

## MICHEL VILLEY E O TEMA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA CRÍTICA A PARTIR DE SEUS A ESCRITOS E DE SUAS FONTES

*Renato Rabbi-Baldi Cabanillas \**

*“Ces non-juristes que furent les inventeurs des droits de l’homme leur ont  
sacrifié la justice, sacrifié le droit”*

*(Michel Villey)*

I. Introdução: a crítica de Villey aos direitos humanos; II. A crítica lingüística; III. As raízes filosóficas da crítica; A. O Nominalismo. B. O Cristianismo. C. O Humanismo. D. Configuração histórica da teoria dos “direitos humanos”; IV. O ponto de vista de Villey; V. Coincidências e críticas com a opinião villeyana; A. Coincidências com a crítica de Villey; B. Críticas à crítica de Villey; 1) Crítica a partir dos textos de Villey; 2) Crítica a partir das idéias *in nuce* de Villey; 3) Crítica a partir das fontes de Villey; 4) Uma crítica a partir de três exemplos concretos; a) Os direitos “interiores”; b) O direito ao trabalho; c) O direito à vida; VI. Notas; VII. Referências Bibliográficas.

### *I. Introdução: a crítica de Villey aos direitos humanos*

A citação recém exposta, tomada da obra em que Villey se ocupa de modo sistemático deste tema, é provocadora como, de resto, sempre foi a atitude do autor a quem se dedica este encontro<sup>1</sup>. Romanista fino, historiador erudito, filósofo apaixonado, Villey jamais se sentiu comprometido com as “modas” intelectuais, com as posturas extremas (ou, como escreveu, “nítidas”<sup>2</sup>), ou com as idéias dominantes na universidade de seu tempo<sup>3</sup>. Pelo contrário, sua biografia intelectual – consequência do compromisso com a busca da verdade, própria de todo autêntico universitário<sup>4</sup> –, mostra a constante obrigação de indicar as incoerências lingüísticas e as aporias de fundo que, a seu juízo, apresentavam ditas posturas, por mais que isso pudesse ser visto como “poli-

ticamente incorreto”. Só deste modo – julgou – resulta possível avançar, para dizê-lo husserlianamente, a partir das “coisas mesmas”, a fim de obter o genuíno sentido do direito<sup>5</sup>.

É nesse contexto, portanto, em que se deve posicionar a frase que abre estas páginas e sobre o qual realizar-se-á o presente estudo. Convém, portanto, separar “o joio do trigo” a fim de não incorrer em simplificações ou em equívocos com relação à concepção villeyana dos direitos humanos. Esta, como se verá, não se dirige contra a defesa da pessoa enquanto tal, mas, sim, contra uma certa apresentação e fundamentação de dita defesa. Daí que, mesmo quando dita crítica se mostre simples ou linear, reflete não poucos matizes (algo que o autor, amante do processo dialético, sem dúvida aplaudiu<sup>6</sup>), o que obriga a efetuar precisões, a fim de posicioná-la em sua concreta dimensão, como via para precisar o que considero uma concepção “admissível” dos direitos humanos por parte de Villey.

A crítica do autor a este tema apresenta-se, inicialmente, como “lingüística”, mas, em seguida, assume uma dimensão filosófica. No que segue, ocupar-me-ei (seguindo, em parte, o próprio plano de trabalho do autor) da crítica lingüística (II), das razões filosóficas que a fundamentam (III) e dos argumentos villeyanos contrários àquelas (IV). Por último (V), tentarei indicar em que medida tais objeções resultam não objetáveis e em que medida não resultam (“A” e “B”). Com relação a este último ponto, proponho-me a defender uma leitura da noção de direitos humanos compatível com as fontes filosóficas do autor e sugerir que o próprio Villey não deveria (pelo menos em parte) sentir-se defraudado por ela. A tal fim, seguirei três passos: mediante os dois primeiros (“B”, 1 e 2), procurarei mostrar que dita compatibilidade surge, de modo explícito ou implícito (ou *in nuce*) dos próprios textos de Villey. Por último, apontarei algumas críticas ao seu pensamento a partir de um exame das fontes villeyanas (“B”, 3), que serão ampliadas com o exame de três exemplos concretos (“B”, 4, “a”, “b” e “c”).

## II. A crítica lingüística

A partir de uma perspectiva geral, Villey considera que “a História da Filosofia é, freqüentemente, não outra coisa que o estudo da linguagem”<sup>8</sup>. Tendo presente dita afirmação e os seus significativos estudos históricos com relação ao conceito de direito “subjetivo”, propõe-se a “litigar (...) contra a linguagem dos direitos humanos”<sup>9</sup>. A seu juízo, a linguagem das modernas e contemporâneas declarações nacionais e internacionais de “direitos humanos” conota “fórmulas desprovidas de sentido”, que geram “falsas expectativas”<sup>10</sup> ou “direitos utópicos”<sup>11</sup>. Trata-se de uma linguagem “vaga” e “ilusória”<sup>12</sup>, que, justamente por isso, não deve ser considerada como um “progresso” para a

ciência jurídica<sup>13</sup>. Certamente, ele compreende os motivos, muito justificados, pelos quais, na atualidade, se invoca a defesa dos direitos do homem e, nessa chave, “não haverá que pedir que nos abstenhamos de invocá-los”. Porém, lá da cátedra, sua função é “outra”: “tentar descobrir a linguagem mais correta”, “mesmo quando isso vai se prestar a falsas interpretações”<sup>14</sup>.

Em razão do dito, Villey considera que a linguagem dos direitos humanos ressoante de diversas aporias, que procurei agrupar sob as seguintes cinco notas.

Em primeiro lugar, o autor considera que os direitos humanos são *irreais* e, portanto, *ideais*, quando não dramaticamente *falsos*. Assim, aponta, “que se tenha inscrito na Carta pretensiosamente universal das Nações Unidas os direitos a participar nos assuntos públicos; às eleições livres (...) à cultura (...): em três quartas partes do mundo estas fórmulas são indecentes!”<sup>15</sup>.

Mas, mesmo quando tais direitos podem ser exercidos, não são de grande ajuda, pois – afirma como segunda nota – se apresentam de modo *indeterminado*, isto é, carecem de *limite* ou de *medida*<sup>16</sup>.

Daí emerge uma terceira característica: são *contraditórios*, já que “cada um destes direitos do homem é a negação de outros direitos do homem, e praticados separadamente originam *injustiças*”<sup>17</sup>. Assim, exemplifica que o “‘direito à vida’ não se compadece com a liberdade de abortar...; o ‘direito ao silêncio’ é dificilmente compatível com o direito a manifestar-se publicamente e o ‘direito à intimidade’ com o nosso direito à informação generalizada...”<sup>18</sup>.

Esta última consideração, agrega, revela uma quarta nota, a saber, o pano de fundo *ideológico* que nutriria a noção, o qual, em definitiva, o torna estéril no sentido de facilitar a convivência social<sup>19</sup>. Villey exemplifica: Hobbes, a serviço dos Stuarts, “concebeu-os para os reis”. Mais tarde, com Locke, “passam a estar a serviço dos sujeitos”<sup>20</sup>. Algum tempo depois, completa, o direito de propriedade consagrado pela Declaração francesa dos Direitos do Homem, “não evitou os numerosos confiscos contra os inimigos da Revolução”<sup>21</sup>.

Finalmente, estima Villey que esses direitos são *interiores* ou *espirituais*, donde, ao carecerem da nota de “exterioridade”, não são, *stricto sensu*, “direitos”: “a liberdade de *consciência* é interior, atributo do *homem*, que ninguém pode tirar”<sup>22</sup>.

Em síntese: para o autor “a linguagem dos direitos do homem não é a linguagem do direito”<sup>23</sup>. Daí que, conclui, “devemos contentar-nos com dizer que existem deveres de filantropia, de humanidade, de beneficência, de não aceção de pessoas. Nossa linguagem seria mais exata”<sup>24</sup>.

### III. *As raízes filosóficas da crítica*

Para Villey, a formulação dos direitos humanos é reflexo de um modo de aproximação do sentido último do direito que funda suas raízes na Baixa Idade Média e que floresce na “Modernidade”. A seu juízo, esta noção nasce em meio a um conluio de razões “extrajurídicas” (uma inicial disputa intraeclesial que, mais tarde, produziu impacto sobre a concepção acerca de como organizar a sociedade civil e os fins a ela destinados), e é levado a cabo por autores carentes de uma formação e, menos ainda, de uma preocupação pelo direito. No essencial, esta maneira de assumir o fenômeno jurídico supõe tomar em consideração de maneira única, exclusiva e excludente os indivíduos enquanto tais, isto é, de modo isolado e, portanto, sem relação com os demais e com o contexto social no qual se encontram<sup>25</sup>.

Assim, pois, a chamada “via moderna”, que desemboca na formulação dos “direitos humanos”, reconhece três fontes filosóficas convergentes: o Nominalismo, o Cristianismo e o Humanismo. Ilustrá-las-ei, a seguir, de modo sucinto.

#### A. *O Nominalismo*

Como explica Villey, “a ciência, segundo o Nominalismo, gravita ao redor do indivíduo. Só o indivíduo está dotado de existência real (...) só ele é objeto autêntico do nosso conhecimento, de sorte que não pode haver ordem jurídica se não for a ordem procedente da vontade individual”<sup>26</sup>. Neste contexto, adverte Villey que “os teóricos do sistema jurídico têm explorado metodologicamente esta ontologia individualista”, de modo a “construir toda a linguagem ao redor do indivíduo. Conseqüências: eles fizeram da *lei* a pura manifestação de uma vontade individual (vontade de Deus e, em seguida, do príncipe temporal), na medida em que o *contrato* resulta da vontade conjunta dos particulares. A *obrigação* devém o atributo de uma pessoa individual, encarregada de efetuar certos atos ou de abster-se de outros [e, portanto] diminuição da *liberdade*. O direito é também um atributo da pessoa: direito subjetivo, *right*”<sup>27</sup>.

#### B. *O Cristianismo*

Para Villey, as idéias nominalistas não estão afastadas de “uma inspiração teológica”<sup>28</sup>, e estas, por sua vez, constituem a “principal origem” “[d]esta invenção dos direitos do homem”<sup>29</sup>. Com efeito, a juízo do autor, “o Cristianismo é um fermento do individualismo; outorga um grande preço à pessoa individual e pensa, ademais, em função do indivíduo”<sup>30</sup>. Neste horizonte, a idéia chave é “a doutrina cristã da liberdade. De uma liberdade dada ao

homem pela graça de Cristo, libertando-a da escravidão do pecado e, ainda, da 'lei' no 'estado de natureza restaurado'<sup>31</sup>. Assim, pois, "com o Evangelho uma parte essencial do indivíduo escapa da sujeição ao Estado (...) Eis aqui o germe das liberdades modernas do indivíduo, que serão oponíveis ao Estado, [eis aqui] os nossos futuros 'direitos do homem'<sup>32</sup>.

### C. O Humanismo

A juízo do autor, tanto "o pensamento bíblico" como "o grego tinham consciência de que existe uma comunidade da humanidade inteira"<sup>33</sup>. Neste contexto, acrescenta, "Grécia, Roma e a cristandade da Idade Média dispuseram de uma moral supra-nacional...", que se funda "[n]uma lei *comum* segundo a natureza", que "prescreve deveres frente a *todos*" e que se resume em torno de certas condutas essenciais: a *Humanitas*, a *Misericordia*, a *Hospitalitas*, a *Caritas* e, de modo relevante, a *Fides*.

Pois bem: para Villey, a nota mais característica do Humanismo renascentista radica, precisamente, "[n]o renovado interesse que assume sobre as morais helenísticas – estóica e epicurista – morais centradas sobre o indivíduo e, muito mais do que sobre o direito civil próprio de cada cidade, sobre o sonho de um direito universal, cosmopolita (*jus universum - jus gentium - jus naturale*), que seja o mesmo para todos os homens. Todas correntes de idéias que servem para a progressão da idéia moderna dos direitos naturais"<sup>34</sup>.

### D. Configuração histórica da teoria dos "direitos humanos"

Precisas as bases filosóficas da teoria dos direitos humanos, Villey se interessa pelo seu advento histórico. Em sua opinião, este surge no século XVII, "especialmente sob a pena de escritores ingleses, numa doutrina *filosófica* secularizada, mas de modo algum subtraída da hegemonia da fé cristã"<sup>35</sup>. Nesse contexto, o autor presta especial atenção ao pensamento de T. Hobbes e de J. Locke<sup>36</sup>.

Quanto a Hobbes, Villey assinala-lhe um lugar de exceção ao considerar que "forja uma nova imagem do fenômeno da sociedade, uma nova ciência social, *profana* e, mais ainda, racional (...). Hobbes não é somente um cristão e um humanista, mas também um adepto da ciência moderna..."<sup>37</sup>.

Com efeito, nominalista "nato", ao se empenhar em "edificar uma doutrina social, foi-lhe também necessário descrever o modo no qual se encontram, coexistem os homens". E esta é "o *estado de natureza*", idéia em voga em seu tempo a partir da "famosa pintura dada por Lucrecio da vida primitiva dos homens", ainda que, neste caso, "vai se revestir da função de uma hipótese científica".

É que, como se adiantou, Hobbes adere ao método “resolutivo-compositivo” aprendido na escola de Pádua, a partir de Galileu” e que haverá de caracterizar, desde então, a física moderna: “o sábio começa por reduzir a realidade, por via de análise, em elementos simples; depois a reconstrói, por síntese”<sup>38</sup>. Pois bem: no concernente à vida social, esta haverá de reduzir-se aos seus elementos mais simples, isto é, aos indivíduos, os quais, separados e analisados, serão finalmente “reconstruídos” ou “recompostos” através de outra figura chave: o *contrato*, mediante o qual constrói-se uma genuína vida em sociedade.”

A juízo de Villey, a idéia dos direitos humanos aparece com nitidez no dito “estado de natureza”, pois, segundo Hobbes, existe nele um “*right of nature which writers commonly call jus naturale*” e que consiste em “*the liberty each man hath to use of his own power, as he will himself, for the preservation of his own Nature, that is to say of his own Life, and consequently of doing anything which in his Judgement and Reason he shall conceive to be the aptest mean thereunto*”<sup>39</sup>. Trata-se, pois, de um direito entendido como liberdade onímoda, a fim de preservar a própria subsistência, pelo que resulta carente de todo limite ou medida, sendo, portanto, absoluto. Como dirá Hobbes em outro texto célebre, o direito do estado de natureza é um *ius in omnia*<sup>40</sup>. Para Villey, “em nenhuma parte melhor que na Política de Hobbes se explica a noção moderna do direito como poder ou liberdade, em direta oposição a Aristóteles, porque a demonstração de Hobbes revela, com perfeita clareza, suas origens filosóficas, que são a exaltação cristã da liberdade de cada pessoa e, sobretudo, o nominalismo”<sup>41</sup>.

