investigação em andamento e não realizado. “Para Bentham, o jurista procura maximizar os prazeres num grupo social (*utilitarismo*). Outros atribuem ao direito a justiça como fim, assimilam o direito ao justo: mas também existem modos extremamente diversos de conceber o objeto da justiça.” (VILLEY, 2009, p.5).

A conclusão a que chega Villey (2009, p.5-6) que interessa ao trabalho aqui desenvolvido é que essas discussões concernentes à essência do direito estão para além da aparência de inutilidade ou de questões *meramente* filosóficas, uma vez que estão carregadas de consequências práticas. As fronteiras dos estudos jurídicos dependem da essência do direito. Se o direito for um conjunto de fatos, ou um valor, entre outras acepções, a extensão e o método das investigações serão diferentes.

Há ainda que se considerar que as fontes do direito dependem de certos dados de origem filosófica. Villey (2009, p.6) exemplifica: “Os juristas franceses do

século XIX estavam habituados a considerar a lei estatal como fonte soberana e quase exclusiva do direito. Essa doutrina derivava da filosofia moderna do contrato social”. Continua esse autor dizendo que:

O *positivismo jurídico*, que só reconhece ao direito fontes positivas, nunca cessaram de se opor as doutrinas do direito natural, que reconhecem outras fontes acima da lei e de todas as regras efetivamente formuladas. Existem ainda múltiplas acepções do direito natural. Ora o jurista é convidado a recorrer à “razão” (tendência de Kant: *Vernunftrecht*), ora á idéias (de um outro mundo não sensível, mas inteligível), ora, ao contrário, a extrair conhecimento sobre o justo da consideração objetiva das coisas, do mundo, da natureza no sentido estrito da palavra. (VILLEY, 2009, p.6).

Há ainda uma outra implicação, o conceito de direito adotado defini os princípios que governam o conteúdo do direito para cada escola. Villey exemplifica: “Assim, os juristas franceses do século XIX, participavam de um estado de espírito individualista cujos fundamentos racionais haviam sido elucidados pela filosofia moderna” (VILLEY, 2009, p. 7). Logo, as decisões jurídicas, ainda que de forma inconsciente, estavam fundadas sobre os princípios da filosofia moderna de matiz individualista.

Independente de toda importância da filosofia como base, essência e fronteira para as ciências, verdade é que as últimas progressivamente avançaram sobre o campo da filosofia. “desde os tempos modernos pode-se ver a filosofia encolher-se como uma pele de animal.” (VILLEY, 1977, p.26).

Villey (1977) inicia um capítulo em seu livro *Filosofia do direito: definições e fins do direito*, com o título *Recurso à Filosofia*. Neste capítulo esse autor fala sobre a imperfeição da ciência. Segundo ele, toda ciência, pelo menos as modernas, são constituídas a partir de certos axiomas, princípios ou noções fundamentais. A ciência parte desses pressupostos ou axiomas para desenvolver seus estudos, logo, sua consistência está condicionada a eles. A ciência caminha para além de seus pressupostos, mas não os analisa, não os investiga. Ela os aceita como dados, não lhes atribuí um exame crítico. Essa função é destinada a uma disciplina que trata da universalidade, ou seja, a filosofia.

Assim, nenhuma resposta científica seria possível à questão: o que é o *direito*, *quid juris*, se não se dispusesse de qualquer idéia do que é o direito, *quid jus*? Toda ciência do direito pressupõe adquirida uma certa

concepção do direito, de seu objeto e de suas fontes; e cada ciência do direito valerá apenas pelo que valem os seus *princípios*. É preciso de quando em quando submetê-la a exame. Ao perceber as lacunas do ensino jurídico, sentimos a necessidade de completá-lo, de não ignorar mais a finalidade e os fundamentos da ciência do direito. Portanto será necessário acrescenta-lhes outra disciplina: a filosofia do direito. (VILLEY, 1977, p. 21).

Conclui-se, assim que para se definir o direito, não basta somente o estudo da ciência jurídica é necessário que se parta do estudo da filosofia, uma vez que as ciências se encarregam de estudar as partes e a filosofia inclina-se para o universal. Ainda que ampliássemos o campo das ciências modernas, é da sua essência ser especializada, “[...] acantonada em um domínio particular por encarar apenas um aspecto das coisas.” (VILLEY, 1977, p.27).

Assim, a ciência depende da filosofia, pois é ela que estabelece seus fins, fundamentos e fronteiras. Por ter essa visão do todo, como afirma Hervada, (2008) chega às causas últimas e aos princípios supremos da realidade, é capaz de avaliar e julgar uma determinada ordem jurídica. Conclui-se, logo, que nenhuma ciência está desligada da filosofia, não se pode conhecer bem o particular sem saber o que está em seu entorno, até onde se estende o que não faz parte dele. Villey, nesse sentido, esclarece que compete à filosofia do direito:

Compete-lhe determinar o âmbito do Direito em relação à moral, à política e à economia; definir o direito (*quid jus*), a finalidade da atividade Jurídica. Ainda discernir as fontes específicas do Direito e o que tem de próprio o método da ciência jurídica, relativamente a outras fontes e outros métodos. (VILLEY,1977,p.29).

Os realistas apostam na filosofia porque sem ela não se pode definir os pontos principais do direito, primeiro, porque é a filosofia que possibilita o discernimento, a separação entre o direito e outras áreas afins como a moral, a política, entre outras. Também não se pode prescindir da filosofia dado que essa estabelece, além da definição, os fins do direito, a sua teleologia. Um terceiro ponto relevante é especificar as fontes do direito e o método a ser empregado em seu estudo e, ainda, especificar o que seu método tem que o diferencia dos métodos das outras ciências.

Hervada (2008) alerta para uma outra questão, a tentativa idealista de uma construção filosófica separada da experiência. Esse autor assevera que a filosofia

chega ao homem por meio dos sentidos, ela parte do conhecimento experimental, do real e na realidade se fundamenta.

Hervada compreende que apesar da imprescindibilidade, há uma dificuldade considerável em se apresentar um conceito de filosofia. Alguns filósofos céticos da possibilidade de defini-la chegam a tratar essa como questão insolúvel. Segundo Hervada (2008, 2009), esse ceticismo é um tanto exagerado, por mais que realmente tenham razão os que afirmam ser essa uma tarefa árdua. Não é, todavia, uma tarefa impossível. A dificuldade que existe, reafirma esse autor, obriga quem aceita essa empreitada a limitar seu intento.

Hervada diz que dada à dificuldade em conceituar a filosofia ele se contenta em apresentar uma visão descritiva dela, “[...] meio aproximada, mais suficientemente identificadora a ponto de oferecer uma descrição da filosofia do direito que permita reconhecê-la e compreendê-la.” (HERVADA, 2008, p.2).

O homem não se conforma em fazer coisas e em conhecer a realidade sem indagar sobre elas, dado que como ser inteligente, tende naturalmente ao questionamento. Tende, assim, sempre a indagar sobre tudo que está a sua volta, sobre si mesmo e sobre suas condutas. Segundo Hervada (2008, p.2) “Não resta dúvidas de que o homem – muitas vezes de modo confuso, provisório e inconsciente – almeja conhecer a si mesmo e conhecer o mundo em que está imerso [...]” e continua, há sempre o desejo de atingir “[...] aquele saber fundamental que dê coerência ao seu agir, aquele saber básico que forneça o sentido último de sua vida e lhe ofereça a mais plena explicação da realidade que o cerca.”.

Por mais que na história não tenham faltado pensadores que se colocaram de forma cética e descrente quanto a essa questão. Não se pode negar a tendência do homem a se perguntar o porquê das coisas serem como são.

É própria do filósofo a atitude insatisfeita, ele não se contenta com conhecimentos parciais, com explicações fragmentárias. Ele visa conhecer o todo, o mundo que o cerca o seu próprio ser de forma profunda. (VILLEY, 1977).

Hervada (2008) coloca uma questão interessante, será que a meta de se atingir o saber absoluto ou a sabedoria em seu mais alto sentido é realmente acessível ao homem ou é uma utopia. E responde que a filosofia está entre a utopia e a realidade, tende à sabedoria, porém, reconhece as suas limitações e se considera não tanto possuidora da sabedoria, mas investigadora e estudiosa dela.

Diante disso, Hervada (2008, p.2), esclarece que “É muito adequado falar de tendência no tocante à filosofia, porque ela se apresenta mais como tensão em direção à sabedoria do que como sabedoria obtida”. Villey (1977, p. 28) corrobora com o pensamento de Hervada afirmado que “A filosofia é um esforço de conhecimento, essencialmente especulativo”.

Os gregos adotavam o nome de filósofos e não de sábios para demonstrar que são estudiosos amantes da sabedoria, todavia não são conhecedores de todos os saberes, ou de um saber de forma completa. Na Grécia, chamavam-se sábios ou *sophos* e também de *sophistés*, segundo Diógenes Laércio, a quem professava a sabedoria *sophía*, e tinha chegado ao máximo de sua perfeição, de acordo com os parâmetros da época. Entretanto, os que se propunham a conhecer, porém, não criam ter alcançado a sabedoria denominava-se *philósophos*. “Pitágoras é conhecido por ser o primeiro, que se saiba, tenha usado essa denominação.” (HERVADA, 2008, p.3). O filósofo se coloca de forma humilde, modesta, perante o conhecimento. A palavra *philosóphia*, vem de *philía* que significa amor e *shopía*, que significa sabedoria. (HERVADA, 2008).

Segundo Villey (1977) a filosofia era para os gregos uma disciplina que pretendia envolver todo o campo do conhecimento. Thales era ao mesmo tempo filósofo, físico e matemático, Pitágoras, por sua vez, tinha não menos atribuições. Quanto a Aristóteles, que durante muito tempo foi o modelo de filósofo, sua obra é uma miscelânea de assuntos, dado que trata da moral, da política, matemática, física, metafísica, entre outras. Ainda, na Idade Média os filósofos se mantinham com uma grande amplitude de estudos.

Segundo Hervada (2008) e Villey (1977), ocorreu, sobretudo, a partir do século XVII, a distinção entre ciência e filosofia. Denominou-se de ciência o estudo de algo em particular. Nesse momento, as ciências seriam as exatas e experimentais. Essas ciências se tornaram autônomas, desligadas da filosofia, logo, não filosóficas.

A distinção entre ciência e filosofia não se realizou por matérias, dado que a filosofia tem como objeto o estudo de toda a realidade, mas, sobretudo, por causa do seu respectivo estatuto epistemológico.

As ciências observam e estudam aspectos parciais da realidade, um fragmento de algo que é um todo no mundo. Foca-se cada vez mais em partes mais

diminutas, assim as ciências vão se partindo e repartindo, tornando-se cada vez mais especializadas. Partiu-se para a crença de que o conhecimento quanto mais especializado mais exato é. Todavia, se perdeu a consciência sobre o fato de que conhecer as partes não fornece o conhecimento do todo, uma vez que o ser é uno, estudá-lo de outra forma, de forma fragmentária, leva necessariamente à negligência de sua universalidade.

Cabe, então, aos filósofos responder ao questionamento: O que seria chamado de filosofia depois da autonomia das ciências? Hervada diz que a filosofia é o saber metacientífico, aquele que vai além das ciências particulares e das causas e princípios imediatos. “É a busca de uma explicação da realidade além da ciência, isto é, em seu caráter radical e último, no sentido de que não é possível ir mais longe no conhecimento das coisas.” (HERVADA, 2008, p.5). E continua:

Isso significa que a filosofia busca a explicação última e definitiva de todo o real. Até onde pode chegar essa explicação última e até que ponto pode ser definitiva representam um problema filosófico de fundamental importância, no qual não é o caso entrar agora. O que interessa destacar aqui é que qualquer sistema filosófico, seja como for que responda a essas questões, chega a uma revelação do real, a algumas causas e alguns princípios que serão considerados os últimos acessíveis, por que se entenderá que não é possível que nosso conhecimento chegue mais longe, ou por falta desse – além estará do cognoscível – ou porque não existe nada ulterior. (HERVADA, 2008, p.5).

Pode-se, assim, definir a filosofia como “[...] o estudo da realidade que tende a conhecê-la em suas últimas causas e em seu mais íntimo ser.” (HERVADA, 2008, p.5).

Hervada (2008) e Villey (1977) concordam que a filosofia proporciona ao homem a explicação mais íntima do mundo, naquilo que for racionalmente possível, dá a ele o sistema de valores em que fundamentar a sua conduta e lhe mostra o fim principal e o sentido último da vida humana. “O conhecimento filosófico é então no plano da razão, o saber mais importante e decisivo para o homem, do qual depende sua atitude fundamental perante a vida e a orientação mais radical de seu agir. Nesse sentido filosofia é sabedoria.” (HERVADA, 2008, p.6). O empenho do filósofo afirma Villey, “[...] parece ser o de um sábio a extrair sua maneira de viver da visão mais integral que possa ter da natureza ou do cosmos.” (VILLEY, 1977, p.23).

Logo, se depreende que existem dois saberes que acabam por ser

complementar na opinião dos realistas Villey e Hervada. A filosofia que se encarrega do estudo do objeto como um todo e assim, o diferencia do que não o constitui, limitando-o e determinando seus fins e a ciência que através da definição apresentada pela filosofia se dedica ao estudo das partes desse objeto.

Maritain (2005) apresenta uma distinção interessante sobre o que ele denomina de mistério e problema, essa distinção coaduna exatamente com a diferença apresentada por Villey e Hervada sobre o saber da ciência e o saber da filosofia. Maritain (2005, p.15) diz que o “[...] mistério é uma plenitude ontológica à qual a inteligência se une vitalmente e onde mergulha sem esgotá-la”. O problema, por sua vez, é uma dificuldade intelectual, tal como um quebra cabeças, ou um nó. Solucionado, não há mais nada a ser aprendido. É assim, “um complexo nocional criado por nossa inteligência que inicialmente parece inextrincável e que é preciso desfazer.” (MARITAIN, 2005, p.15). Assevera Maritain que esse é o problema do tipo puro, percebe-se que em muitos casos esse aparecerá somado ao aspecto do mistério.

Maritain (2005, p.17) continua afirmando que “[...] onde predomina o aspecto problema, uma solução vem depois da outra, uma termina e outra começa: lida-se com um progresso linear e por sucessão de aspectos da razão[...]”. Quando, todavia, predomina o aspecto mistério, trata-se de penetrar sempre mais no mesmo. É um progresso no mesmo lugar, um progresso por aprofundamento.

Quando se está diante de um problema, quer-se a solução. Respondido o questionamento, desfeito o nó, ele não mais interessa, parte-se para outro. Assim, nas palavras de Maritain (2005, p.17), “E quando a resposta satisfaz a minha pergunta não tenho mais sede daquilo. Mas tenho sede de outra coisa. E isto infinitamente. Essas são as águas da ciência, úteis e amargas.”

Entretanto, quando o que predomina é o aspecto do mistério, tem-se sempre sede de conhecer mais sobre o tema. Conhecê-lo, sobre vários aspectos, várias perspectivas. Assim, ao conhecer há saciedade, mas ainda há a vontade beber da mesma fonte. Logo, “[...] sacio-me sem fim da mesma fonte, sempre fresca, e sempre tenho sede dela.” (MARITAIN, 2005, p.18). Sempre se tem sede de mais conhecimento. Quanto mais se sabe mais se percebe que há muito a se saber. É, pois, essa, a busca interminável do filósofo. Uma busca prazerosa e sem fim.

Diante do exposto, se pode perceber que o aspecto problema, na teoria de

Maritain, se liga ao conhecimento próprio das ciências, tal como se compreende a ciência hoje, e o aspecto mistério se liga à filosofia. Pode-se se extrair, assim, da explanação de Villey, Hervada e Maritain que o conhecimento do direito por ser uma questão ontológica se inicia com a observação da realidade e segue com a constituição, a partir dela, de uma filosofia. Logo, se caracteriza por um conhecimento por aprofundamento, ou seja, o conhecimento sobre o mesmo objeto vai se somando dentro da história. A forma de conhecer própria da ciência, no entanto, não é capaz de extrair a essência do direito, de defini-lo e delimitá-lo. Dado que não tem o todo como objeto de estudo e tende a se determinar pelo aspecto problema, ou seja, as respostas que oferece aos questionamentos postos pela realidade variam continuamente.

O direito, todavia, não é uma criação tecnológica para que se substitua uma definição por outra e por outra, sem nenhuma continuidade. Não se está falando de iluminação a óleo que foi substituída pela iluminação elétrica, ou de motores a vapor que foram substituídos pelos movidos a combustíveis fósseis. O direito como, bem explicitou Villey e Hervada, necessita de um conhecimento por aprofundamento, é uma questão ontológica e sempre se pode aprender mais sobre ele. Logo, se o objetivo é perscrutá-lo tem-se que partir da filosofia.

3.2. As coisas estão repartidas

Partindo-se do conceito de direito sendo esse o justo, a coisa concreta pertencente a uma pessoa, se chega à conclusão, como bem pontua Hervada (2006, 2008), Villey (1977, 2009) e Cunha e Dip (2001), que as coisas, bens, funções, obrigações estão repartidas entre os homens. Assim, para que se dê a cada um o seu, o seu direito é necessário que exista uma repartição prévia que torne alguém credor de algo.

Assim, para que se defina a justiça e o direito segundo a concepção realista clássica se tem como ponto de partida dois fatores importantes: o primeiro, como dito acima, é que as coisas estão repartidas, atribuídas a distintos titulares, e a outra é que essas coisas podem estar em poder de *outrem*, alguém distinto de seus legítimos titulares. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009).

As diferentes coisas estão na esfera de domínio, apropriação e atribuição da pessoa humana. Essas coisas, corpóreas e incorpóreas não estão, todavia, no domínio de todos em conjunto, mas de cada um em separado. É exatamente quando a coisa, o seu, de alguém está em poder de outro, tenha chegado lá através de um ato lícito ou ilícito, é que surge a necessidade de dar ou devolver a coisa, o seu, a seu titular, nas condições próprias de cada caso.

Assim, é justamente do fato de estarem às coisas repartidas que surge o meu, o seu, logo, o direito. E é justamente da possibilidade da coisa estar em poder de outrem que surge a necessidade de se dar a coisa, o seu direito ao seu titular. Depreende-se, logicamente, desse dado que a repartição das coisas só pode ser anterior ao direito.

Assim, para dar o direito ao seu titular é preciso saber o que é atribuído a cada um e de que forma lhe foi feita essa atribuição: de quem é cada uma das coisas (quem é o proprietário) e na qualidade de quem tem essas atribuições (na qualidade locatário, de arrendatário, de nú-proprietário, etc.). Todo esse conjunto de questões forma a problemática cuja solução pertence à arte do direito. (HERVADA, 2008, p.57).

Vê-se aqui o nascimento do ofício do jurista, Segundo Villey (1977), Goytisoló (1999), Rabi-Baldi Cabanillas (1991). Cada ofício surge para satisfazer uma necessidade imposta pela sociedade. A necessidade imposta a qual o direito serve é justamente a restituição das coisas a seus titulares. Mais afrente se tratará de como se estabelecem os títulos, por ora basta saber que eles existem e que o direito é dado segundo a titularidade do sujeito.

O direito, pois, não distribui as coisas, não cabe a ele a competência e a responsabilidade de repartir os bens sejam eles materiais ou imateriais. Logo, não cabe ao jurista fazer justiça, segundo uma justiça utópica baseada na igualdade de todos, tal como a idealizada por autores marxistas. Cabe ao direito a humilde tarefa de devolver aquilo que era de alguém por algum título e lhe foi tirado. A justiça do jurista está em dar ou restituir a coisa justa, o seu, a seu titular. Nas palavras de Hervada:

A descrição romana do ofício do jurista – que aceitamos como correta – está longe de ser pretenciosa, porque a justiça da qual fala não é nenhum

ideal social ou político, e sim a modesta justiça realista, a que faz com que proferir uma sentença seja designado 'fazer justiça' e que recorrer aos tribunais seja denominado 'recorrer à justiça', etc. É a justiça que consiste em algo tão prático e corriqueiro como dar a cada qual o que lhe pertence conforme um título determinado. (2008, p. 56)

Então, surge o questionamento, quem faz essa distribuição? Hervada (2008), Cunha (2001), Schouppe (1984) e tantos outros realistas afirmam que quem distribui as coisas é a política. A política é responsável pela distribuição, dos bens no mundo. "Não é função do jurista implantar um ideal de justiça nem estabelecer uma sociedade idealmente justa: isso é função dos políticos" (2008, p. 55)

Cabe aqui outro questionamento, porque as coisas estão repartidas? Será que isso se deve à escassez? Ou há outro motivo que a justifique? Os autores realistas afirmam que as coisas não estão repartidas porque são escassas. Assevera Hervada (2006), que ainda que houvesse tudo em abundância, as coisas não poderiam pertencer a todos simultaneamente.

CUNHA e Dip, (2001) analisam um exemplo dado por Hervada, afirmando que se existisse superabundância de automóvel e por isso nenhum deles estivesse atribuído a nenhuma pessoa, cada cidadão ao sair de casa, pegaria o primeiro carro que visse pela frente e se deslocaria para o trabalho ou para outro lugar. E ao sair do local em que estava faria o mesmo. Hervada acrescenta detalhes sobre o fato de que se a pessoa que deixou o carro planejasse fazer uma viagem e deixasse nele suas malas, mas crê-se que essa questão seria resolvida facilmente com uma norma que obrigaria a todos a deixarem os carros vazios, que levassem sempre consigo seus pertences, porém, coloca-se uma mais complicada. Imagina que no momento em uma pessoa saísse cansada do trabalho não encontrasse carro algum disponível. Isso já traria um desconforto. Não existiriam taxis, uma vez que todos os carros são de todos. O cidadão chegaria tarde em casa e talvez teria problemas com sua esposa, ou seu marido. Rapidamente as pessoas procurariam uma forma de regulamentar a propriedade e o uso dos automóveis.

A escassez não pode, assim, justificar a repartição, dado que, como demonstrado pelo simples exemplo acima, as coisas seriam repartidas ainda que totalmente abundantes. A repartição é inevitável, afirma Hervada (1998), seria um caos se assim não o fosse, uma vez que, o homem transita na dimensão de tempo e espaço.

Logo, que nem tudo esteja atribuído conjuntamente a todos é uma necessidade social, necessidade que dá origem ao fato de as coisas estarem repartidas. E, assim, estando às coisas repartidas surge o direito, o seu de cada um e conseqüentemente, a arte do direito que se traduz por dar a cada um o que é seu.

3.3. Questionamentos sobre o direito subjetivo no realismo jurídico clássico

Já foram apresentadas as fontes do direito como o seu, a coisa justa, direito objetivo, tema central que permeará todo o trabalho, agora se faz premente a explicitação do surgimento do que se pode chamar, inicialmente, de seu contrário o direito subjetivo. A apresentação de seu surgimento e as conseqüências desse tem o intuito de demonstrar como o direito tido como poder ou faculdade, retirou o objeto, a coisa, a *res* de seu lugar e a substituiu pelo indivíduo dentro da história.

Nesse tópico serão tratadas três questões principais: em primeiro lugar discorrer-se-á sobre a origem do direito subjetivo, ou direito como poder, ou faculdade, tema que é recorrente na obra de Michel Villey de Hervada de Schouppe, Arnaud e de tantos outros realistas. Em seguida, se deterá em uma das conseqüências apresentadas por Villey, Hervada e Schouppe, como sendo derivada do que eles chamam de ockhanismo, qual seja o formalismo. E por último, será tratada uma alternativa apresentada por Hervada e Schouppe para a harmonização do direito como poder ou faculdade com a concepção do direito como o seu, a coisa justa. Acessoriamente, será introduzida uma questão levantada por Schouppe, a qual esse autor denomina, a conseqüência linguística do ockhanismo.

3.3.1. As origens do direito subjetivo para os realistas clássicos

Em certo momento da história, o significado de direito se transmutou para uma perspectiva subjetivista. O conceito de direito deixou de ser associado à coisa a *res iusta* e passou a designar uma certa faculdade que conseqüentemente o sujeito é titular. Com essa mudança do conceito do direito de *res* para *facultas* surge o direito subjetivo.

Na contemporaneidade convive-se, de forma razoavelmente pacífica com o

que chama Villey (2009) de pseudoexistência de uma bipartição entre direito objetivo e direito subjetivo. Todavia, quando do surgimento do direito como poder ou faculdade, ainda não se conhecia essa expressão, direito subjetivo, dado que esse termo, data do século XIX. O direito concebido como atributo de um sujeito, entretanto, existe desde XIV. (VILLEY, 1977).

Villey (1979) alerta para a vagueza da definição do direito subjetivo e de sua incompatibilidade com a essência do direito. O que não impediu a sua hegemonia quase indiscutível na contemporaneidade jurídica.

Hervada (2006, 2008) e Schoupe (1984) concordam com Villey (1977, 2009) quando esse afirma que surgimento da concepção de direito como direito subjetivo, ou seja, o direito como faculdade ou poder só foi delineado de forma clara, na Baixa Idade Média, na obra de Guilherme de Ockham. Nas palavras de Villey: “[...] o escolástico franciscano que deixou a marca mais forte na filosofia do direito – cuja obra demarca a passagem do direito clássico para o direito moderno – é, na primeira metade do século XIV, Guilherme de Ockham.” (VILLEY, 2009, p. 221-222)

Hervada acrescenta que independente da discussão sobre até que ponto os juristas romanos e os tratadistas medievais anteriores ao século XIV conheceram a existência dessas faculdades, a verdade é que o direito subjetivo não se encontrava definido até Guilherme de Ockham. (HERVADA, 1982, 2008).

Nesse mesmo sentido Schoupe (1984) afirma que Ockham parece ser o primeiro autor a definir o direito como a faculdade moral de um sujeito, introduzindo assim uma concepção subjetiva.

Foram citados alguns dos autores realistas que concordam com a afirmação de que a doutrina de Ockham inaugura o direito como poder ou faculdade, passar-se-á agora para as bases filosóficas e os fatos históricos que possivelmente o influenciaram e o levaram a apresentar tal definição para o direito. Dado que se encontrava até, aquele momento, imerso em um mundo que cria ser o direito o seu, a coisa justa. Verdade é que essa visão não era unanime, era, todavia majoritária no círculo em que se encontrava Guilherme de Ockham.

Villey (2009) identifica alguns motivos que justificariam a inclinação ou predisposição de Ockham ao direito subjetivo. Inicialmente, Villey chama a atenção para a perspectiva de Ockham, quando esse afirma que cada pessoa é infinitamente valiosa porque é a imagem e semelhança de Deus e porque possui uma alma

imortal. Conclui Villey que sobre essa perspectiva para Ockham o cristianismo era entendido como personalista e individualista.

Todavia, alerta Villey (2009) que Ockham comete um terrível engano ao pretender projetar o individualismo cristão - que é válido só no plano espiritual - no terreno jurídico. Para demonstrar o erro cometido por Ockham, Villey demonstra que o mundo espiritual e o mundo jurídico lidam de forma completamente diferente com relação à reação segundo a ação do homem. Assim, ele diz “O cristianismo é, de algum modo, essencialmente antijurídico: a graça, a redenção, são um presente imerecido pelo homem, é totalmente desproporcional em relação aos seus merecimentos ‘objetivos’.” E acrescenta “Se a relação do homem com Deus fosse jurídica o homem estaria perdido[...].” (PELÁEZ, LUÑO, 2008, p.6, tradução nossa).¹¹

Peláez e Lunõ (2008, p. 6) ao se referirem à obra de Villey afirmam que na esteira do que foi dito acima esse autor crê que a relação do cristianismo com a lei moral não é entendida em termos jurídicos de obediência e desobediência, de cumprimento e descumprimento, sanção e recompensa. Trata, sim, de uma resposta amorosa à possibilidade de redenção. Para Villey (2009) o comportamento verdadeiramente coerente com o cristianismo é o comportamento dos Santos que fazem para além do que é necessário por lei. Assim, como Deus faz pelos humanos além do que eles merecem. Portanto, a desproporção daquilo que se faz por amor prevalece sobre o equilíbrio, próprio do âmbito jurídico, que preza a exata equivalência.

Ato contínuo, Villey (2009) afirma, todavia, a desproporção da moral cristã não é adequada para reger uma sociedade de pecadores ou de cristãos medianos. O espírito supra jurídico do cristianismo pode talvez presidir um monastério, ou quem sabe uma pequena comunidade de pessoas que se entregam completamente a busca da santidade. Entretanto, na sociedade existem muitos indivíduos que cultivam interesses próprios de forma superior aos interesses comuns.

Por esse motivo, Villey (2009) conclui que Ockham se enganou. O mundo não pode ser governado pela moral cristã. Tomás de Aquino já o disse quando repreendeu Luís IX por editar leis que tratavam de questões para além de seu governo, questões que cabiam à igreja. A intenção é boa, disse Tomás de Aquino,

¹¹ El cristianismo es, de algún modo, esencialmente antijurídico: I agracia, la redención, son un regalo imerecido por el hombre, del todo desproporcionado respecto a sus merecimientos ‘objetivos’. Si la relación de Dios con el hombre fuese ‘jurídica’, éste estaría perdido[...].

todavia, são separados os reinos do céu e da terra e assim, o são os seus governos. (VILLEY, 2009)

Villey (2009) discerne uma outra causa para Ockham se voltar ao direito subjetivo, essa é uma causa circunstancial, todavia, para realistas como Schoupe (1984) Hervada (2008) entre outros essa parece ter sido a sua principal motivação. Essa causa é a participação de Ockham na controvérsia teológico jurídica entre o papado e a ordem franciscana.

A ordem dos franciscanos, tal como o fez São Francisco de Assis, seguia a uma regra retirada dos dizeres de Jesus contidos na Bíblia. Jesus disse a seus apóstolos que não deveriam ter ouro, prata ou cobre em suas alforjas ou em seus cintos. Assim, a regra franciscana estabelece que seus membros não devem possuir nada de seu, não devem guardar dinheiro e nem adquirir bens móveis ou imóveis, ou coisa alguma, logo, devem confiar a sua subsistência as esmolas doadas pelos fiéis. (PELÁEZ; LUNÕ, 2008).

A questão aqui posta é que os franciscanos usavam de bens que teoricamente pertenciam ao papado. O papado tinha a propriedade desses bens, porém era uma propriedade nua.

Assim, segundo Hervada (2008) essa controvérsia tratava da pretensão dos franciscanos em utilizar os bens dos quais tinham necessidade, desde os bens consumíveis como comida e vestimentas como os bens não consumíveis como os imóveis, sem, todavia, que se gerasse, ou que exercessem algum direito.

Nesse caminho Hervada (2008) afirma que facilmente se percebe que essa pretensão torna-se impossível quando se parte do fato de que o direito é a coisa justa, noção que está no cerne da argumentação das bulas papais, pois, sendo a coisa direito, todo uso da coisa que for juridicamente correto, justo será inseparável do direito de uso. Logo, ao usar os bens os franciscanos estariam se utilizando de um direito, o direito de uso. Esse autor fornece um exemplo para clarear essa questão:

Se supomos o consumo de um bem que seja justo (p. ex. comida), isso implica a apropriação da coisa até seu consumo, isto é, o uso da coisa como propriedade; logo, pelo menos nas coisas consumíveis, não é possível apropriar-se da coisa sem exercer ao mesmo tempo a propriedade como direito – pois é uma apropriação justa-, já que a coisa é direito enquanto justa: devida em justiça (e não se pode negar que se é dado um

alimento a alguém para que o coma, enquanto se apropriar dele, é devido a ele em justiça). (HERVADA, 2008, p.165).

Assim, conclui Hervada desde a concepção realista do direito é impossível admitir um simples ou mero uso de fato sem nenhum direito. Pois o uso já é um direito por mais precário que o seja.

O papa João XXII, que não era fã dos extremistas da pobreza da ordem franciscana, decide por fim a ficção jurídica que permite que os franciscanos se mantenham oficialmente pobres, mas fazendo uso de numerosos bens. Em bulas papais publicadas em 1322, 1323 e 1324, sustenta que a pretensão dos franciscanos de não serem considerados proprietários dos bens que disfrutam é tecnicamente inadmissível. (VILLEY, 2009).

Os franciscanos, usando o argumento das bulas de seus protetores do século XIII, pretendiam deter sobre os bens apenas o *usus*, não a *proprietas*, e nenhuma espécie de direito. (VILLEY, 2009).

O papa que era tomista, e ainda se cercou dos maiores tomistas da época, afirmava, assim, que é uma ficção jurídica pretender, os franciscanos, não ter nenhum direito, mas, ainda conservar o uso de seus conventos jardins de seus celeiros, colher seus frutos. Os papas do século XII tinham consentido teoricamente, em tomar para si, a propriedade, o *dominium* - mas um estranho *dominium* que de fato era apenas verbal - do que era usado pelos franciscanos. (VILLEY, 2009).

Claro que além das questões de direito estão imersas as questões políticas, há travado, nesse momento, um conflito no qual estavam em jogo a coroa de Luís da Baviera e a permanência do papa João XXII, assim, como a sobrevivência e o envio para a força de diversos monges franciscanos. (VILLEY, 2009).

Na vida de Ockham ocorriam alguns reveses que o colocaram no centro dessa questão entre o papa e os franciscanos.

Guilherme de Ockham, que era professor em Oxford, foi intimado a comparecer perante a corte do Papa de Avignon, João XXII, sob a acusação de heresia. Nesse momento histórico está ocorrendo por um lado, uma luta entre o papa João XXII e os franciscanos em que muitos desses últimos foram jogados à fogueira, por outro lado foi reaceso o eterno conflito entre o sacerdócio e o império. O papado se recusou a aceitar a eleição de Luís da Baviera. Seguiu-se a isso uma

longa luta entre Luís da Baviera e João XXII e seus sucessores. (VILLEY, 2009).

Depois de quatro anos na cúria, onde seu processo se perpetua, Ockham foge em 1328 para a corte de Luís da Baviera. Cria-se assim um acordo entre eles. Luís defenderia Ockham com suas armas e Ockham defenderia Luís com sua pena. Assim, inicia a luta de Ockham contra o papado a favor do franciscanismo e de Luís da Baviera (VILLEY, 2009). A partir daí surgiram às obras de Ockham que deram origem ao direito subjetivo.

Com intuito de defender o mero uso das coisas era necessário separar a coisa e o direito. Sendo o direito algo diferente das coisas poder-se-ia usar a coisa sem que para isso fosse necessário exercer um direito. Logo, justamente como forma de defender o simples uso das coisas que Ockham recorreu à definição do direito como *potestas* ou *facultas*.

Nesse intento, Ockham atacará a tese desse Papa em uma série de escritos polêmicos. Sua argumentação se baseia na distinção entre *ius fori* e *ius poli*, expressões agostinianas as quais esse autor parece empregar como sinônimas de respectivamente o direito positivo humano e o direito racional natural. No jardim do Éden Deus deixou que os homens se utilizassem de qualquer bem que necessitassem. Todavia, quando os homens se tornaram pecadores o *ius poli* foi restringido, porém não totalmente suplantado. O homem recuperaria, assim, o seu direito natural celestial de usar as coisas que não são suas, que não o pertencem, quando em estado de necessidade, ou seja, quando imprescindíveis à sua sobrevivência. (PELÁEZ; LUNO, 2008).

Hervada (2008, p. 165) esclarece que *ius poli* seria potestade, conforme a razão com retidão, faculdade concedida pelo céu: *polus* e o *ius fori* seria a potestade de vindicar e defender no foro, ou seja, perante um juiz humano um direito. O *ius poli* equivaleria ao direito natural, direito concedido por Deus. Não seria, esse direito, segundo Ockham um verdadeiro direito, mas a licitude de agir moralmente bem, usar e possuir (com o *ius polis* seria usar e possuir corretamente), de acordo com a ordem moral. Em contrapartida o *ius fori* seria um poder ou faculdade criada por pacto entre os homens, seria uma concessão humana, logo, seria direito positivo e por consequência, verdadeiro direito defensável judicialmente.

O direito em sentido próprio, segundo essa nova concepção, seria estritamente entendido “[...] como *potestas* ou *facultas* e, em particular, como aquele

poder ou faculdade que inclui a possibilidade de exercê-la judicialmente”. (HERVADA, 2008, p.165).

Assim, Ockham parece sustentar que os franciscanos exercem um mero uso baseado no direito natural isto é derivado de um *ius poli*, sobre os bens a sua disposição. Possuem tais bens de forma precária com a autorização de seus proprietários legais, ou seja, do papado. Se os proprietários retiram essa licença de uso os franciscanos não poderiam entrar com nenhuma ação para reivindicá-los. Logo, os franciscanos, se forem privados de seus bens não seriam titulares de nenhuma *potestas*, não poderiam acionar o sistema judicial em defesa de seu uso.

Como se pode perceber com Ockham se iniciou a substituição de um direito objetivo, direito como coisa justa e devida pelo direito subjetivo, ou faculdade. Nota-se que essa nova definição do direito é apropriada às circunstâncias vividas por Ockham. Surgiu para servir a um propósito e foi para ele útil. Gerou, entretanto, quase que como efeito colateral, uma mudança completa na compreensão do *ius*. Villey alerta para a guinada que ocorreu na filosofia jurídica a partir de Ockham:

A eclosão do direito subjetivo sua definição teórica, não é apenas um pequeno detalhe da história da linguagem jurídica. Significa o abandono de uma forma de pensamento jurídico experimentado até, então, fundado na ordem natural, e sua substituição, por um outro, fundado na idéia de poderes. Estamos no momento “copernicano” da história da ciência do direito, na fronteira de dois mundos. Surge uma nova ordem social, da qual o direito individual será a célula elementar, e que se construirá inteiramente sobre a noção de *potestas*, elevada à dignidade de direito. (VILLEY, 2009, p. 288)

Fica aqui a questão: Nessa nova concepção de direito, qual o lugar da coisa? E Hervada (2008, p.166) prontamente responde afirmando que nesse momento a coisa se desloca e passa a ser o objeto do direito, ou realidade sobre a qual recai a faculdade. O sujeito passou a ocupar o lugar do objeto no âmago do direito. (ARNAUD, 2011, p.873). Ato contínuo Hervada descreve um exemplo representativo do lugar ocupado pela coisa nesse novo sentido de *ius*: “[...] já não se diz que a propriedade é a casa, mas que a casa é o objeto do direito (subjetivo) de propriedade. Por isso fala-se de direitos *sobre* as coisas: o direito sobre a casa [...]” (HERVADA, 2008, p.166).

