

EL POSTPOSITIVISMO Y EL MÉTODO DE LA LEY NATURAL DESCRITO POR VILLEY

POSTPOSITIVISM AND THE NATURAL LAW METHOD DESCRIBED BY VILLEY

PÓS-POSITIVISMO E O MÉTODO DO DIREITO NATURAL DESCRITO POR VILLEY

*Érika Rigotti Furtado**

Recibido: 26/IX/2022

Aceptado: 29/XI/2022

Resumen

El positivismo jurídico es objeto de los debates propuestos por Michel Villey al presentar el método del Derecho Natural extraído de la teoría aristotélica de la justicia. El propósito de este ensayo es analizar cómo el método del Derecho Natural descrito por Michel Villey contribuye al redescubrimiento del Derecho en el contexto del postpositivismo. Con un abordaje cualitativo de carácter exploratorio, desarrollado mediante investigación bibliográfica, el trabajo se ocupó del método de Villey, pasando luego a cotejar ese panorama con el problema planteado por el pospositivismo, en particular en lo que se refiere a los derechos fundamentales, logrando entonces comprobar que la superación del problema implica comprender que el Derecho se extrae de la justicia y no al revés.

Palabras clave: Justicia; Derecho positivo; Derechos fundamentales; Fundamentos del Derecho; Filosofía del Derecho

Abstract

Legal positivism is the target of debates proposed by Michel Villey when he presents the method of Natural Law extracted from the Aristotelian theory of justice. The purpose of this essay is to analyze how the method of Natural Law described by Michel Villey contributes to the rediscovery of Law in the context of post-positivism. With a qualitative approach of an exploratory nature, developed

through bibliographic research, the work took care of Villey's method, passing, then, to collate that panorama with the problem raised by post-positivism, in particular, regarding fundamental rights, verifying that overcoming the problem implies understanding that Law is extracted from Justice and not the other way around.

Keywords: Justice; Legal Positivism; Fundamental Rights; Fundamentals of Law; Philosophy of Law

Resumo

O positivismo jurídico é alvo dos debates propostos por Michel Villey ao apresentar o método do Direito Natural extraído da teoria da justiça aristotélica. Analisar como o método do Direito Natural descrito por Michel Villey contribui para a redescoberta do Direito no âmbito do pós-positivismo consiste no objetivo deste ensaio. Com uma abordagem qualitativa de natureza exploratória, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, o trabalho cuidou do método de Villey, passando, em seguida, a cotejar referido panorama com a problemática levantada pelo pós-positivismo, em especial, quanto aos direitos fundamentais, verificando que a superação da problemática implica compreender que o Direito se extrai da Justiça e não o contrário.

Palavras-chave: Pós-positivismo; Argumentação; Ensino Manuel Atienza; Direitos

* Profesora de Derecho de la Academia de la Fuerza Aérea Brasileña; estudiante de doctorado en Ciencias Aeroespaciales, con énfasis en Ciencia Política y Relaciones Internacionales, del Programa de Posgrado de la Universidad de la Fuerza Aérea Brasileña (UNIFA), y magíster en Ciencias Aeroespaciales (UNIFA). Es miembro del Grupo de Investigación de Asuntos Humanitarios y Poder Aeroespacial, vinculado al programa de posgrado. ORCID: 0000-0002-0678-733X. Correo electrónico: furtado0609@gmail.com

Cómo citar este artículo: Rigotti Furtado, Érika. 2023. "El postpositivismo y el método de la ley natural descrito por Villey". Revista de estudios jurídicos Cálamo, n.º 18: 45-54.

INTRODUÇÃO

Conforme salienta Bobbio “toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre o Direito Natural e o Direito Positivo” (Bobbio 1995, 15) observada desde a confrontação ilustrada pelo ideal grego da justiça, corporificado na figura de *Thémis*¹, e as leis postas pelos homens, reguladoras da vida social. A desvinculação entre ambas as abordagens do Direito, entretanto, passará a atuar de maneira marcante a partir do século XVII, com a teorização acerca do Estado, promovida por Thomas Hobbes², atribuindo ao poder estatal a prerrogativa exclusiva e legítima de ditar o Direito, ressaltando a característica da coercibilidade da norma, inerente ao positivismo jurídico.

O juspositivismo passou a apresentar o Direito como um dever ser dissociado da ideia de valor, em contraposição à tradição oriunda do Direito Natural, associada a um dever ser valorativo, ditado pelo ideal de justiça. Nesse sentido, as normas positivas, observadas, ademais, sob a perspectiva de um ordenamento jurídico, passaram a reclamar uma formalidade criteriosa quanto à sua elaboração e interpretação. Este processo conduziu à separação entre normas jurídicas e as demais que, embora fazendo parte do contexto das relações humanas, não integram o rol daquelas consideradas aptas a ingressar no universo do Direito. Assim, segundo observado na obra de Hans Kelsen (1998), maior expoente do positivismo jurídico, o fundamento de validade da norma jurídica, derivado de uma mesma ordem, reconhecida na constituição dos Estados, passou a ditar a unidade esperada do Direito.