Pois bem: como é sabido, este “estado de natureza” só pode afundar os indivíduos na anomia, motivo pelo qual cabe à “razão” a tarefa de “conceber o melhor modo” de sair desse estado de guerra e de insegurança. O que bosqueja, então, a razão? A resposta hobbesiana é conhecida: o *contrato*, isto é, explica Villey, “submeter-se a um acordo comum, sacrificando nossas liberdades à força de um poder soberano que instituirá a ordem e a paz – ‘Deus moral’ –, imagem sobre a terra do soberano onipotente do reino dos céus. Ele só conservará o seu direito natural, direito ilimitado (...). Frente ao soberano, os sujeitos estão desarmados, abdicaram de todo o direito de resistência”<sup>42</sup>.

Ainda que, como diz o autor, “no tempo de Hobbes ainda não se pôde imaginar Hitler ou Stalin, os regimes totalitários”, é claro que o esquema descrito não satisfaz os interesses da burguesia em auge, já que “o positivismo jurídico – redução do direito unicamente às leis ditadas pelo príncipe – ameaçava os direitos dos particulares”<sup>43</sup>. Resultou mister, assim, desenhar um esquema oposto, e é nele em que se deve localizar Locke.

No que aqui interessa, corresponde indicar que, como Hobbes, Locke também parte da consideração teórica de um “estado de natureza” no qual

unicamente se dariam indivíduos isolados. Todavia, difere de seu antecessor quanto à índole de tal estado. Como explica Villey, “Locke reintroduz no estado de natureza, por cima da Razão de cada indivíduo, uma lei comum, que governa os homens no respeito mútuo de suas propriedades. Eis aqui, pelo interesse da causa, o homem transformado novamente num ser naturalmente social...”<sup>44</sup>.

Pois bem, “toda vez que o estado de natureza não é mais um estado de miséria e de guerra permanente, na medida em que os indivíduos desfrutam de suas propriedades, já não lhes será necessário abdicar de seus direitos. Pelo contrário, eles estipularam no contrato social a conservação de seus direitos naturais de propriedade”<sup>45</sup>. E, certamente, outras das estipulações fundamentais que o distingue de Hobbes será “o direito de resistência dos sujeitos à tirania”<sup>46</sup>. Sobre tais bases, Locke completa o esquema dos direitos humanos tal como chegarão, um pouco mais tarde, às declarações e aos códigos modernos e que, desde então, observam um irrefreável desenvolvimento.

Assim, no que tange aos direitos de índole patrimonial, o caráter natural e absoluto do direito de propriedade teve uma imensa fortuna histórica. Trata-se, com efeito, de um “direito inviolável e sagrado, do qual ninguém pode ser privado (art. 17 da Declaração de 1789)”. Por sua vez, o seu titular tem o “direito de usar e dispor de sua coisa da maneira mais absoluta (art. 544 do Código Napoleão)”, se bem que “limitada no espaço”<sup>47</sup>. Por sua vez, com relação aos direitos extra-patrimoniais, Locke garante, além do já mencionado direito de resistência à opressão, a liberdade de consciência e a liberdade de opinião, centro de boa parte das críticas villeyanas já mencionadas *supra* II<sup>48</sup> e sobre o qual se voltará ao final.

#### *IV. O ponto de vista de Villey*

Chegados a este ponto, Villey indaga acerca de se houve algum ganho para o direito e, em definitiva, para as pessoas com a configuração desta teoria. O nosso autor é cético. A seu juízo, o Positivismo jurídico “encapsula” o direito, pois, ao cingi-lo unicamente às leis, todo o sistema de direitos subjetivos depende delas. E se bem que nos tempos de Locke e, inclusive, nos séculos posteriores, a noção de uma *lex corrupta* não constituiu um tema para os teóricos do direito, os acontecimentos vividos no século XX alteraram esse estado de coisas. Como explica o autor, “o positivismo jurídico se instalou na educação dos juristas e, na sua forma originária, fazia a justiça depender da vontade dos pais do Estado. O culto da lei ainda comportava um freio ao poder do Estado. Todavia, esse freio tendeu a desaparecer. Nós tivemos a experiência dos poderes totalitários: chegou o comunismo, o fascismo e o

nacional-socialismo”<sup>49</sup>. É, assim, nesse contexto que se deve compreender o notável auge desta noção. Na sua opinião, “foi necessário opor antídotos a essas infecções”<sup>50</sup>. Daí que, “posto que, de fato, o positivismo jurídico não oferece ao indivíduo nenhum recurso frente ao Estado, não resta outra coisa que os direitos do homem para defendê-lo contra a arbitrariedade daquele”, isto é, só resta esse “último vestígio (deformado) que ainda conservamos do direito natural”<sup>51</sup>.

No entanto, para Villey, a noção de direitos humanos aqui referida é incapaz de dar resposta a essa louvável e exigente tarefa. E não pode dá-la, porque, ao recostar-se sobre o individual, isto é, sobre os meros entes isolados, não está em condições de assumir, e, menos ainda, de obter uma visão de conjunto do assunto a cuja consideração se dirige. Daí que os direitos humanos assim concebidos jamais servem aos interesses de *todos*<sup>52</sup>. Mais ainda, o autor dobra a aposta: “se fossem tomados a sério, eles voltariam a conduzir-nos à anarquia...”<sup>53</sup>.

Para Villey, a razão dessa “sem razão” parece simples: a moderna teoria dos direitos humanos esqueceu que “o direito é relação *entre* os homens, multilateral”. E acrescenta: “Tenham ou não consciência, quando vocês usam a palavra ‘direito’, trata-se de uma relação. Como se poderia inferir uma *relação*, que cobre vários termos, de um termo único: o homem?”<sup>54</sup>. Como é óbvio, referida alusão a esse “termo único” que constitui o “homem” leva a pensar numa “noção abstrata” da pessoa<sup>55</sup>; isto é, num “homem em singular”<sup>56</sup>, “tomado individualmente”<sup>57</sup> ou, melhor, “isolado”, pois para a filosofia moderna – seguindo nisto o Renascimento – aquele é “tratado como um átomo...”<sup>58</sup>. Daí que, se bem “nada proíbe inferir da natureza do homem (que qualquer homem teria o dever de atualizar) os rudimentos de uma moral (...), como deduzir da natureza do homem (esse termo no singular) uma relação entre diferentes homens, isto é, o direito?”<sup>59</sup>.

Em função do exposto, Villey se mostra inflexível, pois considera que “a aparição dos direitos do homem testemunha a decomposição do conceito de direito. Seu advento foi o correlato do eclipse ou da perversão, na filosofia moderna individualista, da idéia de justiça e de sua ferramenta, a jurisprudência”. Esta última “tinha por fim medir as relações justas. Esta arte autônoma cumpria um ofício próprio, insubstituível. Os filósofos da Europa deixaram-na de lado (*au rancart*). A inquietação de uma justa reparação desapareceu de suas obras”<sup>60</sup>.

À luz da precedente conclusão, torna-se preciso reconquistar para o saber jurídico uma autêntica noção de direito que sirva à salvaguarda da pessoa. Para isso, Villey propõe a volta ao “direito natural clássico”, isto é, ao mundo greco-romano, mais tarde retomado por Tomás de Aquino<sup>61</sup>. Diz, com efeito,

“encontrar-se-á nos clássicos uma maneira contrária de articular o mundo e de conceber o ser: o mundo está conformado por conjuntos estruturados. Há no real algo mais que pontos singulares: há totalidades que implicam *relações*”<sup>62</sup>. Daí que, acrescenta, “se o *ius* é o que é justo (objetivamente), existe o justo de cada coisa e de cada pessoa: precisamente o estatuto jurídico, o lugar preciso que, na ordem geral, a justiça dá a cada um, e de modo algum essa vantagem, essa faculdade, esse poder que nós chamamos direito”<sup>63</sup>. O *ius*, então, faz referência “a essa outra espécie de *res* que os nominalistas procuraram apagar da face da terra; uma relação entre substâncias; por exemplo, entre as casas ou as somas do dinheiro que, numa cidade, seus proprietários repartem entre si”<sup>64</sup>. De modo que, completa, “...o direito, assim pensado, não é ainda rigorosamente ‘individual’. Não supõe para o indivíduo somente um ‘ativo’, só vantagens”, já que “o meu direito, isso que me deve ser dado, isso que eu mereço, pode talvez ser uma pena. Não é ainda ‘subjeto’, não se refere somente a um indivíduo, mas implica uma relação entre indivíduos. É o resultado de uma repartição. O meu direito, diz Aristóteles, é o bem de outro”<sup>65</sup>.

O impacto desta consideração do jurídico sobre suas distintas instituições constitui o reverso do desenho bosquejado pelo nominalismo individualista. Assim, o *contrato* se apresenta como um “fato social, subordinado a condições objetivas, irredutível ao consentimento dos particulares”. Por sua vez, a *obrigação* é uma “coisa incorpórea, relação entre pessoas (no lugar de ser a qualidade de um sujeito, como nos modernos)”. Nesse contexto, o *direito* (*ius*) “nesta estrutura lingüística já não pode reduzir-se ao conceito de direito subjetivo”<sup>66</sup>.

## V. Coincidências e críticas à opinião villeyana

### A. Coincidências com a crítica de Villey

Coincidiu na existência do “giro” que, gestado a partir da Baixa Idade Média, floresce na Modernidade com relação à maneira de conceber o fenômeno jurídico. Trata-se de uma mudança de paradigma com relação ao modelo do “direito natural clássico”, conseqüência do advento de uma filosofia de corte “nominalista” que, no que aqui interessa, unicamente considera, para fins da configuração do jurídico, a pessoa enquanto tal, ou seja, de maneira “isolada” e, por conseguinte, necessariamente “abstrata” com relação a como, na verdade, esta interage na vida social. Sobre tais bases, adiro também que este enfoque tem pouco de “jurídico”, se se considera que o ofício do direito reside em assinalar ou discernir o seu de cada qual nas concretas situações em que as pessoas se encontram.

E coincido, da mesma maneira, com um dado capital, que me permitirá começar a estruturar minhas desavenças: que esta perspectiva típica da Modernidade não extrapola a tradição na qual Villey embebe a sua filosofia, já que esta jamais considerou o indivíduo “no singular”, mas, pelo contrário, como um *zoon politikon*, de modo que tudo o que se predica dele, predica-se enquanto integrante do todo social, isto é, enquanto se acha *naturalmente* em relação com os outros seres com os quais *compartilha* projetos e, também, disputas. Neste horizonte, o direito não emerge, sem mais, somente da consideração isolada das pessoas, pela simples razão de que uma perspectiva tal não é real: as pessoas, com efeito, se acham sempre com outras e só a partir desse lugar está-se em condições de dar conta do *ius*, pois unicamente assim é possível considerar as verdadeiras exigências, não de cada indivíduo isoladamente considerado, mas deste na sua concreta relação com os demais. O direito, pois, visa “*ad alterum*”, segundo o conhecido *dictum* de Tomás de Aquino.

### ***B. Críticas à crítica de Villey***

Assentado o anterior, a questão chega à consideração de se corresponde, com propriedade filosófica e com justeza lingüística, falar de direitos humanos na tradição do “direito natural clássico”. A resposta de Villey será necessariamente negativa pelos motivos já expostos. Brevemente: a noção de direitos humanos, ao ser contingente por resultar o produto de um determinado momento histórico, assume as notas características da filosofia que a gestou, a saber, um individualismo de base que redundava num olhar “subjetivista” do direito, o qual se opõe, de plano, à tradição aristotélico-romano-tomista<sup>67</sup>.

No que segue, procurarei apresentar uma postura contraditória com a recém formulada, já que considero que esta última incorre numa promíscua e injustificada simbiose entre o que constitui a até aqui descrita concepção “subjetivista” do jurídico (fruto da “Modernidade”) e o que denominei “dimensão subjetiva, mas não subjetivista” do direito (típica do mundo greco-romano), já que, ao supor este uma *relação*, necessariamente remete a uma posição *contraposta, mas complementar* das partes, mediante a qual se exigem e se devem, reciprocamente, direitos (que podem validamente chamar-se – por metonímia, dirá Kalinowski – “subjetivos”) e deveres (que, de ordinário, costumam denominar-se “obrigações”)<sup>68</sup>. Como adequadamente explica Dabin, “segundo a interpretação visivelmente endurecida e excessiva que nos é proposta [refere-se a Villey], o direito subjetivo não seria outra coisa que o direito do indivíduo pensado para além de toda a vida social organizada, melhor ainda, para além de toda relação social”. Todavia, acrescenta, tal conclusão resultaria precipitada: mesmo quando a teoria do direito subjetivo “é relativamente recente”, pois é obra da “dogmática jurídica”, aceitar uma

noção como a indicada “não é, de modo algum, tomar partido a favor de uma concepção subjetivista, individualista, do direito”, porque “a realidade à que alude é também tão antiga como o direito e a justiça mesmos, pois não se concebe um direito objetivo que não reconheça, em proveito de uns e de outros, as prerrogativas – de função, de objeto e de conteúdo diversos – às quais chamamos direitos subjetivos”<sup>69</sup>.

### 1. Crítica a partir dos textos de Villey

Neste trecho, tentarei valer-me da companhia do próprio Villey. Trata-se da parte na qual, a partir dos seus textos, é possível inferir uma noção de “direitos humanos” compatível com o seu pensamento.

Com efeito, se lermos com algum cuidado a sua sempre incluível análise acerca da história das idéias jurídicas, creio que podemos encontrar mais de uma (é, por acaso, surpreendente?) coincidência com as idéias expostas com a ajuda de Dabin e de Husson. Oferecerei aqui três exemplos.

a) O primeiro procede do direito romano. Se bem que neste não há uma dimensão “subjetivista” do *ius*, a ponto de que nem sequer exista a expressão mesma “direito subjetivo”<sup>70</sup>; não menos clara parece a presença de uma perspectiva “subjetiva” daquele.