Nesse novo direito o sujeito e o seu poder são o centro. Villey afirma (2009),

mais uma vez que, o que há de mais relevante na definição ockhaniana do direito é o fato dela consagrar esse giro subjetivista.

Villey (2009) explicitou em seus escritos que foi com a contribuição da Segunda Escolástica, com Vitória, Soto, Molina, entre outros, e especialmente Suarez, (os quais desenvolveram a tese apresentada por Ockham), que nasceu o que se pode chamar de o pensamento jurídico moderno. (ARNAUD, 2011, p.873). Instala-se, assim “[...] a via moderna, uma maneira moderna de pensar que prevalecerá progressivamente sobre a herança da Antiguidade, a via antiga.” (VILLEY, 1977, p.111).

Hervada (2008) e Schouppe (1984) também afirmam que a noção de direito como faculdade passou de Ockham para uma série de autores, especificamente os da Segunda Escolástica que, junto com a noção primária de direito como coisa justa apresentaram o direito subjetivo (Vitória, Soto, Molina). Porém, ambos concordam, que foi Suarez quem de modo categórico substituiu a coisa justa como direito pelo direito subjetivo.

O direito subjetivo chegou até a contemporaneidade como uma faculdade de fazer, não fazer, ou exigir algo, muito diferente daquele direito apresentado por Aristóteles e consagrado por Tomás de Aquino como o seu, a coisa justa. Essa mudança de paradigma trouxe, por certo, várias consequências para a realidade jurídica. Schouppe e Hervada expõem em suas obras uma dessas consequências, qual seja o nascimento do formalismo.

3.3.2. Formalismo como consequências do ockhanismo: Hervada e Schouppe

Schouppe adverte que tomar o direito como direito subjetivo oferece um sério perigo. Em se considerar que o direito em sentido estrito é a faculdade ou poder de exigir, o direito pode se reduzir a uma expressão formal e abstrata. Tratou-se assim, nesse tópico dessa transformação sofrida pelo direito em consequência de sua definição tal como sugerida por Ockham.

Com Ockham o direito se desligou da coisa. Agora o centro de sua definição é, como dito acima, um poder ou uma faculdade. Hervada alerta que há um vício radical no ockhanismo. Esse vício é relegar o fato de que o direito e coisas são

inseparáveis. Separando o direito da coisa esse se torna uma forma vazia, sem substância; o sistema jurídico se apoia na repartição das coisas, corpóreas ou incorpóreas e, por conseguinte, o que chamamos de direito é uma coisa justa de modo que sem a coisa não há direito. (HERVADA, 2008)

De fato, se o direito de uma pessoa é, radicalmente, o direito subjetivo, existe o direito à medida que existe a faculdade moral, independente de que na realidade se tenham ou não coisas para exercê-la. Hervada apresenta um exemplo:

[...] é reconhecida a todo trabalhador liberdade para negociar. No entanto, o fato de esse trabalhador se encontrar em situação de inferioridade perante o patrão para discutir o salário – como ocorria no final do século XIII e começo do século XIX – pela necessidade de trabalhar e pela escassez de oportunidade, de modo que tenha que aceitar o salário de fome oferecido, é indiferente em relação ao direito. Como o direito consiste na liberdade formal (isto é, na simples faculdade moral), desde que as leis não imponham um salário nem exerça o trabalhador uma coação física, é reconhecida a liberdade dele de negociar. (HERVADA, 2006, p.46)

“[...] este é o legado do ocklanismo, um direito vazio de conteúdo real.” (HERVADA, 1984, p.625).

O direito subjetivo importa no reconhecimento ao indivíduo de uma série de direitos e liberdades que podem ser deixados como “letra muerta” (SCHOUPPE, 1984, p.625). Nas palavras de Schouppe:

Que valor teria um direito à alimentos reconhecido pelo Estado a um indivíduo se tal direito não tivesse outra essência que a de uma faculdade moral independente de uma quantidade de dinheiro concreta reconhecida como sua e que faria realmente o Estado como devedor? Bem. De que pode servir reconhecer o direito ao trabalho se a pessoa que busca emprego não vê que se lhe atribuiu um emprego que é exigível por justiça? (SCHOUPPE, 1984, p.625, tradução nossa).¹²

Essa visão pode levar a crer que os direitos do indivíduo supõem um reconhecimento meramente formal das faculdades do sujeito ao invés de ser o direito a coisa justa, real e papável. Dessa nova perspectiva, nasce o sistema de

¹² Qué valor tendría un derecho a alimentos reconocido por el Estado a un individuo si tal derecho no tuviese otra entidad que la de una facultad moral independiente de una cantidad de dinero reconocida como suya y que haría realmente deudor al Estado? O bien, de qué puede servir reconocer el derecho al trabajo si la persona que busca un empleo no ve que se atribuye uno exigible en justicia?

direitos formais e liberdades formais, em cuja virtude se entende que o sujeito tem verdadeiro direito e verdadeira liberdade, se existe uma declaração de direitos e liberdades. E claro, se seu exercício não é impedido, embora faltem os bens que tornam realmente operativos tais direitos e liberdades.

É por óbvio que a intensão de Ockham um frade Inglês franciscano, que desejava não possuir coisa alguma de sua, não era criar um direito formalista. Nas palavras de Hervada:

O direito subjetivo – que teve influência e vitalidade no século XIV do espiritualismo de um frade Inglês Guilherme de Ockham, o qual desejava ser tão pobre que nem o que comesse poderia ser chamado de direito seu – é uma armadilha construída pelo individualismo do século XIX para adormecer a consciência dos poderosos diante dos desprovidos. (HERVADA, 2006, p.45).

Esse sistema é impensável no realismo jurídico, porque se têm o direito e a liberdade quando se possuem tanto os bens que são o direito como a liberdade. “A injustiça inerente ao formalismo jurídico, historicamente demonstrada, mostra a grave distorção que a pretensão do ockhanismo introduziu na ciência jurídica e na práxis política.” (HERVADA, 2008, p.167).

Podem-se expor muitos outros exemplos para clarear melhor essa situação criada pelo direito subjetivo, tal como a educação. Em muitas legislações ocidentais há a previsão do direito à educação. Todavia, se de fato as crianças tem condições de estudar, seja por que precisam trabalhar para se sustentarem, seja porque não existem escolas nas cidades em que residem, ou talvez, essas crianças não consigam chegar até a escola porque não há boas estradas que as levem. O direito à educação, segundo, o direito subjetivo lhes é concedido.

O realismo jurídico rejeita essa concepção do direito por ser como demonstrado em todo trabalho uma incoerência. O direito não é faculdade moral, mas sim, a coisa enquanto for devida. Diante disso, as crianças que não podem estudar, pelos motivos acima elencados ou por outros que estejam para além de sua vontade, não tem direito à educação. Se não existe a coisa, a educação em si, não existe o direito.

Schouppe (1984) afirma que nem em Aristóteles, nem nos juristas Romanos e nem em Tomás de Aquino encontra-se a ideia de direito como faculdade moral. Não

somente é estranho a eles o conceito de direito subjetivo, como deveras devia parecer algo inadmissível, salvo em um sentido puramente metafórico. Santo Tomás falou sobre a faculdade moral “pero no se tomó dessa moléstia” (SCHOUPPE, 1984, p.622).

Em todo processo histórico exposto acima, percebe-se que a tradição aristotélico-tomista desconhecia o direito subjetivo. O realismo jurídico clássico nasceu, cresceu e atingiu o seu apogeu, sem que fosse incorporado a ele o direito como faculdade ou poder. Do ponto de vista histórico, é, portanto, inegável que o direito subjetivo não tem lugar dentro do realismo jurídico clássico.

Conclui-se, assim, que o realismo jurídico clássico e suas fontes primeiras não coadunam com a ideia de direito subjetivo. Não da forma como posta até o momento.

Hervada (2008), todavia, apresenta uma possibilidade de compreender o direito subjetivo dentro do realismo sem prejudicar em nada o conceito de direito como o justo, a coisa justa e como fonte para consultas sobre esse tema cita Jean Pierre Schouppe.

Ambos serão usados como fontes para a explanação sobre uma possibilidade de compreender o direito subjetivo dentro do realismo jurídico clássico.

3.3.3. Uma forma de compreender o direito subjetivo em consonância com o realismo jurídico clássico

Tendo visto o exposto anteriormente, cabe perguntar agora, se o direito em sentido próprio e primário, a coisa devida e justa e as faculdades de fazer, não fazer e exigir são incompatíveis entre si, de modo que, porque o direito é coisa justa tem-se que negar a existência de direitos subjetivos, entendendo-o como uma elucubração viciada desde a sua origem.

É necessário lembrar, para o desenvolvimento desse tópico, que as coisas que constituem o direito podem ser corpóreas ou incorpóreas, como uma função ou um poder. Nesse sentido não é incompatível o direito como coisa justa com o direito subjetivo. Segundo Hervada (2008), podem existir faculdades que caibam a uma pessoa. A faculdade ou poder é em tal caso a coisa justa, o direito do sujeito.

É claro que então o direito subjetivo não é um fator de ordem jurídica diferente do direito objetivo, ou seja, do direito. Em outras palavras, há direitos que constituem faculdades ou poderes. Há direitos que são assim subjetivos, embora sejam poucos, pois a maioria dos que se consideram como tais são entendíveis não como faculdade, mas, como coisas. (HERVADA, 2008)

Por outro lado, todo direito enquanto é devido, gera no titular do direito a possibilidade de exigir a entrega da coisa ou o respeito ao direito. É própria de todo direito a faculdade de exigir. “Sendo assim relacionados às coisas há direitos subjetivos que são um fator ou elemento consequente do direito. Porém não são independentes do direito e sim uma de suas manifestações.” (HERVADA, 2008). Schoupe (1984) concorda que é possível conservar o direito subjetivo dentro da perspectiva realista se essa noção for entendida como uma consequência inseparável da coisa justa. E dizer que o direito subjetivo significaria o mesmo que a exigibilidade da coisa justa.

Schoupe (1984) esclarece assim que a coisa ou o direito é devido por outrem a alguém, assim ele é exigível, nesse momento, aparece à faculdade. Direito subjetivo é assim o nome da relação da faculdade que provém da exigibilidade da coisa que por sua vez deriva da dívida. Fazer do direito o direito subjetivo antes de outra coisa supõe uma inversão do processo de elaboração do direito.

Nesse mesmo sentido, Schoupe (1984) continua afirmando que se o direito fosse o direito subjetivo, a coisa seria exigível antes de ser devida, seria devida por ter o sujeito o direito de exigi-la. Portanto, chega-se ao questionamento: Qual seria então o fundamento dessa exigibilidade? Schoupe assevera que não pode ser o poder moral do indivíduo para reclamar aquilo que quer, os quais seriam seus direitos, porque isso significaria regressar ao caos do estado de natureza descrito por Hobbes.

Diante do exposto, Schoupe (1984) conclui que a realidade é inversa, os direitos correspondem ao sujeito porque resultam de uma atribuição, que faz com que aquele seja o que é justo, o seu, o que lhe é devido por justiça. É claro que a faculdade moral é unicamente um sentido derivado do direito. O que não obsta, todavia, que a faculdade ou poder possa constituir a matéria da coisa justa.

Assim, tanto para Hervada como para Schoupe existem duas formas de compreender o direito subjetivo dentro do realismo jurídico clássico, a primeira é

reconhecendo que ele não é um direito em sentido estrito e primário, mas uma faculdade que deriva do direito, como o seu o justo. A segunda ocorre quando, o seu o justo é uma faculdade. Ressalta-se que nenhuma dessas formas de se compreender o poder ou a faculdade, não forma, de modo algum, uma categoria de direitos independente. Nas palavras de Hervada (2008, p.167): “Em qualquer caso, o direito subjetivo não é um fator jurídico independente e diferente da ordem jurídica: ou é direito ou manifestação do direito.”

3.3.4. Consequências linguísticas do ockhanismo

Schouppe introduz uma questão interessante que merece uma análise atenta, qual seja, as consequências linguísticas do ockhanismo. Segundo esse autor o discurso jurídico e a linguagem corrente são cheias de expressões que possuem claramente conotações de direito subjetivo.

Diz-se comumente que esta ou aquela pessoa possui um direito indicando que ela pode exigir algo de alguém. Os juristas, na atualidade, falam também sobre direito à vida ou direito a um salário justo o direito a defender-se em juízo. Todas essas expressões e ideias são esquemas procedentes de Ockham que se acoplaram à linguagem jurídica. Schouppe lembra que essa linguagem era utilizada esporadicamente pelos romanos e por Tomás de Aquino, todavia, ambos jurisconsultos romanos como o Aquinate não perderam de vista a distinção entre o direito em sentido estrito e seus derivados. (SCHOUPPE, 1984)

Em um discurso rigoroso e consequente, dentro do realismo jurídico clássico, que condiz com o conceito de direito que defende, não caberia, falar sobre direito à vida. Não existe propriamente um direito do sujeito de defender a sua vida, pois não é senão uma consequência do direito. O que existe é a coisa justa a vida que pertence à pessoa e que por isso é devida pelos demais. Se trata, pois, da vida enquanto é uma coisa justa, devida ao homem por uma relação de justiça. A vida é o direito. Nas palavras de Schouppe:

Se se deseja conservar a expressão que seja mais próxima a do direito a vida, bastará eliminar a conotação subjetiva procedente da preposição a substituindo-a por de, pois deste modo o substantivo vida determinará o tipo de coisa justa em questão direito de vida. Igual modificação se pode aplicar

aos outros exemplos mencionados: o salário mínimo como direito, o direito de defender-se em juízo. (SCHOUPE, 1984, p.626, tradução nossa).¹³

Assim, complementa esse autor (SCHOUPE, 1984), a expressão ter direito a algo poderia ser substituída pela expressão algo é devido, ou algo é seu. Assim, se poderá falar em direito processual de um direito de ação ou da ação como direito.

Conclui-se assim que usando a linguagem de forma correta reduz-se a chance de que o ouvinte ou leitor creia que o titular de um direito disponha de um direito subjetivo, uma faculdade ou poder de exigir algo, ideia que não coaduna com a escola do realismo jurídico clássico. No caso específico do direito de ação, está-se diante não de uma faculdade, ou poder como direito subjetivo, mas da coisa justa, a ação é a coisa justa, o seu de alguém, o que lhe é devido por justiça. Nesse caso, a coisa justa é que é uma faculdade de agir, mas o direito continua sendo a coisa, a ação.

¹³ Si se desea conservar una expresión que sea más próxima a la del derecho a la vida, bastará eliminar la connotación subjetiva procedente de la preposición a sustituyéndola por de, pues de este modo el substativo vida determinará el tipo de cosa justa en cuestión: derecho de vida. Igual modificación se puede aplicar a los otros ejemplos mencionados: el salario mínimo como derecho, el derecho de defenderse em juicio.

4. A JUSTIÇA NA CONCEPÇÃO DA ESCOLA DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO

Nesse capítulo, será apresentada, inicialmente, a definição comum de justiça, em seguida o foco será a definição de justiça dos pilares do realismo clássico, Aristóteles, que introduziu a definição ora sustentada pela escola do realismo, Ulpiano que lapida a definição posta por Aristóteles, melhorando-a e finalmente, Tomás de Aquino que consolida de vez a concepção de justiça dessa escola. Ato contínuo se exporá a caracterização da justiça, segundo proposto por Javier Hervada, explicitando cada uma das partes de sua definição e por fim, será abordada a sua relação com a igualdade, no intuito de desmitificar a justiça como balizadora da aspirada igualdade política.

4.1. O conceito de justiça

O sistema de filosofia do direito deve ser analisado pela perspectiva do jurista, segundo Hervada (2006, 2008), Villey (1977, 2009), Goytisolo (1997), Rabi-Baldi (1991), Chorão (1986), entre outros, negligenciar essa questão pode desencadear uma compreensão errônea da justiça. Sem atenção a essa perspectiva o leitor pode levar para a filosofia jurídica, uma ideia de justiça política, uma vez que é essa última mais comum nos tempos em que se vive.

Como bem dito por Villey (2009, p.433), tem-se que se desprender das concepções mais comuns da modernidade e contemporaneidade para adentrar-se a uma definição clássica da justiça, uma vez que, “[...] não se pode encher um pote que já está cheio. Há a necessidade de esvaziá-lo primeiro para depois enchê-lo novamente.”. Logo, antes de adentrar a definição de justiça segundo a escola do realismo jurídico clássico tem-se que alertar o leitor para o que ela efetivamente não é.

Iniciar-se-á, assim, esse tópico deixando em relevo duas ideais principais sobre o que seria e não seria a justiça que interessa a escola do realismo jurídico clássico. Em primeiro lugar, ressalta-se que a justiça não é um valor, nem um ideal, nem muito menos uma forma *a priori*, ela é uma virtude pertencente ao ser. Em

segundo lugar que a justiça como virtude que interessa ao presente estudo é o tipo de justiça que é própria do jurista e não a que interessa aos moralistas.

O primeiro ponto se refere à justiça como sendo um ser *sein* e não um dever-ser. Assim, Hervada (2008) expõe que para entender o porquê da justiça ser um ser tem-se partir do dever-ser. O dever-ser, segundo esse autor, implica em seu cumprimento, sua realização. Diante disso, a ideia de dever se orienta para: o que se deve se faz. Quando se está na esfera do fazer, ou do cumprimento é que aparecem as virtudes. Assim, elas não estão no nível do dever-ser, mas no de seu cumprimento. “O homem não é virtuoso porque tem deveres, mas, porque os cumpre.” (HERVADA, 2008, p.65).

As virtudes são, assim, hábitos das potências humanas, que propendem para o cumprimento do dever. Elas próprias não são juízos deontológicos, juízos de dever, mas disposições do ser humano para agir de acordo com os juízos deontológicos. Portanto, não pertencem ao dever-ser *sollen* e sim ao ser *sein*, embora relacionados a um dever-ser. (HERVADA, 2008).

A justiça é uma das virtudes é, pois, um hábito ou disposição permanente da vontade e seu objeto é dar a cada um o seu, seu direito. A principal consequência dessa definição é que a justiça não está na mente, ela está na vontade. Logo, não consiste em algo pensado, mas em um fazer. Dito de outro modo, não é correto dar a justiça um estado intelectual, pois seu estatuto é volitivo, pertence à ação e o que é próprio dela é o ato justo, a ação justa.

Os realistas clássicos não concebem a justiça como um ideal, mas como algo real que, enquanto tal, existe e se deve perseguir, dado que se pode lograr êxito na busca de soluções concretas para conflitos particulares.

O segundo ponto ou ideia principal é a especificação do tipo de justiça que é própria do jurista. Segundo os realistas clássicos, e nesse ponto os autores citados no presente trabalho concordam, a justiça que interessa ao jurista não é a virtude interior, mas, o fato de se dar a cada um o seu. A missão do jurista é discernir e assinalar o seu de cada um para que seja dado ao seu titular.

Para se esclarecer totalmente os pontos acima levantados e apresentar a concepção de justiça segundo a escola do Realismo Jurídico Clássico, há que se voltar à concepção clássica da justiça, à tratada por Aristóteles em *Ética a Nicómaco* e à definição de Ulpiano que se encontra no *Digesto*, chegando até a *Suma*

Teológica de Tomás de Aquino.

Verdade é que todos os realistas clássicos se ocupam da definição da justiça em numerosas ocasiões e obras. O que não é de se estranhar dado que não há como se tratar do direito sem se tratar da justiça. Ambos, direito e justiça, para os realistas, estão ligados de forma que a definição de um depende da definição do outro.

Em seu livro *Philosophie du droit, Définition et fins du droit, les moyens de droit*,¹⁴ Villey (1977), realiza uma exposição do que entende por justiça e especialmente de sua relação com o direito. Toda sua obra está logicamente cheia de contínuas referências sobre o conceito de justiça. E como paladino do realismo jurídico foi seguido por seus discípulos, os quais mantiveram sempre sua atenção na justiça, em seu conceito, apresentados por Aristóteles, os romanos e Tomás de Aquino.

Nesse sentido, Hervada (2008) afirma que a melhor forma de iniciar o estudo da justiça é através da apresentação do que ele e Villey (1977) chamam de sua definição comum. O propósito aqui é demonstrar que o conceito de justiça foi por muito tempo a virtude de dar a cada um o seu, o seu direito, tal como preconiza a escola do Realismo Jurídico Clássico.

4.1.1. A definição comum de justiça

Hervada inicia a apresentação de seu conceito de justiça, em seu livro *Lições propedêuticas de Filosofia do Direito*, expondo a definição comum de justiça.

Nas palavras de Hervada:

Embora ao longo da história tenham sido dadas várias definições da justiça há uma que é comum e praticamente universal. É ao mesmo tempo, a mais simples, a mais antiga e também, com vantagem, a mais divulgada: a justiça é a virtude de dar a cada um o seu, seu direito. (HERVADA, 2008, p. 66).

Segundo Hervada (2008) a palavra grega que primeiro designou a justiça foi

¹⁴ Nesse trabalho é utilizada como referência a edição brasileira de 1977, intitulada *Filosofia do direito: definições e fins do direito*.

díke. Essa palavra foi usada pelos primeiros filósofos gregos, para designar a ordem cómica, a ordem dos seres e também a ordem social da *pólis*. No plano pessoal essa ordem ou harmonia, designada por *diké*, era a bondade moral. Com isso a *díke* ou justiça adquiriu um sentido objetivo, como a ordem ou harmonia, bem do mundo, bem da *pólis*, bem da pessoa. Assim a palavra *díke*, significava **a ser** a ordem objetiva e a virtude.

Mais adiante, entretanto, a virtude foi denominada por um derivado de *dikaíos* (justo) o termo *dikaíosyne*, a virtude do justo, que acabou se impondo. A *dikaíosyne*, assim como *diké*, possuía um sentido de virtude particular (um juiz que profere uma sentença conforme o direito, ou o comerciante que cobra o preço justo pela mercadoria) e um sentido geral que seria a soma de todas as virtudes do homem. A *dikaíosyne*, assim, adquiriu um duplo sentido de linguagem, que até a apresentação da teoria das virtudes por Aristóteles não seria evidenciado, uma vez que até esse momento histórico esses significados se entremearam, sem mais distinções. (HERVADA, 2008).

Segundo Hervada (2008, p.67), o testemunho mais antigo da fórmula clássica da justiça é de Simônides, conforme registra Platão na República, “[...] ao que tudo indica disse o poeta grego – ‘consiste em dar a cada um o que lhe é devido’ (o que se deve a ele ou que se tem em dívida)”. Hervada acrescenta que essa fórmula era bastante exata, pois no que concerne a justiça, o seu que é preciso dar a cada pessoa é devido a ela.

Uma descrição singular de justiça, embora seja uma variação dentro da tradicional – dar a cada um o que lhe é devido – é a proposta de Platão. Esse autor concebe a justiça como a soma de todas as virtudes, todavia, para esse autor ela supõe apenas a ordem interior do homem que conseqüentemente reflete na ordem da *pólis*, uma vez que ao fazer cada um o seu mantém-se a harmonia social. Enquanto o homem tem ou deve ter a sua própria vida ordenada, sua relação com os demais homens será influenciada por essa ordem de tal maneira que a virtude repercutirá no desenvolvimento da vida da *polis*, não afetando um só indivíduo, mas todos que fazem parte daquela comunidade. (VILLEY, 2009)

Assim, Platão reconhece a justiça como a virtude de dar a cada um o seu, pois a menciona nitidamente, mas como acima demonstrado, não fixa sua atenção nela. A sua principal ideia de justiça é, pois a harmonia da *pólis*, a ordem entre as

classes de cidadãos, que se consegue quando cada um dos componentes da pólis se dedica a sua própria função. Por sua vez, a virtude pessoal é a harmonia do homem, quando cada uma das partes de sua alma faz aquilo que deve ser feito. Conclui Hervada (2008, p. 67) que para Platão a fórmula da justiça seria mais apropriadamente “fazer cada um o seu”.

Assevera-se que apesar da repercussão que teve a obra de Platão, como já se deve ter percebido no desenrolar do presente estudo, não é ele o autor que mais relevância tem entre os clássicos gregos, para a concepção de justiça da escola do Realismo Jurídico Clássico. Esse autor é sem dúvida é Aristóteles.

Ao assentar os fundamentos da justiça, Aristóteles, consagrou uma série de princípios que perduraram, no âmbito jurídico, até a atualidade como pontos essenciais em que a arte e a ciência do direito se referem. Os elementos fundamentais dentro de qualquer relação jurídica aparecem consignados pelo autor grego como determinantes dessa relação, tais como a alteridade, posto que se refere ao bem do outro, e também a exterioridade, uma vez que a ação justa tem de ser efetivamente realizada, não pode assim permanecer no interior do sujeito, em seu foro interno, como pretendia Platão. Dado que se assim o fosse não se trataria de uma ação justa, pois não haveria ação. (VILLEY, 2009)

Diante da grande contribuição desse autor, como acima demonstrado por Villey e como ecoado por todos os realistas aqui citados, para a concepção de justiça segundo o realismo clássicos, necessário se faz, expor, ainda que de forma sucinta, a sua teoria da justiça se atendo principalmente às questões que impactaram os realistas clássicos.

4.1.1.2. A justiça em Aristóteles

Segundo Hervada, Villey (1977, 2009), Goytisoló (1999, 1991, 1997), Schouppe (1984) entre tantos outros realistas, Aristóteles estabeleceu as bases para toda a filosofia do direito, tendo definido “de modo excelente os conceitos de justiça e de direito.” (HERVADA, 2008, p.71).

Villey (1979, p.47) diz que se deve retomar os gregos quando se intenta tratar do tema da justiça, afirma ainda que “Nenhum filósofo do direito deve, em todo caso,

negligenciar, sobre esse assunto, a doutrina do direito de Aristóteles”.

O fato é que Aristóteles introduziu uma série de aspectos, especificações e distinções que deixaram extremamente delineada a concepção clássica de justiça. Primeiro ponto que se deseja destacar é que para Aristóteles a justiça é uma virtude e como virtude é uma qualidade que consiste em uma disposição de hábito, a justiça é a disposição ou hábito de praticar o justo. (HERVADA, 2008).

Cunha e Dip (2001, p. 35), concordam e complementam Hervada alertando que para a perfeita compreensão da virtude da justiça é necessário ter em mente as seguintes palavras: virtude da justiça em Grego que é *diakaiosyne*, a qual é própria do homem justo (*dikaios*) e aquilo que é objetivamente o justo (*to dikaion*).

Arnaud (2011) afirma que segundo Villey, na obra de Aristóteles, a palavra chave a respeito da direito é: “*to dikaion*”. Esse *to dikaion* é uma palavra *neutra* substantiva: a coisa justa, um justo meio que se refere não ao sujeito, mas à realidade externa; um justo meio que não é subjetivo, mas objetivo. Objetivo, porque é aquilo que se dá em virtude da justiça.

Segundo, Villey (1977, 2009), Schouppe (1984) e Goytisoló (1991), *to dikaion*, o justo, é o que os juristas romanos chamaram *ius*, (direito) ao descreverem a justiça. O justo, já em Aristóteles, não tem assim sentido intercambiável, nem vago, em sua ligação com a justiça, mas um sentido preciso: o próprio de cada um o seu. É assim, aquela coisa que a justiça dá ou atribui.

Aristóteles, como dito acima, distingue com muita clareza a justiça *diakaiosyne* de o justo *to dikaion*. A justiça é a virtude ou hábito enquanto o justo é aquilo que se realiza ou é praticado pelo homem em função da virtude, ou seja, *to dikaion* é o objeto da justiça.

Encontra-se na obra de Aristóteles *Ética à Nicómaco* a definição: “A justiça é o hábito ou virtude pelo qual se declara do justo que pratica deliberadamente o justo” (HERVADA, 2008, p.77). Esse autor distingue, ainda, nessa mesma obra, duas classes ou tipos de justiça: a justiça total e a justiça parcial. A primeira é a virtude de cumprir as leis, por isso foi chamada mais tarde por Tomás de Aquino de justiça legal. A justiça total é a virtude geral ou a soma de todas as virtudes, “[...] mas, não simplesmente, e sim enquanto se refere ao outro, isso é, não ao bem próprio, mas ao bem alheio, de modo que analisada absolutamente é virtude total e analisada enquanto se refere ao outro é justiça” (HERVADA, 2008, p.71). A segunda que é a

justiça parcial ou particular não é a virtude total, ou a soma de todas as virtudes, mas uma parte da virtude total, que consiste na justa distribuição dos bens e no correto reconhecimento das formas de acordos, sejam eles voluntários (compra, venda, locação, comodatos) ou involuntários (como é o caso das penas aplicadas a quem comete delitos, sejam eles civis ou criminais). (HERVADA, 2008).

A justiça geral se ordena para os demais e foca principalmente na *pólis*, cujas leis, segundo Hervada (2008) devem abarcar todas as virtudes para formar bons cidadãos e se possível bons homens.

A justiça parcial de Aristóteles é a justiça em sentido próprio e estrito, a justiça dos juristas, aquela que é uma das quatro virtudes cardeais.

Na definição dada por Aristóteles a justiça particular “[...] é a virtude pela qual cada um tem o próprio conforme a lei.” (HERVADA, 2008, p.72). Diz ainda que a injustiça ocorre quando o homem tem o alheio, em desconformidade com a lei. Assim, segundo, Hervada essa definição, “[...] embora não seja perfeita é suficientemente expressiva.” (HERVADA, 2008, p.72). Dado que a expressão *o próprio* é equivalente a *o seu*, aquilo que pertence ao homem. Por isso o efeito da justiça é entendido como ter cada um o seu. (HERVADA, 2008).

Nessa linha, Villey (1977) alega que em Aristóteles a justiça particular pode ser compreendida quando se diz que um homem é justo quando ele tem o hábito de não tomar mais do que a sua parte dos bens que se disputam em um grupo social. Assim, para Villey (1977), a justiça particular pode ser definida como uma parte da moralidade total, parte da justiça geral, a parte que interessa ao direito. É a justiça particular uma virtude social e jurídica, que exige a realização de um ato, que no caso trata-se da atribuição do seu, seu direito a cada um. Acrescenta Villey (2009), que a justiça geral (virtude de cumprir as leis) de certo modo trata de questões para além de um único ser humano, uma vez que é sobre toda uma ideia de ordem, ou de boa relação com os demais cidadãos.

A obra de Aristóteles é, pois, citada como referência para a compreensão da justiça segundo a escola do Realismo Jurídico Clássico, mesmo os autores realistas não citados nesse tópico corroboram com a importância da obra de Aristóteles e com a sua leitura apresentada até o presente momento. No entanto, a partir do que foi apresentado sobre Aristóteles, verificou-se que há duas interpretações, ou melhor, duas leituras principais, feitas pelos realistas, sobre a distinção entre justiça

particular e justiça geral apresentada na obra de Aristóteles.

Villey (1977, 2009), assim, como Hervada (1988, 2008), Vigo (1992), Rabi-Baldi Cabanillas (1990, 1991), entre outros, apresenta a distinção entre a justiça geral e a justiça particular, feita por Aristóteles, todavia, interpreta-a de forma diversa da defendida por seus colegas realistas.

O autor francês entende que a justiça geral pertence somente ao campo da moral, dado que é a soma de todas as virtudes concernente à obediência de normas de conduta e que a justiça particular é que é a virtude própria dos juristas. Nas palavras de Vigo:

O ex-Redador dos Archives parte da classificação entre justiça geral e justiça particular, mas destacará que somente essa última – integrada pela justiça distributiva e a justiça comutativa - pertence ao mundo jurídico, dado que a primeira – definida como a soma de virtudes ou definida pela conformidade com a lei moral – é instalada por Villey no âmbito da moral. Assim, a especialidade do que é jurídico fica preservada: os moralistas se ocupam da justiça geral, e os juristas da justiça particular. (VIGO, 1992, p. 294)¹⁵

Hervada (2009), assim como Vigo (1992) e Rabi-Baldi Cabanillas (1990,1991) discordam de Villey (1977, 2009) quando esse afirma que a justiça geral seja própria dos moralistas e políticos e que os juristas só devam tratar da justiça particular. “Pois bem, eu discordo dessa conclusão, por entender que parte da justiça geral pertence aos juristas.” (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009, p.657).¹⁶ Hervada, todavia, concorda com Villey que é a justiça particular a que é a justiça própria do jurista.

Segundo Vigo (1992) a visão apresentada por Villey torna o conceito de justiça estreito, uma vez que coloca a justiça geral fora do direito, reduzindo assim a justiça jurídica a uma justiça das partes. O que implica na perda para os juristas de um amplo e importante setor do direito, qual seja o mundo do direito público. (VIGO, 1992).

Rabi-Baldi Cabanillas (1991) adverte que a insistência do precursor do

¹⁵ El ex-Redactor de los Archives ha de partir de la clasificación entre justicia general y justicia particular, pero precisará que solo ésta última -integrada por la justicia distributiva y la justicia conmutativa- pertenece al mundo jurídico, dado que la primera -definida por la suma de virtudes o por la conformidad con la ley moral- es instalada por Villey en el ámbito de la moral. Así la especificidad de lo jurídico queda preservada: los moralistas se ocupan de la justicia general, y los juristas de la justicia particular.

¹⁶ Pues bien, yo reacciono contra esta conclusión, por entender que parte de la justicia general pertenece a los juristas.

realismo jurídico clássico, Michel Villey, em manter estritamente separados o direito da moral parece ter influenciado em sua decisão de deixar de fora do âmbito do direito a justiça geral. Decisão que se crê errônea, uma vez que dizer que a justiça jurídica também concerne em parte à justiça geral é uma conclusão necessária se se toma o direito segundo a realidade, como bem demonstra Hervada (2009).

Hervada (2009) afirma que não se pode negar que os juristas sempre interpretaram a lei para aplicá-la e que essa interpretação e aplicação são feitas através do cumprimento das normas jurídicas de que são destinatários. Assim, a parte da justiça geral em que se encontram as normas de conduta e entre elas as normas jurídicas, são por certo pertencentes ao âmbito jurídico. Com essa afirmação concordam, Vigo (1992) e Rabi Baldi Cabanillas (1991).

Hervada (2009) conclui, assim, que a distinção entre justiça geral e particular não tem nenhuma relevância em relação ao ofício do jurista. Para este não há mais do que uma justiça, qual seja, dar a cada um o seu e por certo que ao dar a cada um o seu o jurista utilizará da justiça geral. Não é ela, porém, o centro da compreensão dos realistas clássicos, assim, pode-se dizer que apesar das divergências, todos concordam que a definição de justiça mais relevante para o realismo clássico é dar a cada um o seu, que se extrai da definição apresentada por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*: “A justiça é o hábito ou virtude pelo qual se declara do justo que pratica deliberadamente o justo”. (HERVADA, 2008, p.77).

Villey (2009) afirma que para o jurista o que importa é exatamente dar a cada um o seu. O que se pode extrair de ambas as teorias e dos vários autores é que a diferença que existe nesse aspecto se dilui quando eles afirmam que o que cabe ao jurista é dar a cada um o seu.

A definição de justiça, a que interessa ao presente estudo, ao final parece ser a mesma para ambos os realistas, Villey e Hervada. Não há realista, que tenha sido tomado como tal, pelo presente trabalho que não concorde que a justiça é dar a cada um o seu.

Voltando a questão anteriormente apresentada, Hervada (2008) afirma em relação ao dito por Aristóteles que fica então destacado um aspecto decisivamente caracterizador da justiça: a alteridade ou intersubjetividade, virtude das relações sociais. Nesse ponto, ambos, Hervada e Villey concordam e creio ser ponto que encontre pouquíssima discordância, ou nenhuma, dentro do realismo jurídico

clássico. Pelo menos é o que se pode dizer dos autores estudados para a confecção da presente obra.

4.1.3. A justiça na definição de Ulpiano

Villey (2009, p. 71) afirma que os juristas romanos devem a Aristóteles a sua fortuna na história, uma vez que a sua definição de direito e da justiça derivam das apresentadas por ele. Assim, esse autor diz que: “Os juristas romanos conhecem e têm o cuidado de pôr em destaque a definição de justiça - e seu objeto específico - formulada por Aristóteles.” Assim, segundo Villey a definição de justiça que posteriormente apresenta Ulpiano deriva da de Aristóteles que diz que “a justiça é a virtude que tem por objeto próprio atribuir a cada um a parte que lhe corresponde.” e da definição de direito, também por Aristóteles posta que é “o direito é aquilo que é justo.”

Goytisoló (1997, p.34) assevera que é muito certo que Ulpiano escreveu: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”. Segundo Hervada, “A definição mais conhecida por sua simplicidade e grande precisão é a de Ulpiano em D.1,1,10” a qual traduz como “A justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito”. (HERVADA, 2008, p.74). Afirmação que é corroborada pela obra de Villey (1977, 2009).

Com Ulpiano, a fórmula da justiça além de ganhar em precisão adquire a sua mais perfeita dimensão jurídica, pois faz sobressair o seu de cada um, o seu direito. Isso estava contido, segundo Hervada (2008), em o próprio e o justo de Aristóteles, bem como no mérito que é algo devido por justiça. No que esse autor corrobora com o dito por Villey sobre as principais influências para os romanos.

A fórmula de Ulpiano demonstra claramente a primazia do direito sobre a justiça, ou em outros termos que a justiça está em função do direito e não o contrário. Segundo Goytisoló (1997), em conformidade com a definição de Ulpiano, dar a cada um o seu direito, faz com que o último apareça como o objeto da justiça, entendida essa como constante e perpétua vontade de efetuar-lo. Assim, se depreende que para que ocorra a ação justa, logo, a própria justiça, é preciso que exista esse direito em relação ao qual se é justo.