A exacerbação deste processo, no entanto, resulta na crise do positivismo jurídico observada na atualidade,

pois a ausência de um esteio valorativo imprime uma contradição na dinâmica de construção e aplicação do Direito, especialmente quando em foco os direitos fundamentais. A efetividade destes direitos, a despeito da formalística reclamada pelo processo de positivação, deixa em aberto a questão dos critérios metafísicos a serem empregados quando da aplicação concreta das prerrogativas deles decorrentes, razão pela qual afirmam Naucke e Harzer não surpreender o fato de que “las más diversas concepciones antes tratadas como ‘iusfilosóficas’, reaparezcan ahora como ‘teorías de los derechos fundamentales’, generadas a partir del derecho positivo” (2008, 162).

Essa problemática é abordada por Michel Villey (2019) de maneira crítica ao considerar que os direitos inerentes aos seres humanos, inobstante instalados e alçados à condição de prerrogativas insofismáveis, vigem em um sistema onde a própria ideia de direito zomba e se afasta da justiça, máxime por ocupar-se o positivismo jurídico, exclusivamente, da demonstração do direito tal como existe de fato. A perspectiva de Villey, por conseguinte, a partir da retomada da teoria da justiça de Aristóteles, procura enfatizar as divergências entre o direito natural clássico e o direito positivo, sedimentado a partir da Era Moderna. Deste modo, o presente ensaio tem por objetivo central analisar de que maneira o método do Direito Natural descrito por Michel Villey contribui para a redescoberta do Direito no âmbito do pós-positivismo. Valendo-se de uma abordagem qualitativa de natureza exploratória, o trabalho pretende apresentar o método utilizado por Villey para a construção de sua perspectiva sobre o Direito, passando, em seguida, a explorar o pós-positivismo sob o enfoque villeyano.

- 1 Conforme esclarece Bittar (2005), o termo *thémis* aparece na tradição grega na obra de Homero, corporificando a ideia de justiça. Nas palavras do autor “*thémis* designa algo cuja significação reporta à conservação, à permanência, à tradição, fazendo apelo à dimensão de um passado cuja preservação se dá na continuidade dos costumes, dos hábitos sociais, das tradições ancestrais. *Thémis* vem, portanto, revestida de uma forte pressão tradicional, de uma pesada herança dos antepassados, significando o liame, a ligação entre o que era e o que será, não apenas em um sentido temporal, mas especialmente em um sentido moral, ou seja, no sentido de que o que era deve continuar sendo, como medida de *dever-ser* do comportamento das novas gerações.
- 2 O Leviatã de Thomas Hobbes marca de maneira indelével a construção do Estado Moderno, no século XVII. Em sua obra, Hobbes aponta para a necessidade da figura do Estado como solução para a guerra de todos contra todos vigente no estado de natureza, quando a insegurança e a anarquia dominam a convivência humana. A liberdade, em sua condição natural, é exercida de maneira desregrada e a passagem para o estado civil, implicando na renúncia de uma parcela desta liberdade em favor do Estado, ensaja a obtenção da paz e da segurança, uma vez resguardado o exercício dos direitos naturais, entre os quais a liberdade, de forma adequada ao convívio social (Hobbes 2009).

O MÉTODO DO DIREITO NATURAL DESCRITO POR MICHEL VILLEY

Rials, ao apresentar a obra “A Formação do Pensamento Jurídico Moderno” de Michel Villey, elabora uma pequena biografia do filósofo francês e historiador do Direito, nascido em 1914 e falecido em 1988, na França. Destaca Rials que Villey foi professor das Universidades de Estrasburgo e Paris II (Panthéon-Assas) e autor de diversas obras jurídicas, especialmente sobre filosofia do Direito, tendo construído o seu panorama sobre o Direito a partir da ideia de justiça desenvolvida por Aristóteles, cuja influência pode ser observada na *práxis* jurídica dos romanos. Observa Rials que para Villey, como especialista em Direito Romano, a única filosofia do direito na Antiguidade grega foi a aristotélica, largamente conhecida e, em consequência, utilizada pelo gênio jurídico romano. Ademais, conforme assevera o próprio Villey no desenvolvimento de suas ideias ao longo da obra apresentada por Rials, a perspectiva aristotélica sobre a justiça pode ser igualmente encontrada nos escritos de Tomás de Aquino, na Idade Média, onde aparece retrabalhada. Sobre este relevante aspecto, observa Villey que para Tomás de Aquino, o direito natural relaciona-se com a ordem estabelecida pela obra inteligente de um criador, um Deus ordenador, onde toda regra, ainda que natural, procede da vontade divina, mesmo de forma indireta.