Com efeito, o próprio Villey o reconheceria quando afirma que todas as instituições romanas (*res-actiones*) se encontram concebidas “em função das necessidades dos homens”, com sustento na conhecida passagem do *Digesto* segundo a qual “*ius hominum causa constitutum est*”<sup>71</sup>. Sobre esta base, o autor alude a certas expressões “muito sugestivas” do direito romano, que refletem esta situação, tal como *adire hereditatem*, que significa “entrar na hereditas”; *fundum meum esse*, que alude a “que a instituição tornou-se minha” ou *actionem habere*, que indica “que uma pessoa pode servir-se de uma ação”, porque “a ação está dentro dos meus bens”<sup>72</sup>. Neste contexto, acrescenta que as realidades recém mencionadas (*fundum, hereditatem, actionem*), “providas de uma existência em si, passam a ser normalmente os objetos de uma apropriação individual, os objetos de um direito subjetivo”<sup>73</sup>, porque “ninguém pode prescindir (*passer à tout à fait*) da idéia de direito subjetivo”<sup>74</sup>. Como é óbvio, este reconhecimento de modo algum implica conceber todo o ordenamento jurídico a partir da perspectiva do indivíduo, de sorte que este seja a única “realidade provida de uma existência em si” (para empregar a mesma expressão de Villey). Ou melhor: o que se observa em Roma é um desdobramento relativamente amplo de poderes aplicados a realidades diversas: *filium meum esse; mulier meum esse; fundus meum esse; servus...; usufructus...; ius mihi esse* etc., ainda que – e isto é o decisivo –, em todas estas situações, “todo o peso

cai sobre as primeiras palavras (*fundus, servus, mulier, ius eundi*), nas quais se expressa toda a substância dessas situações muito diversas e que constituem o que hoje chamamos o conteúdo dos direitos subjetivos<sup>75</sup>.

b) O segundo exemplo também tem reminiscência romana. Toma-se da Baixa Idade Média e se refere aos glosadores. Para Villey, estes “oferecem do *jus* esta definição: seria *causa actionis*, a causa de uma ação em justiça que o seu titular está em condições de exercer e com êxito. De modo que a existência de uma ação pressupõe o direito positivo<sup>76</sup>.

c) O terceiro exemplo extrai-se de um horizonte racionalista, o qual permitiria mostrar que a pendente em direção à subjetivização do direito não foi linear, nem sequer entre as autoridades que, a juízo de Villey, mais contribuíram para a gestação de tal conceito. Vê-se, pois, o inevitável “*corsi e ricorsi*” que nos ilustrará o incisivo Vico.

Com efeito, se se toma o caso de Grócio, expõe o nosso autor que, ainda que “a partir da *Introdução ao direito holandês* dá à sua obra a forma de um sistema de (...) direitos subjetivos naturais”, não se trata de direitos que partem de uma consideração isolada e, portanto, abstrata do indivíduo, mas que, pelo contrário, são “indiretamente inferidos da natureza social do homem, obra do criador<sup>77</sup>. E mais: não se deveria evitar considerar que a noção de direito que o jurista holandês considera como “própria e estrita” carece de um aspecto individualista exacerbado, pois, mesmo quando se trata da “qualidade moral que compete à pessoa para ter ou fazer algo”, esse algo deve ser “justo” e, como recorda Villey, tal definição é precedida por outra que remete à tradição do “direito natural clássico”, ao expressar que se trata de “*id quod iniustum non est*”<sup>78</sup>.

Da mesma maneira, quando alude a Pufendorf, reconhece expressamente que “também existirá ruptura” com relação a propostas como as de Hobbes, já que “cessa de assimilar direito e liberdade”: “um direito é faculdade de atuar segundo a justiça e não de maneira arbitrária e numa total liberdade. Eis aqui que o direito subjetivo pressupõe uma obrigação”<sup>79</sup>. Em definitiva, o próprio Villey conclui que “quase todos esses autores do século XVII duvidaram em construir a totalidade da ordem política sobre o ‘direito’-soberania. Talvez a ordem jurídica derivaria, em primeiro lugar, da lei moral, que impõe aos indivíduos obrigações (o ‘direito’ não é senão o resultado de obrigações)”<sup>80</sup>.

A meu juízo, os exemplos indicados mostrariam que a filosofia que inspira tanto o conceito romano de *ius* como um direito contido ou delimitado, quer por ações previstas pela lei positiva, quer pela idéia do “justo” ou pela existência de “obrigações” – sejam estas de raiz “positiva” (se procederem da lei “posta” ou escrita) ou “natural” (se procederem da lei “natural” ou “moral”) – não é alheia a uma caracterização “subjetiva” do direito, ainda que o exposto não implique

que se tome em consideração, unicamente, os indivíduos e, menos ainda, a estes em estado “puro”, mas que, pelo contrário, eles são considerados *com os demais e em cada um dos contextos nos quais atuam*. A partir desta perspectiva, existiria uma plena compatibilidade entre o “direito natural clássico” e um direito “subjetivo”, entendido da maneira que sugeri mais acima, sem que resulte relevante a sua “ausência” lingüística, posto que tal direito surge, *de fato*, do que se impõe numa determinada situação concreta, seja esta discernida por aqueles que têm uma *auctoritas* reconhecida pelo pretor (tarefa esta que, na atualidade, é assumida pelo juiz) e que se pode chamar “direito jurisprudencial”, seja esta consequência de uma determinação legal (natural ou positiva) e que poderia ser denominada “direito legal” (lei natural ou lei positiva).

## 2. Crítica a partir das idéias en nuce de Villey

O exemplo citado em terceiro lugar me possibilita ingressar na presente seção, na qual procurarei defender uma noção dos direitos humanos admissível a partir das próprias fontes villeyanas, mas que, ao contrário do que se acabou de ver, não surge de modo expresso dos textos de Villey, sendo somente sugerida por estes.

Como se recordará, Villey ressalta e critica a importância que os autores racionalistas assinalam às regras da moralidade geral à hora de configurar o direito. Pois bem: aqui me parece de interesse deter-me na índole desta crítica. Assim, expressa que para o “descobrimento do direito de cada um (...) a ‘natureza do homem’, em geral, não é mais que *um dos fatores* que podem entrar no cálculo”<sup>81</sup>, pelo qual, se “é verdade que todos os homens são iguais, em certos aspectos, enquanto partícipes da mesma natureza genérica (...), é claro que esses dados abstratos não são *suficientes* para a solução do problema”<sup>82</sup>. E avança com um exemplo: o “preceito da moral geral” de “honrar a palavra dada é demasiado vago para servir às necessidades do direito”, pelo qual “não me parece constituir, para o direito, *uma fonte suficiente*”<sup>83</sup>.

Considero que as expressões que sublinhei das citações precedentes honram o melhor pensamento do “direito natural clássico” (o que é, obviamente, recolhido por Villey), mas estimo também que elas permitem uma fundamentação dos direitos humanos com base nesse pensamento (o que não é realizado por dito autor, mas que, valendo-me dele, tentarei fazer).

É que, como se adiantou, para as fontes villeyanas a natureza humana é portadora de uma dignidade, isto é, de uma “eminência” ou “superioridade” que é consequência do fato de que a razão se encontra em condições de captar naquela natureza um conjunto de “bens básicos”, que se reputam fundamentais para o desenvolvimento ou para a perfeição humana e que, por aplicação

do primeiro princípio prático racional segundo o qual “o que se mostra como bem é apetecível e deve ser realizado”, emergem como aspectos da personalidade que reclamam a sua realização, isto é, mostram-se como leis naturais, como normas próprias do ser humano, e que, no âmbito social, constituem-se, frente aos demais, como *direitos naturais, subjetivos ou humanos*<sup>84</sup>.

Pois bem: como as pessoas jamais se encontram sós, mas em sociedade (o *Mit-sein* heideggeriano), o respeito por e o desenvolvimento de tais bens exige dos demais não só a sua não interferência, mas, além disso, a sua cooperação (a *Fürsorge* heideggerina<sup>85</sup>), de modo que, nesse contexto, pode-se falar validamente, por um lado, de exigências ou *direitos naturais, subjetivos ou humanos* e, por outro, de deveres ou obrigações de dar, de fazer ou de não fazer. Como explica Massini, “o conteúdo dos direitos humanos são os próprios bens humanos básicos, enquanto a sua realização requer da cooperação e, por certo, do respeito dos restantes membros da sociedade autárquica ou política. Deste modo, v. g., o bem humano da vida é o conteúdo do direito à inviolabilidade da vida; o bem humano do conhecimento, o conteúdo do direito à educação; os bens humanos da amizade e da procriação, o conteúdo do direito de contrair matrimônio e de formar uma família...”. E acrescenta: “do que vimos desenvolvendo até agora, é possível concluir que, para a concepção realista clássica, os direitos naturais, humanos ou ‘morais’ não são senão a projeção jurídica das exigências que apresenta a normatividade ética acerca da realização ou atualização social dos bens humanos básicos”, de modo que, como estes “hão de ser prosseguidos ou preservados sempre e em todas as circunstâncias, os seres humanos são titulares – pelo simples fato de sê-lo – de certas prerrogativas ou faculdades jurídicas que protegem ou resguardam normativamente a possibilidade dessa realização no marco da vida social”. Daí que, conclui, “existem tantos direitos naturais ou humanos quantos bens básicos deve realizar o homem para alcançar a sua plenitude ou acabamento enquanto tal e na medida em que deve ser realizado”<sup>86</sup>.

Examine-se agora, sob esta lupa, as idéias villeyanas transcritas no começo. Já de início, é mister afirmar que a natureza humana não é um dos fatores que “pode” entrar no cálculo da determinação do direito, pois isso suporia que, sob certas condições, a pessoa “não conta”. Melhor dito: como a natureza humana é a *conditio sine qua non* para que tal determinação seja possível, nunca poderá resultar alheia ao jogo dos “direitos-deveres” fundamentais das pessoas (e emprego esta expressão para evitar que possa ser lida em chave subjetivista).

Admitido o anterior, cabe assinalar – e, agora, com Villey – que resulta verdadeiro que o princípio geral de honrar a palavra dada, em si mesmo, é uma “fonte vaga e insuficiente” para os fins de determinar o direito de cada qual.

E o é porque tal princípio, enquanto tal, não diz nada menos que ele “seja posto em correspondência”, como expressa Kaufmann, com as circunstâncias do caso ao qual se aplicam<sup>87</sup>. Dito de outro modo: o princípio só obtém sua configuração definitiva, para dizê-lo com Villey, quando “entra em relação”, numa disputa precisa.

No entanto, o que não se pode negar – e é aqui onde Villey não avança em seu raciocínio, *podendo* fazê-lo – é que dito princípio, enquanto “fonte” do direito, constitui um “bem básico” (ou, se se quer, uma diretriz que, sem grandes esforços, reporta-se a um “bem básico”, quer se trate do “conhecimento” ou da “razoabilidade prática”), de modo que – uma vez que o homem jamais se encontra isolado, mas, pelo contrário, no âmbito de relações sociais plurais – tal princípio constitui uma exigência ou um direito *natural, subjetivo ou humano* a ser respeitado pelos demais. Certamente, este princípio, bem ou direito não resulta absoluto nem, menos ainda, operativo, posto que nunca é reclamado “em abstrato”, mas no contexto de precisas e concretas circunstâncias, pelo que, como o mostram tantos exemplos da vida, é suscetível de condicionamentos. Neste sentido, como expressa Villey, é correto que se trata de uma “fonte insuficiente”. No entanto, nem por isso resulta menos “objetiva” (no sentido de que o seu fundamento é absoluto, por constituir um “bem básico” ou uma dimensão de algum deles) e, pelo mesmo motivo, tangível, já que, em chave social, suscita em quem a invoca um direito natural, subjetivo ou humano em que as relações jurídicas (pense-se, por exemplo, na interpretação dos contratos, tal como o precisa a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados ou sobre o Código Civil argentino) sejam examinadas a partir desse prisma<sup>88</sup>.

### 3. Crítica a partir das fontes de Villey

Esta última afirmação permite desobstruir o caminho para uma crítica à idéia dos “direitos humanos” assumida por Villey, que agora realizarei *a partir* da perspectiva de suas próprias autoridades.

A meu juízo, Villey não só (ou não apenas) rechaça esta noção pelo fato de ela proceder de uma raiz filosófica individualista, ou porque ele descreve dos pensamentos “da moda”, ou porque lhe inquiete a sua vagueza lingüística – afirmações, todas estas, que têm o seu lado de verdade<sup>89</sup>. Rechaça-a também porque não há nele uma leitura integral das fontes em que se inspira.

Como já se antecipou, o coração da crítica villeyana à idéia moderna de direito e que, como se vê, repercute sobre o tema que aqui se estuda, estriba no seu acertado rechaço, por um lado, da tese positivista da redução do direito à lei e, por outro, da tese dos moralistas de “fazer do direito um instrumento de

direção das condutas, reduzindo as regras jurídicas às normas morais preceptivas<sup>90</sup>. No entanto, nesse propósito, Villey incorre em certas simplificações ou omissões que o afastam das fontes do seu pensamento. Sumariamente, elas constituiriam as seguintes:

a) Em alguns momentos, Villey parece formular uma leitura determinista ou puramente fática da *natureza*, de modo que é reservado pouco ou quase nenhum papel ao labor criativo das pessoas na configuração do direito<sup>91</sup>. É verdade que existem textos (e não são poucos) contrários aos anteriores e nos quais se destaca, através do procedimento dialético, o papel decisivo da razão no desvelamento do justo concreto ou, em definitiva, do direito natural<sup>92</sup>. Contudo, essa ambivalência dá o que pensar, pois, como assinalou Cotta, é ela a que poderia tornar admissível a famosa crítica juspositivista com relação à existência de uma “falácia naturalista”<sup>93</sup>.

b) Como parece óbvio, tal concepção determinista da natureza tem impacto sobre as noções de *natureza humana* e de *lei natural*. Com relação a isto, em seu propósito (correto) de rechaçar a irreal concepção racionalista de uma natureza humana imutável, alguns textos villeyanos parecem abraçar a tese contrária. Assim, inspirando-se no conhecido *dictum* de Tomás de Aquino de que “*natura autem hominis mutabilis est*”<sup>94</sup>, expressa que “o direito natural é mutável porque o próprio homem muda”, em razão do que “nenhuma regra jurídica é absolutamente necessária”<sup>95</sup>. No entanto, tenho para mim que ditas afirmações parecem ter extremado a leitura do Aquinate, ao isolá-la das prévias e fundamentais referências do seu “Tratado da Lei”, nas que o teólogo napolitano estuda os preceitos naturais que caracterizam e governam a natureza humana e que, como *regra geral*, são permanentes e constantes<sup>96</sup>.

c) Como conseqüência lógica do anterior, Villey atribuiu especial ênfase à dimensão *descritiva-indicativa* da moral aristotélica (que se adverte em diversos fragmentos da sua *Ética a Nicômaco*), em detrimento da não menos evidente dimensão *imperativa* representada pela figura do virtuoso, a quem há que imitar e ao qual, além disso, as próprias leis compelem (presente tanto na citada *Ética* como, de modo fundamental, na *Política*<sup>97</sup>). E, justamente em virtude da referida opção – incomodado perante a clara perspectiva *prescritivista* do “Tratado da Lei” do Aquinate – omitiu considerar os seus aspectos *descritivo-indicativos*. Estes, com efeito, seguindo Aristóteles, também estão ancorados na figura do *spoudaios*, que, como expressa Finnis, é a *regula et mensura* que está no “coração da definição aquinatense da lei”<sup>98</sup>.

d) Inferência necessária dos pontos precedentes é a redução da torrente jurídica da doutrina tomasiana, que fica circunscrita ao “Tratado da Justiça”, com o argumento (que uma elementar leitura dos textos desmente) de que o “Tratado da Lei” é meramente moral<sup>99</sup>.

e) Sobre tais bases, é também inevitável a redução villeyana ao caráter meramente “indicativo” da linguagem jurídica, conclusão esta que, a meu ver e uma vez mais, só mostra uma dimensão do ser do direito, tal como lhe fora objetado por G. Kalinowski e por J. L. Gardies numa memorável polêmica<sup>100</sup>.