Segundo Villey (2009), a ideia de que a ação justa consiste em *suum cuique tribuere*, dar a cada um o seu, foi difundida na literatura posterior de tendência cristã e se generalizou chegando até a atualidade.

Hervada, nesse sentido, afirma que:

Entre os Santos Padres encontramos a fórmula divulgada, por exemplo, em Santo Anbrósio, em Santo Agostinho e, mais adiante, em São Isidoro de Sevilha. Porém com eles – exceto São Isidoro que atribuiu a justiça ao foro – se produziu um fenômeno que, de uma forma ou de outra, chegou até Tomás de Aquino. (HERVADA, 2008, p. 75).

Esse autor acrescenta que embora esses autores cristãos, com exceção de Tomás de Aquino, falem em justiça particular a qual a fórmula de Ulpiano se refere, nela se desvanece a nota de juridicidade para estender-se para as relações entre Deus e os homens. “A justiça adquire assim um sentido extensivo [...] se desjurisdifica e se moraliza.” (HERVADA, 2008, p. 75).

Hervada (2008) aduz ainda o ensinamento dos escritores pré-escolásticos supunham uma concepção extensiva da justiça, que não expressava o que a justiça é e supõe para o mundo do direito. O resgate da verdadeira justiça dos juristas se deve a Tomás de Aquino. “Na realidade, o Aquinate representa no que concerne à justiça, uma volta aos juristas romanos, cuja definição abre seu tratado da justiça e a Aristóteles o qual segue fielmente [...]”. (HERVADA, 2008, p. 76).

Com essa volta aos ensinamentos dos juristas romanos e de Aristóteles se construiu, a partir de Tomás de Aquino, uma filosofia do direito perpétua, na linha do grande renascimento da ciência jurídica europeia. (HERVADA, 2008).

Cunha (1992), diz que, ao recuperar o legado do realismo clássico, Villey necessariamente é conduzido a Tomás de Aquino. “Porque derruído o império romano e de novo tendo imperado o sincretismo normativo, desta vez agostiniano, neo-platônico, vai ser o Aquinense um novo Aristóteles atribuindo a cada um o que é seu [...]” (CUNHA, 1992, p.106).

Diante do exposto, é vital que se desenvolva a aceção de justiça apresentada por Tomás de Aquino, uma vez que tem-se como objeto específico desse capítulo a exposição completa da visão da justiça segundo a escola do Realismo Jurídico Clássico.

4.1.4. A justiça para Tomás de Aquino

A noção de justiça como a virtude que consiste “dar a cada um o seu” remonta a uma longa tradição no pensamento ocidental: Platão, Aristóteles, Cícero, Agostinho e, acima de tudo, o direito romano, do qual recebe-se a fórmula *suum cuique tribuere*. (HERVADA, 2008). A teoria da justiça de Tomás de Aquino é, portanto, uma confluência das concepções originárias das mais diversas tradições.

Sustentam Villey (1977, 2009) e Hervada (2008) e Goytisolo (1999) que um dos méritos da teoria tomista é a maneira como ela integra essas diferentes influências em uma elaboração sistemática da justiça. Ao discutir as questões do direito, Tomás de Aquino cita Agostinho e Gregório, mas, como Villey observa, ele escolherá, como autoridades principais, autores pagãos, como Aristóteles, Cícero e Ulpiano (2009, p. 157). Nesse sentido, Pieper (2012, p.97) afirma que “[...] assim o tem afirmado o clássico pensamento ocidental desde os antigos gregos até as encíclicas sociais dos papas -, precisamente isto é a Justiça: a vontade, constante de dar a cada pessoa, com quem nos relacionamos, aquilo que lhe é devido.”

Tomás de Aquino retoma a distinção da justiça, feita por Aristóteles, em particular e geral. Para o Aquinate a justiça como uma virtude geral orienta-se pelo bem comum. Nesse sentido, ela engloba todas as demais virtudes morais, pois o bem particular de cada virtude implica em uma referência ao bem comum. Segundo esse autor, qualquer bem da parte deve se ordenar ao bem do todo (*Suma Teológica*, IIa IIae, q. 58, a. 5). Portanto, cabe à justiça geral, ao retificar os atos humanos, fazer com que o homem se submeta à lei, que o ordena ao bem comum. Logo, ela é também chamada de justiça legal. (HERVADA, 2008).

Em relação ao bem de cada pessoa particular, a justiça legal ordena o homem apenas de maneira mediata. Logo, é preciso que haja uma justiça particular para ordenar o homem imediatamente em relação ao bem de outra pessoa particular (*Suma Teológica*, IIa IIae, q. 58, a. 7). A justiça particular, portanto, ordena o homem em suas relações com outras pessoas singulares. (HERVADA, 2008).

Hervada (2008, p.76) afirma, assim, que para Tomás de Aquino, a justiça é uma virtude essencialmente “[...] *ad alterum*, refere-se sempre ao outro. Visto que a

justiça encerra a igualdade e nada é igual a si mesmo, mas ao outro”. A justiça particular, logo, é aquela que orienta o homem sobre as coisas que se referem à outra pessoa, cuja matéria são as coisas e ações que se dão no âmbito da interação entre os sujeitos. Aqui, relevantes são os atos exteriores.

A justiça particular consiste na reta razão, como toda virtude moral. As virtudes morais atuam nas paixões interiores do homem. Porém, a justiça particular tem um objeto próprio, pois se refere à retidão da relação entre os homens e não apenas do homem consigo mesmo. Logo, a justiça particular não recai sobre as paixões interiores, mas sobre as ações e coisas exteriores por meio das quais um homem se relaciona com o outro. (AQUINO, 1980a)¹⁷. A justiça particular, assim, exige a retidão da vontade especificamente em relação ao bem dos outros, logo, com relação aos bens e ações exteriores. As outras virtudes morais, todavia, recaem sobre as paixões internas, diferindo assim da justiça particular que tem, como dito, um objeto específico e próprio, que são as ações exteriores.

Tomás de Aquino afirma que o meio-termo visado pela justiça é objetivo e real, enquanto o meio-termo das outras virtudes morais é subjetivo. As virtudes morais recaem sobre as paixões humanas, “cuja retificação leva em conta o homem movido pelas paixões, enquanto se irrita ou deseja como deve, nas diversas circunstâncias” (*Suma Teológica*, Ila Ilae, q. 58, a. 10). Assim, o meio-termo das virtudes morais concerne apenas ao próprio sujeito virtuoso. De outro modo, a virtude da justiça que visa às ações exteriores tem uma proporção relativa ao outro.

Daí concluir-se que para o Aquinate, o meio-termo da justiça consiste em certa igualdade de proporção da realidade fática com a pessoa, exteriormente considerada. Sobre isso, Tomás de Aquino (*Suma Teológica*, Ila Ilae, q. 58, a. 10, ad. 1) observa ainda que essa justa medida é objetiva, mas não é determinada apenas pela realidade. O meio-termo da justiça, como em toda virtude moral, é julgado pela razão.

Ato contínuo, esse autor enfatiza que a noção de que a justiça consiste em dar a cada um o seu. Ele afirma que, sendo a matéria da justiça a ação exterior, a própria ação ou o objeto visado por ela estão proporcionados a outra pessoa. “Ora, a cada pessoa diz-se pertencer como seu, aquilo que lhe é devido por uma igualdade proporcional. Por isso, o ato de justiça consiste precisamente em dar a cada um o

¹⁷ *Suma Teológica*, Ila Ilae, q. 58, a. 9.

que é seu.” (*Suma Teológica, Ila Ilae, q. 58, a. 11*).

A expressão “dar a cada um o que é seu” não se aplica apenas à distribuição das coisas. Segundo Tomás de Aquino essa expressão engloba outros fatores, podendo-se aplicar também na função da justiça de coibir qualquer tipo de ação que cause um dano a alguém. (*Suma Teológica, Ila Ilae, q. 57, a. 11, ad. 3*).

Pode-se extrair da exposição sobre a justiça em Tomás de Aquino que ele aceita a definição de Ulpiano, embora a submeta a certa especificação, o que o leva a apresentar, segundo a maior parte dos realistas, a definição mais completa até o momento exposta, apesar de não ser a mais conhecida e nem a mais generalizada a qual continua sendo a romana.

A fórmula ulpiana, como já visto, define a justiça como *a constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito*, logo a define por seu ato, uma vez que ao dizer que a vontade é perpétua e constante quer dizer que o ato de vontade (dotado de firmeza pelo hábito) no qual consiste a virtude. Tomás de Aquino afirma que é mais correto substituir o ato pelo hábito, já que se trata de definir uma virtude que é um hábito. Assim, a sua definição reformulada reza, segundo Hervada (2008, p.77) que: “A justiça é o hábito segundo o qual alguém, com constante e perpétua vontade, dá a cada qual o seu direito”. Alude ainda, ato contínuo, que “A definição de Tomás de Aquino é muito similar à de Aritóteles em *Ethica Nicomachea, V,5, 1134 a* : A justiça é o hábito ou virtude pelo qual se declara do justo que pratica deliberadamente o justo”.

Cabe ressaltar que nessa definição tomista, a justiça é considerada em função do direito, uma vez que como bem observa Vigo (1991) uma interpretação fidedigna de Tomás de Aquino, não pode deixar de inferir que o direito é objeto da justiça. Oliveira (2003) afirma que a justiça, começa a ser estudada por Tomás de Aquino a partir de sua relação com o direito. Essa escolha tem um intuito, qual seja, demonstrar o caráter objetivo da justiça “[...] leva-o aqui a conceber essa virtude, inicialmente, à luz de seu objeto, o direito, como primeiro princípio explicativo de sua natureza, de suas classificações, de sua excelência e de suas exigências” (OLIVEIRA, 2003, p. 45). “A Justiça é, pois, como vemos, algo que está em segundo lugar; ela pressupõe algo diferente de si mesma: a saber, que, primeiro, haja alguém a quem algo é devido e que aquele que é convidado a exercer a Justiça aceite esse dever.” (PIEPER, 2012, p. 97).

Assim a justiça pressupõe o direito, uma vez que é esse o responsável por fazer algo pertencer a alguém. É a virtude de cumprir e realizar o direito, nela se percebe a primazia do direito, que aparece como objeto da justiça, como aquilo cuja satisfação se orienta a ação justa.

Conclui-se, assim, que ao fim da análise feita por Tomás de Aquino sobre a relação entre o direito e a justiça, em sua *Suma Teológica*, esse autor afirma precisamente que o objeto da justiça é denominado o justo, logo o direito, o que deixa evidente que o direito é o objeto da justiça. (GOYTISOLO, 1999).

Segundo Hervada (2008), Villey e tantos outros realistas, o Aquinate fecha o ciclo evolutivo da definição de justiça. Hervada vai além e afirma que até a época de Kant não foram apresentadas definições diferentes de justiça que tivessem certa relevância.

Nota-se que essa definição de justiça que inicia a sua trajetória antes da era aristotélica e se completa com o brilhantismo de Tomás de Aquino, não parte de uma teorização, nem é o que se pode chamar de uma definição oculta é antes uma definição corriqueira e simples. Para os realistas, não é outra coisa que a descrição de um fato social, próprio de todos os tempos. Não depende de nenhuma teoria, porque se limita a procurar sobriamente o que ocorre na vida humana. Como já dito, no segundo capítulo, as coisas já estão repartidas, todavia, podem estar em poder de outro que não o seu titular e, portanto, se restitui se entrega e se dá a cada um o seu.

Hervada afirma que por mais que muitas filosofias tratem sobre a justiça a vida transcorre desse modo:

[...] os bancos dão crédito que devem ser devolvidos, as pessoas compram e devem pagar o preço, se arrendam imóveis ou lojas tem pagar o aluguel, as leis devem ser cumpridas, os homens que cometem infrações ou delitos merecem castigo, etc,etc, etc. Por mais que os filósofos digam que a justiça é A, B, C, a vida discorre da forma descrita e é um fato que há de dar a cada um o seu (a devolução do crédito, o pagamento do preço, o pagamento do aluguel, o cumprimento das leis, a imposição das penas por delitos, etc,etc.) (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009, p.650)¹⁸

¹⁸ [...] los bancos dan créditos que deben devolverse, la gente compra y debe pagar el precio, se arriendan locales o viviendas e hay que abonar el alquiler, las leyes deben cumplirse los hombres cometen infracciones o delitos merecen castigo, etc, etc, etc. Por mucho que los filósofos digan que la justicia es A, B, C, la vida discorre por los cauces descritos y es un hecho que hay dar a cada uno lo suyo (la devolución del crédito, el abono del precio, el pago del alquiler, el cumplimiento de las leyes, la imposición de penas por delitos, etc, etc)

Não importa assim, segundo Hervada (2009) e Villey (2009), entre outros, o que é dito pelos filósofos, essa justiça de *dar a cada um o seu* é o que se vive, porque não é uma teoria, mas a descrição do fato social. É, pois, um fato social, qualquer que seja o regime político, qualquer que seja a época, ou seus ideais. Por isso, existem tantas definições de justiça que saíram dos livros e que durante a história foram esquecidas, uma vez que a vida social ainda transcorre com o *dar a cada um o que é seu*.

Os realistas, assim como Cunha (1992) concordam que a definição comum é perene e indestrutível porque não é mais que uma descrição de um fato social que responde a uma necessidade natural e primária do ser humano em sociedade.

O que se precisa compreender é que dar a cada um o seu é apenas uma abstração universal, que expressa o que tem em comum os fatos sociais descritos: pagar o preço daquilo que foi comprado, devolver o crédito hipotecário, cumprir com as leis, pagar os salários, etc. Isso é vida real, não é uma filosofia, ou uma ideia.

Hervada (2008, p. 78) enfatiza que a definição comum de justiça “[...] não é uma noção derivada de determinada corrente filosófica – nós a observamos na boca dos aristotélicos, estoicos e escolásticos – , que encontre nela e em seus pressupostos explicação; não é a conclusão teórica de alguns princípios filosóficos.”. Nesse sentido, a definição ora apresentada não é uma teoria sobre a justiça, que caminha conjuntamente com outras possíveis teorias. Segundo esse autor, e com o qual concordam realistas como Villey (2009) e Goytisolo (1991), independente da noção de justiça considerada mais apta para um dado sistema de filosofia jurídica ou de filosofia política e social ou para uma ideologia política. A definição acima apresentada seria sempre verdadeira “[...] porque é puro fato que os homens têm- em maior ou menor grau – a constante e firme vontade de dar a cada um o seu (pelo menos em uma série de setores) e que isso sempre foi chamado – nunca teve outro nome – com a designação de justiça” (HERVADA, 2008, p. 78).

A justiça de dar a cada um o seu é uma realidade, que só poderia desaparecer se fosse alcançada de fato uma sociedade totalmente coletivizada - tudo de todos ou nada de ninguém – na qual por não haver repartição das coisas, nem sequer de funções, não existira nem em pequena proporção o seu de cada um. Algo impensável, até o presente momento histórico, dado que nem mesmo os

stalinistas e leninistas pensaram em levar a coletivização dos bens tão longe.

Em suma, a definição de justiça que consiste em *dar a cada um o seu* é exatamente a que corrobora e define a função do jurista, qual seja dar o seu de cada um, o seu direito a quem seja o seu titular.

Definida a justiça, crê-se útil seguir uma proposta feita por Javier Hervada que consiste expor os pontos fundamentais que caracterizam a justiça, para posteriormente decompô-la em seus elementos básicos constitutivos e estudá-los um a um, com intuito perscrutar todo o sentido de sua definição, tornando-a ainda mais clara.

4.1.5. A caracterização da justiça segundo Javier Hervada

Hervada inicia esse tópico afirmando que não se pode olvidar que se tem que tratar a justiça na perspectiva do ofício do jurista, pois é justamente dentro da realidade jurídica, do mundo do foro que aparece a justiça dar a cada um o seu direito.

Dentro da perspectiva correta, ou seja, na perspectiva do jurista e com intuito de expor todos os caracteres da justiça, a primeira coisa que se impõe, segundo Hervada, é ressaltar o seu traço essencial. Esse autor trata como traço essencial da justiça o fato dessa suceder o direito. “Sem direito preexistente, não é possível a ação justa ou ato de dar a cada um o seu direito, pois, é óbvio – mais do que evidente – que, se não existe o direito que é preciso satisfazer, fica impossível que ocorra o ato justo.” (HERVADA, 2008, p. 95-96). Donde se extrai que o ponto de partida da justiça é, assim, a existência dos direitos e a situação de interferência da qual podem ser objeto.

Se ao invés de direito falar-se em seu de cada um, das suas coisas, tal ponto de partida pode se expressar deste modo: “as coisas estão repartidas e estão ou podem estar em poder de outrem. É em suma o mesmo ponto de partida do ofício do jurista.” (HERVADA, 2008, p. 95).

As coisas estão repartidas, eis o primeiro ponto. Observe que todo direito trás consigo uma atribuição das coisas à diferentes sujeitos. Nesse sentido, implica logicamente em uma repartição. Tome-se como exemplo o direito a vida, “[...] esse

direito supõe uma exclusividade de atribuição jurídica da vida à pessoa, pois quer dizer que ninguém pode dispor da vida do outro” (HERVADA, 2008, p. 96)

O segundo aspecto da questão de as coisas serem repartidas é que elas podem estar em poder de *outrem*, que não seja o seu titular. Essa questão é o âmago do sentido de dar. Não haveria motivo para dar a alguém o seu, se esse já estivesse em sua posse/propriedade.

A ação justa, assim, só pode ser gerada na hipótese de alteração ou potencial alteração na ocupação, no uso, no gozo ou na fruição da coisa. O ato de justiça restabelece ao titular o seu direito. A justiça pressupõe, como demonstrado, o direito constituído. Assim, a ação de dar o seu pressupõe necessariamente a alteração atual ou potencial, na devida relação de fato entre a coisa e seu titular de modo que a razão de direito postula o respeito ou restabelecimento da situação devida.

Para restabelecer e manter a ordem social justa requer, no que cabe aos homens, querer e saber. Por um lado saber, no sentido de conhecer quais são os direitos de cada um e, por outro lado, é necessário querer restabelecer a situação devida. Embora, se necessite de ambos querer e saber, o que realmente caracteriza a justiça é o querer, pois não se pode chamar de justo ao que sabe as leis e conhece o direito, mas ao que cumpre as leis e satisfaz os direitos.

A ação justa, assim não pertence à ordem do saber, mas à ordem do querer, ao apetite racional da vontade, dado que como já visto é uma virtude. Assevera-se que nem pode ser de outro jeito, uma vez que a justiça se relaciona com o agir, tendo a ação justa, como princípio e motor. A justiça é, portanto, um hábito ou uma virtude da vontade.

Visto que a justiça tende a dar a cada um o que é seu e esse dar o seu é o certo, fica evidente a retidão da justiça, o que a torna uma virtude, é justamente dar o seu. Então a harmonia ou retidão objetiva da ação justa não reside tanto na intenção reta quanto na objetividade do dado. De fato a finalidade da justiça é a ordem justa, pois a justiça é a virtude de construir essa ordem; mas trata-se de uma ordem objetiva, que se consegue quando cada um tem o seu; por consequência, o que mede a retidão ou harmonia da ação justa – e, portanto a justiça - é a objetividade de dar precisamente o seu a cada um. Daí o problema principal da justiça ser a determinação do seu de cada um.

Hervada cita Tomás de Aquino quando esse afirma que a justiça tem certa

relação com a igualdade:

[...] A matéria da justiça é a operação exterior, enquanto essa mesa, ou a coisa de que se faz uso, tem em relação a outra pessoa a devida proporção. E, por consequência, o meio da justiça consiste em certa igualdade da proporção da coisa exterior. Assim, o igual é realmente o meio entre o maior e o menor, como Aristóteles ensina. Logo, na justiça há um meio real... Esse meio objetivo também é meio racional e, portanto, na justiça cumpre a razão de virtude moral (HERVADA, 2008, p.98)

A justiça é uma virtude da ordem justa e, portanto, da ordem social. Fundamentalmente se quer dizer que embora seja uma virtude pessoal seu objetivo seja direcionado para a correta relação entre as pessoas. O fim da virtude da justiça é a objetividade da ordem justa e não é a subjetividade do eu e do outro. “Se a justiça é virtude é enquanto a ordem justa é um bem humano, ou seja, corresponde à ordem da pessoa humana e à ordem da sociedade, a qual é expansão natural de uma dimensão da pessoa humana.” (HERVADA, 2008, p.98).

Nesse caminhar se percebe que a justiça consiste na virtude de dar aos outros o seu, logo, fica claro, que a justiça tem como característica principal a alteridade, ou seja, ser virtude de uma relação social. Se assim não o fosse não estaria a justiça no âmbito jurídico, mas somente no âmbito da moral.

“A justiça tem por objetivo o outro, de acordo com uma relação de proporção e harmonia, que é a igualdade.” (HERVADA, 2008, p.99). No entanto é preciso avaliar de que modo a justiça tem por objetivo o outro. Hervada (2008, p.99), afirma que não é como a liberalidade ou o amor que se enquadram em relações de dar o seu a cada um. “A justiça se direciona para o outro no que respeita a sua condição de titular de coisas suas para estabelecer ou restabelecer a ordem justa”.

Esse tipo de especificação tem importância, pois diferencia o jurista do moralista. O ofício do jurista está relacionado com a virtude da justiça, porém, sua missão não se confunde com a do moralista, uma vez que não é próprio dele o aperfeiçoamento de quem realiza a justiça e sim o dinamismo social e objetivo da justiça, ou seja, implantação da ordem justa que tem um aspecto técnico, dar efetivamente a cada um o seu.

Todo o dito evidencia que a justiça é uma virtude objetivável, que pode ser entendida como disposição para a implantação da ordem justa. Ao se abstrair a

subjetividade ética da justiça, essa pode ser descrita como a disposição dos sujeitos à realização da ação justa, dentro de uma realidade coletiva, ou seja, a ação voltada para o outro. Uma ação que efetivamente altere uma situação de fato, que reverbere no mundo real.

Caminhou-se até aqui para que se pudesse concluir que é a ação justa característica essencial da definição da justiça. Dito isso, se pode partir para a decomposição da fórmula: *dar a cada um o seu*, que é exatamente a descrição desse ato justo.

Iniciar-se-á esse estudo expondo o sentido do verbo dar. A ação justa foi designada pelos autores romanos como *tribuere*, o que se traduziu por dar. O verbo utilizado tem um sentido genérico, uma vez que, na realidade, dar não traduz todo o conjunto de ações específicas que se incluem no possível ato da justiça. O verbo que mais se aproxima é provavelmente o de restituir, porém, mesmo restituir apresenta o inconvenientes de não mostrar suficientemente toda abrangência da ação justa. (HERVADA, 2008).

A ideia que tem que expressar o verbo que designa o ato justo é a de que o que passou ao poder de outro, é restituído ou restabelecido em sua primitiva posição. Isso posto, a ação justa sempre sucede ao fato de que a posse do seu - seja pelo dinamismo das relações sociais, seja por uma questão de injustiça - esteja no âmbito de interferência, na posse de outro que não o seu titular. (HERVADA, 2008).

Por exemplo, em um caso simples de compra e venda, quando uma das partes dá a coisa, por contrato, a pessoa que recebe a coisa, torna-se a sua titular com base no contrato feito. Logo, assim que o primeiro dá a coisa, em seu patrimônio cria-se um vazio que será preenchido com o pagamento do preço. O pagamento restabelece, assim, ao vendedor a plena ocupação de seu patrimônio. O pagamento é uma ação justa porque entregue a coisa, o valor a que ela corresponde já é de titularidade do devedor, é o seu no sentido de coisa devida.

Outro exemplo, agora posto por Hervada (2008), é o caso de que alguém tire a vida de *outrem*. Nessa situação, é impossível a sua restituição. A pena não restitui, mas dá ao criminoso aquilo que lhe é devido por seus atos. Assim, Hervada alude que em muitos casos restituir não é exatamente a palavra que deveria ser usada, dado que ainda se mostra, em relação às possibilidades do ato justo, muito restrita.

Hervada (2008) levanta uma questão muito interessante com relação a qual se deve ter muita atenção, qual seja, que *dar* não quer dizer que *se deva dar*. Esse autor rebate diversas críticas que a definição de justiça aqui apresenta recebeu dos autores mais modernos, tal como Kelsen. Segundo o próprio Hervada ambos inferem da fórmula dar a cada um o seu, que se deve dar a cada um o seu. Ressalta que *dar* não quer dizer em nenhum caso que *se deve dar*. Não se pode transformar a fórmula da justiça em um dever de dar a cada um o seu, uma vez que a virtude da justiça é, como dito acima, um hábito, se refere, pois a atos, não a deveres.

Sem dúvida o homem deve dar a cada um o que é seu, todavia, a justiça não consiste nesse dever, mas, em seu cumprimento. Portanto, a justiça consiste em um hábito da vontade que atua dando, entregando, devolvendo, obedecendo e respeitando. Ato, ação, que não se confunde com dever. A justiça consiste, pois, em *dar* e em hipótese alguma no *dever de dar*. (HERVADA, 2008). Villey (2009) destina páginas e páginas de seu trabalho para desmistificar a proposição, que segundo ele, é falsa de que da fórmula *dar a cada um o seu*, se infere um dever de dar.

A análise das obras de ambos autores parece deixar claro que não se pode inferir da fórmula da justiça um dever. Isso ocorre por muitos motivos, mas, destaca-se especialmente o fato da justiça ser uma virtude e, como dito acima, ter como ponto essencial a ação justa. Se a justiça consiste na ação que é gerada da vontade justa, uma ação que pertence ao mundo dos fatos, não pode ser dever.

Continuando com a análise da fórmula da justiça e tendo visto o significado do verbo dar, parte-se para a expressão: *a cada um*. De acordo com a definição de justiça, a ação justa se direciona para dar o seu a cada um. Hervada (2006) e Villey (2009) ressaltam esse o seu de cada um, demonstra qual é exatamente o ofício do jurista, uma vez que se trata da análise do caso concreto, do seu da cada um em cada caso. O que se opõe totalmente à ideia de justiça do político, que seria a justiça do bem comum, do interesse geral.

A justiça não visa diretamente a grupos e conjuntos, mas a cada uma das pessoas, singulares ou coletivas. Não promove grupos em geral, não sacrifica a minoria pela maioria. Não é próprio do juiz determinar normas de repartição de bens na comunidade política ou traçar programas de atuação para obter uma divisão mais equitativa dos bens e dos encargos. Tal atitude é própria dos políticos e em geral das instituições sociais. O juiz profere, no caso concreto, sentença em relação

ao conflito que foi exposto pelas partes e declara o seu de cada um. Não se refere ao bem de uma instituição, por exemplo, a família, mas aos conflitos que são levados a ele, dando a cada um o que é seu. (HERVADA, 2008).

Não se trata assim de fazer a justiça geral e sim de fazer justiça a cada pessoa ou instituição concretamente e em relação a todos e a cada um de seus direitos.

Nas palavras de Hervada

O justo é dar a cada homem, em sua singularidade, aquilo que lhe cabe. É o respeito ao direito da cada um e, portanto, de todos. Não é justiça essa justiça seletiva que tantas vezes vemos em nosso mundo. Por exemplo, a justiça de classe. Seus seguidores, para fazer justiça a uma classe social – p.ex., os camponeses, os oprimidos, etc.- não hesitam em lesar direito – às vezes direitos humanos elementares como o direito à vida ou à liberdade – dos que segundo eles, são um obstáculo a essa justiça de classe. Isso é política. (HERVADA, 2008, P. 105).

Dar a cada um o seu leva necessariamente a dar a todos o seu. Dado que é consequência do princípio da igualdade o fato de todos os homens serem sujeitos de direito. Logo, como sujeitos de direito, todos os homens na balança da justiça pesam de forma igual.

Assim, no que se refere ao direito, todos os homens valem a mesma coisa e seu direito tem força idêntica (HERVADA, 2008). Por isso a justiça visa satisfazer o direito de todos, satisfazendo o de cada um.

Resta, a análise da expressão *o seu*. *O seu*, segundo Hervada (2008), é a expressão genérica que abarca muitos modos de dizer sobre algo que é seu que está atribuído a um sujeito. Abarca todas as classes possíveis de direitos, tais como, direitos de propriedade, de competência, de função, entre outros. “A plasticidade e a generalidade da fórmula com que se define a justiça é evidente, e nisso consiste sua virtude e capacidade de significar o direito e abranger tantas modalidades de direito como as que existem.” (HERVADA, 2008, p.106).

E continua afirmando que o seu denota uma relação de atribuição ou pertença, mas a atribuição ou a pertença admitem muitos modos. “Portanto, o seu é expressão genérica e multiforme, que abrange todos os modos possíveis de declarar sobre algo atribuído a alguém”. (HERVADA, 2008, p.106)

O seu é uma atribuição exclusiva, ou seja, é algo está destinado a um sujeito com exclusão dos demais.

Finalmente assevera-se que o seu é uma coisa. O que produz a ação justa é uma coisa, aquilo que pertence ao titular por uma relação de atribuição. Logo, se infere facilmente que o que a arte do jurista determina é a coisa.

4.1.6. A igualdade no conceito de justiça

Uma questão premente que é levantada por todos os realistas estudados é que a definição de justiça, da ação justa, não diz que é necessário, que se dê a todas as pessoas a mesma coisa, mas que é preciso dar o seu de cada um.

Nesse sentido, Hervada (2008, p.107) diz que “Quando se diz que o próprio da justiça é dar a todos a mesma coisa, acaba-se caindo em uma falácia: confundir a ação de repartir com a ação justa.”

A igualdade contemporânea pode designar muitas vezes a aspiração de dar a todos a mesma coisa. (VILLEY, 1977, 2009). Essa aspiração que pode muitas vezes parecer aprazível, simpática e até solidária, mas, não é a igualdade da justiça. A igualdade da justiça é dar a cada um o seu, aquilo que lhe é devido segundo uma titularidade.

A igualdade aspiração política não é uma exigência da justiça, não está em seu âmbito necessário de atuação. O seu é chamado de o justo, porque é justiça dar ao titular de um direito exatamente o seu, nem mais nem menos. Dar o exato. (Schoupe, 1984)

A justiça não consiste em dar a cada um, o que necessita, nem o que leva à sua felicidade, nem ao seu desenvolvimento pessoal. Isso demonstra manifestamente a preciosidade e as limitações da justiça. A preciosidade porque a justiça é o fundamento da vida social. Se todos respeitarem o seu de cada um, com certeza haveria paz, dado que a injustiça é sempre fonte de conflito. A limitação está no fato de que se uma sociedade for somente justa ela será uma sociedade impossível de se viver. Logo, a sociedade justa não é um ideal de sociedade, nem a justiça é capaz de sozinha trazer a felicidade aos homens. (HERVADA, 2008)

Logo, não é a justiça suficiente para dar ao homem tudo aquilo que ele

necessita para ser feliz.

Mas uma sociedade somente justa é uma sociedade insuportável. Se à pessoa só é dado o que é justo, não haverá amizade, nem carinho, nem liberalidade, nem ajuda, nem solidariedade, nem nada de quanto permite o desenvolvimento normal e adequado da vida social. Por isso a sociedade justa, a justiça são pontos de partida, não metas políticas; são princípio ou base, não ideal.

A justiça é para a sociedade o que uma estrutura de concreto ou ação é para os edifícios. Sem a estrutura o edifício não se manteria, mas só com a estrutura seria inabitável. (HERVADA, 2006, p. 40)

Esse autor (HERVADA, 2006, p. 41) ainda assevera que “A justiça é o mínimo que a todos estamos obrigados nas relações entre os homens. E o mínimo não pode ser um ideal.”

Villey (2009) afirma que se forjou, ao longo da história, a imagem de justiça como sendo algo ideal, por isso inadaptada à sociedade tal como ela é. A justiça seria uma perfeição da liberdade, da igualdade e da fraternidade. A justiça, porém, é outra coisa, é real e concreta e se realiza em cada caso. Trata-se de encontrá-la em cada situação jurídica, em cada fato que se quer determinar o justo. Não se trata da mera satisfação de interesses, uma vez que, as partes, em geral, tem interesses contrários, logo, não se pode satisfazer a ambos. Não se trata do que resulte mais útil, posto que a justiça não tem a utilidade como critério determinante, nem princípio de atuação. Em definitivo se trata de encontrar o direito, o justo.

Com toda razão se diz que o ato de justiça é um ato segundo, não secundário. Não se está tratando de relevância, mas de cronologia. A justiça é um ato segundo porque ela segue o direito. Com efeito, o direito preexiste à justiça, uma vez que, se a justiça consiste em dar a cada um o seu direito, para que haja um ato de justiça é necessário que exista um direito constituído. (HERVADA, 1988).

Assim, a justiça não consiste em dar a alguém algo para que seja seu, ela não tem como função repartir as coisas. Consiste, sim, em dar a cada um o seu. Logo, sem um direito previamente constituído, não é possível a ação da justiça.

5. O DIREITO PARA A ESCOLA DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO

Indubitavelmente não se pode passar pelo pensamento de qualquer escola que trata do direito sem se prestar atenção no conceito de direito que postule ou defenda, posto que seja exatamente sobre ele que toda sua teoria se desenvolve. Em relação à escola do Realismo Jurídico Clássico não poderia ser diferente.

O tema mais central da filosofia do direito é, pois, a resposta à pergunta: o que é o direito? Trata-se de identificar qual realidade merece o nome de direito em sentido próprio e estrito, uma vez identificada, considerá-la em sua mais íntima essência e em suas últimas causas.

Ressalta-se que a definição de direito da escola do realismo jurídico clássico, não é e não tem a intenção de ser original. É um conceito herdado dos clássicos, tal como indica o seu nome. Essa escola defende que o direito é uma coisa justa na mais estrita continuidade do pensamento aristotélico-tomista. De fato as fontes que são usadas com mais assiduidade são precisamente o filósofo grego e o escolástico.

Hervada (2008) no intento de definir o que seja o direito expõe e observa uma série de dificuldades que contribuem para tornar mais árdua essa tarefa que inicialmente poderia parecer razoavelmente simples. Assiná-la, assim, Villey (1977, 2009) que o problema de encontrar em nossos dias o sentido do termo direito é que este se desintegrou em uma amálgama de distintos sentidos e correntes.

Nessa mesma linha, adverte MacIntyre (2001) o tempo e principalmente o caminho que tomou o pensamento após o iluminismo fez com que se esviassem os contextos que localizavam e justificavam os conceitos, assim a palavra se manteve, porém destituída de seu verdadeiro sentido.

Segundo Hervada (2008) isso ocorreu porque interpretaram a doutrina clássica de forma errada. Alasdair MacIntyre (2001) apresenta subsídios para esse argumento de Hervada quando apresenta e desenvolve brilhantemente a ideia de que devemos identificar e resgatar os ensinamentos contidos na ética Aristotélica, uma vez que, o que nos sobrou hoje em termos de linguagem é apenas sombra, fragmentos derivados de uma catástrofe. As palavras continuam a ser usadas, mas não possuem mais o sentido de outrora e nem um outro sentido bem construído. O signo se manteve, entretanto, está turvo o seu significado. Essa questão é de suma

importância porque não se trata de uma substituição de significados. Antes o fosse. Se todos que usassem a linguagem moral e jurídica compartilhassem um pano de fundo, um significado comum para ela, não haveria catástrofe alguma.

Assim, esse autor, como Hervada (2006, 2008) e Schouppe (1984) postulam uma volta à linguagem clássica do direito e não só aos nomes que se mantiveram ao largo da história, mas ao sentido que originalmente receberam esses nomes, que em última instância procuravam se adequar à realidade das coisas.

Nesse sentido, Villey (2009) afirma que o conhecimento das coisas não é o conhecimento das ideias que o homem pode desenvolver sobre elas, mas o que as coisas são. Em primeiro lugar deve tratar da observância da realidade para chegar através dela a um conhecimento da realidade.

E por essa razão o professor Villey que é por todos considerado como o precursor do realismo jurídico clássico, retoma os textos clássicos em sua obra de forma a reconstruir historicamente o caminho do direito. Em seu livro *A formação do pensamento jurídico clássico*, (publicada sob esse título no Brasil) realiza uma análise histórica e crítica das principais correntes que contribuíram para a formação do pensamento jurídico. Inicia com os autores da Grécia clássica e continua desenvolvendo o seu pensamento de forma a abranger as doutrinas que de alguma forma participam com maior ou menor influência nesse processo. Trabalha tanto os autores que efetivamente colaboram para a formação do pensamento jurídico de acordo com a sua própria concepção, qual seja, aqueles que definem o direito como o justo, o seu, especificamente, Aristóteles, os juristas romanos e Tomás de Aquino, como os autores, que contribuem para minar essa concepção do direito. (VILLEY, 2009).

Logo, não há como definir o direito sem se saber de onde vem essa palavra e qual o seu sentido dentro da história, ou seja, quais realidades foram denominadas de direito e por que.

Villey (2009) apresenta, como dito acima, uma trajetória histórica do direito do seu nascimento até os dias atuais. Todavia, e apesar da qualidade de sua obra, que não pode ser negada, há em relação a elas, como já dito em capítulos anteriores, um grande número de críticas. As críticas que influenciaram esse trabalho são somente aquelas feitas por realistas de dentro da visão e concepção realista clássica. E muitos são os autores realistas que apesar de enaltecerem Villey

e sua obra, apresentam várias ressalvas a elas. Chorão trabalha uma das ressalvas mais comuns entre os realistas que é a exclusão, por Villey, das normas e do direito subjetivo como realidade jurídica.

Ver-se-á na opinião de Hervada (2006, 2008, 1988), e de muitos realistas e de acordo com a concepção que segue esse trabalho, que não são norma e direito subjetivo direito em sentido estrito. Todavia, Hervada, demonstrará, assim como Schoupe (1984), e Chorão (1986, 1989a, 1991), Rabi-Baldi (1991) e Goytisolo (1991, 1999) que de fato, tanto a faculdade, como a norma em algum momento, foram nomeados como direito por fazerem parte da realidade jurídica.