Diante da dinâmica do justo natural aristotélico, Michel Villey considera que a justiça não se vincula à elaboração de preceitos estanques, não decorrendo, ademais, de prerrogativas construídas segundo o primado dos direitos subjetivos. Deste modo, em seus escritos, consoante destacado por Cicco (2012), Villey procura demonstrar como a Escola do Direito Natural, no século XVIII, desvirtuou o pensamento clássico pautado na lei natural dos antigos, quando a lei derivada da natureza das coisas é substituída pelas construções normativas oriundas da razão humana. Como resultado, relevante notar, conforme observa Cicco (2012), que sob a perspectiva de Villey os direitos individuais nascidos da Revolução Francesa de 1789 e tornados universais com a Declaração da Organização das Nações Unidas no ano 1948, são insuficientes como ferramentas para assegurar um salutar convívio social,

pois terminaram por justapor indivíduos detentores de incontáveis direitos e nenhum dever.

A compreensão da visão de Villey acerca do Direito, por conseguinte, demanda a observação dos pontos centrais do *jus naturale* dos antigos, especialmente encontrado na obra de Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, bem como na abordagem de Tomás de Aquino a esse respeito. Cumpre ressaltar, *ab initio*, que Aristóteles, situando sua filosofia na *práxis*, irá traçar uma teoria sobre o direito no Livro V da obra em destaque partindo da concepção da justiça enquanto a virtude mais elevada, pois nela “está toda a virtude somada” (Aristóteles 2014, 182), praticada não apenas no âmbito privado, mas essencialmente na relação comunitária. A justiça, como prática da virtude, é dividida por Aristóteles em justiça distributiva e justiça comutativa, baseando-se a primeira em medidas de proporcionalidade e a segunda em um postulado aritmético. Ambas formas de justiça particular integram um todo mais amplo, denominado justiça universal, posto que a disposição para a prática da justiça no âmbito das relações interpessoais deriva da compreensão da justiça total, enquanto virtude que reúne todos os pressupostos da equidade e da legalidade (Aristóteles, 2014). Nesse sentido, esclarece Bittar que para a teoria aristotélica “toda virtude, naquilo que concerne ao outro, pode ser entendida como justiça, e é neste sentido que se denomina total ou universal” (2005, 115).

Sobre a concepção aristotélica de justiça, Villey ensina, ainda, que a distribuição equânime a cada um daquilo que lhe pertence (*suum cuique tribuere*), correspondendo à adaptação da teoria geral da virtude como busca pelo meio termo, traz ao contexto da justiça uma acepção própria, não mais confundida com a moral. Embora a moral permaneça como necessária na esfera da justiça, irá funcionar como ferramenta para a construção do seu objeto, mas não como o instrumento para a obtenção deste, ganhando o direito autonomia ao se especializar no interior da moral (Villey, 2019). Outra questão fundamental na teoria aristotélica (Aristóteles, 2014) diz respeito às fontes do direito, onde se encontram as leis naturais e as

leis positivas. Referida digressão é estabelecida a partir da averiguação da convivência humana no âmbito da *pólis*, onde a condução das relações é pautada pelas imposições do bem comum. Deste modo, Aristóteles esclarece que “a justiça política é em parte natural e em parte convencional” (2014, 200), vigorando a primeira do mesmo modo em todos os lugares, independente de aceitação, enquanto a segunda é estabelecida segundo as demandas de cada *pólis*.

Sobre o tema, Villey (2019, 47) assere que na acepção de Aristóteles “não existe uma oposição entre o justo “natural” e as leis escritas do Estado, mas as leis do Estado exprimem e completam o justo natural” Desta maneira, o processo de distribuição equitativa do Direito irá implicar um prévio momento especulativo, onde se fará necessário estudar a natureza enquanto fonte primordial para a descoberta da justa medida. Neste processo, acrescenta Villey, o escrutínio da natureza não se resume à observação neutra e passiva dos fatos, conforme os primados da ciência moderna, mas no discernimento ativo dos valores que servirão de norte à resolução das demandas. A validade do direito positivo é ditada pelo justo natural, obtido a partir da observação da natureza, provindo daí sua autoridade, e não de uma estrutura pré-estabelecida pelo arbítrio estatal. Assim, coadunam-se prudência e legislação como forma de inteligência voltada à extração dos princípios do justo natural, sendo essa a atribuição precípua dos legisladores, encarregados da promoção do direito no âmbito da *pólis*. O ajuste final à teoria da justiça de Aristóteles (2014) é fornecido pela questão da equidade, considerada boa na mesma medida que o justo, embora não integre a justiça legal, prestando-se à correção da lei, quando observadas lacunas em função da generalidade. Consoante esclarece Bittar (2005), a aplicação da equidade transforma o julgador em legislador diante do caso concreto, onde a necessária prudência na elaboração dos julgamentos, mormente quando o caráter geral da lei impingir uma injustiça aos envolvidos. Sobre a equidade, como importante aspecto da teoria aristotélica de justiça, ressalta Villey:

A equidade, embora extrapole em certo sentido a justiça (coroando-a da amizade, de doçura, de misericórdia) é, contudo, em primeiro lugar, uma *superjustiça*, a plena realização do igual. A justiça estava inicialmente no

princípio da lei. Mas, ao fim do processo da elaboração do direito, vemo-la preenchendo a função de um *corretivo* da lei escrita. (2019, 62)

Assim, o contexto da teoria da justiça aristotélica atribui à ideia da justiça como virtude o fundamento basilar para toda a construção do Direito, contrariando a ordem corriqueiramente observada a partir da modernidade, onde se busca extrair a justiça do Direito instituído pela autoridade. A este respeito, relevante destacar a perspectiva de Villey:

Aristóteles conhece os limites da mente humana, da condição humana: “a cada campo de conhecimento seu grau de certeza.” Reconheceu os limites da ciência do direito natural, que apenas chega a conhecimentos sempre vagos e provisórios, inadaptados às necessidades práticas dos juristas; mas reconhece igualmente bem os limites das leis escritas e conclui que não se pode atribuir-lhes valor absoluto, nem autoridade soberana. (2014, 64)

A inversão da perspectiva aristotélica acerca da justiça, conforme esclarece Villey, passa pela gradual consolidação da ideia de direito subjetivo individual, cujos contornos preliminares foram traçados por Guilherme de Ockham, ao final da Idade Média. O pensamento medieval, especialmente em Tomás de Aquino, manteve o método da descoberta das soluções jurídicas segundo a observação da natureza e da ordem dela emanada, enquanto o nominalismo adotado por Ockham, passando a considerar todas as coisas a partir do indivíduo, levou a ciência jurídica a buscar a construção do direito segundo a observância de três aspectos elementares apontados por Villey, quais sejam, “as qualidades jurídicas do indivíduo, a extensão de suas faculdades e de seus direitos individuais” (2019, 333). Como consequência, o primado da lei positiva, onde estes direitos podem ser descritos e, em tese, assegurados, ganha destaque, culminando na transformação operada na Idade Moderna.

Demais disso, os alicerces essenciais à construção da ideia de justiça, anteriormente fundados na natural sociabilidade humana, colimando a necessidade de construção de regras compatíveis, capazes de manter a harmonia social e promover o bem comum,

começam a ser desconstruídos a partir de Maquiavel (2015), ao optar pela visão do homem como um ser essencialmente mau. Em consequência, salientam Naucke e Harzer (2008), não mais se pergunta ao homem como deveria ser o Estado e a ordem jurídica, do contrário, vislumbra-se o ser humano inserido no contexto de sua época, questionando como o homem e suas relações deveriam ser concebidos dentro desta realidade. O elemento metafísico é posto de lado, ditando-se o *dever ser* a partir da constatação da realidade, apartados da preocupação com valores transcendentais, não interessando a forma do Estado e o respaldo para a admissão da coercibilidade do direito, mas exclusivamente a força do Estado e do próprio direito.

O realismo segue adiante com o *Leviatã* de Hobbes (2009), traçando os contornos firmes de uma teoria do direito onde se reconhece a necessidade da força do Estado e das leis como forma de regatar o ser humano da brutalidade do estado de natureza. Por conseguinte, não se questiona acerca da justiça do direito estabelecido, pois a submissão ao *Leviatã*, impreterível à sobrevivência do ser humano, traz implícita uma declaração de aquiescência espontânea com a legislação estatal. O realismo jurídico, portanto, vê no direito um meio para o estabelecimento e a manutenção da ordem, abrindo o caminho para o desenvolvimento de um positivismo jurídico onde o direito, como instrumento indispensável à manutenção da paz social, seria justo por si mesmo. Em Hobbes, segundo Villey (2019), desaparecem a justiça distributiva e a justiça comutativa naturais, pois cessam as ideias de *meu* e *seu* naturais, restando como única regra derivada do direito natural aquela que proíbe o rompimento dos pactos. Nas palavras de Hobbes:

[...] injustiça e injúria, nas controvérsias do mundo, são aquilo que, nas disputas escolásticas, é chamado de absurdo. Tal como os escolásticos é absurdo contradizer o que inicialmente foi sustentado, no mundo é injustiça e injúria desfazer, voluntariamente, o que havia sido feitos anteriormente. [...] E essas palavras ou ações são os vínculos mediante as quais os homens ficam vinculados, e obrigados, vínculos que não vem de sua própria natureza [...], mas do medo de alguma consequência ruim da ruptura. (2009, 99)

A originalidade de Hobbes, complementa Villey (2019), reside no fato de ter logrado construir, a partir da natureza, mas não deduzida dela, uma estrutura capaz de gerar soluções jurídicas. De fato, a natureza é o fundamento do qual parte a concepção hobbesiana acerca da necessidade da autoridade estatal (Hobbes, 1999), pois nela se encontra a liberdade humana e a certeza racional acerca da necessidade da autopreservação e da conseqüente construção da paz, obtida por meio da renúncia ao exercício ilimitado das prerrogativas decorrentes da liberdade, em prol da segurança e da proteção da própria vida.

Observada sob o prisma da política e, em especial, considerando o momento histórico quando o *Leviatã* de Hobbes surge, é possível atestar a coerência da proposta, pois o gradual fortalecimento do Estado-nação correspondia à alteração do paradigma constitucional das estruturas políticas da época. No entanto, analisada sob a ótica do Direito, os desdobramentos surgidos deste contexto embaciaram paulatinamente a ideia de justiça, máxime por se atrelar ao ideal da racionalidade científica, atribuindo o privilégio de estabelecer os limites entre o justo e o injusto exclusividade à razão humana.

PÓS-POSITIVISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO O MÉTODO DO DIREITO NATURAL DE MICHEL VILLEY

O Direito possui intrínseca relação com a sociedade, nela surgindo como forma de ordenação da convivência humana (Lumia 2003). É igualmente em função da sociedade que o Direito se transforma, tendo em vista a alternância das demandas presentes

no contexto das relações estabelecidas. Os direitos fundamentais compõem este mesmo quadro, muito embora tenham surgido de um processo histórico peculiar, fruto das transformações decorrentes da urgência na adequação das relações entre o Estado e

a sociedade civil, em especial a partir da Revolução Francesa (1789). Por isso mesmo, observa Bobbio (1992, 33) que tais direitos “são direitos do homem histórico”, implicando no reconhecimento da existência de direitos considerados naturais, atribuíveis aos indivíduos em decorrência do fato de pertencerem à espécie humana.

Considerando o transcurso da história do Direito, é possível notar a correlação entre os fundamentos filosóficos em voga na sociedade, com o advento da modernidade, e o paulatino abandono do Direito Natural clássico, emergindo não apenas a ideia de direitos subjetivos, mas a noção da vigência de direitos naturais decorrentes da qualidade humana. O fortalecimento do Direito Positivo, ademais, agregou ao reconhecimento desses direitos naturais a necessidade da correspondente positivação em um documento formal escrito, passando as Constituições a exercerem a função de guardar junto aos seus termos o rol dos direitos fundamentais, como elementos basilares da ordem jurídico constitucional em vigor³. A movimentação da história em torno deste processo, onde liberdade e igualdade foram os lemas centrais em seu nascedouro, passou a preconizar a universalidade, decorrente da fraternidade, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Como consequência, constata Bobbio (1992), desencadeia-se o processo de multiplicação destes direitos, tanto no âmbito interno dos Estados, como em escala mundial, passando o homem a ser considerado segundo suas especificidades e não mais como ser abstrato.

Malgrado a distinção quanto ao alcance e à nomenclatura, denominando-se fundamentais os direitos reconhecidos e positivados pelas Constituições dos Estados e Humanos aqueles constantes dos documentos normativos firmados na esfera internacional, ambos são fruto de um mesmo desencadear histórico, iniciado com a contestação do poder absoluto do Estado e transplantado para a esfera externa, especialmente após as duas Grandes Guerras Mundiais. Por conseguinte, consoante Facchi, “à tradicional instância de proteção das liberdades,

soma-se, com igual dignidade, o compromisso de um melhoramento das condições de vida da população do mundo” (2011, 133).

No entanto, sob a perspectiva de Villey (2019), o problema destes direitos, a despeito da sua reconhecida relevância e independente do respectivo âmbito de atuação, refere-se à problemática típica do positivismo jurídico, onde a formalística normativa, uma vez afastada dos aspectos valorativos na construção do Direito, mantém em eterna suspensão a questão da justiça. Para Villey, os direitos do homem são irrealis, por prometerem demais, bem como ideias, posto provenientes da esfera do jusnaturalismo moderno e construídos segundo os parâmetros do Direito Positivo, terminando por servir como plataforma política. Para o autor, ademais, a irrealidade destes direitos pode ser notada na indeterminação que os cerca, assim como na inconsistência, pois as promessas feitas, como a de liberdade, não dizem nada a respeito do alcance ou dos correspondentes limites do direito estabelecido.