Em defesa de Villey, alegou-se a necessidade de não se esquecer o tempo e o espaço no qual teve de atuar, o que exigia – perante o domínio absoluto do positivismo jurídico – uma confrontação radical nos já mencionados aspectos mais distintivos deste: a redução do direito à lei e a promíscua contaminação da linguagem jurídica (já exclusivamente legal) com a da moral<sup>101</sup>.

Contudo – sem deixar de reconhecer a parte de verdade que encerra esta idéia –, não se pode desconhecer que já em meados da década de 60 o “ambiente” intelectual havia abandonado substancialmente o outrora absoluto domínio positivista. Mais ainda: dito pensamento mostrava sinais de uma alarmante crise, como o provaria o simbólico reconhecimento realizado por Bobbio, em Pavia, em 1966, de que “morreu o positivismo jurídico; viva o jusnaturalismo”<sup>102</sup>. E, ao mesmo tempo, tampouco devem ser ignoradas as numerosas críticas dirigidas ao autor a partir do setor jusnaturalista, que lhe reclamaram uma revisão dos tópicos aqui mencionados – e de outros – em harmonia com as próprias fontes teóricas comuns<sup>103</sup>.

Como se sabe, Villey não reagiu. Não há muito sentido em deter-se nas razões disso e, pessoalmente, não creio que resultem de grande ajuda os seus já citados escritos íntimos, recentemente publicados<sup>104</sup>. Pelo contrário, aqui – e a partir de uma perspectiva meramente científica – só me interessa identificar as conseqüências dessa omissão e, se couber, propor uma possível emenda.

Assim, porquanto interessa ao presente tema, considero que uma visão de conjunto da obra villeyana mostra a falta da já referida possibilidade (presente em Aristóteles, mas de modo ainda mais claro em Tomás de Aquino) de inferir racionalmente não só da ordem da realidade (do que Villey denomina a *natureza das coisas*), mas também da *natureza humana* (não isolada, mas naturalmente sociável e, portanto, sujeita aos condicionamentos históricos de tempo e lugar), direitos e deveres recíprocos que – mesmo com essa necessária dose de relatividade e de mutabilidade que governa a economia humana – tenham esclarecidos, não obstante, o seu núcleo ou dimensão “intangível” ou “intocável”<sup>105</sup>.

Nesse contexto – como expressa acertadamente Vigo –, o falseamento (quando não a omissão) da natureza humana incorre num duplo perigo: “além do risco ontológico de perder o fundamento objetivo e necessário do direito, está também o risco gnosiológico de privar a razão daquelas pautas que possi-

bilitam o seu funcionamento”<sup>106</sup>. É que sem uma noção de “natureza humana” (ou com uma idéia desvalorizada dela), é inevitável a “ideologização” dos direitos humanos condenada por Villey, já que, nesse contexto, estes advêm, no melhor dos casos, de meras “construções” sociais, que valem tanto quanto exista consenso em torno delas. Pelo contrário, uma noção como a postulada aqui (resultado de indagar, racionalmente, na estrutura física e metafísica ou finalista de todo ser humano), como expressa Massini, “faz possível colocar o núcleo da moralidade para além da manipulação humana”<sup>107</sup>. Daí que, conclui Vigo, “a alternativa não consiste entre imutabilidade e historicidade, mas em precisar os âmbitos onde se pode aceitar uma e outra característica”<sup>108</sup>.

Porém, há mais: esta omissão ou falseamento redonda numa noção paradoxalmente empobrecida do direito, pois o priva de sua tradicional consideração *analógica*. Com efeito, como muitos dos autores citados na nota 103, estimo que a admissão – também como direito – da lei (tanto da lei natural, que se discerne a partir da natureza humana, como da lei positiva, que determina o legislador) teria facilmente permitido a Villey integrar uma idéia de direitos humanos no coração de suas fontes intelectuais, tal como pretendi fazer acima e como procurarei mostrar, já à guisa de conclusão, com três dos direitos mais criticados por Villey: os chamados direitos “interiores”, o direito ao trabalho e o direito à vida.

#### 4. Uma crítica a partir de três exemplos concretos

##### a) Os chamados direitos “interiores”

Como se assinalou *supra* II, Villey pensa que alguns dos modernos direitos humanos são “interiores” ou “espirituais”, já que são “atributos do *homem*”, isto é, de uma pessoa concebida de maneira individual ou isolada. Neste horizonte, ao “não se tratar de ‘bens exteriores’ que resultam compartilhados” na vida social, “o direito não os conhece”, em razão de que não dão lugar a um litígio, único âmbito no qual se pode discernir o *ius* de cada qual. Daí que “não se trata de matérias nas que se exercite a virtude da justiça, no sentido próprio do termo, nem, tampouco, do direito estritamente dito”<sup>109</sup>. Pois bem: a quais direitos ou bens Villey se refere sob esta qualificação? O autor alude à “dignidade” da pessoa, ao “respeito” a esta, ao “amor” ou à “liberdade” e, dentro dela, às liberdades de “pensamento” e de “consciência”<sup>110</sup>.

Deixando de lado o tema do “amor” (ignoro se alguma declaração de direitos introduziu um semelhante disparate), parece difícil aceitar a tese de Villey. Cabe, com efeito, considerar que o “respeito à pessoa humana” carece de uma transcendência social (ou “exterior”, para seguir a terminologia

villeyana), inquestionável à hora de discernir direitos e deveres recíprocos?<sup>111</sup> Pode-se atribuir à “dignidade infinita” da pessoa uma dimensão meramente “espiritual” e, por tanto, alheia aos “bens que se repartem”?<sup>112</sup> Corresponde afirmar que a nota da igualdade humana concerne, mais que ao direito, à moral?<sup>113</sup>.

Considero que nenhuma destas perguntas pode ser respondida em sentido afirmativo, uma vez que tais notas remetem ao fundamento ou à razão de ser da existência do conjunto de bens humanos e, portanto, dos direitos que emergem na medida em que a pessoa é um ser naturalmente social.

De igual modo – circunscrevendo-me, por exemplo, ao caso das liberdades de pensamento e de consciência –, pode-se, na verdade, pensar que tais bens sejam “interiores”, isto é, um “atributo do homem que ninguém lhe pode arrancar”<sup>114</sup>?

A meu juízo, a resposta volta a ser negativa, já que a própria experiência histórica desmente a apreciação villeyana, desde o caso de Antígona até os totalitarismos do século XX, passando pelas perseguições que precederam o Edito de Constantino ou pelas guerras de religião na Europa. Não parece necessário, pois, deter-se na fundamentação da “exterioridade” de tais bens e nos tangíveis cerceamentos a que, lamentavelmente, deram lugar, desde quando a memória dos povos conserva registros.

Da mesma maneira, e a partir de um aspecto teórico, a possibilidade de desenvolver um pensamento autônomo e de expressá-lo, ou então a possibilidade de aderir a um determinado culto e de exercitá-lo (o que hoje se denomina o exercício “positivo” da liberdade religiosa<sup>115</sup>) constituem elementos da vida humana facilmente discerníveis pela razão como *bens fundamentais* que, por isso mesmo, reclamam a sua realização por parte de todos. Assim, pois, o que para alguns é uma obrigação (dever) de respeito e de cooperação, a fim de que tais bens possam ser realizados pelos demais, para outros é a correlativa exigência (*direito natural, direito subjetivo*) de tal respeito-cooperação, e tudo isso, claro está, sempre que mediante tais reivindicações não se cerceiem “os direitos dos demais”, “a segurança de todos” e “as justas exigências do bem comum numa sociedade democrática”, tal como categoricamente estipula o art. 32, ap. 2.º da “Convenção Americana de Direitos Humanos” (art. 75, inc. 22 da Constituição Nacional Argentina).

### ***b) O direito ao trabalho***

Tal como, do mesmo modo, Villey tinha expressado em *supra* II, alguns dos direitos contidos nas declarações contemporâneas de direitos humanos

resultam “irreais” e, portanto, prestam-se à burla, se se pondera que muitas de suas fórmulas são “indecentes”: Assim, o fato de “que a Constituição francesa ou os seus preâmbulos tenham proclamado ‘o direito ao trabalho’ [não impede] que exista entre nós um milhão e meio de desempregados...”<sup>116</sup>.

Pois bem: tampouco creio que, a partir das próprias fontes villeyanas, esta afirmação resista à crítica. Para já, convém precisar que sob a formulação “direito ao trabalho” quer-se, na verdade, alertar acerca da existência de um “bem básico” que surge racionalmente do conhecimento da natureza humana e que, por aplicação do já referido primeiro princípio prático racional, assevera que as pessoas requerem, para alcançar o seu máximo ou “completo desenvolvimento”<sup>117</sup>, entre outros aspectos, a possibilidade de exercitarem algum tipo de atividade laboral (intelectual, física, manual ou artística) da qual – ao se encontrarem aquelas em sociedade – os terceiros não a podem privar. Dito de outro modo: é só com base em tais pressupostos (a existência do referido bem básico e o dado de que os homens inquestionavelmente habitam em sociedade) que surge um direito *natural, subjetivo* ou *humano ao trabalho*, exigência esta que não pode ser impedida por terceiros, mas, sim, na verdade, e em todo o caso, coadjuvada por estes.

Em certo sentido (pois a sua opinião é equívoca, como se verá em seguida), Villey parece reconhecer esta idéia quando diz que as pessoas “enquanto (...) participam da mesma natureza genérica”, não podem ser objeto de “injustas discriminações”, de modo que os juízes devem “evitar ‘a aceção de pessoas’”<sup>118</sup>. A meu juízo, esta citação revela com clareza que se a pessoa fosse privada da *possibilidade* de obter o seu “completo desenvolvimento” – no caso, através de qualquer atividade laboral – estar-se-lhe-ia preterindo como tal ou, por dizê-lo kantianamente, estar-se-lhe-ia tratando como um “meio” e não como um “fim”. Em tais condições, parece claro que ela tem, em chave social, uma exigência fundamental, um *direito básico* a que tal privação não ocorra frente ao *dever/obrigação* de não interferência e/ou de cooperação dos demais (Estado e/ou indivíduos) dentro, uma vez mais, do marco das já expressadas “justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”.

Um exemplo ilustra esta idéia: na causa “Arenzón” (Fallos: t.306, p. 440), a Corte Suprema argentina confirmou a declaração de inconstitucionalidade ditada pela anterior instância de uma Resolução do Ministério de Educação que, ao exigir uma estatura mínima de 1,60m aos homens que quisessem seguir a carreira de professor de Matemática e Astronomia, com o fundamento de que “um tamanho muito abaixo da média normal (...) constitui um sério obstáculo para o bom desempenho docente...”, havia impedido o ingresso do autor, de 1,48m. A meu juízo, neste caso o tribunal garantiu três direitos substanciais: a) o direito à igualdade, b) o direito à educação c) o direito ao trabalho.

a) O *direito à igualdade* está na raiz de toda teoria jusnaturalista, que, por definição, aspira ao reconhecimento da igualdade ontológica de todo o ser humano em virtude de sua própria condição de tal. Neste horizonte, a estatura do Sr. Arenzón resulta um *acidente*, que, justamente por isto, não toca o *substancial*, a saber, a universal igualdade das pessoas, igualdade esta fundada na comum dignidade daquelas, que constitui o fundamento ou a razão de ser da existência do conjunto dos “bens humanos básicos” e, portanto, dos direitos que emergem enquanto a pessoa é um ser naturalmente social. Observa-se com clareza que a idéia de igualdade, contrariamente ao afirmado por Villey mais atrás, carece, exclusivamente, de uma dimensão “moral” e, portanto, “espiritual”. Pelo contrário, o caso sob consideração – justamente em harmonia com o seu reclamo de que, em virtude da “mesma natureza humana genérica”, não pode haver “injustas discriminações” – está revelando que a igualdade atinge em cheio o âmbito da vida social; e, quanto aqui concerne, o âmbito do direito.

b) Assentado o anterior, é óbvio que o contingente não pode afetar o discernimento de um “bem básico”, tal como o é o “conhecimento” ou, para dizê-lo com palavras do presente caso, o “saber” ou a “educação”. Com efeito, se se convém – tal como se havia antecipado *supra* V, 2 – que o “conhecimento” constitui, em si mesmo, um “bem básico” e que, enquanto tal, reclama ser realizado pelas pessoas como veículo para obter a sua plenitude, resulta indubitável que, a partir da consideração da vida social, emerge um *direito natural, humano* ou *subjetivo* a que a realização desse “bem básico” (que se manifesta através do *direito à educação*) não resulte cerceado pelos demais.

c) Da mesma maneira, parece claro que com o transcurso do tempo dito direito se “modaliza” sob a forma de outro: o *direito ao trabalho*<sup>19</sup>. A partir desta perspectiva, é óbvio que a decisão sob estudo está possibilitando que, num futuro, o Sr. Arenzón poderá – como tantos outros – postular-se a um trabalho; e, por isto, quando chegar esse momento, ostentará um indubitável direito a isso.

Esclareça-se, porém, que uma questão distinta – e distante – é que, assegurada essa *possibilidade* ou esse *direito*, a pessoa, *de fato*, exerça ou não um trabalho. Com esta última consideração abre-se um tema da maior relevância, e ao qual, lamentavelmente, Villey não lhe atribui nem a maior nem a melhor atenção: o da dimensão *histórica* dos direitos, pois, como rigorosa conseqüência da permanente referência à dimensão social da pessoa, deve inferir-se que aqueles estão indissolúvelmente condicionados pelas circunstâncias de tempo e de lugar em que se encontrem.