Nas palavras de Chorão:

Indubitavelmente, o realismo postula uma assimilação do direito na totalidade de suas diversas manifestações e dos seus vários estratos. Constituirão sem dúvida, um desvio – aliás, muito corrente – a essa leitura integral o normativismo e o subjectivismo, ao ignorarem ou desvalorizarem o sentido objetivo do direito – acepção que, numa versão estrita e muito valorizada do realismo jurídico, costuma ser tida pelo analogado principal. Mas tem de reconhecer-se que, a seu modo, representam também uma indesejável restrição do realismo aquelas acepções jurídicas que não dão a devida importância à dimensões normativa e subjetiva do direito. (CHORÃO, 1989a, p. 44)

Afirma ainda que “Não é de excluir que arrastado pelo ímpeto da sua tendência polêmica (e de sua paixão pela verdade) Villey provoque alguns desequilíbrios na banca de seu discurso filosófico jurídico” (CHORÃO, 1989a, p. 42). Assim, deve-se tomar com certa cautela a afirmação de Villey de que não há um reconhecimento explícito de Aristóteles, dos romanos e de Tomás de Aquino do direito como sendo norma e do direito como sendo poder ou faculdade. Ainda que as distorções e corrupções ligadas à evolução jurídica moderna tenham transformado essas duas realidades jurídicas no principal sentido de direito, não são o suficiente para desqualifica-los de tal forma que não devam ser considerados como parte da realidade jurídica. Devidamente articulados com o conceito de direito objetivo e expurgados das deformações de que têm sido alvo, “tanto a norma como o direito subjectivo têm pleno cabimento numa correcta visão realista do direito” (CHORÃO, 1989a, p. 44).

Assim, esse autor remete o leitor à obra de Hervada, como sendo mais acorde com o próprio sentido da *filosofia perennis*. Schoupe (1984) concorda com

Chorão e acrescenta que a obra de Hervada além de ser menos polêmica é mais completa, com o que concorda Vallet Goytisolo (1991) e Escrivá (2008, 2009).

Levando em consideração a opinião desses autores realistas e a análise feita para esse trabalho da obra de Hervada e de Villey se privilegiou a obra de Hervada, para a definição do direito segundo a concepção da escola realista clássica.

5.1. Premissas sobre o direito

Convém, segundo Hervada (1998), iniciar a conceituação do direito com algumas palavras sobre o que vem a ser conceito de direito. Visto que para conceituar há que se buscar aquelas características que possuem todo o direito existente. Para encontrar o que há de comum em vários fenômenos jurídicos, tem-se que partir da experiência, uma vez que é o direito um universal. Ser um universal continua Hervada, consiste exatamente em possuir as marcas que são próprias daquele fenômeno jurídico.

É o conceito de direito um universal elaborado pela razão *a posteriori*, partindo, como dito, da experiência. Dito isso, se percebe que não é o direito uma ideia pura *a priori*, sem conteúdo ou sem outro conteúdo que não o da pura razão. Esse conceito, embora seja fruto da razão “[...] têm um fundamento *in re*, isto é, expressam o universal realizado no particular existente. Os conceitos então são entes da razão, porém, expressam uma realidade extramental”. (HERVADA, 2008, p.116)

Para elaborar o conceito de direito tem-se que partir da experiência particular, como já demonstrado, isto é, do conhecimento dos direitos existentes. Por abstração se separa as condições singulares de realização existencial do fenômeno jurídico direito para se obter traços comuns e universais. “Nada, mais longe, por conseguinte, do conceito de direito que ser uma ideia ou ideal da qual participam de modo mais ou menos pleno os direitos reais existentes.” (HERVADA, 2008, p.116).

O direito é assim, segundo esse autor um conceito abstrato, porém, não formal. E como conceito abstrato está cheio de conteúdo, pois abarca tudo o que é direito. “Por ser um conceito abstrato – um universal – nem tudo que tem a *aparência* de direito é o verdadeiro direito, como o latão amarelo não é ouro, ainda

que o pareça, não basta o *fenômeno* de direito, se não tem a sua essência ou natureza” (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009, p.659, tradução nossa).¹⁹

Hervada (2009), afirma ainda que por ser um universal, o conceito de direito é metaempírico, penetra além do fenômeno jurídico, ultrapassando a experiência sensível. O que significa que o conceito de direito não se limita a ser a descrição de uma experiência.

Interessante acrescentar a citação que Hervada (2008, p.116) faz de Kant qual seja “Uma teoria do Direito meramente empírica é, como a cabeça de madeira na fábula de Fedro, uma cabeça que pode ser muito linda, mas não tem miolo” e Hervada continua “Devemos acrescentar, no entanto, que se pode dizer o mesmo das noções meramente formais sem nenhuma referência à experiência: também não ‘têm miolo’ – conteúdo real – as noções puras *a priori*.”

Por isso mesmo o conceito de direito é formado a partir de dimensões, aspectos e estruturas meta-fenômicas do direito, nos quais residem traços mais essenciais do direito. Assim, não basta um fenômeno parecer direito, para que o seja, é necessário que ele realize o conceito de direito de acordo com o fenomênico e com o meta-empírico. Nesse ponto é que se concentra o erro fundamental do empirismo jurídico, segundo Hervada, tudo que se parece com o direito, ou seja, tudo que empiricamente tem característica do fenômeno jurídico é considerado por eles como direito. “A realidade é mais do que o empírico, e o direito também o é.” (HERVADA, 2008, p.117).

O direito expressa traços próprios, comuns e universais que estão presentes em todo direito. Embora ente de razão, tem uma inerente referência à realidade, uma vez que extrai o comum e o universal do particular existente. Por isso sua compreensão não é só questão de estudo e análise linguística, uma vez que o direito é mais que uma simples locução, é conceito que contém algo real. Daí que seu estudo e análise, seja em suma, estudo e análise de uma realidade, ou seja, da experiência. (HERVADA, 2008).

5.2. A etimologia da palavra direito dentro da história

¹⁹ Por ser un concepto abstracto – un universal – no todo lo tiene la apariencia de derecho es verdadero derecho, como el latón bruñido no es oro, aunque lo parezca, no basta el fenómeno de derecho, si no tiene su esencia o naturaleza.

Após traçar esta breve introdução passar-se-á a explicitação da etimologia da palavra direito. Hervada (2008, p.117) alerta que “Para chegar à noção ou ao conceito de uma coisa, é recomendável às vezes começar pela etimologia e definição nominal da palavra que a significa”. Villey, já ressaltou a importância de se buscar a significado das palavras como direito, justiça e seus correlatos:

Procurar definir melhor palavras como “justiça”, “direito” e “lei” é a mesma coisa que estudar as fontes e os fins do direito, os “princípios” da ciência do direito. Como dissemos é o conjunto da linguagem científica do direito que depende da definição da finalidade do direito. Como toda língua é uma estrutura, em que os vocábulos são solidários, por isso mesmo podemos esperar da filosofia do direito que ela nos ajude a elucidar o sentido de outras palavras mais técnicas, tais como propriedade, contrato, obrigação etc. (VILLEY, 1974, p.31).

Hervada(2008), nesse sentido, diz que por meio do estudo etimológico e do uso primitivo da palavra direito, pode-se chegar à sua definição nominal. Assevera, todavia, que é verdade que a chamada definição nominal “[...] não expressa de modo preciso e científico a natureza da realidade definida (o que é próprio da definição real), mas pode sim destacar qual é a idéia básica e nuclear que o homem quis expressar ao utilizar uma palavra.” (HERVADA, 2008, p.117). Diz ainda, que o nome tende a significar a “realidade profunda de uma coisa ou suas características.” (2008, p.117). Logo, por meio da definição nominal, Hervada (2008) e Villey (1977, 2009) concordam que se pode chegar a captar o núcleo, o sentido e a realidade que a humanidade nomeou como direito.

Hervada (2008) explica o que ele chamou em seus textos de definição, definição nominal e definição real. A definição, segundo vários dicionários por ele consultados diz que definição é a expressão breve e completa do que significa um vocábulo ou uma coisa. A definição nominal tem por objeto demarcar o exato significado de um vocábulo e a definição real, por sua vez, difere das demais porque tem por objeto expressar a essência específica de uma coisa. Para deixar mais clara à distinção entre definição nominal e real, Hervada, exemplifica:

Assim, por exemplo, a definição nominal de lição é: ação de ler ou leitura; sua definição real, por outro lado, será: ensinamento oral que um professor transmite a seus alunos. A razão dessa aparente disparidade é dada a nós

pela história. No começo da Universidade, os mestres seguiam o método *lectio* ou leitura, que consistia em ir lendo passagens do texto que era objeto de estudo [...]. (HERVADA, 2008, p.117).

O que interessa ao presente trabalho é, pois a definição nominal da palavra direito, dado que se quer deixar em evidência a essência específica do direito.

Hervada (2008) inicia alertando que a palavra *derecho* em castelhano, não tem semelhança com sua correspondente em latim, assim como ocorre com a palavra direito em português. A palavra latina que corresponde à palavra direito e à palavra *derecho* é *ius*. Observa-se que, enquanto, a palavra *ius* foi substituída pela palavra direito, as suas numerosas expressões derivadas, tal como, jurídico, juiz, jurisdição, justiça, jurisprudência, entre outras não procedem do vocábulo direito, mas de *ius*. Ressalta-se que a substituição de *ius* por direito ocorreu em todas as línguas românicas: *droit* em francês, *dirito* em italiano, *derecho* em espanhol, *dret* em catalão, *dreut* em romeno, *drech* em provençal, direito em português. Hervada acrescenta que não há dúvida sobre a correspondência entre direito e *ius*:

Qualquer pessoa de cultura mediana sabe perfeitamente que o vocábulo latino *ius* e o castelhano *Derecho* expressam a mesma idéia. Comprova-se com facilidade que sua sinonímia é absoluta nos dicionários, nos quais invariavelmente ao buscar o significado de *ius* encontra-se como equivalente Direito, e ao buscar o de Direito encontra-se *ius*, sem que em nenhum caso seja formulada alguma observação ou se trate de avaliar o conceito. E mais dentro da acepção jurídica não se encontra nos dicionários nenhum outro sinônimo de Direito com o qual se possa traduzir *ius*, nem nenhum *ius* para traduzir Direito. (HERVADA, 2008, p.118).

Apresentadas as devidas explicações introdutórias, adentrar-se-á ao significado do termo *ius*.

Segundo Hervada (2008) a primeira palavra latina para significar direito parece ser o termo *yous*, que posteriormente se encontra sob a forma de *ious*. *Ius* já aparece na Lei das XII Tábuas e data pelo menos do século V a. C. Os juristas romanos concebem o *ius* como a disciplina do justo e a *iuris prudentia* (jurisprudência ou ciência do direito) como a ciência do justo e do injusto. No princípio o *ius* começa por estar em estreita relação com a religião e fala-se de *ius divinum* para designar prescrições pertinentes aos ritos religiosos dos quais os antigos juristas, que costumavam reservar a si mesmos o cargo religioso de

pontífice, se ocupavam especialmente.

Baseando-se nesse caráter primitivo de *ius* vários juristas e filósofos entendem que por meio da forma arcaica *iou*s, deriva de *Iovis*, nome que por sua vez é uma denominação antiga de Júpiter, o deus que castigava o perjúrio. A favor dessa etimologia está a palavra *iovestod*, que se encontra na mais antiga inscrição do Foro Romano com o significado de *iustum* ou justo. O *ius*, em sua estrutura original, teria um certo conteúdo ou sentido religioso, sobretudo em seus compostos *iurare* (jurar) e *iusiurandum* (juramento) em que existe uma invocação dos deuses. (HERVADA, 2008).

Segundo Hervada (2008) apesar da relação com os ritos religiosos, o *ius*, não se confundia com a religião, sendo o direito uma ordem secular de alguma forma amparada pelos deuses. A consciência progressiva da secularidade do direito permitiu a formação do próprio *ius civile*. Em outros termos, a palavra latina *ius* perdeu muito rapidamente seu sentido religioso, para significar ordenamento jurídico laico, *ius civile*, uma vez que a palavra *civile* tivesse o significado de o direito próprio dos civis ou cidadãos, e portanto, *ius civile* é o direito laico próprio do cidadãos romanos.

Embora o *ius* significasse primariamente o justo, nem por isso deixou depois de significar também o aspecto normativo (ordenamento, norma) e talvez o seu aspecto subjetivo (poder ou faculdade de alguém), ainda que esses sentidos se apresentem, na noção romana do *ius*, de um modo fluente e não como acepções claramente diferenciadas. Em resumo, a palavra *ius* foi usada pelos juristas romanos, em vários sentidos: normativo, talvez subjetivo, objetivo e como sinônimo de ciência. Todavia, prioritariamente o “*ius* é em suma, a posição justa, a ordem justa entre os cidadãos e também - enquanto ciência a arte do justo.” (HERVADA, 2008, p.121).

Faz-se necessário expor a etimologia da palavra direito segundo a opinião mais comum. “Segundo a opinião mais comum a palavra direito deriva, como suas irmãs de outras línguas românicas, do particípio passado (*directum*, dirigido) do verbo latino *dirigere*, composto pela partícula *di* e do verbo *regere*, reger governar (part.pas.: *rectum*)” (HERVADA, 2008, p.121). A Hervada acentua que:

Segundo García Gallo, *directus* (-a, -um) como particípio de *dirigere*

(dirigido) e como adjetivo (reto ou severo, direito ou direito) foi empregado na época clássica; por outro lado, não aparece como substantivo, nem nunca foi usado como sinônimo de direito no latim culto. (HERVADA, 2008, p.121)

Assim, a sinonímia entre *directum* e direito (*ius*) só poderia ter sido produzida no latim vulgar e teria que ter o seu fenômeno generalizado antes da desagregação do Império Romano, já que só nessa hipótese pode ser explicada a sua abrangência e penetração em países tão distantes como Portugal e Romênia. (HERVADA, 2008)

Em outra linha de pensamento a palavra direito seria derivada de *derectum*. Não faltam autores que acreditam que a etimologia de direito não deriva de *dirigere*, como já dito, opinião mais difundida, mas de *directum*, termo popular muito antigo que na linguagem habitual significaria desde o início direito. “*Derectum* seria uma palavra composta de *de* – *rectum*). A partícula *de* sugere a ideia de totalidade, perfeição, do modo que *derectum* que dizer muito reto, totalmente reto.” (HERVADA, 2008, p.222).

Proviria do símbolo da balança como representação de justiça. *Derectum* significaria que o fiel da balança está completamente reto, ou seja, os pratos estão com exatamente o mesmo peso. A partir de uma época ainda não determinada essa palavra passaria a ser pronunciada *directum* e assim ficaria como forma erudita sobrevivendo, no entanto, *derectum* como forma vulgar. (HERVADA, 2008).

Antes de findar esse ponto, relevante é esclarecer o que motivou a substituição do *ius* por *directum*. A teoria, que segundo Hervada, é a mais coerente é a que atribui essa mudança ao fato de que *directum* indicava uma ordenação de condutas, diante de *ius* que sugeria a ideia de realização ativa, de formulação ou de exposição das normas jurídicas, além da arte ou técnica dos juriconsultos ao definir e caracterizar o direito. Todavia, no Baixo Império, a população já não via cotidianamente a tarefa diária dos juízes e pretores de solucionar os conflitos eles só viam um conjunto de normas já prontas. O *ius* era, nesse momento, o direito dos juristas e dos legisladores não era o direito que o povo vivia e pelo qual era regido, ou seja, não era o direito vulgar o direito das gentes. (HERVADA, 2008).

Estavam assim os vocábulos *ius* e *directum* vinculados a dois ordenamentos jurídicos diferentes, o que definiu o destino das palavras *ius* e *directum*. Uma vez que quando no primeiro século da Idade Média o direito dos juristas e dos

legisladores caiu em desuso, o vocábulo *directum* triunfou e se impôs, como “o direito popular que designava” (HERVADA, 2008, p.123).

Hervada (2008) ressalta, ainda, que tanto o *ius* como o *directum* tem uma remota origem indo-europeia e se relacionam com duas palavras mais antigas dessa origem que significam direito: *yeus* e *rek-to*. “Essa raízes expressam uma idéia comum: uma ordem de condutas retas ou justas ou o poder de obedecê-las”. (HERVADA, 2008, p.123).

Das palavras *yeus* surgiu *ius* e da palavra *rek-to* nasceram os nomes germânicos e celtas: *Recht* (alemão), *Right* (inglês), *Ret* (escandinavo), *Rect* e *Reacht* (antigo e moderno irlandês), *Raihts* (gótico) e *Raith* (Khimrico ou cimbro). E também o termo latino *rectum* e sua derivação *rectitudo*, cuja relação com *directum* foi apresentada anteriormente. Em síntese Hervada diz que “Na raiz de todas as palavras encontramos sempre a mesma idéia: a ordem reta nas relações humanas.” (HERVADA, 2008, p.123).

O justo e o reto, assim eram denominados direito, logo, diante da exposição feita, se percebe que se tinha já àquela época a compreensão de que na vida social há comportamentos retos e justos e comportamentos desviados e injustos e precisamente os comportamentos justos e retos eram chamados de direito.

Duas ideias podem ser extraídas dessa exposição das origens da palavra direito. Em primeiro lugar, que a vida social não apresenta só situações que são aceitáveis como válidas apenas pelo fato de existirem. Algumas ações são consideradas retas, logo, aceitáveis e outras com certeza eram consideradas não retas, logo, inaceitáveis. “Desde as origens mais remotas percebe-se que os comportamentos e as relações sociais são avaliados em termos do que é lícito ou ordenável e do que é rejeitável”. (HERVADA, 2008, p. 124).

Finda essa exposição chega-se, segundo Hervada (2008), à definição nominal da palavra direito, qual seja, o justo. Nas palavras de Hervada (2008, p.123): “Concluindo e considerando tanto a etimologia como o uso primitivo das palavras *ius* e *directum*, podemos estabelecer a definição nominal do direito como o *justo* e a *ordem social justa*.”.

Tanto o *ius* como direito e os seus correspondentes em outras línguas são termos polissêmicos. (HERVADA, 2008). Assim, tratar-se-á das várias acepções da palavra direito.

Ressalta-se que não se está tratando das várias acepções da palavra direito por questões eruditas, mas por uma necessidade premente de definir que coisa ou qual realidade era chamada de direito em sentido próprio e primário. Analisar-se-á, assim, algumas das várias acepções do termo direito, que mais colaboram para o entendimento do presente estudo.

Uma primeira amostra da polissemia do termo direito é encontrada no *Digesto* em *D 1, 1, 11*, que inclui uma passagem de Paulo, em *Ad Sabinum*, e outra nas *Institutiones* de Marciano, qual seja, “o direito se aplica ao que é bom e justo ou direito natural, ao direito civil, ao direito honorário, ao direito pretório, à relação de parentesco e, por metáfora, ao lugar ou sede onde se exerce a *iuris dictio*” (HERVADA, 2008, p.124). Essa passagem do *Digesto* não gerou muito interesse entre os glosadores, comentadores e exegetas do *Corpus Iuris Civilis*, que quase não se referiram a ela. Como acrescenta Hervada em nota: “Consultamos as obras de Azo, Arcuriso, Alciato, Baldo, Cujacio, Budé, Pierre de la Belleperche, Althusio e vários outros, sem resultado positivo ou especialmente significativo.” (HERVADA, 2008, p.125).

O interesse que existe sobre essa passagem, segundo Hervada (2008), é a glosa feita por Placentino que reduz os significados acima citados para quatro, quais sejam, a ciência ou arte jurídicas, o bom e o justo, o lugar ou sede e o parentesco, acrescentado a potestas. Ressalta-se que a potestas aqui ainda não tem sentido de direito subjetivo.²⁰ Uma questão que interessa muito ao trabalho ora exposto é uma passagem de Tomás de Aquino, citada por Hervada, na qual o Aquinate ressalta que, entre as diversas acepções da palavra direito, há uma que é o direito em sentido próprio, sendo as outras, simples derivações dessa.

O texto encontra-se na *Summa Theologica*, II –II, q.57, a. 1 ad 1: “É frequente que os nomes tenham sido desviados de sua primitiva designação para significar outras coisas. O nome de medicina, por exemplo, foi usado primeiramente para designar o medicamento que se aplica ao enfermo para curá-lo; depois passou a significar a arte de curar. Dessa maneira também este vocábulo ‘direito’ foi empregado originalmente para significar a própria coisa justa. Porém, mais tarde derivou para denominar a arte com que se discerne o que é o justo; depois para designar o lugar onde se outorga o direito, como quando se diz que alguém ‘comparece em direito’; finalmente, é chamada também de direito a sentença dada por aquele a cujo ministério pertence administrar justiça, mesmo que o que resolver seja iníquo.”

²⁰ trata-se do poder ou manus sob o qual se acha ou não uma pessoa, em cuja virtude *sui iuris* ou *aliena iuris* (HERVADA, 2008, p.125).

(HERVADA, 2008, p. 125)

Vários, autores como Villey (2009), Rabi-Baldi (1990), Chorão(1992), fazem menção a essa passagem. Nesse sentido, Goytisoló (1997), afirma que Tomás de Aquino analisou outras acepções do direito que não coadunavam com o direito como o seu, a coisa justa. Em suas palavras:

Seguidamente em sua primeira solução, assinala outros significados da palavra *ius*, começando por seu primeiro analogado “*artem qua cognocitur quid sit iustum*” que antes já havia dito que não pode ser objeto da justiça; na segunda adverte que a lei não é o direito mesmo, senão “certa regra de prudência” – como havia antecipado, na primeira dificuldade, ao explicar que “não é objeto da justiça”, todavia, “parte da prudência”, como Aristóteles havia dito. (GOYTISOLO, 1997, p.35)

Tomás de Aquino usa às vezes a palavra *ius* para falar das leis, todavia, o Aquinate trata em seguida de modo particular a lei, respondendo às objeções de que o direito seria a lei. Assim, ele diz que a lei não é o próprio direito, mas certa regra ou medida, *ratio* do direito. Na passagem acima, por exemplo, Tomás de Aquino não diz que *ius* é lei. O direito é então o justo, isto é o *suum* das definições romanas da justiça. A lei não é o direito, mas sua regra e, como dirão alguns comentaristas de Tomás de Aquino, sua causa. (GOYTISOLO, 1997).

Assim, pode-se dizer que o termo *ius* é um análogo, ou seja, pode possuir mais de um significado ou realidade a que se aplica. Essas realidades em geral têm uma estreita relação, umas com as outras. Não há dúvida, porém que o termo direito é usado de forma primogênita para uma realidade específica, qual seja, o justo. A qual se buscará expor nesse capítulo.

Em épocas posteriores, as diferentes acepções do direito foram incluídas em diversos autores da segunda escolástica. Segundo Schoupe (1984) seguindo essa nova via, a Escolástica Espanhola conserva por um lado a tradicional definição do direito, por outro, quer introduzir o direito subjetivo. Segundo esse autor (SCHOUPPE, 1984, p. 609) ainda “o cavalo de tróia resulta ser a noção romana de *dominium* mediante a qual o direito subjetivo encontra expressa acolhida entre os tomistas”.

Esse intento de conciliação entre o direito como coisa justa e o direito

subjetivo, que adentrou ao significado de direito através da noção *dominium*, (assunto que será tratado mais abaixo) leva vários teólogos a definir inicialmente o direito em perfeita harmonia com Tomás de Aquino e mais afrente em seus escritos, adotar o direito subjetivo. Essa oscilação explica, segundo Schouppe (1984) as diversas categorias em que se encontra hoje a escolástica espanhola, ou segunda escolástica.

Autores da escolástica espanhola como Vitória, alegavam encontrar no Digesto o uso da palavra *ius* como direito subjetivo. Goytisoló (1997) em consonância com Villey afirma que o que esses autores entendiam como o uso do *ius* como faculdade se referia na verdade a “uma *res* incorpórea representativa da parte justa que corresponde a cada um em certos bens sociais, dele se subtrai que é ‘a parte justa’ ‘*id quod iustum est*’ não o poder.” (GOYTISOLO, 1997, p. 29, tradução nossa).²¹

Os realistas enfatizam alguns autores como sendo decisivos para o rumo que tomou a definição do direito dentro da história.

Hervada inicia sua explanação com as acepções apresentadas por Francisco de Vitória do que é o direito. Para esse autor direito é o justo ou objeto da justiça, que é o seu sentido próprio, a arte ou ciência do direito e a lei, que é a regra do direito. (HERVADA, 2008). Nessa mesma linha Goytisoló (1997, p.47) reforça o dito por Hervada, afirmando Francisco de Vitória depois de comparar e confrontar o que Ulpiano e Tomás de Aquino disseram acerca do significado da palavra *ius* coloca a sua opinião dizendo que *ius* se entende de três modos: como “*pro eo quod iustum est, pro peritia artis e pro lege ipsa.*”²²

Segundo Schouppe (1984) são vários os autores que sustentam que Soto foi fiel a Tomás de Aquino, todavia, encontra-se nesse autor o mesmo que se viu em Vitória. Uma exposição da natureza do direito totalmente conforme a *Suma Teológica* e posteriormente, em seu livro IV - sem conexão com a concepção realista que defende em seu livro III - apresenta uma definição subjetiva do *ius*, ao explicar a

²¹ [...] una res incorporal representativa de la parte justa que corresponde a cada uno en ciertos bienes sociales, y al subrayar que es ‘la parte justa’ ‘*id quod iustum est*’, no el poder.

²² Francisco de Vitoria - después de comparar lo que Ulpiano y Santo Tomás de Aquino dijeron acerca del significado de *ius*, y de discutir, confrontando las definiciones de uno y otra, si *ius* deriva de *iustitia* o no deriva, porque «*obiectum non derivatur ab habitu nec a potentia*»- indica su opinión de que *ius* se entiende de três modos: «*pro eo quod iustum est*», «*pro peritia artis*» y «*pro lege ipsa*». (GOYTISOLO, 1997, p.27).

relação entre *ius* e *dominium*.²³ Embora trate do poder ou faculdade, Soto, ainda não afirma ser eles direito em sentido estrito.²⁴ A posição de Soto, não é a de um nominalista, ainda que admita a identificação da palavra direito com a palavra poder e faculdade.²⁵

Vê-se que em Molina o direito subjetivo²⁶ já aparece como uma das acepções da palavra direito. (HERVADA, 2008). Todavia, ainda não era compreendido, segundo Goytisoló (1997), tal como o direito em sentido estrito.²⁷ Molina apresenta seis acepções para a palavra direito: o justo, a lei, arte do direito, a faculdade ou poderio, ou seja, o direito subjetivo, a sentença dos juízes e tribunais e o lugar ou sede.

Segundo, Hervada (2008), Villey (2009) e Goytisoló (1997), Suarez

²³ Varios autores sostienen también la ortodoxia de este dominico respecto a Santo Tomás. Sin embargo, parece reproducirse el mismo fenómeno que acabamos de experimentar con Vitoria. Soto nos propone una exposición de la naturaleza del derecho totalmente conforme a la Suma. Después, sin aparente conexión con la concepción realista que en el libro III defiende, nos da una definición subjetiva del *ius* en su libro IV, con motivo del estudio de la relación entre *ius* y *dominium*. No sin haber notado que la cuestión del *dominium* no tenía tanta importancia, cita a Gerson y a Conradus Summenhart, entre otros, y pasa ' a la formulación de su propia posición: el derecho no se indentifica con esta noción de origen romano; en efecto, *ius* es el objeto de la justicia, una igualdad, mientras *dominium* es la potestad del *dominus*. (SCHOUPE, 1984, p. 570).

²⁴ Domingo de Soto, a pesar de que, en general, afianzó el retomo al tomismo, tampoco superó totalmente el peso del nominalismo en algunas de sus definiciones de derecho que ciertamente se hallan influenciadas por él. Así vemos que Soto, distinguió: el «derecho, esto es las leyes, que son la regla suprema de justicia»; el «derecho en cuanto es objeto de la justicia», y el derecho como ciencia «que investiga que es lo que ha de determinarse como justo por la ley»; y dice que ésta, es decir la ley, es «la regla» y, en ese sentido, «una especie de derecho»; que consiste en «una regla y prescripción escritos del. (GOYTISOLO, 1997, p. 31)

²⁵ Soto no recoge esta acepción del derecho (dereito como faculdade) al tratar de sus significaciones, pero sí al ocuparse del dominio, donde se entretiene con disquisiciones acerca de los significados de *ius* y *dominium* que hacían los nominalistas, discrepando de las opiniones de Gerson, Conrado y Richardus de Mediavilla. En el fondo, trató de compaginar el concepto realista de derecho con el nominalista de poder o facultad, llegando a la conclusión de que «servirse de la palabra derecho y de la palabra dominio para significar la misma cosa, no lo toleran, en cuestiones' de derecho los mismos vocablos. Porque derecho, según hemos dicho más arriba, es lo mismo que justo, como afirmó San Isidoro en su libro V. Por tanto, el derecho es el objeto de la justicia, o sea-equidad que la justicia establece entre los hombres; dominio, en cambio, como lo indica la misma palabra dominio, es también facultad del dueño -domini (tal como suena el nombre)- sobre los criados o sobre las cosas de que se sirve a su arbitrio y para su utilidad. De donde resulta que derecho no se identifica con dominio sino que es algo superior y más extenso. (GOYTISOLO, 1997, p. 31).

²⁶ Entre los otros significados usuales de *ius*, señaló, ante todo, el de «<<facultate potestative, quod aliquid homo habet», sentido en el cual decimos que alguien «uti iure suo».(GOYTISOLO, 1997, p.40)

²⁷ Es decir, parece que el P. Molina considera que *ius* em el sentido de potestad o facultad es una consecuencia de la titularidade de una institución o figura jurídica, o sea del derecho, *ius*, en este significado de estatuto del que dimanan poderes o facultades que, analógicamente, también se denominan *ius*. Por lo tanto, la facultad deriva de la existencia del derecho y éste se tiene por razón de aquél (al contrario de lo entendido por los nominalistas, según los cuales es *ius*, en ese significado, en cuanto es facultas o potestas y, según algunos, si además es conforme a las leyes). De ahí, que emplear *ius* cómo equivalente a facultas sea una acepción incluida en las que califica de equívocas. (SCHOUPE, 1984, p.571).

abandonará a definição de direito de Tomás de Aquino, ou seja, ele não mais conceberá o direito como sendo a coisa justa. Nas palavras de Villey:

Incapaz de abarcar essa totalidade dinâmica com o olhar, ele cindi a noção de direito em duas acepções separadas: por um lado, o que seria o resultado tangível da arte jurídica, o benefício que dela resultaria para o indivíduo, a faculdade, o direito subjetivo; por outro, sob a outra vertente, o instrumento da arte jurídica, ou seja a lei. Tais são os únicos dois sentidos que, em definitivo, Suárez quer reconhecer para a palavra *ius* e que se tornarão as duas rubricas de nossos dicionários modernos para definir o direito. (VILLEY, 2009, p.405).

Assim, Suarez em seu célebre Tratado *De legibus ac Deo Legislatore* apresenta essas duas acepções do termo *ius*: direito subjetivo e lei.²⁸ Suarez faz uma compilação de todas as acepções até o momento apresentadas, todavia, tem, segundo Hervada, um traço original “[...] interpreta o justo ou objeto da justiça como o direito subjetivo” (HERVADA, 2008, p.126). Villey (2009) acrescenta que para Suarez o justo de Tomás de Aquino, foi substituído, ou passou a ser lido como o direito subjetivo.

Schouppe (1984) descreve sucintamente a escolástica espanhola e seus principais expoentes com intuito de demonstrar que eles fugiram do que é para esse autor o ponto principal do realismo jurídico clássico, qual seja, a concepção realista do direito e da justiça. Ao expor esses expoentes esse autor concluiu que eles tentaram conciliar os ensinamentos de Tomás de Aquino com o direito subjetivo introduzido por Ockham. Assim, pode-se concluir que a concepção realista não foi acolhida pela Escolástica Espanhola.

Restou claro que a fidelidade dos teólogos do século XVI a Tomás de Aquino, comumente admitida, é no que se refere, ao conceito de direito, pura aparência. (SCHOUPPE, 1984). Schouppe (1984) acrescenta que esse giro copernicano não se remonta somente à Suarez, mas, também a Vitória, Soto e Molina, como

²⁸ La catalogación del divulgador de la noción del derecho subjetivo respecto a la concepción realista no plantea grandes dificultades. En su célebre Tratado *De legibus ac Deo legislatore* trata el tema que nos ocupa con bastante claridad. Toma en consideración dos sentidos del *ius*: en cuanto ley y en cuanto facultad. Precisa, de manera que no cupiera ninguna duda cuál es la significación propia del *ius*: «*Et iuxta posteriorem et strictam iuris significationem solet proprie ius vocari facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suae, vel ad rem sibi debitam*». Después de haber citado la Escritura Santa pretende también encontrar apoyo en aquella definición de Ulpiano recogida en el Digesto, que hemos ya comentado. Interpreta el *ius suum* y el *ius iustum* como la facultad moral sobre una cosa. Esta concepción del *ius suum* elimina, pues, toda posibilidad de realismo jurídico (SCHOUPPE, 1984, p. 572)

demonstrado por Hervada (2008), Goytisolo (1997) e Villey (2009).

Segundo Schoupe (1984) nem no século XVII, nem no século XVIII, pode-se encontrar textos favoráveis à concepção realista. Todos os moralistas católicos que esse autor consultou consideram o direito como faculdade como a concepção principal do direito. Alguns ainda tentam conciliar o direito subjetivo com o direito como o justo, mas não evitam uma posição radicalmente subjetiva.

Após os escolásticos espanhóis, as várias acepções do direito se encontram reunidas pelos canonistas e a partir do século XIX, pelos civilistas, os quais são os herdeiros dos comentadores do *Corpus Iuris Civilis* e ainda, muito raramente, por filósofos do direito. (HERVADA, 2008).

Resumidamente Hervada afirma que os canonistas mais antigos especificam as várias acepções vistas até agora, quais sejam, o justo, a lei, o direito subjetivo, a ciência jurídica, o lugar, a sentença e o parentesco, com alguns aspectos diferenciais:

Para alguns o sentido próprio e primário de direito é o justo ou direito em sentido realista (a coisa justa) como é o caso de Pirhing e Reiffentuel. Para outros, por outro lado, esse sentido primário é a lei, conforme escreve Selvagio, que reduz as acepções às três principais: a coisa justa, a lei e a facultas legítima ou direito subjetivo. Schmalzgrueber também dá primazia à lei, embora com isso não se refira ao direito em si, mas ao fato de as leis serem o objeto principal do estudo do canonista; nesse mesmo sentido se pronunciaram outros canonistas, que mencionam de modo implícito a variedade de acepções, como o caso de Ferraris, embora outros deem primazia de estudo a ars ou ciência do direito, entendendo com isso o *libri legales*, pois partiram da idéia de que, como dissera Cujacio “ars est collectio praeceptorum” (HERVADA, 2008, p.127-228).

Desde o final do século XIX os canonistas se concentraram nas acepções principais do direito. Não há, entretanto, um tratamento unitário. Alguns apresentam acepções como a lei ou o direito como justo e a faculdade moral, sendo a primazia da acepção em que direito é lei. (HERVADA, 2008).

Schoupe (1984) concorda com Hervada (2008) e afirma que entre os canonistas do século XIX a tendência majoritária é que de alguma forma eles coloquem a lei ou norma como ponto mais relevante da sua teoria do direito. Há claro, aqueles que defendem a concepção do direito como direito subjetivo e outros que aceitam ambas a lei e o direito subjetivo.

Segundo Schoupe (1984) a preponderância da lei ou norma como sendo o direito em sentido estrito, é manifesta na obra de Ferreres, Hove e de Regatillo.

Hervada (2008) afirma que A. Van Hove merece menção, dado o seu rigor científico, que o manteve fiel ao realismo jurídico clássico. Para Hove o termo direito tem três acepções. A primeira, em sentido objetivo, é o seu, a coisa justa. Ele acrescenta que esse é o sentido próprio e primário do termo direito. Em consequência do direito objetivo, existe o direito subjetivo, que lhe é posterior, o qual ele denomina: a faculdade moral inviolável. E em terceiro lugar, existe o sentido normativo, a lei ou conjunto de leis que são chamados com frequência de direito. Ressalta, todavia, que nessa acepção a causa é tomada por efeito. A lei, muitas vezes, cria títulos de direito sendo assim a sua causa. O que não a torna o direito que é seu efeito.

Cabe ressaltar que desde Molina os autores omitiram um ponto importante o ponto em que Van Hove indica a natureza da relação existente entre as três acepções, ou sentidos do direito. Hervada afirma que Hove diz que os três sentidos do direito “[...] são significados análogos, com analogia de atribuição. O analogante é o direito objetivo, sendo os analogados o direito subjetivo e o direito normativo. (HERVADA, 2008, p.129). Schoupe (1984), todavia, lê Hove como um normativista, apesar de reconhecer a exposição de Hervada como correta.²⁹

Hervada passa analisar as acepções do direito apresentadas pelos tratadistas do direito natural. O direito natural será tratado extensivamente em tópico posterior,

²⁹ Schoupe (1984) expõe porque apesar de concordar com o exposto por Hervada (2008) ainda considera Van Hove um normativista “Hasta aquí no hemos encontrado elementos que permitan establecer que este canonista sea normativista; sigue los caminos trillados del tomismo. Sin embargo, la bifurcación, por así decir, aparece con el estudio de la noción de derecho objetivo. Menciona tres interpretaciones de este término. Primero, em su sentido más amplio, «complexitur totum ordinem ethicum seu moralem, seu est complexus omnium obligationem hominis erga Deum, erga seipsum et erga alterum, tam ex iure divino naturali et positivo quam humano» 294. Esta definición es demasiado amplia, ya que abarca no solamente lo debido en justicia sino también cualquier deber moral. Después contempla el sentido amplio del derecho objetivo; lo considera todavía moral y no jurídico. Sin embargo, esta acepción que curiosamente rechaza por no ser del ámbito jurídico, corresponde bastante a una expresión que utiliza el Aquinate para definir su concepción: «Sensu lato et in ordine morale -nos dice Van Hove- complexitur omnes obligationes iustitiae, quae sunt iuris divini, naturalis et positivi, et obligationes lege humana statutas» 295. Nuestro autor establece de manera expresa la coincidencia entre esa acepción y la concepción de la Suma 296. Sin embargo, se aparta de Santo Tomás en la medida en que niega el carácter jurídico a esa acepción del derecho objetivo. Se trataría de un derecho, objeto de la justicia, pero propio del orden moral y extraño al orden jurídico. ¿Cómo es posible tal visión? Esta posición no se puede explicar sino em razón de la concepción normativista que sostiene Van Hove. Partiendo de la idea de que el derecho es indisoluble de la norma jurídica, hasta el punto de confundirse con ella, acaba considerando que lo debido en justicia no puede en sí constituir el derecho sino en el orden moral; al no ser dictado por una norma jurídica carecería de relevancia en el orden jurídico (SCHOUPPE, 1984, 606).

nesse momento, todavia, se exporá apenas as acepções da palavra direito feita pelos antigos e pelos mais recentes tratadistas do direito natural, sem mais explicações.