A problemática referente aos direitos fundamentais, embora sob uma roupagem diversa da proposta por Villey, é objeto de atenção de outros autores, especialmente preocupados com os desgastes advindos da estrutura tradicional do Direito Positivo. Uma vez localizados nos alicerces fundantes da ordem constitucional, a questão em torno destes direitos procura reconhecer sua força normativa a partir da própria normatividade atribuída à Constituição. Konrad Hesse (1991) afirma a força normativa da Constituição deduzida da correlata vontade normativa de Constituição, ao reconhecer nela uma forma jurídica apta a formar e modificar a realidade do Estado. Por seu turno, Alexy (2008) assevera que normas de direitos fundamentais são aquelas enunciadas como tais no texto de uma Constituição, derivando daí sua qualidade de direito subjetivo e seu respectivo poder coercitivo. Entretanto, considerando a vagueza dos enunciados relativos aos direitos fundamentais, Alexy acrescenta ao contexto de sua análise a necessidade de considerar os conceitos de regra e princípio, destacando serem ambos normas por ditarem o *dever ser*, de modo que a

³ “Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo neste sentido não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material” (Sarlet 2007, 67).

distinção entre eles é uma distinção entre duas espécies de normas. Assim, embora direitos fundamentais possam ser enumerados no corpo da Constituição sob a forma de princípio, possuem inquestionável força normativa.

De todo modo, porém, as abordagens calcadas na força da Constituição enquanto norma jurídica mantêm o pressuposto da normatividade juspositiva como condição inarredável para o reconhecimento destes direitos, prevalecendo a necessidade de uma dedução “racional” a respeito do seu alcance, segundo parâmetros encontrados no arcabouço do ordenamento jurídico. Recorde-se que consoante Villey (2019), na acepção clássica do Direito, o justo é extraído de um composto formado pela observância do comportamento da natureza, bem como da estrutura normativa dela deduzida, trabalhada segundo a prudência dos responsáveis por atribuir a cada um aquilo que lhe é de direito. Deste modo, consoante as palavras do autor abaixo transcritas, o aparecimento dos direitos inerentes ao ser humano atestou a decomposição do conceito de direito:

Seu advento foi correlato do eclipse ou da perversão, na filosofia moderna individualista, da ideia de justiça e de seu instrumento, a jurisprudência. Ela tinha por finalidade a mensuração das justas relações. Essa arte autônoma cumpria uma função própria, insubstituível. As filosofias da Europa moderna deixaram-na de lado. O cuidado de uma justa *repartição* desapareceu de suas obras. (Villey, 2019, 163)

Sob o enfoque villeyano, portanto, as reconfigurações presentes na perspectiva pós-positivista, com a visão acerca da necessidade de ampliação do contexto dos direitos fundamentais, a partir de um esforço interpretativo das normas constitucionais⁴, esbarram na problemática advinda da estrutura jurídica construída segundo o modelo proposto pela modernidade. Referido modelo, privilegiando a racionalidade humana e a correlata capacidade de nela buscar os fundamentos metafísicos do direito, deferiu à natureza

humana, em detrimento da natureza das coisas, a lógica conformativa dos direitos fundamentais, elevados à categoria de normas de natureza constitucional. Entre os desdobramentos daí decorrentes pode ser citado o ativismo judicial, que segundo Viaro (2017) corresponde a um termo cunhado na doutrina norteamericana, no trabalho desenvolvido por Arthur Shlesinger, em 1947, possuindo duas acepções diversas, uma positiva, indicando a proatividade do juiz no sentido de atribuir validade às normas constitucionais, e outra negativa, quando a atuação do julgador, sob o argumento da necessidade de conferir esta mesma validade às previsões de natureza constitucional, termina por ultrapassar os limites da função jurisdicional.

Não cabendo no escopo deste ensaio desenvolver a questão do ativismo judicial, sua menção presta-se a exemplificar a extensão das tribulações em torno da busca por novas formas de fundamentação do Direito, pois sendo ele um fato social inconcebível fora do contexto da sociedade, sua presença simboliza um aparato da cultura humana voltado à obtenção da pacificação do convívio social. Diante, pois, das questões trazidas à tona pelo pós-positivismo, é possível questionar se a conformação jurídico-institucional vigente demonstra-se apta a acolher o método do direito natural apresentado por Villey.