Os direitos, com efeito, estão transidos de historicidade. Assim, por exemplo, nem sequer o direito à vida (o mais *fundamental* de todos, enquanto,

liminarmente, sem ele resulta inútil predicar qualquer outro possível direito para as pessoas), ostenta uma dimensão *absoluta*, pois deve ceder perante um variado feixe de circunstâncias de espaço e de tempo, tal como o recorda tanto o direito positivo como a jurisprudência dos tribunais<sup>120</sup>. E, nesta lógica, nenhum dos restantes direitos (entre eles, certamente, o de trabalhar) faz exceção.

Como é previsível, Villey não é alheio a este assunto, embora, a meu ver, o tratamento que realiza se faz passível de uma dupla objeção: por um lado, é por demais sucinto e, por outro, sua parcimônia torna-o um tanto tosco, na medida em que, com sustento em dita historicidade, torna relativo o fundamental dado da igualdade ontológica das pessoas, quando, na verdade, se trata de duas dimensões por completo diversas, que não podem nem devem confundir-se.

Villey, com efeito, ilustra este assunto com o seguinte exemplo: referindo-se aos direitos dos irlandeses, hindus ou americanos, considera que “se nós devemos tomá-los a sério, atribuir-lhes um conteúdo que seja consistente, substancial, [então] devemos reconhecer que são diversos. Não estão cortados sob o mesmo molde universal e uniforme, já que são *relativos* aos dados do espaço e do tempo”<sup>121</sup>. Do transcrito, adverte-se, de imediato, o trânsito que vai do reconhecimento acertado da influência das circunstâncias “do espaço e do tempo” sobre a concreta determinação dos direitos (o que justificaria a observação villeyana relativa a uma certa “irrealidade fática” dos “direitos humanos” codificados nas declarações e constituições contemporâneas<sup>122</sup>) ao errado desconhecimento de que, mesmo tendo-se em conta tal relatividade, de modo algum cabe negar o “mesmo molde universal e uniforme”, conseqüência da tantas vezes referida igualdade ontológica das pessoas, que não poderia ser desconhecida, sob risco de ficar esvaziada de conteúdo.

Com relação a este último assunto, convém insistir que a igualdade dos homens, contrariamente ao que Villey afirma, não é “sob certos aspectos”<sup>123</sup>; que “a natureza do homem”, em geral”, como se havia antecipado, não resulta, apenas, um “dos fatores que pode entrar no cálculo”, na medida em que “é necessário ter em conta as *diferenças* que distinguem os indivíduos entre si”<sup>124</sup> e, menos ainda, que a “igual dignidade dos homens” remete a um “tipo de considerações que tem lugar nos alegados judiciais”<sup>125</sup>.

Ocorre que, como precisou Hervada, devem-se distinguir os níveis de análise: uma coisa é o *fundamento* e a *titularidade* dos direitos e outra o seu *exercício*. Assim, a historicidade dos direitos afeta o seu exercício, de modo que, ordinariamente, atinge o *sujeito* (por exemplo, uma pessoa com determinada incapacidade física não pode desempenhar uma certa tarefa laboral) ou sobre o *objeto* (por exemplo, a falta de meios econômicos numa sociedade, que

condiciona a execução de determinadas dimensões do direito ao trabalho ou restringe a sua prática a setores mais ou menos extensos de sua população). No entanto, o condicionamento histórico dos direitos não roça o seu *fundamento* nem a sua *titularidade*. Como explica o professor espanhol, o fundamento baseia-se na “condição de pessoa própria do homem”, isto é, na dignidade humana, no conhecimento e reconhecimento de uns bens fundamentais a toda pessoa, para além da possibilidade do seu concreto exercício. Basta, pois, o discernimento de tais bens para que, trasladados ao âmbito social, eles adquiram uma indubitável dimensão jurídica. Gera-se, então, um *título* para toda e qualquer pessoa, de modo que, por um lado, existe um débito dos demais para com o seu titular e, por outro, um direito deste sobre tais bens com relação a terceiros, mesmo quando, por certas circunstâncias históricas, tais direitos não possam, de fato, ser exercitados<sup>126</sup>.

Precisada esta capital distinção, está-se perante os elementos imprescindíveis para evitar, com êxito, a permanente preocupação villeyana, já referida e eloqüentemente resumida, quando inquire se “ousaremos estender, decentemente, o conceito do direito à *saúde* ao Biafra tal como ele é concebido em Manhattan?”<sup>127</sup>. A resposta parece clara: pode-se e deve-se estender tal noção se se pensa no *fundamento* e na *titularidade* dos direitos, pois tanto uns como outros são igualmente pessoas, apesar de que, lamentavelmente, o seu exercício nem sempre (ou quase nunca, ou inclusive nunca) possa ser realizado num certo lugar ou momento: para seguir outra conhecida distinção empregada pelo mestre Hervada, a impossibilidade de exercitar determinados direitos mostraria que estes não são *eficazes*, embora, sim, e sempre, não de reputar-se *válidos*<sup>128</sup>.

### c) O direito à vida

O último exemplo, e com o qual se fecham estas páginas, é o direito “à vida”. Da mesma forma que os restantes “bens básicos” e de conformidade com a teoria anteriormente descrita, poder-se-ia concluir, sem esforço, que, ao se projetar a vida humana no âmbito social, gera-se tanto um dever ou obrigação dos demais de respeitá-la como um *direito* (*natural, subjetivo* ou *humano*) a que a vida de cada qual também assim o seja. No entanto, Villey parecia afirmar o contrário. Ou, dito com mais precisão: do exame dos seus textos, parecer ganhar corpo a idéia de que a vida carece de dimensão jurídica, isto é, de que não existiria um direito subjetivo a exigir a sua proteção, mas, sim, em todo o caso, um dever de índole *moral* a respeitá-la. Observe-se, no que segue, alguns exemplos desta postura.

O primeiro procede de um texto escrito em 24 de novembro de 1972 no qual Villey anota: “Aborto. Um mundo dessacralizado (um mundo reduzido

ao que percebem os microscópios dos sábios) não seria um mundo real. É necessário devolver ao mundo o seu mistério. Que os lógicos, assim como os sábios, se caleem frente aos *difficéis problemas da moral* e deixem lugar aos homens humildes, aos *homens de oração*”<sup>129</sup>.

Como surge do transcrito, a complexa, mas decisiva, questão do aborto pareceria restringir-se a uma instância “moral-individual” e, portanto, aparentemente sem transcendência “exterior”, isto é – segundo o seu pensamento já exposto – *fora* do conhecimento do direito; rigorosamente “a-jurídica”.

Pois bem: se o texto que se acaba de citar pode induzir a alguma dúvida, o seguinte despeja-a por completo. Assim, uns dez anos depois, escreve: “pode haver um dever (vago) de não matar um feto; mas não um direito do feto a não ser morto”<sup>130</sup>.

É óbvio que as expressões precedentes se afastam nitidamente da concepção que aqui eu quis defender, sustentada pelas próprias fontes villeyanas. De acordo com estas, desde o momento em que o feto existe, emerge, por parte dos demais (a mãe e os terceiros) um dever concreto e circunstanciado (de modo algum “vago”) de respeito para com aquele e, mais ainda, de especial proteção em razão da sua evidente debilidade<sup>131</sup>. E, correlativamente, surge para o embrião um *direito (natural, subjetivo ou humano) à vida*, e, portanto – e contrariamente a Villey – “a não ser morto”.

Contudo, não seria desacertado pensar, como fora insinuado pelo professor D’Agostino na sua pertinente exposição no Colóquio para o qual se preparou o presente artigo, que estas reflexões, sem dúvida “íntimas” (ou, melhor, “intimistas”) de Villey não têm um valor definitivo, já que não foram publicadas pelo professor parisiense e, certamente, não parece que este tenha tido tal propósito. Não caberia, então, com relação a este tema, predicar de Villey a conclusão recém exposta.

No entanto, é possível rastrear estas idéias villeyanas em outros lugares que, sim, conheceram a luz pública por sua própria decisão. Entre eles, um especialmente representativo, na medida em que – conforme me confiara, numa conversa mantida em Paris com motivo da realização de minha tese doutoral – constitui um dos trabalhos que melhor refletem o seu pensamento sobre o sentido do “direito natural clássico” a partir do exame da linguagem jurídica, é o já mencionado *“De l’indicatif dans le droit”*. Nele, na esteira da memorável polêmica com G. Kalinowski, e na qual entrara como terceiro J. L. Gardies, sobre a dimensão “descritiva” ou “imperativo-deontica” da linguagem jurídica (e à qual se referiu S. Bauzon no Colóquio que origina estas páginas, e sobre a qual, naturalmente, não entrarei aqui), expressa que o art. 317 do Código Penal francês (pelo qual se apenas com reclusão a quem provoque o

aborto de uma mulher grávida), “não tem por objeto dirigir o comportamento da mulher”, nem, menos ainda, “prescrever” a ninguém que “não se pratique um aborto”. Certamente, o autor não se opõe a que exista “uma lei *moral* que proíba os abortos e também que esta lei possa ser *publicamente* proclamada numa sociedade”. No entanto, estima “muito distinto o ofício do *direito*, do juiz, do Código Penal”. E conclui: “Eu li, em algum lugar em Kalinowski, que o ‘direito penal proíbe o homicídio’; [no entanto] isto fá-lo o Decálogo; o Código Penal, art. 302, não nos proíbe matar; o direito penal se ocupa das penas”<sup>132</sup>.

Para os fins deste trabalho, interessa-me ressaltar que a preocupação villeyana por “libertar” o direito das garras da moral, à qual, conforme considera, foi paradoxalmente conduzido pelo positivismo ao haver este circunscrito o direito às meras leis, as quais, por definição, prescrevem modelos de conduta e, portanto, se expressam em “imperativo”; conclui (ou pode concluir, em lógica rigorosa) – e também paradoxalmente – por privar àquele de toda conotação moral ou valorativa. E, como é óbvio, uma tal conclusão não é recepcionada pela tradição a que Villey se remete.

Pois bem: em relação a este aspecto, convém ir por partes. Em primeiro lugar, deve-se enfatizar que Villey não nega os laços que unem o direito à moral<sup>133</sup>. Mais ainda: quanto concerne ao presente exemplo, expressa categoricamente que, a fim de imputar determinados delitos, “é muito necessário que, antes de que intervenha o Direito penal, *preexista* uma norma moral”, ao tempo que declara que “não é partidário de que se modifique, na França, esta lei moral pública que proíbe o aborto”<sup>134</sup>. No entanto, em segundo lugar, se tal norma moral – que, na linguagem das fontes villeyanas não é outra que a “lei natural” – tem (como sem dúvida a tem) uma dimensão inevitavelmente social, por que negar-lhe natureza jurídica, quando se manifesta em dita dimensão? Pois, conforme se procurou expressar em toda esta seção V, parece incontornável que o impacto social de dita norma, ao gerar um débito ou obrigação para os indivíduos, acarreta, inevitavelmente, um *direito* (*natural*, *subjetivo* ou *humano*) para cada um dos indivíduos em suas diversas *relações* com os demais. Assim, o fato de a razão discernir dentro da natureza humana (da sua estrutura e dos seus fins) um feixe de “bens básicos” dentro dos quais o primeiro (e não o menor) é o bem da vida, não é *só*, como expressa Villey, uma lei moral “preexistente” às leis públicas, que impõe o dever de resguardo da vida por parte da sociedade, mas, sim, que – como lógico correlato desse dever – faz emergir um *direito humano* a favor dos titulares de tais vidas ou, em seu caso, de seus representantes ou tutores a que ela seja resguardada e até favorecida. O recém citado art. 75, inc. 23, 2.<sup>a</sup> parte da Constituição argentina, penso, é especialmente ilustrativo do recém exposto.

Como parece óbvio, por trás do tratamento sem dúvida extremo ou, como já dizia Dabin, “endurecido” que Villey brinda sobre o tema dos direitos humanos e que resulta especialmente patente neste terceiro exemplo pelas drásticas conseqüências às quais chega, penso, já à guisa de conclusão, que lateja o mal-entendido de conjecturar que reconhecer certos direitos básicos suponha, de per se, pôr fim ao discernimento do justo concreto. No entanto, esta conclusão, central na tradição positivista a partir de um duplo mal-entendido (quer se parta da consideração da pessoa de maneira isolada e, portanto, dotada de direitos definitivamente configurados, absolutos e não excepcionáveis; quer se reduza o direito às prescrições legais deferidas pela autoridade, à qual cabe, sem mais, seguir), jamais o foi para as autoridades villeyanas. Daí que, se tal perspectiva resulta criticável (além de não intuitiva, pois não pode senão conduzir, em sentido rigoroso, ao aniquilamento mesmo da sociedade, tal como fora advertido por Villey<sup>135</sup>), não deveria sê-lo uma noção de direitos humanos proposta a partir das bases daquele por Villey chamado “direito natural clássico”.

Por isso, reconhecer dimensão jurídica aos direitos humanos não implica – como preocupa a Bauzon, seguindo o mestre, neste ponto, de modo estrito – “subministrar uma solução precisa para as relações humanas”, nem, menos ainda, negar que “é necessário proceder a um estudo dos fins da natureza das coisas disputadas”<sup>136</sup>. Tal estudo é, sem dúvida, imprescindível e somente após ele será possível estabelecer uma “solução precisa” do *caso* sob exame. Todavia, para a sua realização, parece evidente que esta se vê notavelmente favorecida se se parte do reconhecimento de certos bens intangíveis das pessoas que, na sua relação com os demais, não podem senão assumir uma dimensão jurídica da qual se *parte*, mas à qual não necessariamente, sempre se *chega*<sup>137</sup>. Concedo que se trata, ainda, de uma perspectiva *in abstracto* ou *in principio*, mas o suficientemente precisa para dotar de um eficaz ponto de partida – afirmo de que, “ao cabo da intervenção dos juristas”<sup>138</sup>, cristalize o *ius suum* – o direito concreto de cada qual, direito este em favor do qual, aliás, Villey foi um ineludível lutador durante quase meio século.

---

<sup>135</sup> Professor Adjunto Ordinário de Filosofia e Teoria Geral do Direito (Universidade de Buenos Aires); Doutor em Direito (Universidade de Navarra, Espanha); Secretário Letrado da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (República Argentina). Tradução por Frederico Bonaldo.