Hervada (2008) afirma que embora todos os tratadistas do direito natural conheçam o direito subjetivo, são muitos os que dão prioridade à lei e assim seguem tratando fundamentalmente da lei natural.

Entre os antigos tratadistas, daqueles que tratam das diversas acepções do direito está Bensa que afirma que o direito é faculdade moral ou direito subjetivo e não outra coisa. Thomasio e Burlamaqui que afirmam que o termo direito compreende a lei e o direito subjetivo. Para outro grupo de autores, três são as acepções do direito: a lei, o justo, e o direito subjetivo. Hervada não cita os nomes dos autores que seguem essa linha. (HERVADA, 2008, p.130).

Dos autores de filosofia do direito e teoria geral do direito, os mais recentes, não se pode dizer que desconhecem o direito subjetivo. “Embora alguns como Kelsen o subsumam praticamente à norma.” (HERVADA, 2008, p.130). Ainda que um ou outro trate das acepções do direito essa pratica vai se tornado cada vez mais rara com o passar dos anos, assim, são quase exceções os que mencionam explicitamente as acepções desse termo.

E quando se referem a ele, o mais frequente é retingir-se à consideração dupla, como a lei e como direito subjetivo, postura que pode ser considerada como a mais geral. Quanto à relação entre as duas, costuma-se afirmar que o direito subjetivo é efeito da norma, embora no que se refere à prioridade de uma ou de outra noção não faltem os que classifiquem de “questão ociosa” ou de “escasso significado”, o que é no mínimo, uma falta de visão da transcendência do assunto. (HERVADA, 2008, p.130).

A exposição dos civilistas sobre as acepções do direito habitualmente se resume à lei e ao direito subjetivo. Muitos são os que omitem explicações sobre as acepções do direito, mas, os que a apresentam em geral seguem essa linha. Todavia, há os que apresentam três acepções, quais sejam: a lei, a faculdade moral ou direito subjetivo e a ciência. Quanto á relação entre os diferentes significados os civilistas costumam manter-se em silêncio. (HERVADA, 2008).

Segundo Schoupe (1984) teve-se que esperar por seis séculos até que no

século XX ressurgisse a doutrina aristotélico-tomista. Afirma ainda que essa não se encontra entre os moralistas nem entre os canonistas, mas em alguns juristas-filósofos que manifestaram interesse pelo direito como a coisa justa. Vários autores muito ligados à doutrina de Tomás de Aquino tendem a conciliar as várias acepções do direito, logo, não representando o realismo jurídico clássico.

Hervada (2008) finaliza afirmando que ao longo desse breve percurso histórico, pode-se perceber que sobre as várias acepções do termo direito, se entremeiam duas questões. A primeira meramente linguística, sobre os usos do termo direito, que tem apenas interesse erudito e uma segunda que é essencial para o trabalho ora desenvolvido, mais própria da filosofia do direito, uma questão substancial que é a definição de “[...] quais são os elementos do fenômeno jurídico - de que compõem a realidade que chamamos jurídica - e qual é a relação entre eles.” (HERVADA, 2008, p.132).

Todo esse desenvolvimento histórico culminou exatamente nesse ponto e serve para esclarecer a questão: Quais os fenômenos compõem a realidade chamada de jurídica? E qual a relação entre eles? A resposta a esses questionamentos é essencial para a definição do conceito de direito segundo a escola do Realismo Jurídico Clássico e ainda contribui para a compreensão do por que os autores realistas creem ser uma delas a melhor e mais adequada definição.

Tratar-se-á especificamente sobre quais os elementos do fenômeno jurídico foram chamados de direito, dentro da história, para se chegar ao direito em sentido próprio e primário segundo a concepção da escola realista clássica.

Das mudanças históricas e das diferentes acepções da palavra direito, como visto, três foram realmente declaradas, por diversos autores e em várias épocas, como sendo direito em sentido estrito, isto é, como sendo uma realidade jurídica: a coisa justa o direito subjetivo e a lei. São sem dúvida esses três elementos integrantes do fenômeno jurídico. “Das três foi dito que são direito e de cada uma delas foi escrito, por uma série de autores, que é o direito em sentido próprio e primário.” (HERVADA, 2008, p.132).

Fica assim o questionamento: qual das três realidades é o direito em sentido próprio e primário? Acrescenta-se ainda que se uma das acepções do termo direito é direito em sentido estrito, às outras são direito em sentido lato, são elementos da realidade jurídica que receberam o nome de direito por se relacionar com o direito

em sentido próprio e estrito.

Hervada (2008, p.132) ainda acrescenta que “Para situar a questão em seus devidos limites, vamos lembrar novamente o que tantas vezes dissemos: o modo de conceitualizar depende da perspectiva adotada.” Assim, esse autor revolve o leitor à questão tratada preliminarmente nesse trabalho que é a perspectiva da filosofia do direito. Já foi dito em capítulos anteriores que a perspectiva da filosofia do direito é a perspectiva jurídica, logo, é a perspectiva do jurista.

A partir dessa perspectiva, a palavra direito designa propriamente o objeto do ofício do jurista. “O direito é, justamente e não outra coisa, o objeto do saber e da ação de determinar e dizer que constituem o que é próprio do ofício de jurista; é aquilo que o jurista sabe determinar e declarar: *ius dicere*” (HERVADA, 2008, p.132).

O jurista é o jurisprudente e o jurisperito, sabedor e sentenciador do direito. “Vamos lembrar, ao mesmo tempo que, o objeto do ofício do jurista coincide com o objeto da justiça o que a justiça leva a dar: o *ius suum* ou *suum*, o seu de cada um [...]”,(HERVADA, 2008, p.132). Como demonstrado no capítulo anterior “[...], Vimos que os juristas romanos tinham a arte do direito como a ciência do justo, que é o próprio objeto da justiça; o justo é então, objeto do ofício de jurista, o que equivale a dizer que o justo e o direito – já repetimos - são a mesma coisa.” (HERVADA, 2008, p.132).

Diante desse breve desenvolvimento, chega-se novamente, mas agora com a perspectiva orientada para o ofício do jurista, a questão já posta: O que foi chamado de direito, ou melhor, o que é o direito? A lei, o direito subjetivo ou a coisa justa?

5.3. A lei, ou a norma é o direito em sentido próprio e estrito?

Define-se frequentemente o direito em sentido estrito como sendo a lei ou a norma, como demonstrado acima. Essa definição pode conter duas formas: a primeira é aquela em que é tomado por direito a norma ou lei a ser aplicada no caso concreto e a segunda, que é aquela que define direito como um conjunto de normas em vigor.

Os normativistas, e aqui se toma por normativismo a definição feita dele pelos expoentes do realismo jurídico clássico, definem o direito como sendo a lei, a norma

ou um conjunto de normas. Ressalta-se que embora, com precedentes em séculos anteriores, a corrente normativista é propriamente uma corrente que foi difundida a partir do século XIX. (Hervada, 2008).

O normativismo como uma escola, pôde se considerar consolidado com o advento da escola histórica e da escola francesa da exegese, de modo que sem dúvida e com distinção, a partir daí, é ela a corrente que prevaleceu. Nas palavras de Hervada (2008, p.133) “A filosofia do direito de Kant até nossos dias, foi fundamentalmente normativista, de modo que os seguidores do realismo jurídico clássico têm constituído uma minoria.”

Esse autor afirma ainda que a ciência jurídica moderna também seguiu, predominantemente, o normativismo, sem que os canonistas tenham constituído, uma exceção significativa. (2008, p.133) Nesse mesmo sentido, Schoupe (1984, 1991), Chorão (1986), Cunha (1994), Goytisoló (1997), entre outros.

Vallet de Goytisoló (1991) afirma que sob a perspectiva de Villey o direito só pode ser uma coisa:

Em suas últimas Questões (pp.117 e ss.) insiste Villey em sua perspectiva.

[...]

Também devemos descartar a proposição incorreta que em uma época de decadência, enunciou Isidoro, e a mesma que ao fim das contas triunfou. A ortodoxia contemporânea das Faculdades de Direito definem o direito como um conjunto de leis e regras de condutas. Os agostinianos na Idade Média viviam já esta confusão [penso que o direito canónico teria sua lógica para considerar que a lei divina, por si, era direito]. Todavia, a lei não é uma coisa. Tem seu lugar na razão. É um pensamento sobre uma coisa. (GOYTISOLO, 1991, p.228, tradução nossa).³⁰

Hervada (2008, p.133) coloca a seguinte questão: “O normativismo está apoiado em sólidas bases científicas? Em outras palavras, é correto afirmar que a lei seja direito em sentido próprio e primário ou essa postura é um produto de uma inadequada evolução da ciência jurídica?”

Esse autor inicia a resposta da questão posta acima afirmando que se a lei é

³⁰ En sus últimas Questions (pp.117 y ss.), insiste Villey en su perspectiva. [...]. También deberemos descartar la proposición incorrecta que, en una época de decadência, enunció Isidoro, y es la misma que, a fin de cuentas, há triunfado. La ortodoxia contemporánea de Las facultades de Derecho define el derecho como un conjunto de leyes o reglas de conduta. Los agostinianos en la Edad media vivían ya esta confusión [pienso que el derecho conónico tenía su lógica al considerar que la ley divina positiva era, de por sí, derecho]. Pero la ley no es una cosa. Tiene su lugar em la razón. Es un pensamiento sobre una cosa.

direito em sentido próprio ou estrito quer dizer que a arte do direito é a “*ars legum*” (HERVADA, 2008, p.129). Isso significa, essencialmente, que seria o direito a arte de fazer leis. Isso posto, se a filosofia do direito fosse política, se a ciência jurídica fosse ciência política e se o jurista e sua arte tivessem por finalidade o correto dinamismo da sociedade, e outras palavras, se a justiça consistisse no dinamismo e na ordem total da *pólis*, sem dúvida o direito seria um conceito político e sua acepção própria, primária e estrita seria a lei.

Hervada, entretanto, dá à lei a importância que lhe é devida, ainda que refute veementemente o fato de ser ela direito em sentido estrito:

É de fato, a lei que indica a conduta reta para o bem comum e o que orienta as condutas humanas para ele. Por isso a lei – o ordenamento legal – é um elemento vital da *pólis* e, por consequência, um fator de primeira ordem na filosofia e na teoria políticas. Daí livros clássicos de filosofia política recebam o nome de *De Legibus* ou *As Leis* e, de qualquer modo, que a filosofia da lei constitua o centro, ou pelo menos parte importante, dos tratados de filosofia política. Se o típico especificador do ofício do jurista fosse elaborar leis ou saber elaborar leis, o direito – objeto do ofício do jurista - seria a lei. (HERVADA, 2008, p.133).

Quem elabora as leis, todavia, quem tem esse ofício, são os políticos e não os juristas. Ainda que, uma parte dos políticos seja formada em direito, ou que se não o são, possuem vários assessores que o sejam, não se pode olvidar que não é esse o ofício do jurista. Certamente os juristas tem papel consultivo no procedimento de elaboração das leis, mas não decisivo. Os trâmites legislativos são próprios das comissões parlamentares e do parlamento, do poder legislativo escolhido por cada país. Fazer as leis, assim, é função de políticos e não de juristas.

Hervada (2006) coloca ainda uma questão relevante, não se pode perder de vista que enunciar o direito requer muitas vezes interpretar a lei, declarar o que a lei diz. Porém, essa não é a função final do jurista. A função finalista do jurista, a finalidade de sua arte não é interpretar a lei, mas dizer a o justo.

Diante dessa afirmação se coloca a questão: Se o jurista interpreta a lei, não seria a lei o sentido estrito do direito? A resposta a essa questão, segundo Hervada (2006, 2008, 1988) e Villey (1977, 2009) está na finalidade de cada ofício ou arte, uma vez que, as artes se especificam por sua finalidade, não por seu instrumental. “Pois bem, o jurista não realiza a interpretação da lei em função do bem político –

não se trata de conduzir os cidadãos para a obtenção de todos os fins da *pólis* – mas em função da justiça.” (HERVADA, 2008, p.134). Assim, a finalidade de sua arte se resume na função de dizer e determinar o justo. Interpretar a lei seria um meio para se dizer e determinar o justo.

A lei, entretanto, tem o seu papel bem definido para grande parte dos realistas clássicos, e sua função é ser a regra e medida do justo. Tratar-se à desse assunto especificamente em tópico posterior, todavia, cabe adiantar que a lei muitas vezes cria títulos de direito sendo em muitos casos a sua causa. Não pode, porém, ser confundida com o direito em sentido estrito. Villey, segundo Goytisoló (1991, p.228-229) corrobora essa afirmação de Hervada (2008) dizendo que o direito pode ter a sua fonte em uma lei: a lei eterna. Razão de Deus governando o mundo. O direito positivo tem a sua fonte na lei humana positiva. Porém, deve-se evitar confundir a causa com o efeito.

Hervada afirma ainda que:

Fazer da lei o direito traz consigo uma inversão no ofício do jurista. O objeto do ofício do jurista se transforma na aplicação da lei. A ordem jurídica, em vez de ser a ordem da justiça, é vista como a ordem das condutas de acordo com a lei; isso supõe restringir-se à justiça legal – desaparecendo da perspectiva da ordem jurídica o justo distributivo e o justo comutativo, o que não é razoável – confundir a ordem jurídica (cumprimento da justiça) com a ordem política (organização da sociedade mediante leis). Igualmente se o ofício do jurista se limita à aplicação da lei, entende-se como uma função política: garantir o desenvolvimento da vida social de acordo com as leis. (HERVADA, 2008, p.134).

Hervada (2008) coloca aqui uma questão interessante e já debatida anteriormente, todavia, toma novas luzes depois de toda esta exposição sobre o que é o direito em seu sentido estrito e principalmente após a análise da passagem acima citada.

Quando Hervada (2008) explica que dizer que o direito é lei faz com que o ofício do jurista se transmute. Ele o faz sobre duas perspectivas: Inicialmente ele coloca a questão mais básica e tratada pelos outros realistas que é a diferença entre o ofício do jurista e do político. O jurista tem como ofício dizer o justo e o político tem como ofício fazer leis. Todavia, esse autor, acrescenta um elemento novo, qual seja, que tomar o direito como a lei também levaria o ofício do jurista a se restringir a aplicar a lei.

Quando Hervada (2008) e todos os demais realistas, citados no presente trabalho, afirmam que o direito tem que ser analisado na perspectiva do jurista, poucos deixam clara essa relação entre dizer o justo, o direito, e interpretar a lei. Não se pode olvidar que o jurista também aplica a lei, mas o faz não com a finalidade própria dos políticos que é garantir o desenvolvimento da vida social de acordo com as leis, mas, de acordo com a justiça.

A finalidade do jurista é dar a cada um o seu. Se assim, não o fosse, se a finalidade da arte do jurista fosse interpretar leis ele estaria adstrito a elas. A escola da exegese tinha como objetivo justamente impelir o jurista a aplicar a lei, cria-se nessa época que se poderia aplicar a lei sem interpretá-la. Kelsen (2003) e Hart (2009) muitos outros positivistas do último século demonstraram que já não criam nessa possibilidade. Assim, nem os próprios normativistas defendem mais, essa posição radical.

Todo esse desenvolvimento flui necessariamente para a conclusão a que chegou Hervada e muitos dos realistas clássicos, tais como Schouppe (1984) e Villey (1977, 2009), qual seja, que “No fundo o conceito de direito do normativismo não é um conceito de direito, porque está elaborado pela perspectiva política, e não pela perspectiva jurídica, que é a perspectiva do jurista.” (HERVADA, 2008, p.134).

A questão primordial aqui posta é a perspectiva. Os normativistas para Villey (2009) não levaram em consideração a perspectiva do jurista e a finalidade de sua arte. Ao perder de vista essas duas questões conceituaram erroneamente o direito e a justiça.

5.4. O direito subjetivo é o direito em sentido próprio e primário?

A segunda tese a ser trabalhada é a tese da primazia do direito subjetivo e sua consideração como o direito em sentido próprio e primário e estrito. “O direito subjetivo é uma faculdade de fazer, omitir ou exigir algo. Sobretudo diz-se é uma faculdade de exigir.” (HERVADA, 2006, p.44).

Hervada (2006) acrescenta que para muitos juristas, o direito não seria a coisa justa, uma vez que essa seria o objeto do direito, mas a faculdade sobre essa coisa ou em relação a ela.

Essa tese traz em si a mudança do foco do conceito do direito, uma vez que leva necessariamente a constituir o sujeito, o titular do direito subjetivo, como protagonista da ordem jurídica. O foco não está na coisa justa ou na lei, mas no sujeito.

Alguns autores, em especial, os representantes da escolástica espanhola, afirmam ser o direito o direito subjetivo, assim como dito por Hervada (2008), Villey (2009), Vigo (1992), Goytisolo (1991,1997), entre outros. Nessa perspectiva a ordem jurídica ou harmonia social justa consistiria fundamentalmente no livre e correto exercício dos direitos subjetivos, por isso o objeto de estudo do jurista seria o sistema de direito subjetivos.

Tal postura introduz uma inversão de termos, quase imperceptível, mas real. O justo seria o exercício do direito subjetivo, o que traria como consequência o respeito a esse direito. “Por isso, são muitos os autores que veem a justiça e o justo no livre exercício dos direitos subjetivos. Mas isso é uma confusão.” (HERVADA, 2008, p.134).

Se o direito subjetivo é uma faculdade moral ou potestade da pessoa, seu exercício é um ato de domínio, não um ato justo, o qual, de qualquer modo, consiste em dar a cada um seu direito, a justiça, o justo, não consiste em exercer direitos subjetivos, mas em respeitá-los. O sistema de direitos subjetivos é um sistema de faculdades ou sistema de domínio, não o sistema da justiça ou sistema jurídico, o qual de qualquer modo, se refere ao respeito dos direitos subjetivos. “Em outras palavras, não é justo porque os direitos são exercidos – por isso se é dono -, mas porque os deveres são cumpridos.” (HERVADA, 2008, p.135).

Hervada (2006) apresenta um exemplo esclarecedor, qual seja, o direito de propriedade sobre uma casa seria um conjunto de faculdades: de exigir a devolução da casa, se essa for ilegalmente extraída da posse do sujeito titular do direito subjetivo sobre ela; o direito de vendê-la; de derrubá-la; de habitá-la; entre outras. Acrescenta, ainda que “Indubitavelmente esses direitos existem, mas, do ponto de vista do direito, não formam uma categoria própria [...] não são uma nova forma de direito e muito menos substituem a coisa justa como direito.” (HERVADA, 2006, p.44). São direitos porque essas faculdades são coisas justas ou porque derivam da coisa justa.

Há aqui uma questão relevante. O direito subjetivo, ou seja, o direito como

poder ou faculdade é direito, desde que tomado como uma derivação do direito principal que é a coisa justa. Isso pode ocorrer de duas formas, primeiro quando a coisa justa devida é uma faculdade ou um poder (ex. uma obrigação de fazer ou não fazer), segundo quando da coisa justa derivam poderes e faculdades, ou seja, se um sujeito é titular de uma propriedade, a coisa justa, o direito em sentido estrito é a propriedade, mas obviamente, desse direito derivam faculdades, tais como usar, gozar, fruir, dispor, o *ius persecuendi* ou direito de seqüela, entre outros. Em nenhum dos casos o direito se transmuta em faculdade, ou poder, ele continua sendo a coisa justa.

Outra questão apontada por Hervada (2008) é que se o direito em sentido estrito fosse o direito subjetivo, o justo consistiria em duas coisas: a primeira em respeitar o direito e a segunda no cumprimento dos deveres correlatos ao direito. Essa proposição, leva à conclusão de que a justiça começaria a ter operatividade, somente a partir da iniciativa do titular do direito, ao exercê-lo. A partir do momento que o titular exigisse o correspondente direito.

Todavia, não é assim que se dá, como demonstra Hervada (2008), com um simples exemplo. Cumprido o prazo de devolução de um empréstimo, existe o dever jurídico, de justiça, de pagar, sem esperar reclamação por parte daquele que emprestou o dinheiro (credor). Se a tese descrita acima vigorasse, o titular do direito, ou seja, o credor do empréstimo teria que exigí-lo para que ele fosse devido. O que não ocorre de fato. O valor é devido mesmo que o credor não o exija.

Esse exemplo evidencia que há primazia da dívida sobre a exigibilidade. O titular do direito pode exigir ou reclamar a coisa constituída em direito, pode reclamar ou exigir a ação justa, por isso o direito é ao mesmo tempo, devido e exigível. Porém é exigível porque é devido e não o contrário como os adeptos dessa tese fazem parecer. “O direito é antes de mais nada devido, de modo que o devedor deve realizar a ação justa no momento oportuno, sem necessidade de exigência ou reclamação.” (HERVADA, 2008, p.136).

A exigência ou reclamação é faculdade do credor quando o dever não é cumprido, quando o devedor não paga a sua dívida no momento oportuno. Logo, o devedor está constrangido a pagar por um dever ou uma dívida em sentido estrito, cuja origem é atribuição da coisa a seu titular.

Conclui-se, assim, que o direito não é a lei, dado que o ofício do jurista não é

a arte de fazer leis e nem tem a sua arte à finalidade de ordenar a *pólis*, segundo um bem comum. Não é também direito em sentido estrito o direito subjetivo, dado que a faculdade só pode ser direito quando derivado da coisa justa, como explicitado acima, assim, resta explicar porque o direito em sentido primário e estrito é a coisa justa, o seu.

5.5. O seu, a coisa justa é o direito em sentido primário e estrito?

A resposta à questão colocada nesse título, já foi respondidas em vários pontos desse trabalho, mas até o momento ainda não foram apresentados de forma detalhada os argumentos que a corroboram.

Segundo Hervada (1988, 2006, 2008), Villey (1977,2009), Schoupe (1984, 1991), Goytisoló (1991, 1997,1999) e todos os outros realistas citados nesse trabalho a adequada identificação do direito em sentido próprio e estrito é mérito da tradição clássica, cujo precedente filosófico é Aristóteles. Reitera-se, uma vez mais que não há controvérsia sobre as fontes que inspiram o realismo jurídico clássico, como se pode perceber durante o desenvolvimento desse trabalho. Há claro, divergências sobre a interpretação dessas fontes, Aristóteles, os romanos e Tomás de Aquino, todavia, para se denominar realista o autor tem necessariamente que se remeter a elas. Logo, conceber o direito como: a coisa justa, também chamado o justo, o seu, o que pertence e cabe ao titular.

O conceito de direito para os realistas clássicos é o seu, a coisa justa em seu sentido estrito e primário, como demonstrado em todo trabalho. Todavia, alguns autores realistas clássicos apesar de concordarem com o direito como o seu, a coisa justa, focam em partes diferentes dessa concepção.

Alguns autores creem ser a relação e não a coisa o ponto principal dessa definição do direito, outros como Massini (1983), dão mais relevância à conduta ou ação. Nas palavras de Vigo:

A mesma “coisa justa” (*ipsa res iusta*) que Santo Tomás considera direito em sentido próprio e principal em sua c. 57 de II-II da Suma Teológica, tem sido entendida de diversas formas. Uma lista numerosa de autores (Lachance, Bender, Finace, Gredt, Delos) precisam que o direito é relação entre as pessoas. Outros (Kalinowski, Graneris, Oligati, Soaje Ramos,

Massine, etc), categorizam o direito como conduta ou ação humana. (VIGO, 1992, p.288, tradução nossa).³¹

Para Renato Cabanillas, o direito é a coisa justa, porém pode ser também atos humanos.

Sem dúvida, a leitura dos textos aquinatenses nos apresenta outra realidade: a de considerar o direito como uma coisa, tanto quanto uma ação. Essa postura parece mais convincente, não só porque se encontra refletiva em um maior número de casos, senão porque ademais tem um clima conciliador, integrador de realidades que de modo algum são antitéticas, uma vez que formam parte inseparável de uma mesma e completa realidade: a realidade do direito. (RABI-BALDI, 1991, p. 101, tradução nossa).³²

Autores como Vigo (1992) e Rabi-Baldi Cabanillas (1991), afirmam que da obra de Villey pode-se inferir que o direito como coisa justa é também direito como relação. Segundo a opinião de seus colegas realistas, o autor francês focaria principalmente na relação entre o sujeito e a coisa (uma relação de *suidade*), do que na coisa em si.

Com intuito de revolver qualquer dúvida que surja sobre o conceito estrito do direito, diante do afirmado por Vigo (1992), Rabi-Baldi (1990), Massini (2005), entre outros, far-se-á uma breve exposição do que é a coisa justa para Hervada. Essa exposição, ainda que sintética, será suficiente para se perceber a função integradora da concepção do direito hervadiana, no sentido de que ela absorve as opiniões divergentes sem negligenciar o direito como o seu, a coisa justa. O próprio Rabi-Baldi (1991) corrobora com essa afirmação e diz que Hervada é quem melhor interpretou Tomás de Aquino retirando de sua obra a melhor definição do direito. Uma definição que segundo ele é ampla, completa e integradora.

³¹ La "misma cosa justa" (ipsa res iusta) a la que Santo Tomás considera propia y principalmente como derecho en la c. 57 de la II-II de la Suma Teológica, se ha entendido de diversas maneras. Una lista numerosa de autores (Lachance, Bender, Finance, Gredt, Delos, etc.) precisan que el derecho es "relación" entre dos o mas personas. Otros (Kalinowski, Graneris, Olgjati, Soaje Ramos, Massini, etc), categorizan el derecho como conducta o acción humana.

³² Sin embargo, la lectura de los textos aquinatenses nos presenta otra realidad: la de considerar al derecho tanto como una «cosa», cuanto como una «acción» Esta postura parece más convincente, no sólo porque se encuentra reflejada en un mayor número de supuestos, sino porque además tiene un talante conciliador, integrador de realidades que en modo alguno son antitéticas sino que forman parte inseparable de una misma y compleja realidad: la realidad del derecho.

Este pensamento tem sido posto manifestadamente por Hervada com estas certas palavras: o seu é a coisa... que tipo de coisa? Aqui os termos são amplos. Podem significar bens ou males (ex. uma pena por causa de um delito), pode se tratar de coisas corpóreas e incorpóreas (ex. a boa fama, ou um cargo), pode ser uma pessoa (ex. um filho), uma atividade humana (trabalho, gestão, etc.) pode ser um animal ou conjunto de animais ou pode ser uma coisa em sentido estrito. Os termos englobam tudo aquilo sobre o que o homem pode dizer meu, teu, seu, sempre que possa ser objeto ou conteúdo de relações inter-humanas (...) e portanto delas se pode se extrair o direito. Em nossa opinião, o pensamento de Hervada se inscreve dentro do melhor espírito aquinatense uma vez que a noção de direito em Tomás de Aquino tem o mérito de ser resultado de uma aproximação polifacética – e portanto enriquecedora da realidade jurídica. (RABI-BALDI CABANILLAS, 1991, p. 101, tradução nossa).³³

Hervada (2008), assim, explica que a ação justa consiste em *dar a cada um o seu*, o seu direito, o direito, assim, é o objeto da justiça, ou seja, o objeto da ação justa. Desta forma é o objeto da arte do jurista, o qual a determina e declara. Porém, como a ação justa consiste em dar (no múltiplo sentido do verbo) o que se dá são coisas, tais como um valor em dinheiro, um imóvel, um carro, um animal, a conduta prescrita pela lei à sociedade (o cumprimento da lei é direito da sociedade, é a coisa devida à sociedade pelo cidadão). O direito assim é uma coisa, que pode ser corpórea ou incorpórea, inerte, ou móvel.

Naturalmente o direito não é a coisa em si, mas a coisa enquanto relacionada com os sujeitos na situação de atribuição e dívida: a coisa está atribuída a um titular e é devida por quem interfere na situação pacífica de posse, uso e gozo. O direito é, então, a coisa em relação social, a coisa relacionada com duas ou mais pessoas como atribuída-devida.

A visão de Hervada, acima esboçada, crê-se abarca as visões daqueles realistas que incluem os atos humanos e as relações, sejam somente entre os homens seja também as que incluem as relações entre os homens e as coisas, como sendo parte da definição do direito. Quando esse autor afirma que a ação justa consiste em dar a cada um o seu direito, ele estabelece a necessidade de uma

³³ Este pensamiento ha sido puesto de manifiesto por Hervada con estas ciertas palabras: «Lo suyo es la cosa ... ¿que tipo de cosa? Aquí los términos vuelven a ser amplios. Pueden significar bienes o males (v.gr. una pena por causa de un delito), puede tratarse de cosas corporales o incorporales (v. gr. la buena fama o un cargo), puede ser una persona (v. gr. el hijo), una actividad humana (trabajo, gestión, etc.), puede ser un animal o conjunto de animales o puede ser una cosa en sentido estricto. Los términos engloban todo aquello sobre lo que el hombre puede decir meo, tuyo, suyo, siempre que pueda ser objeto o contenido de relaciones inter-humanas (...) y por tanto de ellas se pueda predicar el derecho». A nuestro juicio, el razonamiento de Hervada se inscribe dentro del mejor espíritu aquinatense ya que la noción de derecho en Tomás de Aquino tiene el mérito de ser el resultado de una aproximación polifacética -y por tanto enriquecedora- a la realidad jurídica.

ação, de um ato humano, qual seja dar, restituir, etc, ao outro o seu direito.

Hervada (2008) afirma ainda que o direito é a coisa em relação social, a coisa relacionada com duas ou mais pessoas. Aqui se percebe tanto as relações entre pessoas como as relações entre essas e as coisas. Hervada trás em sua obra as três relações necessárias para existência do direito, a relação de *suidade*, entre o homem e a coisa, a relação de devida entre a coisa e seu titular e a relação entre os sujeitos, que ele chama de relação de justiça ou relação jurídica. O desenvolvimento dessas relações depende da exposição de outros temas tais como *o direito como devida* e *o direito como objeto da justiça*, assim, não cabe seu desenvolvimento nesse tópico.

Sabe-se que o que foi apresentado acima foi uma simplificação da definição dos autores que incluem outros elementos no direito além da coisa justa. Há muito que pode ser discutido e mais ainda que pode ser contestado sobre a explicação apresentada no presente trabalho. Todavia, crê-se que do direito como a coisa justa, do seu, segundo a explanação de Hervada, pode-se inferir os elementos apresentados pelos autores realistas citados sem que haja nenhum prejuízo a essa definição, uma vez que diante do desenvolvimento do conceito de direito não se pode prescindir da relação com o outro, nem da relação com o objeto e muito menos da ação de dar. Isso ficará realmente claro ao fim desse capítulo, com a explanação completa do direito, segundo Hervada. Momento em que se poderá concluir definitivamente que o direito em sentido primário e estrito, segundo os realistas clássicos, é o seu, a coisa justa.

Voltando à questão principal desse tópico que é o direito como sendo o seu, a coisa justa, em oposição ao direito como sendo a faculdade e a norma, ou conjunto de normas. Schoupe (1984) assevera que segundo a ótica do realismo jurídico, o essencial do direito poder ser distinguido facilmente de suas acepções derivadas, ou correlatas. Rigorosamente, o direito não pode ser considerado uma faculdade, nem um conjunto de normas, nem como uma certa ordem social justa ou um ideal de justiça. Essa noção de direito, tão rica de significados pode ser adequadamente concebida com a coisa justa devida a outro segundo uma certa relação de igualdade.

Segundo Escrivá (2009) observando o ofício do jurista a razão está do lado dos clássicos do realismo jurídico. O direito é o justo, a coisa justa. As demais

realidades, como a norma e a faculdade são verdadeiramente jurídicas por seu nexo com o direito e formam a estrutura jurídica da realidade social. Todavia recebem o nome de direito por analogia, linguística, conceitualmente não são direito.

5.6. A definição de direito

Ao questionamento: o direito é o seu a coisa justa, mas, o que significa isso? Hervada diz que se deve responder da seguinte forma: “[...] direito é aquela coisa que, estando atribuída a um sujeito, que é seu titular, é devida a esse, em virtude de uma dívida em sentido estrito.” (HERVADA, 2008, p.136).

Abaixo, descrever-se-á as diversas facetas que estão presentes nessa definição do direito.

5.6.1. A res, a coisa para o direito

A definição realista do direito tem seu ponto de partida necessariamente em uma coisa. O direito é antes de tudo uma *res*. Não se trata, todavia, de qualquer coisa, mas especificamente, da coisa justa. Sem dúvida a percepção do direito como uma coisa concreta é indispensável para apreender a verdadeira significação de seu nome.

Schouppe (1984) afirma que utiliza a palavra coisa em seu significado mais corrente, o mesmo que emprega Tomás de Aquino quando se serve deste termo em seu tratado sobre a justiça. *Res* é um universal intercambiável com *ente*. Inicialmente, qualquer ente pode ser devido por justiça, a outro, e constituir, assim, um direito, desde que se trate de um salário, um poder, ou uma propriedade, etc., ou seja, uma coisa suficientemente concreta e real para constituir um objeto devido por justiça, o seu de alguém, o justo.

Em vários pontos de seus textos Hervada (2008) e Villey (2009) desvelam que o direito é uma coisa concreta e real, podendo ser corpórea ou incorpórea, assim como afirmado por Schouppe (1984) no texto acima.

As coisas não podem pertencer ao mundo jurídico se elas forem entendidas

somente como uma realidade mental. Participar do mundo jurídico implica em uma relação entre o credor e o devedor. (SCHOUPPE, 1984).

Hervada afirma que a ação justa é própria das relações inter-humanas, transita no âmbito das relações sociais intersubjetivas. Essa característica se manifesta em um traço das coisas que são direito: “esse traço é a ‘exterioridade’” (HERVADA, 2008, p. 154). Assevera ainda que a coisa exterior não se confunde com coisa sensível, pois a exterioridade não implica que a coisa seja perceptível aos sentidos. Essa qualidade pode ser reduzida a uma possibilidade de captação e interferência da coisa por outras pessoas ainda que seja de forma indireta ou mediata.

Corroborando com Hervada, Schoupe (1984) e Villey (1977) afirmam que as operações que pertencem ao campo do direito são aquelas que tratam de coisas exteriores. Toda operação interna e algumas operações externas que não repercutem nos bens dos outros, ou seja, não geram interferência no direito alheio, incumbem à moral, não ao direito. Assim, são susceptíveis de constituir um direito, aqueles entes que possuem a condição de *res exteriores* e que são passíveis de interferência.

Essa exterioridade, a que se referem Hervada, Schoupe e Villey, significa que a coisa deve constituir algo que não se situa exclusivamente na interioridade do sujeito. A coisa deve estar fora do sujeito. Essa exterioridade se dá sempre que a coisa pode ser objeto de relação entre duas ou mais pessoas. A justiça requer tais relações humanas, é lógico que o direito, seu objeto, possua igualmente essa propriedade necessária.

Nesse sentido, Hervada (2008) afirma que a coisa constitui direito quando é devida, o que supõe que tenha que ser possível uma interferência. Para que isso ocorra é necessário que a coisa entre no âmbito de comunicação e relação das pessoas, pois do contrário não poderia sofrer interferência. “Portanto, isso é precisamente o que significa a índole de coisa externa, a ‘externidade’: dimensão de comunicação e relação humana social” (HERVADA, 2008, p. 155). Afirma ainda que “O direito nasce em uma relação de justiça como algo devido a seu titular. O direito nasce e se desenvolve em uma relação social, como algo que é preciso dar e, portanto, como algo comunicável” (HERVADA, 2008, p. 155).

Conclui-se, logo que se deve entender por direito a tudo que seja

comunicável, que possa passar de uma pessoa à outra. Assim, o essencial é que seja uma *res exterior* atribuída a alguém como o seu.

5.6.2. O direito como objeto da justiça

O fato do direito ser objeto da justiça é questão unânime dentro das obras dos realistas citados no presente trabalho. A relação entre direito e justiça é, como se depreende de todo o texto e segundo continuará a se perceber ao longo dele, uma das questões mais importantes e definidoras da concepção da escola realista clássica do direito.

A justiça é a ação justa, dar a cada um o seu direito, a coisa que se dá, isto é, o objeto do ato próprio da justiça: o direito é o objeto da ação justa. Dito em outras palavras, o direito é a coisa que o homem justo devolve, restitui entrega, respeita, etc. E como o direito é objeto da ação justa, diz-se também que é objeto da justiça. (HERVADA, 2008).

O direito é aquilo que em relação à justiça como virtude tem razão de objeto. Hervada deixa essa afirmação mais clara dizendo que:

As virtudes são disposições das potências do homem, pelas quais esse tende a agir com retidão de modo habitual e com facilidade. São, portanto, disposições das potencias humanas. E as potências humanas produzem atos que a razão regula, imprimindo a ordem racional ou retidão, a ordem correta que cabe por natureza (a retidão natural) ou por lei humana (a retidão legal). Se as virtudes são disposições das potencias e essas produzem atos ou condutas que são seu objeto, esses atos ou condutas constituem o objeto primeiro das virtudes. (HERVADA, 2008, p. 137).