Conforme observado acima, para Villey os direitos humanos são irreais e puramente ideias. Em contrapartida, a atualidade pós-positivista abarca teorias dos direitos fundamentais pautadas pelo escopo de ampliar a efetividade destes direitos, a partir da primazia atribuída às normas constitucionais como elementos norteadores dos espaços normativos observados no âmbito do ordenamento jurídico. Resulta, pois, a necessidade de encontrar alicerces interpretativos capazes de produzir justiça de modo imparcial e coerente.

Assentindo com a perspectiva de Villey quanto à irrealidade e idealidade dos direitos do homem,

⁴ “El concepto de neoconstitucionalismo abarca un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, que parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de las culturas jurídicas italiana y española, así como en diversos países de América Latina. [...] Como corriente jurídica, se halla en pleno proceso de conformación y consolidación. Su origen histórico más inmediato puede hallarse en las valiosas elaboraciones jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán, en los primeros años de labor jurisprudencial, luego de la sanción de la llamada ley de Bonn.” (Gorra 2019, 43)

especialmente diante do afastamento dos fundamentos propostos pela ideia de lei natural encontrada em Aristóteles, no Direito Romano e em Tomás de Aquino, permanece o dilema da efetividade destes direitos vigentes na atualidade, pois a reconstrução do ideal da justiça não mais se apoia no primado *jus suum cuique tribuere* “atribuir a cada qual o seu *jus*” (Villey 2019, 75). Isto porque, o método interpretativo derivado de Aristóteles e reproduzido no Direito Romano demonstra, consoante as lições traçadas por Villey a “tentativa de encontrar regras que manifestem a justiça e a coerência das soluções, mas desconfiança em relação às regras, que jamais atingem o justo e não devem ser confundidas com o *direito*” (2019, 73). Embora a racionalidade humana seja relevante neste processo interpretativo, ela se curva diante do primado da natureza, mesmo porque, observa Villey “essa ciência do direito não é concentrada no indivíduo. Não o considera isolado numa ilha. Herdeira da filosofia realista da Antiguidade, ela encara o indivíduo tal como é situado, dentro de um grupo” (2019, 79).

Villey, portanto, não se posta contra a presença de direitos atribuíveis aos seres humanos, mas contra a forma como são estruturados e seus respectivos fundamentos jusfilosóficos. O individualismo exacerbado, ao se afastar da questão da virtude como esteio da justiça e do direito, exalta soluções que, antes de se apresentarem como fomento à pacificação social e à distribuição equânime de prerrogativas, enseja discordâncias, dada a subjetividade observada na conformação dos parâmetros utilizados para a construção e a interpretação dos direitos fundamentais. Destaque-se, ademais, consoante menção feita por Brochado, que a felicidade em Aristóteles se refere à felicidade ética e não física, definida como “a plena realização da *natureza* humana ao atualizar sua capacidade inata de alcançar o próprio fim”, que deve

estar de acordo com a sua mais alta virtude” (2021, 37).

Nesse sentido, cumpre não descurar do fato de que a proposta de Villey, conforme se buscou demonstrar ao longo deste ensaio, não cuida de uma construção moralista do Direito, mas de um direito derivado da justiça, cujo esteio encontra-se na ideia da virtude. Encontrar o direito de cada um reclama, pois, praticar a justiça como virtude mais elevada, pois a justiça encerra, nas palavras de Aristóteles:

a virtude *perfeita*, ainda que com relação aos outros [e não no absoluto]. Eis porque a justiça é considerada frequentemente *a melhor das virtudes*, não sendo nem a estrela vespertina nem a matutina tão admiráveis, de modo que dispomos do provérbio: *Na justiça está toda a virtude somada*. (2014, 182)

Isto posto, trilhar o caminho do método do direito natural demonstrado por Villey implica somar aos esforços do pós-positivismo uma retomada das virtudes enquanto valores relevantes no âmbito da sociedade. Segundo Tomás de Aquino “a correção da ação humana não pode existir se ela não estiver ordenada em todas as suas circunstâncias, em conformidade com o modo que lhe é devido” (2013, 72). Não se trata de abandonar as construções normativas, pois mesmo na estrutura jurídica antiga vigia o direito posto pelo homem, muito embora sua referência maior se encontrasse no primado lógico da natureza, transcendente à efêmera existência humana. Por conseguinte, conforme observa Villey (2019), depreende-se da filosofia aristotélica que na natureza dos seres vivos há bem mais do que são estes presentemente, pois encontra-se nesta natureza aquilo que tais seres estão destinados a ser em sua realização plena, seu fim, identificável, igualmente, com a sua felicidade.