## VI. Notas

1 Este trabalho é uma versão ampliada do lido no “Colloque International sur Michel Villey. Le droit comme partage”, organizado pelas Universidades de Marne la Vallée (França), Tor Vergata (Itália) e pelo Instituto de Criminologia do “Centre National de la Recherche Scientifique” (França), coordenado pelos professores Chantal Delsol, Stephan Bauzon e Stamatiou Tzitzis, e que teve lugar na Universidade de Paris II, Pantheon-Sorbonne, nos dias 21 e 22 de janeiro de 2005.

2 VILLEY, Michel. *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique* (doravante: *Questions*). Paris : Puf, 1987, p. 71.

3 Cfr. a respeito as diversas contribuições da homenagem realizada ao autor (em sua presença) e editadas sob o nome de *Droit, Nature, Histoire. Michel Villey, philosophe du droit* (Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1985, *passim*). Cfr., mais recentemente, MELKEVİK, Bjarne. “Villey y la filosofía del derecho. Leyendo ‘Les Carnets’” In: “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, 20, Abeledo Perrot, 2000, Buenos Aires (do francês por P. Bastidas e G. Quintanilla; revisão de R. Rabbi-Baldi), p. 179; RIALS, Stéphane. *Villey et les idoles. Petite introduction à la philosophie du droit de Michel Villey*. Paris : Quadrige/Puf, 1999, pp. 10, 12 e 17-18; e VALLANÇON, François. “In Memoriam” In: NIORT, J. F. e VANNIER, G.. *Michel Villey et le droit naturel en question* (doravante: *Michel Villey*). Paris : L’Harmattan, 1994, p. 17.

4 Sobre a personalidade intelectual de Villey, cfr. as referências nas duas teses doutorais realizadas sobre o seu pensamento: RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. *La filosofía jurídica de Michel Villey*. Pamplona : Eunsa, 1990, esp. pp. 61-63 e BAUZON, Stéphane. *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*. Canadá : Presses de l’Université Laval, 2003, esp. pp. 1-7, e o Prefácio a esta obra de F. Terré, pp. IX-XI.

5 Sobre a necessidade de uma reflexão filosófica, cfr., entre outros lugares, o sugestivo comentário villeyano deixado entre as suas notas particulares e recentemente compilado

sob o título de *Réflexion sur la philosophie et le droit. Les Carnets* (textos preparados e ordenados por Blandine Kriegel e François Terré) (doravante: *Les Carnets*). Paris : Puf, 1995, p. 182.

6 Cfr., por todos, nessa linha, VALLANÇON. “Mémoire ampliatif en défense de M. Villey” (doravante: “Mémoire ampliatif”), In: NIORT/VANNIER, *Michel Villey*, nota 3, p. 51.

7 Como espero demonstrá-lo a seguir, ainda que a referida crítica se encontre, em alguns trechos, de forma “bem afastada” das teses de Villey, considero que não se inscreve na “tradição neo-estóica em geral” e, menos ainda, na de “Locke em particular”, tal como mo atribui Bauzon na obra citada na nota 4, p. 122, nota 322.

8 VILLEY. “Crítica de los derechos del hombre” (Doravante: “Crítica...”) In: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Chile : Ediciones Univeritarias de Valparaíso, 1976 (do francês por A. Guzmán Brito) (doravante: *Estudios*), p. 241.

9 *Ibid.*, *loc. cit.* Para o autor, existe uma continuidade histórica, produto de uma comum base filosófica, entre as noções de “direito subjetivo” e de “direitos humanos”. Sobre este assunto, cfr. o meu estudo citado na nota 4, pp. 438-486 e, mais recentemente, RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. “El derecho subjetivo en el pensamiento de Michel Villey: algunas precisiones de carácter histórico” In: “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, 22, Buenos Aires, 2002, pp. 65-82.

10 Cfr., entre outros lugares, VILLEY. “Note critique sur les droits de l’homme” (doravante: “Note...”) In: “Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag”. München : Beck, 1982, t. I, pp. 694-695. Cfr. também, VILLEY. *Les Droits et les droits de l’Homme* (doravante: *Le Droit*). Paris : Puf, 1983, pp. 153-4.

11 VILLEY. “L’Humanisme et le droit” (doravante: “L’Humanisme”) In: *Seize Essais de Philosophie du Droit (dont un sur la crise universitaire)* (doravante: *Seize Essais*). Paris :

- Dalloz, 1969, p. 71.
- 12 “Crítica...”, nota 8, p. 243.
- 13 VILLEY. *Les Droit*, nota 9, p. 154.
- 14 “Crítica...”, nota 8, pp. 241 e 248. Cfr. também, *Le Droit*, pp. 17-18 e “Note...”, nota 10, pp. 691-2.
- 15 *Le Droit*, p. 11 (a ênfase corresponde ao original). Cfr. também *ibidem*, pp. 151-152; “Note...”, nota 10, p. 694; “L humanisme”, nota 11, p. 71 e “Abrégé du droit naturel classique” In: *Leçons d’Histoire de Philosophie du Droit*. Paris : Dalloz, 1962 (doravante: “Abrégé”), p. 115.
- 16 VILLEY. “Abrégé”, nota 15, pp. 157 e 161; “L humanisme”, nota 10, p. 71; *Philosophie du Droit, I, Définitions et fins du droit* (doravante: *Précis, I*). 3. Ed. Paris : Dalloz, 1982, p. 153, entre outros lugares.
- 17 *Le Droit*, p. 13. Cfr. também p. 12.
- 18 *Ibidem*, p. 13.
- 19 Cfr. VILLEY. “Droit Subjectif I. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam ” (doravante: “La Genèse”) In: *Seize Essais*, nota 11, Paris : Dalloz, 1969, p. 146.
- 20 Cfr. *Le Droit*, pp. 9 e 151-153, entre outras.
- 21 Cfr., por todos, *Le Droit*, pp. 10-11.
- 22 *Ibidem*, p. 150.
- 23 *Précis, I*, p. 163.
- 24 VILLEY. “Considérations intempêtes sur le droit de gens” (doravante: “Considérations...”) In: “Archives de Philosophie du Droit”, 32, 1987, p. 14. Cfr. também, “Note...”, nota 10, p. 694.
- 25 Cfr. a respeito, entre outros lugares, *La Formation de la pensée juridique moderne*. Paris : Montchrestien, 1975, esp. pp. 225-275 e 580 ss.; “Abrégé”, nota 15, *passim*; “La Genèse”, nota 19, p. 171.
- 26 “La Genèse”, nota 19, p. 170.
- 27 VILLEY. “Travaux récents sur les droits de l’homme I” (doravante: “Travaux...”) In: “Archives de Philosophie du Droit”, 26, 1981, p. 415 (a ênfase é do original).
- 28 *Ibidem, loc. cit.*
- 29 “Note...”, nota 10, p. 695.
- 30 “La Genèse...”, nota 19, p. 142.
- 31 “Note...”, nota 10, p. 696.
- 32 *Précis, I*, pp. 130-131.
- 33 “Considérations ...”, nota 24, p. 14.
- 34 “Travaux...”, nota 27, p. 417.
- 35 *Ibidem, loc. cit.*
- 36 Agora não posso deter-me no estudo e na interpretação villeyana destas autoridades e, por isso, restringir-me-ei à exposição de algumas notas que estimo imprescindíveis, a fim de situar o essencial da sua concepção sobre a presente matéria. Para um exame mais detalhado do pensamento destes autores e a sua influência sobre a questão aqui estudada cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, nota 4, esp. pp. 401-408, 456-566 e 488-495.
- 37 *La Formation*, p. 655 (as cursivas são do original).
- 38 *Le Droit*, p. 138 (as cursivas pertencem ao original).
- 39 HOBBS, T. *Leviathan*, cap. XIV, pr. (tomo a referência de *Le Droit*, p. 136).
- 40 HOBBS, T. *Elements of Law*, I, 10 (tomo a citação de *La Formation*, p. 660).
- 41 *La Formation*, p. 661.
- 42 *Le Droit*, pp. 141-2 (as cursivas pertencem ao autor).
- 43 *Ibidem, loc. cit.*
- 44 *Ibidem*, p. 149.
- 45 *Ibidem*, p. 149.
- 46 *Ibidem*, p. 151.
- 47 *Ibidem*, p. 148.
- 48 Cfr. esp. *ibidem*, pp. 148-151.
- 49 “Note...”, nota 10, p. 691. Cfr. a semelhante e muito sugestiva reflexão de KAUFMANN, Arthur. “El renacimiento

del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él” (do alemão por A. Guardia Clausi; revisão e notas de R. Rabbi-Baldi Cabanillas) In: RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires : Abaco, 2000, esp. pp. 224-226.

50 “Note...”, nota 10, p. 691.

51 “Crítica...”, nota 8, pp. 248 e 242. Cfr. também *Les Carnets*, nota 5, p. 471, onde escreve que, perante o “système technisien” que “robotise” o homem, “pourraient se comprendre” tanto os “droits de l’homme” como “l’idée de droit subjectif”, embora – matiza – isso não supõe considerá-lo como o “droit au sens strict”.

52 Cfr. *Le Droit*, p. 153. Cfr. também “Crítica...”, nota 8, p. 244.

53 *Le Droit*, p. 153.

54 *Ibidem*, p. 154. Cfr. também “Travaux...”, nota 27, p. 415 e “Crítica”, nota 8, p. 247.

55 *Précis*, I, p. 162.

56 *Le Droit*, p. 22. Cfr., igualmente, “Travaux...”, nota 27, p. 412.

57 *Précis*, I, pp. 134 e 153.

58 *Ibid.*, p. 153.

59 VILLEY. “Dos ponencias sobre la mutabilidad del derecho natural en Aristóteles y Tomás de Aquino” (do francês por Carlos I. Massini Correias) In: “Prudentia Iuris”, XV, Buenos Aires, 1985, p. 102.

60 *Le Droit*, p. 154.

61 Cfr., por todos, “Abrégé”, nota 15, *passim*.

62 “Travaux...”, nota 27, pp. 415-6 (a ênfase é do original).

63 VILLEY. “Les origines de la notion de droit subjectif” (doravante: “Les origines”) In: *Leçons d’Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris : Dalloz, 1962, p. 233 (a ênfase corresponde ao original). Cfr. também, “Note...”, nota 10, pp. 697-8.

64 *Questions*, p. 118.

65 *La Formation*, p. 65. Cfr. também *Précis*, I, p. 73 e, em sentido idêntico, D’ORS, Álvaro. “Aspectos objetivos y subjetivos del ius” In: *Nuevos papeles del oficio universitario*. Pamplona : Euns, 1980, pp. 280-311.

66 “Travaux...”, nota 27, p. 416. Desenvolvi a idéia de “contrato” aqui indicada por Villey nos seguintes estudos: “Actualidad sobre la jurisprudencia ‘de equidad’ en la Corte Suprema de Justicia” In: “La Ley”, Buenos Aires, 1999-F, pp. 1148-1160, mais tarde corrigida e ampliada em “La interpretación del derecho de acuerdo a equidad en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina” In: “Persona y Derecho. Estudios en Homenaje al Prof. Javier Hervada”, 40, 1999, pp. 445 ss. e em “Contrato y emergencia: la filosofía jurídica de la Corte Suprema” In: GUIBOURG, Ricardo (dir.). *Emergencia económica y teoría del derecho*. Buenos Aires : La Ley, 2003, pp. 10-21.

67 Cfr., em sentido análogo, GUZMÁN BRITO. *Estudios*, nota 8, esp. pp. 13-18 e a referência a este autor por parte de MASSINI, Carlos Ignacio. “El derecho subjetivo: ¿realidad universal o histórica? (Consideraciones a partir de una tesis de Michel Villey)” In: “Prudentia Iuris”, IX, Buenos Aires, 1983, p. 17.

68 Cfr. a respeito o meu estudo citado na nota 4, pp. 453-456, 480-486 e 499-506 e o mais recente mencionado na nota 8.

69 DABIN, Jean. “Droit subjectif et subjectivisme juridique” In: “Archives de Philosophie du Droit”, 9, 1964, pp. 20; 26 y 34. Semelhante é a opinião de HUSSON, Léon. “Droits de l’Homme et droits subjectifs” In: “Archives de Philosophie du Droit”, 26, 1981, que expressa, categoricamente, que “assim, a correlação que hoje se tem estabelecido, correntemente, entre a doutrina dos direitos humanos e o subjetivismo jurídico, e à qual a ambigüidade da expressão ‘direito subjetivo’ aporta a precaução da linguagem, não é essencial” (p. 374. Acrescentou-se o destaque).

70 VILLEY. “Les institutes de Gaius et l’idée

du droit subjectif” (doravante : “Gaius”) In: *Leçons d’Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris : Dalloz, 1962, *passim* e, esp., pp. 185-187.

71 *Digesto*, 1, 2, 2.

72 Cfr. “Gaius...”, nota 70, pp. 185-6 (o destaque, em todos os casos, pertence ao original).

73 *Ibidem*, p. 186.

74 *Ibidem*, *loc.cit.*

75 *Ibidem*, pp. 186-7.

76 “Travaux...”, nota 27, p. 412. A rigor, e como se verá mais abaixo, esta idéia não só vale para o direito positivo, mas também para o natural, na medida em que, em relação a este, a “causa da ação” é a lei natural discernida pela razão a partir de uma “leitura” da natureza humana. Como diz HERVADA. *Introducción crítica al derecho natural*. 6 Ed. Pamplona : Eunsu, 1990, p. 171, o direito natural (ou melhor, os direitos naturais, subjetivos ou humanos – expressões estas que têm aqui um sentido semelhante) “é aquela parte da lei natural que se refere às relações de justiça”, isto é, que tem em vista as relações intersubjetivas do homem em sociedade.

77 “Travaux...”, nota 27, p. 413.

78 Cfr. “Les Origines...”, nota 63, p. 243.

79 “Travaux...”, nota 27, p. 414 (a ênfase é do original).

80 *Ibid*, *loc. cit.* Daí que, ao final da sua estúpida indagação histórica acerca da configuração moderna da idéia de direito subjetivo, se pergunte, de maneira nada inocente, se “é possível que, no princípio do século XVII houvesse tanta novidade em reconhecer a aceção subjetiva del *ius*? (...) A ótica completamente subjetiva da nossa ciência jurídica, tudo isso, seria moderno e não romano? Grócio, Pufendorf, Thomasius (...), restringindo-me a eles, parecem fazer-nos uma confissão” (cfr. “Les origines”, nota 63, p. 226).

81 “Crítica...”, nota 8, pp. 245-246 (as cursivas correspondem ao original).

82 “Note...”, nota 10, p. 699 (a ênfase não corresponde ao original).