Os atos de virtude, acima citados por Hervada, podem recair sobre uma coisa, uma matéria. Por exemplo, o ato de comprar, quando se compra, compra-se alguma coisa. Comprar é o objeto imediato do ato, enquanto que a coisa comprada é objeto mediato.

De acordo com o dito, o objeto imediato da justiça é a ação justa. E, como essa tem por objeto uma coisa, o que se dá, o seu, o direito, a coisa dada é o objeto mediato ou segundo da justiça. Nesse sentido pode-se dizer que o direito é objeto da justiça.

5.6.3. O direito como o devido

O direito para Schouppé (1984, 1991), assim como para Hervada (2008) é inseparável da noção de dívida. Uma coisa justa, como objeto da justiça que é pressupõe uma repartição das coisas que, por conseguinte, leva a uma atribuição de coisas a pessoas determinadas o que resulta que essa coisa, por ser sua, direito de alguém, lhe é devida.

O direito é uma coisa, porém, a coisa, que pode ser uma propriedade, uma servidão, uma herança, não interessa ao jurista por si mesma, mas em relação ao seu ofício, o que equivale a dizer em relação à ação justa. Assim, a coisa interessa ao jurista como aquilo sobre o que deve pronunciar, enquanto se trata de delimitá-la e de determinar o que o homem justo deve fazer, ou seja, dar a coisa a seu titular, quando e como, etc., para cumprir a justiça. “Isso significa que a coisa ou realidade de que trata está repartida, atribuída a um titular, e se encontra em estado de interferência atual.” (HERVADA, 2008, p.139). É justamente essa interferência que a torna devida. Se o direito estivesse em posse de seu titular não haveria devido, logo, o jurista não poderia dá-la a seu titular.

Hervada (2006) exemplifica essa questão ao apresentar a fábula de Robinson Crusóé. Enquanto ele estava na ilha sozinho, tinha uma série de coisas suas, mas nessa situação o direito não tinha razão de ser. Chamar essas coisas de seu direito era perfeitamente inútil. O direito só tem sentido no momento em que aparece Sexta Feira, uma vez que é somente a partir do momento que há relações entre pessoas que as coisas aparecem como devidas.

Assim, a justiça não está na perspectiva do titular do direito diante das coisas que estão a ele atribuídas, mas na perspectiva dos outros perante essas coisas. E perante os outros o que aparece é a dívida de respeito de restituição e de compensação.

A perspectiva do jurista é a perspectiva da ação justa, do homem justo, assim dessa perspectiva a coisa aparece como devida, como uma dívida, aquilo que deve ser dado. Certamente é a coisa devida ao titular porque é sua, sem dúvida o que fundamenta o dever é a titularidade da coisa, uma vez que é sua a coisas porque é

devida a você. “O direito é o que, por estar atribuído, é o devido” (HERVADA, 2008, p.139).

Hervada (2006, p.50) conclui afirmando que “Precisamente porque o direito se origina da perspectiva da justiça e, em consequência, da perspectiva dos outros, o direito é antes devido do que exigível”. E uma consequência disso é que sem dívida não há exigência. Assim, para ser justo não é preciso esperar que o outro exija o que é seu. A justiça não espera a exigência, dá as coisas quando deve dá-las, sem esperar que o titular do direito tenha que exercer a sua faculdade de exigir.

5.6.4. Direito como relação

O direito é, pois a coisa justa, como já foi dito. Trata-se, então de uma coisa corpórea ou incorpórea. Porém, a coisa em si não é direito. Ela é um apartamento, um carro, uma servidão. Não há nenhuma coisa que por nome de substância seja chamada de direito. Entretanto, todas as coisas, podem ser direito. “Direito não é nome de substância; por isso, todas as coisas que são direito têm seu próprio nome de substância.” (HERVADA, 2008, p. 158).

A coisa que é chamada de direito é a coisa justa, a coisa devida e é justamente sua relação com a justiça e seu caráter de dívida o que em última instância constitui a coisa como direito. Assim, o direito é a coisa devida em uma relação de justiça. “Se o constitutivo do direito é a marca de devida por causa da repartição ou atribuição, a marca essencial e característica de direito é uma relação.” (HERVADA, 2008, p. 159).

A atribuição gera por certo uma relação, segundo Hervada gera a relação que ele denomina de *suidade* entre a coisa e seu titular. A natureza de devida também gera uma relação entre a coisa e o credor, todavia, essa relação depende da existência da alteridade. Conclui, assim, esse autor (HERVADA, 2008, p. 159) que a natureza do direito é a de uma relação: “O direito é uma coisa, mas o que constitui a coisa como direito é uma relação, a relação de devida, supondo-se a relação de atribuição”. Assim, a juridicidade ou natureza do direito não é uma substância, mas uma relação.

Ato contínuo, Hervada (2008) diz que segundo a sua explicação acima,

existem duas relações. A primeira é a de *suidade* que ocorre entre a coisa e o titular e a segunda é a relação de devida entre a coisa e credor. É exatamente pela segunda relação, a de devida, que a coisa é formalmente direito, porque o direito só pode existir em uma relação de alteridade, quando há dois sujeitos ou mais.

A relação de *suidade* pode existir ainda que não exista o outro, ou seja, um homem perdido em uma ilha pode ter com as coisas ao seu redor uma relação de *suidade*, todavia, não se constitui em direito.

Existe ainda uma terceira relação que fica evidenciada a partir da segunda, que é a relação de justiça ou relação jurídica que ocorre entre dois ou mais sujeitos, cujo fundamento é o direito ou a coisa justa. Assim, da relação de devida da coisa, se extrai a relação entre dois ou mais sujeitos, uma vez que para que seja a coisa devida ela necessidade deve estar dentro de uma relação de alteridade.

Logo, para que o direito exista é necessário uma relação de *suidade* que é o fundamento do direito e a relação de dívida que é o constitutivo formal do direito. A terceira relação, entre duas ou mais pessoas, não fundamenta e nem constitui o direito, mas tem como fundamento o direito.

Assim, a definição de direito de Hervada pode abarcar a definição de direito de autores que consideram que seja o direito uma coisa justa, além de ser também uma relação. Abarca até mesmo a interpretação que Vigo, Chorão e Rabi- Baldi fazem de Villey, quando afirmam que em sua obra encontra-se em alguns momentos a definição de direito como sendo a coisa justa e em outros momentos como sendo uma relação.

Crê-se que da análise da obra desse autor feita para a confecção do presente trabalho se depreende que o direito para Villey é a coisa justa, assim como afirmado por Schouppé, e que a relevância que esse autor dá à relação está contida dentro da explicação ofertada por Hervada da relação como constitutiva do direito e como seu fundamento. Goytisoló (1991) corrobora com a conclusão a que se chegou nesse trabalho. Afirma claramente em seu artigo *Definición e interpretación del derecho segun Michel Villey*, que o autor francês defende categoricamente que o direito é a coisa justa. Não uma substância, como um relógio, ou uma pessoa, ou dinheiro, mas outra espécie de res. Uma coisa justa que envolve uma relação entre substâncias, que estão distribuídas por seus proprietários.

A relação advém do direito como sendo uma coisa justa, uma coisa devida.

Assim, não há nenhuma antítese em se afirmar que é o direito a coisa justa e também a relação, dado que uma das relações fundamenta o direito que é a de *suidade* e a outra relação constitui a coisa como direito que é a de *devida*. E ainda se extrai a relação entre dois ou mais indivíduos que é necessária para que a coisa seja *devida*, como bem demonstrou Hervada.

5.6.5. O título

A arte do direito tem por objetivo dizer o direito (*iuris dictio*), determinar os direitos das pessoas e sua extensão. Em outras palavras, tem por objeto determinar o título e a medida do direito. (HERVADA, 2006).

Schoupe (1984), Villey (1977), entre outros realistas concordam que o título é aquilo em que o direito tem origem, ou dito de outra maneira, é o que causa a atribuição da coisa a um determinado sujeito. Aquilo em virtude do qual uma coisa está atribuída alguém. Segundo Hervada:

A primeira coisa que se deve observar para saber se algo é direito é o título. E, como o direito e o *justo* são a mesma coisa – conforme vimos repetidamente –, para saber quando algo é justo, deve-se chegar ao título. Se não houver título, por mais que se diga “isso é justo”, não é verdade; o termo “o justo” está sendo utilizado em sentido inadequado. (HERVADA, 2006, p.52).

Hervada (2006) demonstra que se chega ao título e sua imprescindibilidade partindo-se da coisa justa. Como se segue.

Visto que a ação justa consiste em dar a cada um o seu, seu direito, torna-se óbvio que o direito é a coisa sua do credor, enquanto é *devida* a ele. O seu e seu direito são a mesma coisa. Embora o direito seja o *devido*, essa índole de *devido* é algo que se declara sobre o seu. É próprio do credor o que se constitui em direito enquanto é *devido*, pois para que algo seja *devido* é preciso que tenha um titular, que seja seu desse. Em outras palavras, o direito é a coisa sua do credor. (HERVADA, 2008)

Seria um erro inverter os termos e dizer que o direito é aquilo do qual é titular o devedor na qualidade de dívida. O direito tem por titular o credor, é o seu

considerado como devido a ele. O direito tem um titular que é o credor, o devedor também é titular, mas não do direito, e sim do dever correspondente. (HERVADA, 2008).

Acrescenta ainda Hervada (2008), embora, o direito seja tal enquanto devido, apresenta-se como algo próprio do credor ou titular. Diante disso, a primeira coisa que o jurista deve fazer para dizer o direito é determinar o titular ou credor, o que o leva a averiguar em virtude de qual título a coisa pertence e está atribuída ao credor ou titular.

A definição de título pode ser dada como aquilo em cuja virtude o direito pertence ou está atribuído a seu titular. Em outras palavras, está atribuído ao credor dentro de uma relação de justiça. (HERVADA, 2008).

“Título pode ser tudo o que é capaz de produzir a atribuição de coisas” (HERVADA, 2008, p.141).

5.6.6. A medida

Para a declaração do direito tão importante quanto o título é a sua medida. Assim, inicia-se esse subtítulo especificamente com definição do que é a medida.

Segundo Hervada, a medida pode ser definida como a caracterização e delimitação intrínseca e extrínseca do direito, ou seja, a delimitação da coisa: “sua quantidade, qualidade, natureza, etc.; o modo como à coisa é do titular: proprietário, arrendatário, usuário, administrador, etc.; as faculdades jurídicas que competem ao titular; os pressupostos e requisitos do uso do direito, etc.” (HERVADA, 1988, p.291). É assim, a medida do direito um conjunto de aspectos do direito que corresponde a o que , quanto, como, quando e onde deve ocorrer para satisfazer o direito, de forma a garantir o seu correto uso e exercício.

Hervada (2006) demonstra a necessidade da medida para que o jurista determine o justo, dado que não existe nenhum direito ilimitado e nem todos os direitos são iguais. A propriedade compreende mais faculdades do que o usufruto ou do que o uso. Tanto as leis como os contratos que podem ser títulos de direito, podem conter cláusulas que lhe deem maior ou menor amplitude. Somente com título e a medida o jurista descobre o que é o justo, o que corresponde ao titular do

direito, nem mais nem menos.

Assim, a primeira tarefa que compete ao jurista é identificar e delimitar a coisa que se apresenta como direito. Em muitos casos essa tarefa não representa uma complicação para o jurista. Por exemplo, em caso de comodato³⁴ uma pessoa dá em comodato á outra um quadro para que exponha em uma galeria por um período de três meses. O título é o próprio contrato de comodato, a medida, neste caso específico é simples, o que deve ser restituído é o quadro nas condições em que foi dado, após três meses de exposição. Normalmente nas cláusulas do contrato há a previsão de local da entrega da coisa. Assim, o jurista determinaria com facilidade a medida. Todavia, muitos são os casos em que há dificuldade em identificar e delimitar o direito.

Um exemplo interessante que pode ser citado como causador de graves dificuldades em se delimitar o direito segundo a sua medida, ainda que o título esteja muito bem determinado, é o condomínio³⁵ ocorre quando dois ou mais sujeitos são titulares, em comum de uma coisa indivisa ou divisa, móvel ou imóvel o que pode gerar a atribuição a cada um de uma parte ou fração ideal. Os romanos já previam o condomínio em caso de comunhão hereditária.³⁶

Assim, quando o seu, o direito de duas ou mais pessoas é uma coisa indivisa, a determinação da medida das faculdades que derivam desse direito, tais como, usar, gozar, dispor são complicadas de se aferir. Até mesmo o direito em si, qual seja, a coisa, seria propriedade de cada uma das partes em qual medida? A fração ideal não resolve o problema real de delimitação desse direito e de seus derivados.

Hervada (2008) apresenta como exemplo um testamento que divide uma herança, constituída de muitos bens, múltiplos em número e qualidade, para vários herdeiros em frações numéricas. A determinação da medida de cada bem que cabe de fato a cada um é um problema para o jurista.

Hervada acrescenta que a medida de um bem é também como. Incluem-se

³⁴ O comodato é um contrato unilateral, benéfico e gratuito em que alguém entrega a outra pessoa uma coisa infungível, para ser utilizada por um determinado tempo e devolvida findo o contrato Manual de Direito Civil, 3ª ed. Flávio Tartuce, 2013, p. 689.

³⁵ A denominação de condomínio revela que mais de uma pessoa é proprietária de um mesmo objeto. Aparentemente o conceito de condomínio entra em conflito com o de propriedade, pois a ordem jurídica confere o dominus um poder exclusivo sobre a coisa. Todavia, a exclusividade se mantém para a parte ideal de cada condômino ou coproprietário. (Nader, 2012, p.220)

³⁶ *consortium rectum nom citum*”, esse condomínio se formava com a morte do paterfamilias e pela qual cada filho tinha a faculdade de vender o objeto. Pelo *ius prohibendi* os demais coproprietários, podiam impedir a alienação. (Nader, 2012, p.221)

aqui duas questões diferentes, a primeira se refere à como é o direito, a classe, ou tipo, tais como propriedade, usufruto, etc. a outra é a maneira de satisfazer o direito, por exemplo, em moeda ou em espécie, e a maneira de usá-lo e exercê-lo. Da mesma forma se inclui na medida do direito o tempo e o prazo em que se deve restituir a coisa. (HERVADA, 2008).

Assim quando se restitui ao credor a quantidade exata que fora prestada, ele recupera o domínio de fato sobre sua coisa conforme o título e a medida de sua atribuição. Conclui-se assim que a função do jurista se resume em declarar o título e a medida do direito. Não se pode confundir o título do direito com o seu fundamento. Logo, faz-se necessário explicitar o que seria o fundamento do direito. Essa questão será ainda mais relevante para o próximo capítulo quando se tratará do direito natural.

5.6.7. O fundamento do direito

Antes de iniciar a explanação sobre o direito como o justo faz-se necessário clarear a diferença entre o título e o fundamento do direito, Hervada (1988, 2006, 2008), Schoupe (1984), Villey (1977), tratam especificamente desse tema em seus livros e artigos demonstrando a importância de se abordar essa questão que é cara ao realismo jurídico clássico.

Hervada afirma que analisando o direito do ponto de vista de seu titular a primeira coisa que se vê é o título. O título é como dito acima aquilo em virtude do que a coisa é atribuída a um sujeito. Em um plano mais profundo, o fundamento do direito precede o título. O fundamento é aquilo em virtude do que o titular está possibilitado a possuir um título. “O fundamento não é então um título, nem a causa do título, mas aquilo pelo qual o sujeito tem a possibilidade de possuir o título.” (2008, p.160).

Esse autor apresenta um exemplo elucidativo, para ser rei da Espanha, segundo o artigo 57, da atual constituição espanhola, é preciso ser sucessor, de acordo com a ordem regular de progeneração e representação de S. M. Dom Juan Carlos I de Borbón. Essa condição de sucessor é o fundamento para ser rei, mas não é o título. O título é o direito vigente, o citado artigo da constituição. (HERVADA,

2006).

Ressalta ainda que a principal diferença entre fundamento e título é que fundamento possibilita ser titular de um direito, mas, não outorga o direito, o qual só nasce com o título. (HERVADA, 2006).

Schouppe, afirma, nesse mesmo sentido, que o fundamento não desempenha o mesmo papel que o título, pois não serve para atribuir as coisas às pessoas. Acrescenta, ainda, esse autor que um fundamento não está necessariamente acompanhado do título, assim o sendo não confere direito algum. Ele apresenta ainda um exemplo, qual seja, em caso de compra e venda o que possibilita que um sujeito possa comprar e vender alguma coisa é a sua condição de pessoa, uma vez que um animal não pode celebrar um contrato de compra e venda. Todavia, é o contrato de compra e venda, o título para que o comprador - credor possa reclamar ao vendedor a entrega da mercadoria. (SCHOUPPE, 1984).

Hervada assevera que o fundamento do direito não deve ser confundido com os requisitos de capacidade, uma vez que o fundamento é o apoio da subjetividade, a possibilidade do sujeito ser titular. A capacidade é uma consequência do fundamento. “Sem fundamento não há capacidade, e com fundamento pode haver capacidade.” (2008, p.160).

Hervada acrescenta que o homem pode ser titular de direitos porque existe um fundamento que pode ser positivo, como exemplo do rei da Espanha ou pode ser natural como a possibilidade de ser proprietário. Em suas palavras:

É óbvio que o homem não poderia ser titular de direitos se essa possibilidade não estivesse fundamentada na estrutura ontológica da pessoa humana. Para que um ser possa algo, é preciso que esteja em potencial em sua natureza ou estrutura ontológica. É impossível que o homem voe por si só e sem a ajuda de aparelhos, porque voar não é uma potência que esteja em sua natureza; em contrapartida, como ser dotado de inteligência, engenhosidade e inventividade, pode chegar a construir máquinas voadoras. (HERVADA, 2008, p.161).

Esse autor termina afirmando que “Portanto o fato de um homem ser titular de direitos tem um fundamento natural. Cada direito encontra seu fundamento mediato em alguma estrutura do ser humano.” (HERVADA, 2008, p.161). Esse tema será desenvolvido mais afrente quando se tratar do direito natural.

5.6.8. O direito como o justo

Hervada esclarece que o direito é um termo técnico para designar o titular de uma relação de justiça. E enquanto é o objeto da justiça recebe o nome de o justo. Direito, o seu, e o justo, são três sinônimos. faz-se necessário expor, segundo Hervada, o porquê de se chamar o direito de o justo. (HERVADA, 2008).

“O justo designa o exato e preciso, o que tem as mesmas medidas, o que é igual, de modo que, para dizer que duas coisas se correspondem exatamente, usa-se o verbo derivado de ajustar: se ajustam” (HERVADA, 2008, p.142). Esse uso linguístico ainda segundo Hervada provém de uma característica da relação de justiça: o que deve ser dado em justiça é justamente e precisamente o devido, o justo, nem mais nem menos.

Em uma relação de justiça, o devido é atribuído enquanto não tem interferência. A coisa devida enquanto atribuída, é a medida da correção e retidão da ação justa. Portanto o que constitui um dever jurídico ou dívida de justiça é exatamente a coisa que é direito. “Isso é o que deve ser dado nem mais nem menos: o justo.” (HERVADA, 2008, p.142-143).

Hervada esclarece que a relação que se estabelece por justiça, são semelhantes às de solidariedade, por exemplo, mas ainda guardam uma diferença considerável.

As relações de justiça assim como as de solidariedade abrangem um dar, a correção ou retidão do que é dado se mede, todavia, por parâmetros diferentes, tais como a possibilidade do doador e a necessidade do receptor, a situação relacional entre ambos, a disposição do doador em dar, questões que em geral não determinam o direito. Claro que em alguns casos, alguns dos parâmetros citados acima, servem como medida para o direito, por exemplo, no caso de indenização por danos morais são também levadas em conta para a aferição do valor a ser indenizado.

Hervada (2008), ao comparar as relações de justiça com as de solidariedade quer chegar a um ponto, a relação de solidariedade não pode ser determinada segundo um critério exato e a relação de justiça é objetiva e pode ser determinada

de forma exata, uma vez que é preciso dar o justo, a coisa devida, em suas exatas e precisas proporções. Assim: “[...] se é dado menos do que o devido, comete-se injustiça; se é dado mais, ou é um ato de liberalidade, ou é um erro, e neste caso o credor estará obrigado a devolver o excesso.” (HERVADA, 2008, p.143).

Acrescenta ainda Hervada (2008) que quando se fala em justo ou justiça não se está fazendo referência a ideias vagas e não concretas. Essa linguagem vaga, não é própria de um jurista, pode ser uma linguagem própria de políticos. O justo na perspectiva do jurista é o cumprimento preciso do título que outorga a alguém um direito.

Assim, o justo como dito repetidas vezes é por sua natureza, uma coisa concreta e determinada. Em alguns casos específicos o justo se apresenta como obscuro e difícil de determinar e é nesse momento que se pode recorrer ao processo judicial para determiná-lo. O que é bem compreensível diante do fato de que o direito, ou seja, o seu, o justo, deriva de uma repartição das coisas que ocorre *a priori*. Repartidas as coisas tudo se resume na determinação do seu de cada um. Tendo essa questão em mente pode-se concluir que o direito por sua própria natureza é determinável, apesar de muitas vezes a sua determinação ser controvertida.

Hervada (2008) alerta que é, pois, essa a função do jurista, dirimir as controvérsias determinado o justo. A arte do jurista é, sobretudo, a arte de declarar o justo, mesmo ou especificamente em casos difíceis. O que não se pode confundir é a existência de casos difíceis de se declarar ou determinar o justo e ser o justo, por essa dificuldade, nebuloso e não concreto em sua essência.

O justo é por si, em sua essência, uma coisa concreta, e assim passível de ser determinada. Essa determinação se deve ao título que outorga o seu de cada um é a medida de cada direito.

Há aqui uma inegável desmistificação da justiça e do justo, Hervada (1976,1979, 2006, 2008), Villey (1979, 2009) Schoupe (1984), Cunha (1992, 1999, 2001) Vallet Goytsolo (1991, 1997, 1999), Escrivá (2009) e tantos outros, repetem em seus textos incessantemente que o justo é algo concreto e que a justiça não tem nada de ideológica.

5.6.9. Alteridade: relação com o outro

A marca essencial do direito é a alteridade, ou intersubjetividade. Ainda que os realistas clássicos diverjam sobre várias questões eles sempre concordam, pelo menos os autores consultados para a formulação desse trabalho, que o direito não é uma realidade restrita a um sujeito, ele requer essencialmente dois sujeitos diferentes: o titular que tem o seu direito perante o outro ou os outros sujeitos e esses que devem respeitar o direito do titular.

Hervada (1982) afirma que o direito aparece como uma relação de justiça. A atribuição tão somente da coisa ao sujeito, sem que ajam outros que devam respeitar essa atribuição, não gera direito. Schoupe (1984) concorda com essa afirmação dizendo que a alteridade é uma nota do direito que vem exigida pela virtude da justiça, cujo objeto é o direito. Por definição as relações de justiça supõem a existência de duas ou mais pessoas: a que tem a coisa como sua e aquela que deve comportar-se segundo essa atribuição.

Um sujeito solitário em uma ilha, incomunicável tem bens que pode chamar de seus, mas, ainda não a razão para se falar na existência do direito. Somente quando outras pessoas adentram á ilha, ou entram em contato com o sujeito, que deixa de ser solitário, que existe uma relação jurídica.

Dado que a justiça consiste em dar a cada um o seu direito e o direito é o devido, percebe-se que o direito próprio de um sujeito, ou titular torna-se direito especificamente por que é devido por outro, segundo uma repartição, ou atribuição *a priori*.

Alerta Hervada (2008, p. 158) que o direito não é o dever, mas é direito enquanto relacionado com o dever. “Portanto, a coisa não é direito em si mesma, mas enquanto, estando atribuída – sendo de um titular -, fica em conexão com o dever de não interferência do devedor.”

Assim, pode-se concluir que o direito surge dentro de uma relação entre duas ou mais pessoas. E isso significa que o direito tem como marca essencial a alteridade.

5.7. O lugar da norma dentro do realismo jurídico clássico

Já se explicitou a definição do direito segundo o realismo jurídico clássico, esclareceu-se que a norma não é, pois direito em sentido estrito e primário. Todavia, como realidade jurídica já recebeu a denominação de direito dentro da história. Logo, não há como negar que entre a norma e o direito existe uma estreita relação.

Faz-se, assim, necessário expor qual essa relação dentro do que se considerou como a mais adequada interpretação do realismo jurídico clássico.

Expor-se-á, portanto, três opções de compreensão da norma com relação ao direito. A primeira é a definição da norma, ou lei como sendo direito em sentido estrito, essa concepção já foi trabalhada em tópico anterior, logo, já se sabe, que não é adequada ao realismo jurídico clássico.

A segunda é apresentada pelo paladino do realismo clássico, Michel Villey (1977), segundo ele, a norma ou a lei não pertencem ao direito, uma vez que possuem entidade moral e não jurídica. Assim, esse autor assevera que o direito é o justo, enquanto a lei é norma de conduta, conseqüentemente, não pertence à realidade jurídica, mas ao âmbito da moral. Essa afirmação parece ser fruto da compreensão desse autor sobre a separação entre justiça particular e justiça geral, quando ele afirma que a justiça legal não pertence ao direito e sim à ética.³⁷

Segundo Hervada essa tese de Villey não parece sustentável. “Se é verdade que a lei não é direito, por outro lado, a lei tem relação como o direito, porque é fonte, critério, medida do justo, do direito” (HERVADA, 2008, p. 217).

Afirma ainda que consta que as leis atribuem funções, serviços e bens às pessoas, determinam requisitos de uso dos direitos, indicam limites desses e outras coisas semelhantes. Por isso, faz parte do ofício do jurista interpretar leis. Nesse sentido, a lei possui natureza jurídica, é um momento da realidade jurídica e, por

³⁷ Villey (1977), parte da classificação entre justiça geral e justiça particular, mas destacará que somente essa última como pertence ao mundo jurídico, dado que a primeira que é definida como a soma de todas as virtudes ou definida pela conformidade com a lei moral é instalada por Villey no âmbito da moral. Assim, a especialidade do que é jurídico fica reservada apenas à justiça particular, os moralistas se ocupam da justiça geral. Essa separação estanque entre a justiça particular e justiça geral, foi contestada, tanto por Hervada como por Vigo. A visão apresentada pelos últimos, qual seja, de que está também a justiça geral no âmbito jurídico, apesar de não ser ela a justiça específica dos juristas que é a particular, como já pontua Villey, parece ser mais adequada à concepção realista do direito, dado que dela se pode inferir a relação entre norma e direito aqui defendida. Não se pode extrair da separação apresentada por Villey, de forma tão rigorosa, entre o âmbito da justiça geral, que é a moral, e o âmbito da justiça particular que é o jurídico, essa mesma relação entre e direito e norma, mas a apresentada por Villey, qual seja que não há nenhuma relação entre eles dado que a norma é própria do âmbito da moral.

consequente, tem uma estreita relação com o direito. A lei é norma moral, como é norma política, mas também é norma jurídica. (HERVADA, 2008).

A terceira forma de compreender a norma está, segundo Hervada, implícita na tradição clássica. Nessa tradição não se usa ainda o termo norma, mas o termo lei. Segundo, esse autor, foi Tomás de Aquino que a expressou mais claramente em uma fórmula científica: “a lei é a *ratio iuris*, a regra ou estatuto do direito. Se o direito é a coisa justa, a coisa devida a seu titular, a norma estabelece o estatuto do direito: atribui coisas a um titular, concede faculdades, delimita o uso etc.” (HERVADA, 2008, p. 217). Resumidamente, pode-se dizer que a lei regula o direito, é a sua regra.

Conclui-se então que a classificação mais adequada da relação entre direito e norma é a exposta a seguir por Hervada: “Essa é nossa opinião, há relação entre direito e norma. A norma representa a regra do direito, entendendo com isso seu estatuto. A norma é, então, regra do direito, e nesse sentido é norma jurídica.” (HERVADA, 2008, p. 217).

5.8. A pessoa na concepção do realismo jurídico clássico

Conjuntamente com os conceitos de justiça e de direito compete à filosofia do direito analisar o sujeito das relações de justiça. Coloca-se em foco o protagonista, aquele sem o qual o direito e a justiça não fariam sentido. Como dito acima o direito assim como a justiça tem como característica fundamental a alteridade. Só existem na presença do outro, nas inter-relações entre os sujeitos, seja uns com os outros, seja uns com relação à sociedade como um todo.

É necessário que se desenvolva esse tópico uma vez que o direito e a justiça só são declaráveis sobre a pessoa e somente ela é protagonista da realidade jurídica.

A palavra pessoa pode ter várias definições iniciar-se-á com a definição mais antiga conhecida e segundo Hervada, universalmente aceita, “[...] de pessoa em sentido ontológico é a exposição feita pelo filósofo considerado o último da Antiguidade: Boécio. A pessoa é uma substância individual de natureza racional” (HERVADA, 2008, p. 296).

Segundo o próprio Hervada pode-se perceber sem dificuldade que o que constitui a pessoa para a definição de Boécio é a substância. “[...] em sentido filosófico, como substrato primário e fundamental do ser, que é sujeito dos acidentes, das potências do histórico do ser ou mudança e do movimento” (HERVADA, 2008, p. 296).

Pela definição de Boécio percebe-se que a racionalidade e a autoconsciência sempre fez parte da definição de pessoa. A autoconsciência é assim citada porque nela se manifesta a plenitude do ser em si.

Por essa definição pode-se extrair que o termo pessoa designa um indivíduo em particular, um ser singular. Hervada (2008) acrescenta que assim não expressa um universal e sim um ser concreto e vivente.

Esse autor chama a atenção do leitor para a diferença entre pessoa e homem. O homem, segundo ele, é um termo que significa um universal, do qual pode ser declarado tudo o que está contido no gênero humano. Pessoa, todavia, designa, como dito, o ser humano singular e precisamente o ser humano em sua singularidade existencial. Para Hervada (2008) essas são duas perspectivas diferentes que não se pode deixar de individualizar.

Voltando a definição de Boécio, Hervada (2008) deduz que para a definição desse autor natureza racional equivale à natureza espiritual. Assim, ao dizer que o homem é pessoa está-se afirmando que esse além de sua dimensão material corpórea, possui uma dimensão espiritual, que é o que lhe proporciona o conhecimento racional ou intelectual.

Esse autor assevera que a pessoa é mais do que corpo e espírito unidos, mas, é uma única substancial individual ou o que Hervada chama de *Hypostasis*. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009). Portanto tudo que pode ser declarado sobre a pessoa tal como “[...] dignidade, autonomia, sujeito de direitos e etc. – pode ser declarado da unidade. Não é correto distinguir no homem o animal do pessoal, pois tudo está informado- de um modo ou de outro – pela dimensão espiritual, e o sujeito de tudo é a pessoa” (HERVADA, 2008, p. 301).

Nessa linha, Hervada, continuam afirmando que como a dimensão espiritual é o princípio formador da pessoa humana, é ela que dá a última especificidade ao homem, o que o constitui em última instância o homem como ser racional, logo, como um ser distinto da mera corporeidade. Constituindo assim uma outra ordem do

ser.

Nas palavras de Hervada:

[...] uma outra ordem do ser quer dizer que a pessoa humana pertence a uma categoria superior de ser, a própria da ordem da racionalidade, que supõe uma maior participação no ser - tem uma maior intensidade de ser – que faz do homem não um animal, mas um ser de ordem superior e diferente. (HERVADA, 2008, p. 301)

É necessário esclarecer que quando Hervada diz que o homem é um ser superior ele não está falando em uma escala de gradação, não há um escalonamento em que estão os homens acima dos animais e abaixo dos últimos está outro reino ou filo. Não funciona como a clássica classificação biológica de reino, filo, gênero e espécies. O que esse autor quis expressar é que o homem por ser racional está em uma outra ordem, uma ordem diferente. Essa diferença é dada ao homem pela sua racionalidade e com ela pela possibilidade de dominar a si e ao seu entorno.

Hervada (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009) ao deixar clara a proposição acima acrescenta que quando se diz que o princípio informador da substância humana transcende à matéria corpórea implica dizer que este está em uma ordem do ser radicalmente distinta do resto das criaturas do universo material. Essas últimas parecem estar limitadas de modo absoluto ao plano da matéria e, conseqüentemente, regidas por leis iminentemente físicas.

E continua, afirmando que o homem participa do ser de um modo, totalmente, distinto das outras coisas existentes assim, de alguma maneira pode-se dizer que o homem é ser de forma mais intensa. (ESCRIVÁ; HERVADA 2009).

Cabe aqui a mesma observação feita acima, essa participação como ser do homem não é uma forma de gradação entre ele, os animais e outras coisas existentes. O que há de fato é um salto qualitativo, não quantitativo. Esse salto o coloca, melhor coloca o homem, em um plano muito distinto de todos os outros seres. O homem não é uma parte de um todo, não é uma coisa ou um objeto e nem uma engrenagem do universo, é sim um sujeito, um ser que é dono de si mesmo e que é dotado de um grau de interioridade que pode apreender o que está em seu entorno. Que por um ato de conhecimento pode projetar sua ação e seu domínio

sobre o mundo das coisas.

Resta observar que a pessoa por sua origem racional e espiritual se individualiza de tal forma que ainda em relação aos demais seres não se torna parte deles. Assim, como já dito não pode ser considerada parte de um todo. Essa é a característica de incomunicabilidade da pessoa. Essa incomunicabilidade pode ser explicada segundo a intensidade do ser da pessoa humana. Nas palavras de Hervada:

Para entender a incomunicabilidade da pessoa e seus traços, é preciso partir da participação no ser. Todos os seres participam do ser, mas participam em diferente grau, de modo que nem todos os entes são igualmente ser. Em outras palavras, embora todo ente seja ser, nem todos os entes são ser com a mesma intensidade ou plenitude. Ou, em outros termos, o conceito de ser não é unívoco mas análogo, pois nem todos os seres são ser do mesmo modo. A diferença com que a palavra ser é declarada dos diferentes entes reside em que alguns seres têm mais intensidade de ser que outros: são mais ser. O *Quantum* de ser ou intensidade de ser não é igual em todos os seres. (HERVADA, 2008, p. 303).

Esse autor assevera ainda que ao observar a natureza percebe-se que os seres inertes são seres, porém a sua intensidade de ser, nas palavras de Hervada pode ser considerada fraco ou pobre. Como exemplo ele cita a arte do ourives que pode transformar o ouro em um anel e ele ainda mantém seu substrato material, ainda é ouro. Os vegetais, todavia, tem um *quantum* de ser mais forte do que os metais, por exemplo, dado que os primeiros possuem vida, assim não são transformáveis em outro ser ou objeto sem perder seu princípio vital. Entretanto, não são um ser para si, não podem dominar a si mesmos, logo, não podem fazê-lo com relação ao seu entorno. (HERVADA, 2008).

Sobre os animais Hervada diz que:

O reino animal embora apresente muitos graus, é sem dúvida um conjunto de seres ontologicamente mais perfeitos que os anteriores. O animal tem um *quantum* ou intensidade de ser de certa envergadura; é mais ser que o vegetal. Os animais têm autonomia de movimento, espontaneidade de ação e certa capacidade de comunicação. Porém, quanto a sua qualidade ou *quantum* de ser, têm importantes limitações. São inteiramente partes do universo, em função do qual vivem e agem e têm estabelecido seu estatuto ontológico, vital e de atuação (são simples partes do ecossistema). Nesse sentido seu ser não tem nem autarquia, nem autonomia, e se encontra comunicado (no sentido de feito em comum) com o resto do sistema dos

seres do universo. (HERVADA, 2008, p. 304).

Assim, conclui não se possuem são possuídos ou postos em comum, são parte da engrenagem do universo. O animal está imerso em um conjunto e a sua essência se esgota em ser parte desse conjunto que é o universo. “Cada animal não é um ser inteiramente outro em relação ao restante dos seres” (HERVADA, 2008, p. 304).

Toda essa explanação teve como intuito deixar mais clara a condição do ser humano como ser diferente do conjunto. Uma vez que o homem assim como os seres inertes, plantas e animais está no mundo e de certa forma faz parte dele. Porém, ao mesmo tempo em que faz parte do mundo ele o transcende, não é uma simples parte do ecossistema. É parte do ecossistema no sentido que está contido nele e nele interfere, todavia, goza de uma situação singular, uma vez que, tem consciência do seu ser e pode dominá-lo podendo dominar também o seu entorno.

“Em suma, a pessoa é dona de seu próprio ser enquanto o rege e domina, e enquanto é seu, pertence a ela inteira e inalteravelmente. Em virtude dessa potência dominadora é capaz de dominar o seu entorno.” (HERVADA, 2008, p. 305).

O direito seria inimaginável entre seres que não podem dominar a si e a seu entorno. Essa característica do homem é um princípio básico para que tenha algum sentido falar sobre direito e justiça.

5.8.1. A dignidade da pessoa humana

Segundo Escrivá (2009), a dignidade é um conceito central para o realismo jurídico clássico. Tal é a sua centralidade que “[...] podemos afirmar que nas coordenadas de seu pensamento é impossível pensar no direito e nos direitos sem se remeter à dignidade.” (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009, p.718, tradução nossa).³⁸

Afirma ainda, esse autor (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009), que não existe direito natural ou positivo que não seja expressão mediata ou imediata da dignidade, a qual deriva da condição de pessoa.

³⁸ [...] podemos afirmar que en las coordenadas de tu pensamiento es imposible pensar en el derecho y los derechos sin remitirse a la dignidade.

Daí se extrai a importância de se tratar em um tópico apartado, ainda que de forma resumida, a dignidade da pessoa humana dentro da concepção realista clássica do direito. Dentro da proposta do trabalho seguir-se-á com os textos de Hervada que tratam da dignidade da pessoa humana.