83 “Considérations...”, nota 24, p. 16 (o destaque de ambos os textos pertence a mim). Cfr., nesta mesma linha, a opinião de Bauzon, nota 4, pp. 113-118.

84 Cfr., entre outros, MASSINI CORREAS, Carlos I. “El concepto de Derechos Humanos: dos modelos de concepción y fundamentación” (doravante: “El concepto...”) In: “El Derecho”, Buenos Aires, 10/12/98, p. 2. Tomei a expressão “bens básicos” de FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. New York : Oxford University Press, esp. cap. II. Seguindo também este último autor, Massini, na obra recém citada, indica que a doutrina do “direito natural clássico” considera como “bens básicos” os seguintes: vida, saúde, integridade corporal, conhecimento, experiência estética, amizade, trabalho, jogo, religião e razoabilidade prática.

85 Sobre a relação *Mit sein-Fürsorge* em Heidegger, cfr. BALLESTEROS, Jesús. *Sobre el sentido del derecho* (doravante: *Sobre el sentido*). Madrid : Tecnos, 2001, pp. 125-126.

86 MASSINI CORREAS. “El concepto...”, nota 84, p. 2. Cfr. também o texto de Hervada mencionado na nota 76.

87 KAUFMANN, Arthur. *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Editorial Jurídica de Chile, 1976 (do alemão por E. Barros Bourrie), pp. 81-90, esp. p. 83.

88 Cfr., com relação a esta temática, os meus estudos citados na nota 66.

89 No entanto, com relação ao tema das “modas”, é sempre oportuno recordar, com TOMÁS DE AQUINO. “Responsio ad lectorem Venetium”, 9, In: *Opuscula Omnia*. Ed. Mandonnet, t. III, p. 184, que “mais vale seguir o uso corrente, porque, segundo o Filósofo, os nomes devem ser empregados no sentido em que o faz a maioria; e parece inútil discutir sobre os nomes quando as coisas são evidentes”.

90 Assim, HIEZ, David. “Michel Villey en

— *Michel Villey e o tema dos direitos humanos: uma crítica a partir de ...*

question” In: NIORT/VANNIER. *Michel Villey*, nota 3, p. 23. Cfr. também NIORT, Jean-François-VANNIER, Guillaume. “Avant-propos”, *ibidem*, p. 6.

91 Cfr., entre outros lugares, *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Buenos Aires : Ghersi, 1978 (do francês por C. R. Sanz), p. 49; *Philosophie du Droit*, II, *Les moyens du droit* (doravante: *Précis*, II), 2ª ed.. Paris : Dalloz, 1984, p. 207 ou *Questions*, pp. 148-150 y 167, entre outros lugares.

92 Cfr., entre outros, *Précis*, II, pp. 134-135, 145 e 207, ou *Questions*, p. 167, onde também, conforme se viu na nota anterior, encontra-se uma idéia contrária.

93 COTTA, Sergio. *Justificación y obligatoriedad de las normas*. Madrid : Ceura, 1987 (do italiano por Antonio Fernández Galiano), p. 81. Compartilham esta crítica a Villey, embora a partir de perspectivas filosóficas nem sempre coincidentes, entre outros, MELKEVIK, nota 3, esp. p. 187; NIORT/VANNIER. “Avant-propos” In: *Michel Villey*, nota 3, p. 8 e VIGO, Rodolfo Luis. “La filosofía del derecho de Michel Villey” In: *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1991, pp. 275-276 (reproduzido, mais recentemente, em *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*. México : Fontamara, 2003, pp. 13 ss.). Cfr. também a recente sugestiva polémica mantida entre TZITZIS, Stamatios. “Controverses autour de l’idée de nature de choses et de droit naturel” (doravante: “Controverses...”) (crítico de Villey) e VALLANÇON, François. “In Memoriam” (que apóia o mestre), ambos recolhidos em NIORT/VANNIER. *Michel Villey*, nota 3, respectivamente, pp. 30-31 e 39-43, por um lado, e 14-15, por outro. Sobre esta polémica, cfr. a oportuna síntese de HIEZ. “Michel Villey en question”, *ibidem*, pp. 23-24. Coincide com o ponto de vista de Vallançon o estudo (anterior à polémica referida), de FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Pensar o Direito. I: Do realismo clássico à análise mítica*. Coimbra : Almedina, 1990, pp. 215-232. A crítica de Tzizis parece, em alguns momentos, excessiva. A esse respeito, estimo mais ponderada as observações de

NIORT/VANNIER. “Avant-propos” In: *Michel Villey*, nota 3, p. 8.

94 TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*, II-II, 57, 2, ad. 1.

95 *La Formation*, p. 130. Cfr. também *ibidem*, p. 52, entre outros lugares.

96 A meu ver, dois exemplos da fina relação que propõe o Aquinate entre a universalidade e a permanência dos preceitos naturais que, racionalmente, se discernem na natureza humana, por um lado, e as suas possíveis exceções, por outro, constituem-no: a) a não obrigatoriedade da devolução de um depósito se se dão determinadas circunstâncias especiais (cfr. *Summa Theologiae*, I-II, 94 c em conexão com II-II, 57, 2, ad. 1) (não ignorado, todavia, por Villey no lugar citado na nota anterior) e b) a não obrigatoriedade de que as leis positivas reprimam todos os vícios (cfr. *Summa Theologiae*, I-II, 96, 2 c). Cfr., a esse respeito, a sintética, mas profunda, crítica que realizam a Villey, com apoio tanto no Aquinate como em Aristóteles, NIORT/VANNIER. “Avant-propos” In: *Michel Villey*, nota 3, p. 9 e TZITZIS. “Controverses...” In: NIORT/VANNIER. *Michel Villey*, nota 3, p. 41.

97 Este aspecto foi salientado por Fernando INCIARTE, no seu iluminador trabalho “Ética y política en la filosofía práctica”, recolhido em *El reto del positivismo lógico*. Madrid : Rialp, 1974. Para uma análise deste tema, inspirada naquele que fora o meu orientador na Universidade de Münster, cfr. o estudo citado na nota 4, esp. pp. 254-270. Mais recentemente, cfr. a semelhante opinião de TZITZIS. “Controverses...” In: *Michel Villey*, nota 3, p. 41.

98 Cfr. FINNIS, nota 84, p. 129. Cfr. também NIORT/VANNIER. “Avant-propos” In: *Michel Villey*, nota 3, p. 9. Creio encontrar essa dimensão *descriptiva* (aliás, intimamente vinculada à conotação *prescritiva*), entre outros lugares, nas seguintes obras aquinatenses: *Comentário da Ética a Nicómaco*, núms. 494; 1893; 1895 o 2075 y *Summa Theologiae*, I-II, 94, 2c; 99, 2 ad. 2; 100, 3c o 100, 11 c. Para uma análise mais detalhada deste assunto, cfr. o meu estudo da nota 4, pp. 264-270.

<sup>99</sup> Os elementos “jurídicos” do Tratado da Lei são constantes. Cfr., a mero título exemplificativo: *Summa Theologiae*, I-II, 94, 4c; 5c e 6c; 95, 3c e 4c; 96, 1c e 96 2c. Para um desenvolvimento mais amplo deste ponto, cfr. a minha crítica na obra citada na nota 4, pp. 417-428, esp. 421-427, lugar em que procurei mostrar as dificuldades em que se encontra o próprio Villey, de modo a fundamentar a sua tese. Cfr., com relação a Aristóteles, a semelhante conclusão de TZITZIS. “Controverses...” In: *Michel Villey*, nota 3, p. 42.

100 Cfr. VILLEY, Michel; KALINOWSKI, Georges; GARDIES, Jean-Luis. “Dialogue à trois voix. Indicatif et impératif juridique”, VILLEY. “De l’indicatif dans le droit” (doravante: “De l’Indicatif...”) In: “Archives de Philosophie du Droit”, 19, 1974 (o estudo de Villey foi reproduzido, pouco depois, em *Critique de la pensée juridique moderne* (doze outros estudos). Paris : Dalloz, 1976, pelo qual, no sucessivo, é citado). Detive-me no exame deste tema no trabalho da nota 4, pp. 278-326 e, pouco mais tarde, em “El concepto de derecho en el realismo clásico a partir de las opiniones de Michel Villey y Georges Kalinowski” In: “Persona y Derecho”, Pamplona, 25\*\*, pp. 73-114. A meu ver, as posturas destes dois autores recém citados ressentem-se, cada uma delas a partir de uma determinada perspectiva, de um claro “reducionismo”, razão pela qual adiro à tese mais integradora que propõe Gardies.

101 Cfr., a este respeito, o ponderado alegado de VALLANÇON. “Mémoire ampliatif”, nota 6, esp. pp. 48 e 50.

102 Cfr. a citação íntegra do “manifesto bobbiano” em BALLESTEROS, nota 104, pp. 60-61.

103 Cfr., entre outras, as diversas observações de BIGOTTE CHORÃO, Mário. *Michel Villey* In: “Logos. Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia”, 5. Lisboa/São Paulo : Verbo, 1992, p. 534; FINNIS, nota 84, p. 228; KALINOWSKI. “Lex et ius (A propos d’une définition dur droit de Michel Villey)” In: “Archives de Philosophie du Droit”, 8, 1973; HERVADA, nota 76, esp. pp. 139 ss.; TZITZIS. “Controverses...” In: NIORT/

VANIER. *Michel Villey*, nota 3, *passim*; VALLANÇON. “Mémoire ampliatif”, nota 6, *passim* e, na Argentina, MASSINI, nota 67, esp. pp. 32-34; MONTEJANDO, Bernardino (h). *Ideología, racionalismo y realidad*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1981, esp. pp. 242-244; SANZ, Carlos R., na sua tradução de VILLEY. *El derecho perspectiva griega, judía y cristiana* (prólogo de Juan M. Bargalló Cirio). Buenos Aires : Gherzi, Buenos Aires, 1978, p. 65, nota 50 e VIGO. “La filosofía”, nota 93, pp. 271-281.

<sup>104</sup> Refiro-me à obra citada na nota 5. Parece coincidir com esta idéia o professor Francesco D’Agostino, conforme surge tanto do seu trabalho “Christianisme et droit”, lido por ocasião do mesmo Colóquio que motiva o presente estudo, como do posterior debate originado a partir daquele.

105 Cfr., nessa linha, a breve referência de NIORT/VANNIER. “Avant-propos” In: *Michel Villey*, nota 3, p. 8. Creio advertir esta idéia a partir, pelo menos, de uma leitura conjunta dos seguintes lugares da obra de Aristóteles: *Ética a Nicômaco*, 1134 a 20-1135 a 15 e *Retórica*, 1373 b 1-15; 1374 a 19-1374 b 19; 1375 a 30-1375 b 26; e de Tomás de Aquino: *Summa Theologiae*, I-II, 90, 4 c; 93, 2 c; 94, 2 c e 4 c; 95, 2 c; 96, 1 c; 2 c e 3, ad 3; 100, 2 c; 3 c e 8 c e II-II, 57, 3 c; e *Comentário da Ética a Nicômaco*, núms. 1025-1029. Esta idéia de um núcleo “intangível” ou “intocável” que se refere ao coração dos bens fundamentais das pessoas teve uma especialíssima acolhida na legislação e na doutrina alemãs posteriores ao fim da Segunda Guerra Mundial. Cfr., com relação ao primeiro, o art. 1.º da Lei Fundamental, quando expressa “*Die Würde des Menschen ist unantastbar*” (“a dignidade do homem é inviolável”). Com relação ao segundo, cfr. o notável trabalho de LLOMPART, José. “La posibilidad de una teoría del derecho más allá del iuspositivismo y del iusnaturalismo” In: “Persona y Derecho. Escritos en memoria de Michel Villey”, 24, Pamplona, 1991, pp. 151-170. Ali, o autor sintetiza os aportes da doutrina alemã que, para refletir esta idéia, cunhou o termo da *Unbelibigkeit* ou *Unverfigbarkeit* (“indisponibilidade”) de “certos

- conteúdos do direito” (cfr., esp., pp. 164-5).
- 106 VIGO. “La filosofía”, nota 93, p. 281.
- 107 MASSINI. “El concepto...”, nota 84, p. 2.
- 108 VIGO. “La filosofía”, nota 93, p. 281. Cfr., em idêntico sentido, TZITZIS. “Controverses...” In: NIORT/VANNIER. *Michel Villey*, nota 3, p. 43.
- 109 Cfr., por todos, *Précis*, I, p. 66; *Le Droit*, pp. 49 e 150 (o destaque e as cursivas interiores pertencem ao original). Cfr. também *Précis*, I, p. 119 (Ed. 2001), cit. por BAUZON, nota 4, p. 113.
- 110 Cfr., além dos lugares citados na nota precedente, *Le Droit*, pp. 46 e 59 e *Questions*, p. 125.
- 111 Cfr., esp., *Précis*, I, p. 66.
- 112 Cfr., a respeito, VILLEY. “L’Humanisme”, nota 11, p. 71. Cfr., de igual modo, *Précis*, I, p. 119 (da edição de 2001) ou “Abrégé”, nota 15, p. 115.
- 113 Cfr. “Abrégé”, nota 15, p. 115.
- 114 *Le Droit*, p. 150.
- 115 Cfr., entre muitos exemplos, a sentença do *Bundesverfassungsgericht* alemão de 16/5/95, conhecida como “Decisão dos Crucifixos” (consultei a versão castelhana de SALAZAR SÁNCHEZ, Marta. *Revista de Derecho Público*, 60, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1996, pp. 163 ss.).
- 116 Cfr., por todos, *Le Droit*, pp. 10-11 e “Note...”, nota 10, p. 694.
- 117 ARISTÓTELES. *Política*, 1252 b 32-34 (segundo a tradução de J. Tricot. Paris : Vrin, 1987).
- 118 “Note...”, nota 10, p. 699. Cfr. também “Crítica...”, nota 8, p. 245.
- 119 Cfr., no que se refere a este tema, as incisivas considerações de HERVADA, nota 76, esp. p. 100.
- 120 Exemplos típicos da delimitação do direito à vida constituem-no os pressupostos de “legítima defesa”, tanto individual como social, regulamentados, por exemplo, nos arts., respectivamente, 34, inc. 7.º do Código Penal e 21 da Lei Fundamental. De igual modo, no âmbito da jurisprudência constitucional, cabe mencionar a dialética entre os bens básicos “vida” e “liberdade religiosa”, tal como resulta do exame de pessoas que pertencem ao culto “Testemunhas de Jeová”, e, no qual, sob certas hipóteses, o segundo dos bens poderia afastar o primeiro. Sobre o particular, cfr. as referências que se lêem em *Fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina*, t. 316, p. 479.
- 121 VILLEY. “La philosophie du droit de Burke” (doravante: “Burke”), in: *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*. Paris : Dalloz, 1962, p. 132 (a ênfase corresponde ao original). Cfr. também “Crítica...”, nota 8, pp. 246-248 e “Note...”, nota 10, p. 699, entre outros.
- 122 Cfr., a esse respeito, o já citado texto de *Le Droit*, pp. 10-11, e também, “Note...”, nota 10, p. 694.
- 123 “Note”, nota 10, p. 699.
- 124 “Crítica”, nota 8, p. 246 (a ênfase é do original).
- 125 “Note”, nota 10, p. 699.
- 126 Para o estudo deste tópico, cfr. a análise nunca superada de HERVADA na obra citada na nota 76, pp. 79-104, esp. pp. 100-104.
- 127 “Burke”, nota 121, p. 132 (a ênfase é do original).
- 128 Cfr. HERVADA, nota 76, pp. 181-3.
- 129 *Les Carnets*, nota 4, p. 304 (a ênfase não corresponde ao original).
- 130 *Ibid.*, p. 198.
- 131 Cfr., com relação a dita proteção, o disposto pelo art. 75, inc. 23, 2.ª parte da Constituição Nacional e, embora com referência aos incapazes, o sugestivo voto do magistrado Don Rafael de Mendizabal y Allende na sentença do Tribunal Constitucional Español n.º 215, de 14/7/94.
- 132 VILLEY. “De l’indicatif...”, nota 100, pp. 59-60 (a ênfase corresponde ao original).

133 Cfr., por todos, “Abrégé”, nota 15, pp. 127 e 128 e *La Formation*, pp. 140, 144, 332 e 334. Para um exame de conjunto deste tema, cfr. o meu estudo, nota 4, pp. 219-270.

134 “De l’indicatif...”, nota 100, pp. 59-60 (a ênfase pertence ao original).

135 Cfr. o exposto *supra* II e as observações (por enquanto, não obstante, um tanto drásticas) de *Le Droit*, pp. 140-153, quando se refere aos quatro “frutos [da teoria moderna] dos direitos do homem”.

136 BAUZON, nota 4, p. 117.

137 Um exemplo procura esclarecer esta idéia: ninguém duvida de que o bem básico “vida”, tal como a sua caracterização o indica, é central e universal no âmbito social. De tal pressuposto, pois, “parte-se”. Todavia, em determinadas hipóteses (perante o exercício de outro bem básico igualmente relevante como é o da “liberdade religiosa”), aquele pode ceder. Chega-se a esta conclusão após um estudo do caso. Cfr., a esse respeito, o dito na nota 120, *in fine*.

138 BAUZON, nota 4, p. 117.

## VII. Referências Bibliográficas

AA.VV. *Droit, Nature, Histoire. Michel Villey, philosophe du droit*. Aix-Marseille : Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1985.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*.

\_\_\_\_\_. *Política*.

\_\_\_\_\_. *Retórica*.

BALLESTEROS, Jesús. *Sobre el sentido del derecho*. Madrid: Tecnos, 2001.

BAUZON, Stéphan. *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*. Canadá: Presses de l’Université Laval, 2003.

BIGOTTE CHORÃO, Mário. “Michel Villey”. In: “Logos. Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia”, 5. Lisboa-São Paulo : Verbo, 1992.

COTTA, Sergio. *Justificación y obligatoriedad de las normas* (do italiano por Antonio Fernández Galiano). Madrid : Ceura, 1987.

D’ORS, Álvaro. “Aspectos objetivos y subjetivos del ius” In: *Nuevos papeles del oficio universitario*. Pamplona : Eunsa, 1980.

DABIN, Jean. “Droit subjectif et subjectivisme juridique” In: “Archives de Philosophie du Droit”, 9, 1964.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Pensar o Direito. I: Do realismo clássico à análise mítica*. Coimbra : Almedina, 1990.

FINNIS. *Natural law and natural rights*. New York : Oxford University Press, 1980.

HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*, 6ª ed. Pamplona : Eunsa, 1990.

HIEZ, David. “Michel Villey en question” In: NIORT, J. F.-VANNIER, G.. *Michel Villey et le droit naturel en question*. Paris : L’Harmattan, 1994.

HUSSON, Léon. “Droits de l’Homme et droits subjectifs” In : “Archives de Philosophie du Droit”, 26, 1981.

INCIARTE, Fernando. *El reto del positivismo lógico*. Madrid : Rialp, 1974.

KALINOWSKI. “Lex et ius (A propos d’ une définition dur droit de Michel Villey)” In: “Archives de Philosophie du Droit”, 8, 1973.

KAUFMANN, Arthur. *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica* (do alemão por E. Barros Bourie). Editorial Jurídica de Chile, 1976.

\_\_\_\_\_. “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él” (do alemão por A. Guardia Clausi; revisão e notas de R. Rabbi-Baldi Cabanillas) In: RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (coord.). *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires : Abaco, 2000.

LLOMPART, José. “La posibilidad de una

- teoría del derecho más allá del iuspositivismo y del iusnaturalismo” In: “Persona y Derecho. Escritos en memoria de Michel Villey”, 24, Pamplona, 1991, pp. 151-170.
- MASSINI CORREAS, Carlos I. “El concepto de Derechos Humanos: dos modelos de concepción y fundamentación” In: “El Derecho”, Buenos Aires, 10/12/98.
- MASSINI, Carlos Ignacio. “El derecho subjetivo: ¿realidad universal o histórica? (Consideraciones a partir de una tesis de Michel Villey)” In: “Prudentia Iuris”, IX, Buenos Aires, 1983.
- MELKEVIK, Bjarne. “Villey y la filosofía del derecho. Leyendo ‘Les Carnets’” (do francês por P. Bastidas e G. Quintanilla; revisão de R. Rabbi-Baldi) In: “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, 20, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- MONTEJANDO (H), Bernardino. *Ideología, racionalismo y realidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981.
- NIORT, J. F.-VANNIER, G.. “Avant-propos” In: NIORT, J. F.-VANNIER, G.. *Michel Villey et le droit naturel en question*. Paris : L’Harmattan, 1994.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. “Actualidad sobre la jurisprudencia ‘de equidad’ en la Corte Suprema de Justicia”. In: “La Ley”, Buenos Aires, 1999-F.
- \_\_\_\_\_. “Contrato y emergencia: la filosofía jurídica de la Corte Suprema”. In: GUIBOURG, Ricardo (dir.). *Emergencia económica y teoría del derecho*. Buenos Aires : La Ley, 2003.
- \_\_\_\_\_. “El concepto de derecho en el realismo clásico a partir de las opiniones de Michel Villey y Georges Kalinowski” In: “Persona y Derecho”, Pamplona, 25\*\*.
- \_\_\_\_\_. “El derecho subjetivo en el pensamiento de Michel Villey: algunas precisiones de carácter histórico” In: “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, 22, Buenos Aires, 2002.
- \_\_\_\_\_. “La interpretación del derecho de acuerdo a equidad en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina”. In: “Persona y Derecho. Estudios en Homenaje al Prof. Javier Hervada”, 40, 1999.
- \_\_\_\_\_. *La filosofía jurídica de Michel Villey*. Pamplona : Eunsa, 1990.
- RIALS, Stéphane. *Villey et les idoles. Petite introduction à la philosophie du droit de Michel Villey*. Paris : Quadrige-Puf, 1999.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Marta. “Fallo sobre los crucifijos”. In: “Revista de Derecho Público”, 60, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1996.
- TOMÁS DE AQUINO. “Responsio ad lectorem Venetium”, 9, In: *Opuscula Omnia*, t. III. Ed. Mandonnet.
- \_\_\_\_\_. *Comentário da Ética a Nicómaco*.
- \_\_\_\_\_. *Summa Theologiae*.
- TZITZIS, Stamatios. “Controverses autour de l’idée de nature de choses et de droit naturel” In: NIORT, J. F.-VANNIER, G.. *Michel Villey et le droit naturel en question*. Paris : L’Harmattan, 1994.
- VALLANÇON, François. “In Memoriam” In: NIORT, J. F.-VANNIER, G.. *Michel Villey et le droit naturel en question*. Paris : L’Harmattan, 1994.
- \_\_\_\_\_. “Mémoire ampliatif en défense de M. Villey” In: NIORT, J. F.-VANNIER, G.. *Michel Villey et le droit naturel en question*. Paris : L’Harmattan, 1994.
- VIGO, Rodolfo Luís. “La filosofía del derecho de Michel Villey” In: *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1991.
- \_\_\_\_\_. *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*. México : Fontamara, 2003.
- VILLEY, Michel. *Questions de Saints Thomas sur le droit et la politique*. Paris : Puf, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Reflexion sur la philosophie et le droit. Les Carnets* (textos preparados e ordenados

- por Blandine Kriegel e François Terré). Paris : Puf, 1995.
- \_\_\_\_\_. “Abrégé du droit naturel classique” In: *Leçons d'Histoire de Philosophie du Droit*. Paris : Dalloz, 1962.
- \_\_\_\_\_. “Considérations intempestives sur le droit de gens” In: “Archives de Philosophie du Droit”, 32, 1987.
- \_\_\_\_\_. “Crítica de los derechos del hombre” In: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Chile : Ediciones Universtarias de Valparaíso, 1976 (do francês por A. Guzmán Brito).
- \_\_\_\_\_. “De l’indicatif dans le droit” In: “Archives de Philosophie du Droit”, 19, 1974.
- \_\_\_\_\_. “Dos ponencias sobre la mutabilidad del derecho natural en Aristóteles y Tomás de Aquino” (do francês por Carlos I. Massini Correias) In: “Prudentia Iuris”, XV, Buenos Aires, 1985.
- \_\_\_\_\_. “Droit Subjectif I. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam” In: *Seize Essais*, nota 10, Paris : Dalloz, 1969.
- \_\_\_\_\_. “L’Humanisme et le droit” In: *Seize Essais de Philosophie du Droit (dont un sur la crise universitaire)*. Paris : Dalloz, 1969.
- \_\_\_\_\_. “La philosophie du droit de Burke” In: *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*. Paris : Dalloz, 1962.
- \_\_\_\_\_. “Les institutes de Gaius et l’idée du droit subjectif” In: *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris : Dalloz, 1962.
- \_\_\_\_\_. “Les origines de la notion de droit subjectif” In: *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris : Dalloz, 1962.
- \_\_\_\_\_. “Note critique sur les droits de l’homme” In: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, t. I. München : Beck, 1982.
- \_\_\_\_\_. “Travaux récents sur les droits de l’homme” In: “Archives de Philosophie du Droit”, 26, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*. Paris : Dalloz, 1976.
- \_\_\_\_\_. *El derecho perspectiva griega, judía y cristiana* (prólogo de Juan M. Bargalló Cirio). Buenos Aires : Gherzi, Buenos Aires, 1978 (tradução de Carlos R Sanz).
- \_\_\_\_\_. *La Formation de la pensée juridique moderne*. Paris : Montchrestien, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Les Droit et les droits de l’Homme*. Paris : Puf, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Buenos Aires : Gherzi, 1978 (do francês por C. R. Sanz).
- \_\_\_\_\_. *Philosophie du Droit, I. Définitions et fins du droit*. 3ª. Paris : Dalloz, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Philosophie du Droit, II. Les moyens du droit*, 2ª. Paris : Dalloz, 1984.
- VILLEY, Michel; KALINOWSKI, Georges; GARDIES, Jean-Luis. “Dialogue à trois voix. Indicatif et impératif juridique” In: “Archives de Philosophie du Droit”, 19, 1974.

## Michel Villey e o tema dos direitos humanos: uma crítica a partir de seus escritos e de suas fontes

**Palavras-chave:** Direitos Humanos – Michel Villey – Filosofia do Direito

**Resumo:** Neste trabalho se examina, em primeiro lugar, a crítica de Michel Villey à teoria dos direitos humanos configurada em fins do séc. XVIII, à qual reputa tributária da filosofia nominalista e, portanto, individualista, que se gesta a partir da Idade Média tardia e na qual intervêm alguns elementos do Cristianismo e do Humanismo. A seguir, sintetiza-se a resposta villeyana à dita teoria, fundada na tradição aristotélico-romana, mais tarde assumida por Tomás de Aquino, para a qual o direito não deve ser visto desde de uma perspectiva meramente “individual”, mas sim desde uma ótica “relacional”, que o torna a coisa justa, que se discerne no caso concreto e que pode ser tanto uma vantagem (ou privilégio) como uma obrigação (ou dívida). Na parte final do estudo, realiza-se uma crítica ao ponto de vista de Villey (ilustrado com o exame pontual de alguns direitos fundamentais, objeto de especial referência por parte do professor francês, como o direito ao trabalho e o direito à vida) fundada nas seguintes razões: a) numerosos textos empregados pelo próprio autor provam que, ainda que a tradição greco-romana tenha ignorado a expressão “direitos

humanos” ou “direitos subjetivos”, de modo algum prescindiu de uma dimensão “subjetiva” (mas não subjetivista) do direito e b) a dita dimensão “subjetiva” ou “personalista” do direito responde à idéia – central nesta tradição – da existência de certas exigências básicas da pessoa, consequência de sua eminência ou dignidade, que, por isso mesmo, devem ver-se realizadas e, portanto, emergem como direitos humanos fundamentais, os quais, no âmbito da vida social em que aqueles se concretizam, resultam necessariamente delimitados e delimitáveis e, portanto, não absolutos e, menos ainda, individualistas.

**Keywords:** Human Rights – Michel Villey – Legal Philosophy

**Abstract:** It sounds questionable to present, as usual, the relation between positive law and natural law as if they belonged to different realms. Legal Positivism had to acknowledge the changing scenario brought about by the post-war constitutional framing, which blurred the stringent limits between law and morals, and gave room to a so-called “inclusive” Positivism. From

Jusnaturalism as well, the famous positivistic statement, according to which only positive law is law, would inevitably arise, giving room to an “inclusive” version. Laws contra natura would not cease to be laws, even though denaturalised (what, besides immoral, renders them juridically defective). Jusnaturalism is not to offer an alternative legality, but questions legalism as a parody of the legal. Actually, the borderline between Positivism and

Jusnaturalism will depend upon the former's refusal of an ethic cognitivism, incompatible with today's constitutional framing; and the latter's claim to an objective juridical reality as the only capable of laying the foundations of its fundamental rights. The path to an approach demands a rehabilitation of practical philosophy, which questions an exhaustive juridical normativism to recognise the pre-eminent place that belongs to principles. And, as a solution, a “demiurgical doubt” striving to devise merely procedural foundations will not suffice.