Hervada (2008) inicia a sua exposição sobre dignidade da pessoa humana informando os seus sinônimos, tais como excelência, eminência, grandeza e superioridade. Analisando-os se percebe que a dignidade supõe que o ser humano possui uma excelência ontológica. Também se pode observar que a dignidade tem uma certa dimensão de relatividade, uma vez que compreende uma certa relação de comparação com os outros seres. Com relação aos demais seres a dignidade é declarada da pessoa humana com certa relatividade, pois que homem como já dito, possui uma qualidade de ser superior à rochas, plantas e animais. Reitera-se que não é um animal de espécie superior, mas um ser que está em uma ordem do ser diferente e mais alta, por sua excelência.

A dignidade não é, todavia, somente relativa, é absoluta no sentido de que quando se diz que o homem tem excelência ou iminência o que se está dizendo é que o homem tem uma participação no ser muito intensa, de perfeição e grandeza. Assim, a dignidade é algo absoluto que pertence à essência e por consequência reside na natureza humana. “A dignidade é uma condição própria e inerente ao ser humano: a iminência ou excelência ontológica que outorga a ele a sua dimensão espiritual e racional”. (HERVADA, 2008, p. 309).

Todavia, assevera Hervada (2008) que a dignidade não torna o homem desvinculado e com direitos ilimitados e sim como um ser que ao ter a sua participação no mundo, “[...] está naturalmente regulado por normas inerentes a seu ser, que são recebidas, como recebido é seu ser e sua dignidade.” (HERVADA, 2008, p. 309).

Assim, pode se concluir do texto de Hervada que os direitos sendo inerentes ao ser do homem, são direitos limitados e condicionados por seu próprio ser, por sua natureza. Disso deriva que a pessoa humana como digna que é, merece tratamento adequado a seu estatuto ontológico.

Assim, aquilo que está conforme à natureza humana é digno e aquilo que não está é indigno. Isso não pode significar segundo Hervada outra coisa senão que a natureza humana é constituída em regra de comportamento e em título do devido ao

homem, tais como direitos e deveres inerentes à dignidade da pessoa humana. (HERVADA, 2008).

Esse autor assevera ainda que em muitos casos não se tem a suficiente consideração com o tema da dignidade, ainda que dentro da concepção realista do direito. Assim, esclarece que a dignidade se entende como algo absoluto que radica dentro da essência do ser humano. Assim, em seu sentido fundamental a dignidade humana está em igual intensidade na pessoa em seu maior estado de plenitude e realização como na pessoa mais frustrada na realização de suas potências. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009)

Por tudo, conclui então Hervada, que se a iminência do ser humano se tem em virtude de sua natureza humana, o que é de fato comum a todos os homens, independente das circunstâncias históricas e das contingências que esses podem se encontrar. E sabe se também que a natureza não se define tanto pelo que está em ato, mas pelas suas potências e seus fins, logo, é inegável a conclusão de que todos os homens independentemente de sua condição particular são igualmente dignos e não podem perder essa condição por degradação moral ou por decisão política, por vontade própria, nem por nenhuma outra causa. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009).

Ressalta-se que essa concepção de dignidade como algo absoluto e inerente à essência do ser humano é de origem tomista. Escrivá (2009) afirma que a visão de Tomás de Aquino difere muito das visões mais conhecidas de dignidade, como a visão kantiana, que segundo esse autor equipara a dignidade com a autonomia.

Hervada (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009) nesse sentido afirma que existe mais do que um desacordo entre a visão kantiana e a visão tomista. Para esse autor as teorias que se baseiam na autonomia da vontade confundem o que é a dignidade em si mesma e sua condição de pessoa com suas manifestações. Assim, afirma Hervada a condição de pessoa se manifesta na autonomia da vontade, ou mais apropriadamente, no exercício das liberdades e o respeito a essa última é devido em razão da dignidade, mas não é a dignidade em si mesma.

Com essas palavras, esse autor defini o que é a dignidade da pessoa humana para o realismo jurídico clássico e demonstra porque a sua definição é mais apropriada do que as definições que levam em consideração não a dignidade em si mesma mas as suas manifestações como a autonomia da vontade.

5.8.2. O dever-ser

A pessoa humana é digna, como demonstrado no tópico acima, e também livre, uma vez que, não segue irremediavelmente seus instintos e fins. Por essas qualidades a pessoa humana está em uma ordem do ser que segundo Hervada comporta um dever-ser. Faz-se necessário, assim, tecer um tópico para tratar do dever-ser dentro do realismo jurídico clássico.

Ressalta-se que esse tema deva ser bem explicado para que não se confunda o dever-ser realista com o dever-ser juízo imperativo. Esse tema é de provável conhecimento do leitor e não cabe aqui tecer mais especificações. A sua menção tem como intuito evitar a confusão que pode surgir ao ouvir a palavra dever-ser tão usada pelos positivistas, e em especial por Kelsen, dentro de um trabalho que retrata em linhas gerais o realismo jurídico clássico. (KELSEN, 2000)

O dever-ser aqui tratado é todo aquele bem ou toda aquela conduta que em relação ao ser da pessoa humana, tem a marca de dívida ou de devido. A *debitude*, como chama Hervada, indica a condição de devido, de algo que deve ser, mas, que pela liberdade do homem, pode não ser. (HERVADA, 2008).

Por ser o homem um ser livre é que o que é devido não é, mas, *deve-ser*. Assim, ocorre porque a realização depende exatamente da decisão do homem, uma decisão que é vinculada à *debitude* do ser, mas que pode não ser, no caso em que um ser decida injuriar ou causar dano a outrem, na esfera de sua dignidade.

A qualidade de sujeito de homem incide ademais na maneira em que este há de alcançar os fins próprios de sua natureza. Logo, o ser humano tem uma tendência natural à perfeição e ao bem, entretanto, essa tendência não se cumpre de forma irresistível, como um instinto nos animais. Ela é conhecida pela razão e pode ou não se realizar conforme a vontade. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009).

Assim, a pessoa em virtude de sua dignidade constitui-se em um ser dotado de *debitude*, ou seja, há coisas devidas a ele por ser pessoa. Esse devido, o que é devido ao ser humano por ser ele pessoa é o dever-ser. Diante disso, Hervada diz que “[...] a pessoa é tão intensamente ser que há dimensões de seu ser de seu desenvolvimento (realização pessoal) que devem ser.” (HERVADA, 2008, p. 315).

Assim, se observa que o dever implica essencialmente em um bem devido.

Bem devido, pela dignidade da pessoa humana.

Do que foi dito segundo Hervada se deduz facilmente que “[...] o dever-ser não é uma formalidade. Nem é forma pura, nem é mandato extrínseco, nem mero tipo de linguagem. O dever-ser não é o juízo imperativo.” (HERVADA, 2008, p. 315). É de fato um bem se apresenta de diversas formas, tais como “[...] conduta, potência ontológica ativa ou como coisa e vinculado de diversas maneiras com o ser da pessoa humana, a cuja ordem pertence à relação com o bem, na qual se fundamenta a *debitude*.” (HERVADA, 2008, p. 315). O dever se assenta no ser do homem e em seus fins.

Os temas em princípio metajurídicos que estão sendo tratados, resultam de vital importância para o desenvolvimento de uma definição do direito natural como núcleo do direito vigente, que emana diretamente da condição de pessoa e da dignidade da pessoa humana. Há uma necessária relação entre o que Hervada chama de o tratado sobre a pessoa humana e o início do estudo sobre o direito natural, uma vez que, o estudo da pessoa humana segundo as bases realistas esboça parte essencial da definição do direito natural.

A definição de pessoa e de natureza humana que põe em relevo a ideia, “[...] fundamental para o sistema realista – de que a juridicidade é uma dimensão da realidade humana [...]”³⁹ (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009, p. 725). Assim, o homem é um ser jurídico e exigente por natureza e, portanto, a ordem jurídica não constitui um mundo alheio à realidade humana.

³⁹ fundamental en el sistema realista – de que la juridicidade es una dimensión de la realidad humana [...].

6. O DIREITO NATURAL NA CONCEPÇÃO REALISTA DO DIREITO

Dentro da análise do conceito de direito definido pela escola do realismo jurídico clássico e após caracterizar o significado desse termo se faz necessário examinar a sua posição acerca da existência ou não do direito natural e o papel que esse representa dentro do direito, caso exista.

É evidente que se encontra nas obras dos autores pertencentes ao realismo jurídico clássico, várias referências sobre o direito natural. Inicialmente porque bebem das fontes clássicas, em que se encontra todo um desenvolvimento sobre o direito natural. De fato, tanto Aristóteles como Tomás de Aquino mencionam e expõem o direito natural, analisando-o em si e sua relação com o direito positivo. Assim, seria improvável e pouco coerente que os autores realistas não tratassem com bastante atenção o direito natural.

Villey, o paladino do realismo jurídico clássico dedicou grande parte de sua obra ao direito natural, na revista *Archives de Philosophie du droit*, que foi diretor por muitos anos escreveu *Abrégé du droit naturel classique*⁴⁰. Nesse texto e em tantos outros se dedicou a estudar a própria evolução que sofreu a filosofia, a arte e a ciência do direito e conseqüentemente o próprio direito natural.

Não se pode perder de vista que Michel Villey vem de uma escola francesa, que como ele mesmo já criticou, transformou a filosofia em história. Tendo essas raízes nosso autor, precursor do realismo jurídico, sempre apresenta em seus textos uma pequena evolução histórica, e não foi diferente ao se tratar do direito natural. Essa evolução culmina com o que se pode chamar de renascimento do direito natural, dada a sua importância, ou melhor, a sua imprescindibilidade.

O primeiro ponto tratado por esse autor e por muitos outros realistas, em especial Hervada, é que o direito natural e o direito positivo não são partes independentes e contrapostas, que se enfrentam, mas ambas são parte de um único direito. Há aqui uma complementariedade.

Certo é que esta contraposição entre direito natural e direito positivo, ou a prevalência única do direito positivo não é obra dos clássicos, é, pois, obra fundamental da interpretação de positivistas, e até mesmo dos neotomistas,

⁴⁰ Michel Villey, *Abrégé du droit naturel classique*, em *Archives de Philosophie du droit*, n.6, Paris, 1961, p.25-72).

incluindo entre eles os jusnaturalista modernos, segundo Villey, (2009).

Alega Chorão (1989a) que em sua formação propedêutica, segundo o espírito da cultura dominante, lhe foi ensinado que o direito por excelência era o direito positivo. O direito natural por sua vez, não seria verdadeiro direito, nem constituiria parte do ordenamento jurídico, “limitando-se a representar quando muito, um ‘ideal jurídico’” (1989a, p.41). Afirma, ainda que do conceito de direito lhes era apresentado continha praticamente, apenas, as concepções normativa e a subjetiva e era totalmente ignorado o sentido de direito como o seu, o justo. Conclui, assim, esse autor que “Um largo e profundo abismo separa notoriamente esse modo de ver o direito daquele que nos oferecem M. Villey e, de uma maneira geral, os sequazes do realismo jurídico” (CHORÃO, 1989a, P.41).

Villey também denuncia a difícil tarefa de fazer renascer o direito natural dentro da contemporaneidade:

Não menos difícil é a prender a antiga concepção clássica das fontes do direito, isto é, do “direito natural”, já que, devido à influência que as filosofias modernas exercem sobre nossa opinião, o rótulo de “direito natural” aplica-se hoje a algo diferente do que na origem. Em nossos dias, confunde-se habitualmente o direito natural com direito racional que seria deduzido dos preceitos da razão [...] (VILLEY, 2009, p.428)

Chorão (1989a) coloca, acima, a discussão recorrente entre os realistas e os juristas de outras linhas de pensamento que é o fato dos últimos relegarem o direito natural ao esquecimento, ou em alguns casos a uma simples utopia. De toda forma lhe retiram a sua vigência e eficácia no mundo real. Logo, o direito positivo torna-se o único direito vigente. Villey, por sua vez, apresenta outro fato que é a identificação do direito natural com um direito dito racional, o qual, como dito por esse autor, teria o seu fundamento na razão. Ressalta-se que ambas as colocações, não estão de acordo com a perspectiva realista clássica do direito, não tem origem em Aristóteles ou Tomás de Aquino, como se verá a seguir.

Embora os testemunhos antigos que falam de direito natural em sentido muito geral, se percam nas origens da história, Hervada (2009), assim, como Villey (1977), afirmam que o primeiro autor conhecido que fazendo referência ao direito em sentido estrito, de acordo com o uso forense, ou seja, o justo, falou da divisão entre direito natural e direito positivo foi Aristóteles em uma passagem de a ética Nicomaquéia

“No direito político uma parte é natural e outra é legal. É natural, o que, em todo lugar tem a mesma força e não depende das diversas opiniões dos homens; é legal tudo o que, em princípio, pode ser indiferente desde que a lei tenha resolvido.” (ARISTÓTELES, 1987, p. 56).

Esse autor, de fato cria, assim, a divisão, entre direito natural e direito positivo. Entretanto, em sua obra, ambos direitos, natural e positivo convivem em estado de vigência, como se pode inferir da passagem descrita acima. Nesse sentido Hervada afirma que diante do texto de Aristóteles pode-se concluir que:

Tanto o justo natural, como o justo positivo são espécies de direito. Ambos fazem parte igualmente do direito vigente de uma pólis (politikón díkaion). É então claro para Aristóteles que o direito natural é um direito verdadeiro, um tipo de direito vigente, junto com o outro tipo que é o direito positivo. O direito natural não é portanto, um princípio abstrato, uma ideia ou um ideal, um valor ou coisa semelhante; é simplesmente um direito (uma coisa devida em justiça), uma espécie ou tipo particular de direito. (HERVADA, 2008, p.338)

Ressalta-se que a exposição de Aristóteles representava a observação de um filósofo sobre a vida forense de seu tempo, como se pode inferir de tudo que já foi dito sobre esse autor no presente trabalho, e assim, também pode ser classificada a relação entre os juristas romanos e o direito. Nas palavras de Hervada “Os juristas romanos apresentam-nos com algumas leves teorizações – como é o caso de Ulpiano – o que foi a práxis do foro romano, as soluções práticas que adotaram para a vida real [...]” (HERVADA, 2008, p. 338).

Nas relações entre os cidadãos romanos aplicava-se o *ius civile*, direito rígido e formalista, esse direito, todavia, não se aplicava aos estrangeiros e nem nas relações entre estrangeiros e cidadãos romanos. Assim, era necessário, um outro direito que fosse aplicável às relações entre os cidadãos romanos e os estrangeiros e entre os estrangeiros entre si.

Havia ainda, segundo Hervada, devido à rigidez do *ius civile* a necessidade de adequar esse direito, de humanizá-lo. Assim o direito natural para os romanos era: “[...] o direito comum – *ius commune* – que a razão natural implanta entre todos os homens e entre todos os povos [...] Por outro lado, esse direito, enquanto razão natural, não podia ser contradito pelo *ius civile*” (HERVADA, 2008, p. 339).

Ato contínuo esse autor afirma que em virtude disso, quando eram aduzidas

do *ius civile*, alguma solução desumana ou inadequada à realidade social, o direito civil podia ser corrigido e adaptado segundo soluções mais coerentes. O direito natural assim funcionou como um fator humanizador, como um elemento civilizador. (HERVADA, 2008).

Os realistas clássicos, em geral citam a passagem de Gayo, como representativa do conceito de direito natural para os romanos. Assim, Hervada citando Gayo:

Todos os povos governados por leis e costumes usam em parte seu direito peculiar, em parte o comum de todos os homens; pois o direito de cada povo, estabeleceu para si é próprio de cada cidade e se chama direito civil, como direito próprio que é da mesma cidade; em contrapartida, o que é razão natural estabelece entre todos os homens, é observado por todos os povos e denominado direito das gentes, como direito que todos os povos usam. (HERVADA, 2008, p. 340).

Assim, se pode concluir que para os romanos o direito natural se apresentava como um universal, por ser comum a todos os povos e também por determinar em última instância o justo, já que não podia ser contrariado pelo *ius civile*. Em contrapartida o direito positivo ou *ius civile* refere-se ao útil, sendo assim, peculiar de cada povo. Ambos, todavia, vigentes e complementares. Têm-se aqui uma complementariedade de tal maneira que ao ter em conta ambos o jurista deveria cumprir a sua função e obter a solução mais justa.

Tomás de Aquino utiliza das definições acima citadas, de Aristóteles e dos juristas romanos e a lapida, segundo Hervada (2009). Para entender a noção tomista do direito natural é necessário que se parta de sua definição de direito. Assim, inicia-se esse estudo da afirmação de que o direito é a coisa justa, como tão repetidamente já se expôs nesse trabalho. É, assim, a coisa devida ao homem que é seu titular é essa coisa adequada ao sujeito de acordo com certo modo de igualdade que a torna justa. Tomás de Aquino fala, no corpo desse mesmo texto, que a coisa adequada ao homem, assim o é segundo a natureza das coisas. (AQUINO, 1980a). Aparece então aqui a natureza das coisas como critério determinante do direito natural.

Villey, segundo Hervada (2008) se fundamenta nessa passagem de Tomás de Aquino para afirmar que segundo ele o direito natural está radicado na natureza

das coisas. Como derivado de uma adequação ou harmonia - igualdade - entre as coisas permutadas ou distribuídas no tráfego jurídico. Assim nega o fato de que o direito natural está radicado na natureza humana. Segundo Villey (2009), não existe na doutrina clássica uma definição de direito natural que se fundamenta na natureza humana.

Não há nada disso na filosofia clássica, na qual o direito natural tinha autenticamente por fonte a observação da natureza, da natureza em seu conjunto, de uma natureza 'cósmica', ou seja, do mundo exterior naturalmente organizado, dos grupos sociais, das pólis, espontaneamente vindos da existência – que podem servir de modelos porque a produção de pólis justas, naturalmente justas, é necessariamente prévia à idéia que delas extraímos. (VILLEY, 2009, p.428).

Completando sua explanação sobre o direito natural, Villey (2009) afirma que não se deve recusar a ver ordem e harmonia na natureza exterior e nos movimentos naturais, e também um sentido, ou seja, suas causas e fins. Só diante dessa definição de natureza que se pode adequadamente extrair dela o direito natural.

Goytisoló (1991) e Vigo(1992), Chorão (1989a), Cunha(1991), além de Hervada e Schoupe, entre outros se colocam contrários à afirmação de Villey (1977, 2009) de que o direito natural não deriva da natureza humana. Para Goytisoló a perspectiva da natureza das coisas é adequada para se extrair o direito natural só e somente se incluir-se nela o homem e suas relações tanto com as coisas como com os outros homens. Diz ainda que também é correta a segunda via, a qual se extrai o direito natural da natureza do homem. Entretanto, o homem aqui deve ser tomado como um todo, não só de forma individual, mas também e principalmente em sua qualidade de universal.

Vigo (1992), se contrapõe a Villey de forma mais contundente, ao afirmar que fundamentando o direito natural na natureza das coisas e não na natureza do homem, esse autor se afasta do conceito de direito como o seu, a coisa justa. Leitura que se crê ser radical demais e não afinada com os textos de Villey em sua íntegra. Goytisoló (1991) e Hervada (1976, 1979, 2008, 2009) corroboram com a perspectiva do presente estudo, rechaçando em parte a crítica de Vigo.

Ambos Hervada (2008, 2009) e Goytisoló (1991), percebem claramente a definição de direito como sendo o seu, a coisa justa nos textos de Villey. Mantém,

todavia, ressalva quanto à insistência do autor francês em rechaçar a natureza humana como fundamento do direito natural.

Retornando a Tomás de Aquino, segundo Hervada (2008), Villey se esqueceu que o Aquinate fala de coisas que são adequadas ao homem pela natureza da coisa, onde se deduz que o critério primeiro, fundamental e primário do direito natural é a adequação ao homem. “Os direito naturais são os bens ou coisas que por sua natureza são adequados ao homem, de modo que em uma permuta de bens esses devem ser equivalentes de acordo com sua natureza, é porque isso é o adequado ao homem.” (HERVADA, 2008, p. 339).

Por conseguinte, se percebe, através dos textos dos realistas Hervada (1982, 2008, 2009), Goytisoló (1991,1999), Schouppe (1991), Cunha (1992), Vigo (1992) , entre outros, que o que não concorda com o realismo jurídico clássico e, concretamente, com o pensamento tomista não é defender a existência de direitos do homem próprios da natureza humana, mas, interpretar os direitos naturais como direitos subjetivos.

Diante do exposto, privilegiou-se a definição apresentada por Hervada do direito natural dado que melhor coaduna com o entendimento de maior parte dos autores realistas, sendo assim, mais representativa da escola do Realismo Jurídico Clássico. O que é afirmado pelo próprio autor em seu livro, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*⁴¹, no qual, diz que estava seguindo o pensamento realista em suas linhas mais importantes, o verdadeiro propósito que buscava em suas obras é o que é próprio da filosofia e da ciência do direito: dar razão à realidade jurídica. Intentou, assim, definir e expor o direito natural da perspectiva do realismo jurídico clássico. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009).

Segundo Hervada (2008), o direito natural é aquela coisa corpórea ou incorpórea adequada e proporcional ao homem em virtude de sua natureza ou estrutura fundamental ontológica. Essa é, pois, a concepção de direito natural que dará atônica desse capítulo.

Hervada (2008), assim como Villey (1977), inicia a sua explanação sobre o direito natural questionando a existência deste e a sua relação com o direito positivo. Nesse intuito adentra ao tema propondo a seguinte questão: existe um núcleo de

⁴¹ A obra utilizada nesse presente estudo é *Lições propedéuticas de filosofia do direito* publicada no Brasil em 2008.

realidade jurídica dada ao homem ou, em outras palavras, inerente à pessoa humana e à sociedade enquanto projeção da pessoa? Ou pelo contrário, a realidade jurídica é toda um produto cultural preparado inteiramente pelo homem? (HERVADA, 2008)

Dessas indagações se deduz logicamente que tratam da existência ou não do direito natural. O positivismo jurídico negou a existência do direito natural em suas várias formas e teorias. Assim, se coloca outro questionamento que deriva da resposta do primeiro: o positivismo estava certo ao negar a existência do direito natural? É exatamente sobre a resposta a esse questionamento que se dedicará esse capítulo.

Assim, dar-se-á a definição de direito natural, falar-se-á sobre sua existência e sua índole, pois que esse é o tema a que se propõe. Todavia, o problema proposto pelos questionamentos acima explicitados vai para além dessa questão, ele engloba o que está na origem do jusnaturalismo e do positivismo. (HERVADA, 2008)

Essa questão pode ser enunciada de outra forma como o problema da ajuridicidade ou juridicidade da pessoa humana, em outros termos, o problema do que Hervada chama de “vacuidade ou não da pessoa em relação à dimensão jurídica: a pessoa humana – por si só – é um ser vazio de juridicidade, é um ser ajurídico?” (HERVADA, 2008, p.325).

Com esse último questionamento se coloca uma outra questão: será que o ser humano pelo fato de ser pessoa e ter dignidade, possui um núcleo de juridicidade inerente a seu ser? Ou melhor, ser pessoa acarreta no homem uma dimensão jurídica?

6.1. Da juridicidade da pessoa humana

Tudo que se desenvolveu sobre a pessoa humana, seu conceito, suas características e sua dignidade, culminam exatamente nesse ponto de reflexão do trabalho. Somente entendendo a pessoa humana tal qual posta anteriormente que se pode compreender que é ela um ser que tem em sua essência a juridicidade.

A argumentação que se seguirá parte do mesmo ponto que os positivistas têm como ponto de partida: o direito - ou pelo menos um setor dele - é um fenômeno

cultural? Ou é um fato que onde existe uma construção cultural existe uma dimensão ou capacidade natural que a suporta e a possibilita? Se existe a realidade jurídica é necessário aceitar a existência de uma dimensão jurídica natural no homem. Tem que haver algo em sua constituição mesma de homem que permita regular-se por normas e entrar na dinâmica dos direitos e dos deveres. Se não existe esta juridicidade de base, todo intento de derivar a juridicidade do mundo das relações humanas são inúteis. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009).

A experiência e o conhecimento racional revela o que é um fato e um princípio, segundo Hervada (2008), quase que axiomático qual seja, é impossível uma construção cultural que não esteja embasada em um dado natural. Já se tratou desse tema anteriormente, mas é necessário voltar a ele para que se estabeleça a conexão entre a pessoa e a juridicidade que lhe é inerente.

Nesse sentido, Hervada afirma que:

Assim, toda obra de arte está fundamentada no sentido estético (ou capacidade natural de captar o belo), na imaginação e na fantasia; e todo desenvolvimento da técnica está baseado no conhecimento das leis naturais e em seu acompanhamento, junto com a criatividade, potência racional. Até agora nada foi criado – no sentido próprio do verbo: tirar do nada – pelo homem. (HERVADA, 2008, p.326)

E continua no sentido de que as criações humanas são invenções que se baseiam em coisas possíveis contidas na realidade e que lhe são preexistentes. Acrescenta, ainda, um exemplo:

Vamos tomar como exemplo voar; o corpo humano não tem a capacidade de voar, por isso nenhum homem conseguiu voar por si mesmo, nem ocorre à ninguém pensar que no futuro alguém possa fazer isso; em contrapartida o homem pode construir aparelhos que, seguindo as leis naturais, fizeram com que ele voasse. . (HERVADA, 2008, p.326)

O que Hervada (2008) quer demonstrar com sua fala e seu exemplo é que nenhuma atividade, arte, obra, pode ser feita ou desenvolvida sem a respectiva potência ou capacidade. Assim, se conclui que todo fato cultural se baseia necessariamente em um dado natural, como já dito posteriormente.

Diante do dito, pode-se concluir que se existe uma realidade jurídica em que o

homem é parte é porque na própria estrutura da pessoa há uma juridicidade básica, ou seja, um núcleo de juridicidade natural.

Assim, se a realidade jurídica existe, é necessário que a pessoa humana esteja naturalmente constituída de tal modo que um ente, por sua própria constituição ontológica, se organize para ser regulado por normas, se relacione juridicamente e seja capaz de direitos e obrigações. Diante disso, conclui Hervada (2008) que é impossível que o homem seja naturalmente um ser ajurídico, e que por consequência, o fenômeno jurídico seja inteira e radicalmente apenas um fenômeno cultural.

Esse autor respondendo mais aprofundadamente ao questionamento sobre a possibilidade do homem ser um ser vazio de juridicidade afirma que para que se pudesse alegar que a pessoa está de modo natural, vazia de juridicidade, seria necessário declarar que não existe na pessoa, naturalmente a ordem do dever-ser, pois que se existe essa ordem, necessariamente há princípios e normas de conduta intersubjetivas, deveres e direitos inerentes à pessoa, já que as relações interpessoais têm uma dimensão de dívida (o devido, como dívida no sentido estrito, isto é, o direito) por pertencer justamente à ordem do dever-ser. (HERVADA, 2008)

Desenvolvendo esse raciocínio Hervada acrescenta que:

Observe-se a dignidade da pessoa humana – com a *debitude* e exigibilidade que são inerentes a ela – implica que quando duas ou mais pessoas entram em relação, não pode haver apenas normas morais e éticas, porque é devido a cada pessoa pelo menos um tratamento digno – adequado à dignidade da pessoa humana -, que é um tratamento proporcionado e devido (duas marcas essenciais do direito), o que configura uma relação de justiça, isso é uma relação jurídica. (HERVADA, 2008, p.328)

Do dito por Hervada (1979, 2008) se pode concluir que cada pessoa se apresenta em relação às demais como possuidora de um crédito, diante de uma dimensão de *debitude*, ou seja, lhe devido algo, ainda que um tratamento digno por ser ela pessoa. Se lhe é devido algo, nasce como demonstrado em capítulos anteriores, a exigibilidade. A existência dessa dívida e da exigibilidade que lhe é derivada trás consigo um mínimo de ordem jurídica que pressupõe a existência de normas jurídica e não apenas normas morais.

Diante disso, conclui Hervada (2008) negar a juridicidade da pessoa humana

só tem sentido se lhe negar a dignidade e se a esvaziar de conteúdo. Por isso, para ser coerentes os positivistas não podem falar em dignidade da pessoa humana. Pois essa nada mais é que a “eminência do ser que exige ser, e tem, por sua alta participação no ser uma ordem de dever-ser” (HERVADA, 2008, p.327).

6.2. Natureza e história

Antes de adentrar ao conceito de direito natural é necessário tratar sobre o porquê da reivindicação do realismo jurídico sobre o conceito clássico de natureza e mais especificamente é necessário buscar superar a dicotomia estabelecida, pela modernidade entre a natureza e a história.

Segundo Hervada (2009), boa parte do positivismo jurídico se fundamenta em um postulado filosófico de uma negação do conceito metafísico de natureza, muitas vezes embasados pela afirmação da existência apenas da dimensão histórica do ser humano.

Ao negar o conceito metafísico de natureza negam o direito natural uma vez que: “É fato que o verdadeiro direito natural nasce e se fundamenta na natureza humana.” (HERVADA, 2008, p. 328).

Ao desenvolver a teoria sobre o direito natural, Hervada (2009), explica que o fundamento do direito natural é precisamente a natureza humana. Afirma ainda, que para os autores contrários à existência do direito natural ou que deturpam o seu conceito, a natureza ocupa um lugar absolutamente distinto e menos importante.

A afirmação, de que a natureza humana se compõe de um núcleo permanente de cada ser humano e que contém as mesmas características comuns a todos os homens, costuma ser seguida pela acusação do que chama Hervada (2008) de *essencialismo* e de *fixismo*. Isso se dá porque se crê que admitir que a natureza humana exista tal qual acima definida implica em não considerar que existe a evolução e a mudança, as quais, os seres do universo sofrem com constância. Villey (2009), se contrapondo a essa afirmação diz que natureza implica muito mais do que matéria inerte, ela é um conjunto de pessoa, relações e instituições, portanto, é algo muito dinâmico.

Hervada alerta para a oposição que todas as correntes do historicismo

apresentam à definição de natureza aqui apresentada. “Para o historicismo, não há natureza, mas apenas história, isto é, fluxo, existência, mudança e evolução. Para o historicismo tudo no homem é variável e evolutivo.” (HERVADA, 2008, p. 328).

Hervada (2008), assim como Villey (2009), não negam que o homem é um ser histórico, imerso na história, que evolui e muda tanto em seu próprio ser, que vai de criança à velhice quanto em sua vida e contexto social. Porém, afirma Hervada, que não é menos certo que a experiência mostra que a história – a dimensão variável e evolutiva do homem – é limitada e circunscrita. “O homem não é só história.” (HERVADA, 2008, p.329). Não pode existir, segundo Hervada, um fluxo puro. É necessário que haja uma substância que flui, logo, o historicismo perde o seu sentido.

Continua Hervada (2008) afirmando que se não houvesse nada de permanente e igual que constitui o homem, não haveria nada que o identificasse como homem. Apesar da diferença de cada homem o que o constitui como ser humano é o que o identifica exatamente como homem e não como outro ser.

Ademais, a própria experiência que todo homem tem de si mesmo e de todos os que se encontra em sua volta e que apesar das mudanças de fases da vida e da vivência de diversas circunstâncias, esse mesmo homem ainda reconhece a sua identidade e se identifica como ele mesmo. Nas palavras de Hervada:

Isso é manifestado na consciência do eu , um eu que permanente – “eu fui criança, eu fui jovem, eu sou adulto, quando eu for velho” – que é imutável e inalterável em meio a evolução e à mudança. Esse eu permanente só tem explicação se é expressão de um substrato ontológico de *substância*, que permanece inalterado. (HERVADA, 2008, p.329)

Ao demonstrar que a identidade do homem se mantém apesar do fluxo, Hervada, leva a conclusão de que a identidade é mais forte do que o elemento histórico e variável. Assim, o homem não é homem pelo que nele muda, mas pelo que é permanente.

A conclusão a que se chega revela, segundo Hervada, a noção de essência, “[...] que é aquele núcleo profundo do íntimo do ser, com sua estrutura fundamental dotada de potências e características específicas, em cuja virtude um ser é precisamente o ser que é.” (HERVADA, 2008, p.330).

Logo, finaliza-se afirmando que o homem tem uma essência permanente, que por ser permanente é igual a todos os outros homens. E que é justamente essa essência que o torna homem, sem ela não haveriam homens em todos os momentos da história. Mudando a nossa essência, assim como proposto pelo historicismo não poderia o homem ser identificado como tal em todos os momentos da história.

Pode-se dizer que a natureza e a história forma no homem uma unidade. “[...] o histórico do homem – sua dimensão mutável e variável – reside na natureza e procede dela”. (HERVADA, 2008, p.333).

O homem, assim, é por natureza histórico capaz de evolução e mudança, uma vez que, está imerso nas dimensões de espaço e tempo.

Essa afirmação leva a um aparente paradoxo: o que é permanente pode sofrer influência das dimensões de espaço e tempo? Tomás de Aquino, já havia afirmado isso em sua *Suma* (II-II, q.57, a.2ad 1), que a natureza humana é em algum ponto mutável. Para esclarecer esse paradoxo Hervada (2008) afirma que a natureza humana não tem em si nenhum princípio de mudança enquanto essência, que constitui cada homem em homem.

Não poderia haver mudança porque se assim o fosse o homem deixaria de ser homem e passaria ser outra coisa. Todavia, como a natureza é origem da evolução e a evolução e as mudanças afetam a capacidade de operação, a natureza fica afetada nessa capacidade. Para deixar mais claro, esse autor diz que, a mudança parcial que a natureza sofre está em potencial na própria natureza. Logo, se a natureza contém em si a sua própria mudança, nos princípios de operação, a mutação da natureza não a afeta em si mesma, mas em seu estado. Logo, em essência se mantém sempre a mesma.

Assim, a dimensão histórica ao afetar a capacidade humana de operação pode chegar a se considerar como um fator de mudança dela mesma. Hervada diz que é mais próprio chamá-la de estados de natureza do que de autênticas mutações dela mesma. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009).

Hervada diz que se a natureza é a essência entendida dinamicamente, deve-se afirmar que esta contém por definição uma orientação à ação dentro das coordenadas de tempo e espaço, ou seja, contém em potência algo que a leva a se desenvolver na história. Não existe contradição alguma no desenvolvimento da

dimensão histórica do homem se dar a partir da natureza. (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009).

Hervada ainda diz que:

Como a essência humana tem algumas potências ativas ou princípios de operação, decorre disso que também é verdade a existência da natureza humana, visto que o que chamamos natureza não é coisa distinta da própria essência; é a própria essência considerada enquanto princípio de operação. Em certo sentido, podemos dizer que a natureza humana é o núcleo básico de ser e a estrutura fundamental do ser humano enquanto dinâmico. E se, em um sentido amplo de estrutura, incluímos na estrutura ontológica básica – que não é amorfa, mas estruturada- pode-se dizer em síntese que a natureza humana é a estrutura fundamental do ser humano. (HERVADA, 2008, p.330)

A natureza não é uma espécie de ideia abstrata ao estilo platoniano, mas constitui a pessoa. Por isso, afirma Hervada (2008), não existe contraposição, em se dizer natureza humana e pessoa humana, uma vez que a natureza é constituinte real da pessoa.

Se a pessoa e a natureza não forem tomadas assim como o exposto acima, nem os direitos humanos seriam por si só universais, nem a dignidade da pessoa humana, nem sequer a condição de pessoa, dado que, passariam a depender de traços singulares das pessoas.

Logo, se pode concluir que segundo a visão realista aqui apresentada e tendo como expoente inspirador dessa parte do trabalho o brilhante autor Hervada a natureza pode ser entendida como uma estrutura fundamental do homem e como fator que define o que é o homem em contraposição com os outros seres. É a natureza que dá o que o homem o que ele tem de universal, a sua condição de humano, de pessoa. Todavia, não é a natureza a totalidade da pessoa. A pessoa, de fato, tem uma história, vive no tempo e espaço o que a singulariza, o que vai para além de sua natureza, mas que sem dúvida tem sua base na natureza e em sua potência evolutiva.

Existem, assim, no ser humano uma dimensão universal, muito específica e muito profunda e uma dimensão singular, com sua história suas contingências e sua inegável singularidade. Todavia, é o homem concretamente um ser uno.

6.3. Premissas sobre o direito natural: relação entre direito natural e direito positivo.

Antes de adentrar no conceito de direito natural é necessário expor onde se localiza esse direito e qual a sua relação com o direito positivo dentro do realismo jurídico clássico. Na opinião de Villey (197, 2009), Hervada (1976, 1979, 2006, 2008), Goytisolo (1997), Schouppe (1984) entre outros, o direito natural não é um sistema jurídico, uma ordem de nenhum tipo, que subsiste separada e de forma paralela ao direito positivo.

Nesse sentido em relação ao contexto social não existem dois sistemas de direito, mas um único sistema unitário constituído do direito natural e do direito positivo.

A tese de dois sistemas jurídicos separados não é de fato correta, não se quer seguir de forma coerente, o realismo jurídico clássico. Hervada (2008) afirma que muitos dos autores que defendem essa separação e entre eles alguns neoescolásticos - ainda que na contramão de Tomás de Aquino - acabam por entender o direito natural como norma moral e ética e o que o despoja de sua índole de verdadeiro direito.

Hervada (2008) acrescenta que é possível que dois sistemas jurídicos convivam em uma mesma realidade. Isso ocorre porque o direito só pode ter um fundamento e um título e as relações jurídicas não podem ser nem são duplas. Assim, em cada contexto social só pode haver uma ordem ou um sistema jurídico.

Nem o direito positivo nem o direito natural são por si só, sistemas completos e independentes. Ambos formam uma unidade, complexa com elementos diversos, mas uma unidade, em parte natural e em parte positiva.

Assim, se tem que o direito natural “é o núcleo de juridicidade natural que está na base e fundamento de todo o sistema jurídico: a parte natural do sistema jurídico” (HERVADA, 2008, p.354).

A compreensão dessa definição deve ser extraída do já dito nesse trabalho, o direito é em parte e neste caso em sua maior parte uma construção cultural, assim como o homem. Essa dimensão cultural representa o direito positivo. Porém, como já demonstrado não pode haver uma invenção cultural sem um dado natural que

seja a sua base. Assim, o fato natural do direito é impossível sem um núcleo jurídico natural. Não haveria um sistema jurídico se não houvesse um núcleo jurídico na pessoa. Logo, esse núcleo jurídico é o direito natural.

Hervada exemplifica o dito acima:

A música não é separável de seu sentido estético, da capacidade de ouvir, e de combinar sons, etc. Dando outro exemplo, cada língua cada idioma é uma criação cultural, mas a linguagem forma uma unidade com a capacidade anímico-corpórea de comunicação, própria da pessoa, e com a faculdade de falar e se expressar por sinais corpóreos. (HERVADA, 2008, p.355)

Assim, nas palavras de Hervada (2008, p.354) “[...] na base e no fundamento de todo sistema jurídico há um núcleo jurídico que não procede de invenção, do poder ou da decisão humanas, sendo assim inerente ao homem.”. E continua “E isso, e não outra coisa, é o direito natural, o qual pelo que foi dito, é verdadeiro direito, o núcleo natural do direito vigente.”

Ao considerar o direito natural como um núcleo de juridicidade que possibilita a existência do próprio direito positivo, já que é o natural que possibilita o fenômeno cultural, percebe-se que se existe o direito positivo necessariamente existe o direito natural, todavia, não existindo o último não existiria o primeiro. (HERVADA, 2008).

Amarrando os tópicos anteriores e esclarecendo a definição de direito natural tem-se que no plano real, o que existe é que cada pessoa humana é dotada de dignidade a qual se extrai de sua natureza humana. Essa pessoa concreta, tem uma dignidade inerente a ela e dotada de uma ordem do dever-ser que se manifesta em uma *debitude* e exigibilidade (algo é devido à pessoa, pelo menos um tratamento digno por ser ela pessoa). Há aqui um reflexo jurídico, qual seja o direito natural que é inerente a cada pessoa humana.

O direito natural é, assim, um direito concreto, que é inerente a cada pessoa humana, e recebe a sua imperatividade da dignidade humana, isto é da *debitude* e exigibilidade. A razão conhece esse núcleo de direito natural e o expressa em ditames imperativos, porém a imperatividade não é originária da razão e sim da natureza humana, ou seja, da dignidade humana. “O direito natural, logo, está em cada pessoa e, enquanto reside na natureza humana, está em toda pessoa humana”. (HERVADA, 2008, p.357).

Ressalta-se, segundo Hervada, que o direito natural não é uma criação da razão, mas “uma descoberta ou revelação racional”. (HERVADA, 2008, p.372). Não é um conhecimento, mas o objeto de um conhecimento.

Dentro da proposição acima apresentada sobre a relação entre o direito natural e a razão se faz necessário tecer alguns comentários. Hervada, afirma que, o direito natural não é um conjunto de conhecimento e juízos inatos, mas deduções práticas da razão natural ao captar o dever-ser próprio da natureza humana. Dado que a natureza humana e a dignidade são conhecidas em seus traços mais básicos por todos os homens, o conhecimento mais profundo da natureza humana é produto de um progresso cognoscitivo. “Daí que o conhecimento cada vez mais perfeito do direito natural - em suma, das exigências da dignidade humana – esteja sujeito à progressividade e exija estudo e reflexão, assim como avanço de saberes e da civilização”. (HERVADA, 2008, p.373).

Jaques Maritain, explica muito bem o que é a progressividade do conhecimento. Esse autor adverte que existem duas formas de conhecimento, aquela que se volta para a solução de problemas e a que se volta para a solução do que ele chama de mistérios. Os problemas predominam quando o aspecto do que se busca solucionar é menos ontológico. Já o mistério predomina na filosofia da natureza, e mais ainda, na metafísica.

Segundo esse autor no lugar em que predomina o aspecto problema uma solução vem após a outra, uma termina e outra começa: “Lida-se com um progresso linear e por sucessão de aspectos da razão ou de perspectivas, ideias de forma de conceituar o objeto; e se uma primeira solução é incompleta (é sempre o caso) a outra a substituíra.” (MARITAIN, 2005, p.17). Esse é um progresso por substituição.

Entretanto, onde predomina o aspecto mistério trata-se de penetrar sempre mais no mesmo. É um progresso, mas por aprofundamento. “É desta forma que no “aumento” intensivo de hábitos de inteligência, diz João de Santo Tomás, não deixa de mergulhar no objeto, no mesmo objeto *vehementius el profundius*.” (MARITAIN, 2005, p.17).

Diante do exposto pode-se dizer que é desse progresso que havia falado Hervada, um progresso por aprofundamento, por adesão. O que demonstra que se pode conhecer sempre mais do direito natural que é inerente ao ser humano. Ainda assim, não se pode dizer que o homem não conhece o seu núcleo básico e nem

mesmo que ele muda radicalmente. O que se pode dizer é que se pode conhecer amanhã mais do que se conhece hoje sobre ele, mas não que o que se sabe hoje será substituído, que o núcleo do direito natural, ou seja, a essência do ser será outra amanhã.

Resumidamente o direito natural é uma ordem jurídica concreta inerente à pessoa humana, derivada de sua dignidade. Revelada ou conhecida pela razão. Logo, decorre daquilo que a pessoa tem de permanente e universal, o que é pertencente a todo ser humano.

6.4. O direito natural em sentido próprio e primário: uma perspectiva hervadiana

O direito em sentido estrito, ou próprio e primário é conforme já trabalhado em capítulos anteriores o justo. Logo, o direito natural em sentido estrito é o justo natural. Assim, aquela coisa corpórea ou incorpórea adequada e proporcional ao homem em virtude de sua natureza ou estrutura fundamental ontológica. Aquilo que lhe é devido, baseado na *debitude* e exigibilidade inerentes à sua dignidade. (HERVADA, 2008).

Todo direito, como já dito, é tido em virtude de um título e de um fundamento e é dado segundo uma medida. Pelo título e pela medida a coisa que constitui o direito torna-se adequada e proporcional ao titular e por ser proporcional é logo, justa. O seu direito não é nem mais nem menos do que o devido. Viu-se, também, que a dignidade da pessoa humana revela-se precisamente do fato de a ordem do ser à qual pertence o homem incluir uma ordem do dever-ser.

Desta forma, a pessoa humana, que participa mais do ser e por isso possui dignidade é dona de si e pode dominar o seu entorno. Todavia, o homem é livre tanto na manifestação de seu domínio sobre si como em relação às esferas de autonomia e de atuação com relação ao outro. (HERVADA, 2008).

Dito isso, percebe-se que o direito natural é toda aquela coisa atribuída ao homem por um título natural, de acordo com uma medida natural.

Importa ressaltar que o direito natural está imerso nas relações sociais humanas, que são históricas e passivas de evolução. Esse direito deriva da

dignidade da pessoa humana, como já dito, e por estar mergulhado nas relações humanas se apresenta de forma diversa. (HERVADA, 2008). De forma mais clara, pode-se dizer que essa dignidade exige coisas diferentes em momentos históricos e circunstâncias diferentes.

Hervada adverte que se pode falar em um direito natural fundamental que daria origem a todos os outros. “Esse direito natural fundamental da pessoa humana é o *direito a ser*” (HERVADA, 2008, p.361). Esse ser do homem é como já dito dinâmico e tende a alguns fins naturais, os quais constituem o desenvolvimento e a perfeição de seu ser. “o direito natural fundamental pode ser descrito assim: *o direito da pessoa humana o seu ser, a sua liberdade e ao desenvolvimento de sua personalidade* (os fins naturais do homem). Tudo isso conforme está na natureza.” (HERVADA, 2008, p.361).

O direito natural é por óbvio a origem dos direitos naturais. Assim, se coloca a proposição: O que seriam direitos naturais?

Segundo Hervada, direitos naturais “[...] são basicamente aquelas coisas concretas, corpóreas e incorpóreas, que se adequam ao homem- resultam proporcionais a ele – em virtude da natureza.” (ESCRIVÁ; HERVADA, 2009, p.743, tradução nossa)⁴².

Ressalta-se que os direitos naturais surgem do direito fundamental relacionado a três elementos nos quais se fundamenta. O primeiro é o ser do homem, o segundo a sua liberdade e o terceiro os fins a que tende.

O homem no momento que passa a existir exige, nas palavras de Hervada (2008, p.362) “ser e bem ser” e é dessa exigência de estar e estar bem no mundo que emanam direitos como o direito à vida, à saúde, à integridade física e mental, etc.

Em segundo lugar, constituem direitos naturais à esfera de liberdade que competem ao homem por natureza, tais como autodeterminação no consentir e no agir.

Por último e não menos importantes estão os fins naturais do homem. Os fins do homem originam direitos porque integram a ordem do dever-ser próprio da dignidade da pessoa humana e também porque estão como origem na natureza em

⁴² [...] son básicamente aquellas cosas concretas, corporales e incorporales, que se adecúan al hombre – resultan proporcionadas a él – em virtud de la naturaleza.

forma de inclinações naturais, segundo Hervada (2008), estruturas que contêm tendências e apetites racionais. Nas palavras desse autor:

[...] os fins naturais implicam que o ser do homem esteja *orientado* para tais fins – *ordinatio ad fines* -, o que comporta não só a tendência, como também a formação do ser humano para os fins mediante as potências, estruturas corpóreas, etc. tudo o que constitui a *inclinatio* natural. (HERVADA, 2008, p.363)

Os direitos que se originam dos fins do homem são tais como o direito ao casamento, o direito ao trabalho e à educação, entre outros.

Verdade é que o fundamento é constante, mas os direitos que dele se originam em concreto podem ser diversos, não há como apresentar uma lista taxativa. Por dois motivos principais: o primeiro é porque é por que o homem o direito natural está mergulhado dentro das relações sociais que são em dimensão de espaço e tempo, logo, estão passíveis de mudanças e segundo e talvez mais decisivamente porque os direitos naturais são revelados ao homem através da razão, a razão humana não alcançou todos os direitos naturais de uma só vez. Talvez, nesse sentido ainda esteja à humanidade evoluindo.

Não se está propondo e isso seria totalmente incondizente com o realismo jurídico clássico que está se criando novos direitos naturais, não se cria direitos naturais, mas, pode-se crer que a razão humana possa conhecer mais direitos naturais hoje do que talvez em outros tempos.

Convém advertir que os direitos naturais são direitos concretos, pertencem a vida jurídica e à vida do foro, do mesmo modo que os direitos positivos. O direito natural é tão concreto quanto o ser humano que é seu fundamento.

6.5. As normas naturais

Faz-se necessário tecer, não de forma extensa, explicações sobre o que seriam as normas naturais e qual a sua relação com as normas positivas. Isso se deve à necessidade de aclarar qual o lugar do direito natural dentro das relações jurídicas em que o homem está inserido e demonstrar a concretude, já citada, do direito natural.

Ressalta-se que se limitará no presente tópico, a tratar a normatividade natural do aspecto jurídico, não se tratará em momento algum sobre filosofia moral. Logo, o foco será a norma natural enquanto se constitui como norma jurídica natural, enquanto é derivada do direito natural, e por isso de interesse dos juristas. Não se pode perder de vista que norma não é direito, mas apenas pode ser assim chamada por uma derivação ou de forma analogada.⁴³

Hervada (2008, p.366) define as normas jurídicas como sendo “um conjunto de regras ou critérios de conduta que derivam da dignidade humana – normas de conduta exigidas pela dignidade do homem.” Assim, as normas jurídicas naturais constituem como dito por Hervada:

[...] o núcleo normativo e regulador das condutas, que é a base e fundamento do sistema jurídico, que dá à sociedade humana uma ordem fundamental - a ordem da dignidade humana - um núcleo de ordem social justa de acordo com a natureza humana e, portanto, com a dignidade do homem. (HERVADA, 2008, p.368)

As normas naturais são primeiro, normas individuais, as quais o seu estudo pertence ao campo da moral, e segundo, normas que regem a sociedade dos homens, logo pertencentes á seara jurídica.

No segundo plano, são normas comuns e gerais da comunidade humana, enquanto comunidade humana. Logo, são leis, leis naturais. São regras da sociedade exigidas pelo ser do homem relacionado com os demais e constituído em sociedade e comunidade. Essas normas jurídicas naturais são “as normas naturais da sociedade humana, enquanto entrelaçamento de pessoas, dotadas de dignidade, conforme o que - indicamos reiteradamente - contém em si a dignidade.” (HERVADA, 2008, p.369).

Observa-se que todos os homens e todos os povos são regidos pelo mesmo direito natural, porque onde se encontram duas ou mais pessoas existe um núcleo de juridicidade (que é próprio da pessoa humana), logo, é gerada uma relação jurídica, ou várias relações jurídicas, cujo conteúdo são direitos naturais.

Como dito anteriormente por consolidar-se na natureza todo homem, em virtude de sua condição de pessoa tem todos os direitos naturais ainda que haja

⁴³ Ver capítulo: O conceito de direito para o realismo jurídico clássico.

diferença de eficácia e de forma de exercício os quais estão submetidos à historicidade. “No âmbito dos direitos naturais existe a mais plena e verdadeira igualdade de direitos. Pode-se então falar de alguns direitos universais e comuns a todos os homens.” (HERVADA, 2008, p.370).

Assim, as normas jurídicas naturais são as normas naturais da sociedade humana, enquanto entrelaçamento de pessoas, dotadas de dignidade. Dado que os homens estão inseridos na sociedade, a norma natural regula a sociedade e torna-se lei da sociedade, perante a qual há o dever de cumpri-la. (HERVADA, 2008).

A norma jurídica é vinculativa, a norma natural como norma jurídica, assim como a positiva, também o é. Importante ressaltar que a obrigação ou vinculação não está ligada ao fato da norma ser produto de um poder (pacto ou convenção entre pares). O que torna a norma natural obrigatória e vinculativa é exatamente o que já foi falado reiteradamente nesse capítulo é a sua pertença à ordem do dever ser inerente à dignidade humana, ou seja, á natureza humana. “[...] é obrigação ou vinculação inerente à natureza humana em virtude da índole exigente do ser pessoal.” (HERVADA, 2008, p.367).

O dever-ser da norma positiva, segundo Hervada (2008), apoia-se no final das contas na necessidade de poder na sociedade, enquanto que essa necessita de uma função organizadora e regedora. Em contrapartida, a força vinculatória da norma natural é intrínseca à própria pessoa e deriva como já dito de sua dignidade ou natureza digna, de sua intrínseca ordem do dever-ser constitutivo da pessoa.

Conclui-se assim, de tudo que foi exposto no quinto capítulo, que para se chegar à definição do direito natural em seu sentido estrito, próprio ou primário foi necessário estabelecer que o ser humano possui dignidade e que essa dignidade lhe é inerente por sua condição de pessoa, e que ela traz em si uma *debitude*. Ainda, se viu que é por isso que o homem é um ser jurídico por natureza e que especificamente essa natureza jurídica está aberta à história e suas dimensões de espaço e tempo, além de ser a causa dessa história e da construção cultural humana.

Estabeleceu-se ainda, que o direito natural é conhecido através da razão, mas, não é um produto dessa, nem é criação do homem. É de fato conhecido ou revelado pela razão. Viu-se ainda que a razão conhece o direito natural de forma progressiva, logo, pode-se sempre conhecer mais sobre ele, dando a impressão de

que ele muda dentro da história, todavia, é essa apenas uma impressão dado que seu núcleo permanece imutável.

Mostrou-se que existe um direito natural concreto e vinculativo e que esse não é incompatível com o direito posto historicamente, ou seja, o direito positivo. E que ambos, ao contrário do que é mais corrente na doutrina, formam uma unidade e se inter-relacionam de forma harmônica.

7. CONCLUSÃO

Partindo-se da análise das obras de todos os autores citados, segundo o que elas expõem e o que se pretendeu para o presente estudo, chegou-se a uma série de conclusões referentes ao conceito de direito e da justiça segundo a concepção da escola do realismo jurídico clássico que podem ser inferidas do texto completo do presente trabalho e serão sintetizadas abaixo.

O realismo jurídico clássico é uma escola que tem suas bases apoiadas na teoria clássica especialmente nos escritos de Aristóteles, dos juristas romanos e de Tomás de Aquino. Dessa constatação se pôde concluir que para se definir qual autor pode ser enquadrado dentro da perspectiva realista clássica tem-se que considerar primeiro que o autor deve conceituar o direito como a coisa justa, o seu, e a justiça como dar a cada um o que é seu, uma vez que é essa a concepção dos autores clássicos acima citados. Outro fator determinante é que o jus-filósofo deve partir da observação da realidade, da experiência, logo, da perspectiva do jurista, como o fizeram os clássicos.

Ainda dentro do primeiro capítulo pôde-se perceber, através dos textos de Arnaud, Goytisoló, Schouppe, Vallançon, Hervada, Bigotte Chorão, Cunha, Vigo, Rabi-Baldi, entre outros que o autor Michel Villey é o precursor e paladino do realismo jurídico clássico, uma vez que foi com esse autor que essa escola começou a tomar forma e o direito como a coisa justa retornou como tema de inúmeros textos contemporâneos. Concluiu-se, todavia, que o extenso número de obras que tratam dos textos e da pessoa de Michel Villey contém duras críticas sobre a sua visão restrita do fenômeno jurídico.

Ao analisar a obra dos autores realistas consultados para a confecção do presente texto, percebeu-se que é também aclamado como um dos mais importantes expoentes do realismo clássico, o autor Javier Hervada, conclui-se ainda dessa análise e da análise de sua obra que é ela a mais completa, a que tem maior penetração no mundo e principalmente a que apresenta a concepção do direito e da justiça com mais rigor e da forma mais condizente com a natureza do direito sobre uma perspectiva realista. A obra de Hervada, como se pôde perceber, apresenta uma visão mais integral da realidade jurídica conseguindo, assim, conciliar em sua teoria do direito as várias realidades jurídicas, sem, todavia, retirar

da centralidade o direito como a coisa justa, o seu.

Iniciou-se o segundo capítulo com a explanação sobre a necessidade da filosofia para o estudo e a compreensão do fenômeno jurídico. Concluiu-se sobre esse tópico que a filosofia do direito é essencial para a sua definição, uma vez que é a conceituação do direito uma questão ontológica. Somente a filosofia é capaz de trabalhar o todo, proporcionar ao homem a explicação mais íntima do mundo, dizer o que o direito é e o que ele não é, apresentar seus limites, e seus fins.

Ao final desse capítulo fez-se uma breve exposição sobre o surgimento do direito subjetivo. O intuito dessa discussão, que antecede a explanação do conceito do direito, foi justamente dar ao leitor subsídios para adentrar na concepção realista com a perspectiva orientada. Desse tópico se inferiu que os autores realistas Hervada Villey e Schouppe concordam que Guilherme de Ockham, no século XIII, foi o responsável pelo aparecimento do direito como faculdade ou poder, subvertendo, o pensamento de sua época que estava centrado nos ensinamentos de Tomás de Aquino, logo, no direito como sendo *o seu, a coisa justa*. Esboçou-se o que, segundo esses autores, motivou o surgimento do direito subjetivo, do que se concluiu que ele surgiu, quase que inteiramente, por uma necessidade prática, qual seja, manter os franciscanos no uso de seus bens sem que exercessem nenhum direito sobre eles, o que era impensável tendo o direito tal como proposto por Tomás de Aquino.

Pôde-se concluir que a característica típica do realismo jurídico clássico consiste em ser uma teoria da justiça e do direito construída a partir da perspectiva do jurista. Assim, se deduz da clássica definição de justiça: *dar a cada um o seu, o seu direito*. Essa definição de justiça é a que interessa ao presente estudo e ao final parece ser a mesma para todos os realistas. Esse conceito é exatamente o que corrobora e define a função do jurista: a virtude de dar o seu de cada um, o seu direito, a quem seja o seu titular. Esse direito, essa coisa sua, é o justo, logo, a arte do direito é a arte do justo.

Relacionando a arte dos juristas com a virtude da justiça se chega a conclusão de que a arte jurídica, a ciência jurídica, consiste em determinar e dizer o que é o seu de cada um. A coisa que é *o seu* de cada um na perspectiva do titular do direito é o justo. Assim, o que se dever dar não é nem mais nem menos do que o devido.

Viu-se, ainda que não se pode dar o seu de cada um, se não houver as coisas de cada um no mundo, ou se elas nunca estiverem em poder de *outrem*. Portanto, é pressuposto da justiça e do direito que as coisas estejam repartidas, também o é que as coisas possam estar em poder de outro que não o seu titular. Se não existisse o meu e o seu, a justiça não teria lugar.

Ao analisar a fórmula da justiça percebeu-se que três são as suas partes, a primeira é *dar*, a segunda a *cada um* e a terceira *o seu*. *Dar* tem um sentido genérico, logo se pode dar, entregar restituir, etc, o seu de cada um. Viu-se, ainda, que a justiça não consiste no dever de dar, mas na ação de dar. O homem deve dar a cada um o que é seu, todavia, a justiça não consiste nesse dever, mas, em seu cumprimento. A justiça é, pois, um hábito de vontade que atua dando, entregando, devolvendo, logo, é ato, ação, que não se confunde com dever.

Quando se diz *a cada um*, deixa-se manifesto que a justiça não se refere ao geral, a grupos ou coletividades. A justiça dá o seu e cada um, a cada pessoa singular, a cada instituição. Não privilegia grupos, ainda que em desvantagem econômica, ela não faz acepção de pessoa, dá assim, o seu a cada um, segundo o que lhe é devido.

O *seu*, por sua vez, abarca como dito, todos os tipos de direito provenientes das relações jurídicas. O seu é, pois, uma coisa corpórea ou incorpórea, ou seja, uma *res* exterior atribuída a alguém. Essa *coisa* pode ser compreendida como tudo que seja passível de interferência. Pode ser assim, uma casa, uma quantidade de dinheiro, um animal, uma função, uma faculdade, uma sanção penal, etc. A palavra coisa tem, pois, um sentido muito genérico, para abarcar tudo que possa ser o seu de alguém. Significa ainda uma atribuição exclusiva, ou seja, algo está destinado a alguém com exclusão de todos os outros. O *seu* é, todavia, chamado de *o justo*, como se infere do trabalho, porque se dá o seu segundo uma relação de justiça. E a justiça dá ao titular do direito exatamente aquilo que lhe é devido de forma exata, logo, somente o que é seu. Diante de toda essa explanação se pôde concluir que a justiça para os realistas clássicos é concreta, nada utópica, é um mínimo realizável.

Infere-se, ainda, do trabalho que se a justiça consiste em dar a cada um o seu direito, logo, para que haja um ato de justiça deve haver um direito constituído anteriormente. A justiça está, assim, intimamente ligada ao direito, uma vez que é o último, o seu objeto. O que se dá é o seu, assim, pois, o seu direito. Logo, o direito

precede a justiça, dado que é necessário que exista o seu para que se possa dá-lo a quem lhe é devido.

Em seguida, pôde-se concluir que é a ação justa característica essencial da definição da justiça, uma vez que ela consiste na virtude (que é um hábito) de dar aos outros o seu, logo, fica claro, que a justiça tem como característica principal a alteridade, ou seja, ser virtude de uma relação social.

Pelo exposto no quarto capítulo, pôde-se inferir que é o conceito de direito um universal elaborado pela razão *a posteriori*, partindo, como se viu, da experiência. Dito isso, se percebe que não é o direito uma ideia pura *a priori* sem outro conteúdo que não o da pura razão. Esse conceito, embora seja fruto da razão, têm um fundamento *in re*, isto é, expressa o universal que se extrai da observação do particular existente (da realidade observada). Portanto, a sua compreensão não é só questão de estudo e análise linguística, uma vez que o direito é mais que uma simples locução, é conceito que contém algo real. Daí seu estudo, em suma, ser estudo e análise da realidade, do estado jurídico das coisas consideradas em si mesmas.

Percebeu-se que a coisa justa, a norma e a faculdade foram chamadas de direito em algum momento da história. Viu-se que a norma é parte dos elementos constitutivos do fenômeno jurídico, dado que têm uma íntima relação com a coisa justa, mas não é o direito em sentido estrito. Ela é a causa e a medida do direito. É causa porque, como visto, reparte as coisas, as atribui, criando assim direitos. É medida, por sua vez porque regula os direitos e o modo de usá-los, impõe limites, prescreve seus pressupostos de capacidade, etc.. Como foi dito, a norma não é direito em sentido estrito dado que o ofício do jurista não é a arte de fazer leis e nem tem a sua arte à finalidade de ordenar a *pólis*, segundo um bem comum. Sendo função do jurista a determinação do direito, da coisa justa, e sendo a norma a causa e a medida do direito, resulta claro que a função do jurista é também a interpretação das leis. Todavia, a finalidade da função do jurista não se resume à interpretação da lei, mas, ao seu uso para o dimensionamento da coisa justa.

O direito subjetivo, ou seja, o poder ou faculdade, também não é direito em sentido estrito. Para que o poder ou a faculdade fosse o direito em sentido estrito, como se pôde concluir, o direito seria antes exigível do que devido. Ocorre, entretanto, que o direito é antes devido do que exigível, uma vez que a perspectiva

do jurista é a perspectiva da ação justa, do homem justo, assim dessa perspectiva a coisa aparece como devida, como uma dívida: aquilo que deve ser dado a quem é seu titular. Certamente o que fundamenta esse dever é a titularidade da coisa, uma vez que é *sua*, a coisa, porque lhe é devida e não porque foi exigida. Assim, para ser justo não é preciso esperar que o outro exija o que é seu.

Logo, o poder ou a faculdade só pode ser denominado direito se tomado como uma derivação da coisa justa. O que pode ocorrer de duas formas distintas: primeiro quando a coisa justa devida é uma faculdade ou um poder (ex. uma obrigação de fazer ou não fazer), segundo quando da coisa justa derivam poderes e faculdades, ou seja, se um sujeito é titular de uma casa, a coisa justa, o direito em sentido estrito é a casa, mas obviamente, desse direito derivam faculdades, tais como usar, gozar, fruir, dispor, etc.. Em nenhum dos casos, como se viu, o direito se transmuta em faculdade, ele continua sendo a coisa justa. Logo, se viu que o direito em sentido estrito e primário é o seu, a coisa justa. As demais realidades, como a norma e a faculdade são verdadeiramente jurídicas por seu nexos com o direito e formam a estrutura jurídica da realidade social.

Ainda nesse capítulo, viu-se que o direito existe somente dentro das relações sociais, dado que não é uma realidade restrita a um sujeito, ele requer essencialmente dois sujeitos diferentes: o titular que tem o seu direito perante o outro ou os outros sujeitos e esses que devem dar ou respeitar o direito do titular.

Para se definir o direito em um caso concreto tem-se que conhecer o seu título e a sua medida. A definição do título, como se viu, pode ser expressa como aquilo em cuja virtude o direito pertence ou está atribuído a seu titular. Logo, título pode ser tudo o que é capaz de produzir a atribuição de coisas. A medida por sua vez foi definida como a caracterização e delimitação intrínseca e extrínseca do direito, ou seja, a delimitação da coisa, o modo como à coisa é do titular, as faculdades jurídicas que lhe competem e os pressupostos e requisitos do uso do direito. Sobre o fundamento do direito viu-se que o fato de um homem ser titular de direitos tem um fundamento natural, uma vez que todo direito encontra seu fundamento mediato em alguma estrutura do ser humano. O homem, assim, não poderia ser titular de direitos se essa possibilidade não estivesse fundada em sua estrutura ontológica de pessoa humana. Assim, para que um ser possa algo, é preciso que esse algo esteja em potência em sua natureza.

Diante do exposto, conhecendo-se o título, a medida e o fundamento do direito, o justo passa a ser determinável, uma vez que ele é por si, em sua essência, uma coisa concreta, e assim passível de ser determinada.

Focou-se no capítulo quinto inicialmente na pessoa e em sua dignidade. A dignidade como se viu é um conceito central para o realismo jurídico clássico, uma vez que nas coordenadas de seu pensamento é impossível pensar no direito e nos direitos sem se remeter à dignidade. O Homem, assim, possui direitos que são inerentes a sua condição de homem, direitos que são limitados e condicionados por sua natureza. Disso deriva que a pessoa humana como digna que é, merece tratamento adequado a seu estatuto ontológico.

Afirmou-se, ainda que o homem assim como os seres inertes, faz parte do mundo, porém, ao mesmo tempo em que faz parte do mundo ele o transcende. Assim, segundo a visão realista cujo expoente inspirador dessa parte do trabalho é Hervada, a natureza pode ser entendida como uma estrutura fundamental do homem e como fator que define o que ele é em contraposição com os outros seres. O Homem, assim, é parte do ecossistema no sentido que está contido nele e nele interfere, todavia, goza de uma situação singular, uma vez que, tem consciência do seu ser e pode dominá-lo podendo dominar também o seu entorno.

É a natureza que dá ao homem o que ele tem de universal, a sua condição de humano, de pessoa. Todavia, não é a natureza a totalidade da pessoa. A pessoa, de fato, tem uma história, vive no tempo e espaço o que a singulariza, o que vai para além de sua natureza, mas que sem dúvida tem sua base na natureza e em sua potência evolutiva. Logo, pode-se dizer que a iminência do ser humano no mundo se tem em virtude de sua natureza humana, do que é comum aos homens, independente das circunstâncias históricas e das contingências que eles possam se encontrar. Sabe-se também que a natureza se define por suas potências e seus fins, logo, é inegável a conclusão de que todos os homens independentemente de sua condição particular são igualmente dignos. Ressaltou-se ainda que a pessoa em virtude de sua dignidade constitui-se em um ser dotado de *debitude*, ou seja, há coisas devidas a ele por ser pessoa.

Como dito no texto, todo esse desenvolvimento sobre a pessoa humana é a base para a compreensão de que ela é um ser que tem em sua essência a juridicidade e dessa juridicidade decorre o direito natural. A juridicidade é derivada

justamente da *debitude*, se algo é devido a ela, ainda que somente um tratamento digno, existe uma relação jurídica entre as pessoas. Essa relação se caracteriza como visto, pelo direito ao tratamento digno e pelo dever de tratar os outros dessa forma. Diante disso, negar a juridicidade da pessoa humana só tem sentido se lhe negar a dignidade e se a esvaziar de conteúdo.

A juridicidade da pessoa é, pois, o que fundamenta o direito natural. É assim é uma ordem jurídica concreta inerente á pessoa humana, derivada de sua dignidade. Revelada ou conhecida pela razão. Logo, decorre daquilo que a pessoa tem de permanente e universal, o que é pertencente a todo ser humano. Assim, do texto pode-se inferir que é direito natural aquela coisa corpórea ou incorpórea adequada e proporcional ao homem em virtude de sua natureza ou estrutura fundamental ontológica. Aquilo que lhe é devido, baseado na *debitude* e exigibilidade inerentes á sua dignidade.

Mostrou-se que existe um direito natural concreto e vinculativo (tão concreto quanto o ser humano que é seu fundamento) e que esse não é incompatível com o direito posto historicamente, ou seja, o direito positivo. E que ambos, ao contrário do que é mais corrente na doutrina, formam uma unidade e se inter-relacionam de forma harmônica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**: 1ª parte da 2ª parte. v. 4. 2. ed. Tradução: Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1980.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**: 2ª parte da 2ª parte. v. 5. 2. ed. Tradução: Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1980a.

AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles. 2.** Ed. Tradução: Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, Paulus, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ARNAUD, André-Jean . Autour d'un dialogue imaginaire entre Michel Villey et Friedrich A. Hayek. **Droit et société**, nº. 71, p. 9-25, 2009. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2980811>>. Acesso em: 15 maio 2012.

ARNAUD, André-Jean. Michel Villey: une tolérance insinuante. Portrait d'un Maître. **Revista da Faculdade de Direito**. v. 106/107, p. 867-879, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67970/70578>>. Acesso em: 15 maio 2012.

CHORÃO, Mário E. Bigote. **Introdução ao Estudo do direito I. O conceito de Direito**. Coimbra: Almedina, 1989.

CHORÃO, Mário E. Bigote. *Michel Villey, paladino do realismo jurídico clássico. O direito*, Lisboa: n.4, p.7711-727, out-dez, 1989a. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12754/1/PD_25-2_02.pdf >. Acesso em: 15 jun. 2011.

CHORÃO, Mário E. Bigote. **Temas Fundamentais de Direito**. Coimbra: Almedina, 1986.

CONTRERAS, Francisco J. Antonio E; LUÑO Pérez Peláez **Michel Villey y España**. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fpersonal.us.es%2Fcontrera%2Fvilley.doc&ei=QtYIU4ioKJLJkAeOIYGwCQ&usg=AFQjCNEpDbBfDb3N2ASa6qDNCJmDqis2Uw&bvm=bv.61725948,d.eW0>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

CUNHA, Paulo Ferreira da. "Direito e universidade do pensamento jurídico-pedagógico em Michel Villey". **Persona y Derecho**, v. 26, p. 93-158, 1992. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12773>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. "Direito natural e teoria da justiça. Deontologia, terminologia e sistematização". **Persona y Derecho**, v. 40, p. 13-52, 1999. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/13700>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. "Teoría do direito e filosofia do direito. Uma perspectiva jurídico-humanística". **Persona y Derecho**, v. 31, p. 29-57, 1994. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12844>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Reflexões sobre o direito contemporâneo. **Páginas de Filosofia**, v. 1, n. 1, p. 31-48, jan/jul 2009. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/865/958>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

DIAZ, Gonzalo Dias. Hombres y documentos de la filosofía española. IV H-LL. Madrid: Aguirde, 1991.

ESCRIVÁ IVARS, Javier; HERVADA, Javier. **Relectura de la obra científica de Javier Hervada**: preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. 2, Derecho natural y filosofía del derecho. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2009, v. 2. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/7135>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

ESCRIVÁ IVARS, Javier; HERVADA, Javier. **Relectura de la obra científica de Javier Hervada**: preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. 1, Derecho natural y filosofía del derecho. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2008, v. 1. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/7134/3/ESCRIVA-HERVADA%20I.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

GOYTISOLO, Juan Vallet de. "Tres autores de finales del XIX y principios del XX que se rebelaron contra la definición Derecho = Ley". **Persona y Derecho**, v. 40, p. 271-289, 1999. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/13868>>. Acesso em: 19 jun. 2012.

GOYTISOLO, Juan Vallet de. *Definición e interpretación del Derecho según Michel Villey*. **Persona y Derecho**, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra,

Pamplona: n. 25, p. 211-238, 1991. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12765>>. Acesso em: 18 de out. 2012.

GOYTISOLO, Juan Vallet e. "'Ius" y "lex" según las definiciones de los "magni hispani"'. **Persona y Derecho**, v. 37, p. 25-99, 1997. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12931>>. Acesso em: 19 out. 2012.

HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HERVADA, Javier. "Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico". **Persona y Derecho**, v. 18, p. 5-93, 1988. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12655>>. Acesso em: 15 maio 2012.

HERVADA, Javier. "Derecho natural, democracia y cultura". **Persona y Derecho**, v. 6, p. 193-211, 1979. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12040>>. Acesso em: 15 maio 2012.

HERVADA, Javier. "Libertad. Autenticidad y derecho natural". **Persona y Derecho**, v. 3 p. 515-521, 1976. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12295>>. Acesso em: 15 maio 2012.

HERVADA, Javier. "Libertad. Autenticidad y derecho natural". **Persona y Derecho**, v. 3, p. 515-521, 1976. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12295>>. Acesso em: 15 maio 2012.

HERVADA, Javier. "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho". **Persona y Derecho**, v. 9, p. 243-256, 1982. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12040>>. Acesso em: 15 maio 2012.

HERVADA, Javier. "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho". **Persona y Derecho**, v. 9, p. 243-256, 1982. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12040>>. Acesso em: 15 maio 2012.

HERVADA, Javier. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito. Tradução: Sandra Marta Dolinsky; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica Hélder Buenos Aires de Carvalho. Bauru: EDUSC, 2001.

MARITAIN, Jacques. **Sete lições sobre o ser e os primeiros princípios da razão especulativa**. 3 ed. Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

MASSINI CORREAS, Carlos I. *Realismo y Derechos Humanos*. **Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=68>>. Acesso em: 18 de jun. 2011.

MASSINI, Carlos Ignacio. "La justicia como "valor" desde la perspectiva del realismo clásico". **Persona y Derecho**, v. 10, p. 75-93, 1983. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12056>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito da coisa**. v. 4. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

OLIVEIRA, Carlos-Josaphat Pinto de. **A Justiça**. In: Aquino, Tomás de. *Suma Teológica: 2ª parte da 2ª parte*. v. VI. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

PIEPER, Josef. As virtudes cardeais revisitadas. Jean Lauand (trad.) **International Studies on Law and Education**, v. 11, p. 95-101, mai-ago, 2012. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/isle11/95-101Pieper.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. "El concepto de derecho en el realismo clásico a partir de las opiniones de Michel Villey y Georges Kapinowski". **Persona y Derecho**, v. 25, p. 73-114, 1991. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12758>>. Acesso em: 10 set. 2012.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. **La filosofía jurídica de Michel Villey**. Universidad de Navarra, 1990. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=177173>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

SCHOUPPE, Jean Pierre. *La concepcion realista del derecho*. **Persona y Derecho**, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona: n. 11, p. 555-633, 1984. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12470>>. Acesso em: 18 de jun. 2011.

SCHOUPPE, Jean-Pierre. "Reflexiones sur la conception du droit de M Villey: une alternative a son rejet des droits de l'homme". *Persona y Derecho*, v. 25, p. 151-169, 1991. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12761>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

VALLANÇON, François. Philosophie du droit, philosophie de la justice: entretien avec François Vallançon. In: **Institut pour la justice**. Juillet 2009. Disponível em: <<http://www.institutpourlajustice.org/wp-content/uploads/2012/10/Entretien-Franc%CC%A7ois-Vallanc%CC%A7on.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

VIGO, Rodolfo L.. "Aspectos polémicos en la obra de Michael Villey". *Persona y Derecho*, v. 27, p. 277-314, 1992. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/12791>>. Acesso em: 10 set. 2012.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução: Alcidema Franco Bueno Torres. 1 ed. Coleção: universitária de ciências humanas, São Paulo: Atlas, 1977.