CONCLUSÃO

O surgimento do denominado pós-positivismo, aduz Almeida (2012), possui em seu nascedouro dois momentos essenciais, o primeiro deles decorrente do trabalho de Gustav Radbruch contra o positivismo

jurídico, após a Segunda Guerra Mundial, pois referido autor associava à rigidez normativa do positivismo a viabilização das regras do regime nazista e o segundo, do debate entre Hebert Hart e Ronald Dworkin, em

meados do século XX. Ainda segundo Almeida (2012), o pós-positivismo, preconizando o relaxamento do rigor normativo do positivismo jurídico, por meio da utilização de um escopo moral, possui estreito vínculo com o neoconstitucionalismo, posto que os direitos fundamentais, integrando o alicerce da Constituição, são otimizados como elementos estruturantes de todos os ramos do Direito.

As questões em torno da instituição do Direito, assim como da dinâmica dos direitos fundamentais, são objeto de atenção de Villey ao explorar o método do Direito Natural extraído da Antiguidade, especialmente da teoria aristotélica sobre a justiça e o direito. Deste modo, o presente ensaio teve por objetivo verificar de que maneira o método do Direito Natural trabalhado por Michel Villey contribui para a redescoberta do Direito no âmbito do pós-positivismo. A primeira parte do estudo, portanto, cuidou do método em questão, fundamentado nos ensinamentos de Aristóteles, enquanto a segunda procurou cotejar referida perspectiva com a problemática levantada pelo pós-positivismo acerca da fundamentação do direito, máxime, dos direitos fundamentais.

Situando o nascedouro do direito na descoberta da justiça aplicável às situações observadas, Villey (2019) considera que os direitos humanos são irreais e ideais. Irreais por se perderem em um rol

de promessas irrealizáveis e ideais por se atrelarem à volúvel renovação das ideologias praticadas na sociedade. O direito natural clássico, por seu turno, propondo um método onde a justiça representa a virtude mais elevada, a ser buscada como justa medida pelos julgadores, não deposita na norma ditada pela autoridade legitimada a capacidade de estabelecer os limites do justo, pois a busca por este se faz a cada demanda, distribuindo equanimemente a cada qual aquilo que lhe for de direito. A jurisprudência romana, assim, é apontada por Villey como adepta do modelo aristotélico, não sendo, por isso, representativa de uma estrutura pautada pelo livre discernimento daqueles aptos a julgar os casos concretos.

A perspectiva de Villey (2019), ademais, não preconiza um direito como sinônimo de moralidade, destacando a separação, embora não estanque, entre ambos os espaços, o da moral e o do direito. Encontrar o direito de cada um, assim, passa por uma elaboração de ordem prática, norteadas pela ideia de virtude, apoiada na transcendência da ordem natural presente no universo. Por conseguinte, entre a rigidez do positivismo jurídico, onde o fundamento do direito se afasta do ideal da justiça, e o abrandamento deste processo, por meio de uma proposta permeada por intensas variáveis, conforme se apresenta o pós-positivismo, resta a coerência de um método onde a compreensão da ideia de virtude desvenda o caminho da justiça.

REFERÊNCIAS

- Alexy, Robert. 2008. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.
- Almeida, Bruno Torrado Amorim. 2012. «Contra o Pós-Positivismo: Breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do Positivismo Jurídico». Revista IDB11: 6455-6506. Acesso em 19 set 2022. https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6455_6506.pdf
- Aquino, Santo Tomás de. 2013. Onze Lições sobre a Virtude: Comentário ao Segundo Livro da Ética de Aristóteles. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas/SP: Ecclesiae.
- Aristóteles. 2014. Ética a Nicômaco. Tradução de Edson Brini. São Paulo: Edipro.
- Bittar, Eduardo C. B. 2005. A Justiça em Aristóteles. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense.
- Bobbio, Norberto. 2012. A Era dos Direitos. Tradução de Cláudio Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus.
- _____. 1995. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone.
- Brochado, Mariah. 2021. Ética e Direito: pelas trilhas do Padre Vaz. Curitiba: Editora CRV.
- Cicco, Cláudio de. 2012. História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva.
- Facchi, Alessandra. 2011. Breve História dos Direitos Humanos. Tradução Silva Debetto C. Reis. São Paulo: Loyola.
- Gorra, Daniel Gustavo. 2019. Neoconstitucionalismo: Concepción epistemológica. Buenos Aires: Astrea.
- Hesse, Konrad. 1991. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- Hobbes, Thomas. 2009. Leviatã ou Matéria, Formas e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret.
- Kelsen, Hans. 1998. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes.
- Lumia, Giuseppe. 2003. Elementos de Teoria e Ideologia do Direito. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes.
- Maquiavel, Nicolau. 2015. O Príncipe. Tradução de Dominique Makins. Barueri/SP: Novo Século Editora.
- Naucke, Wolfgang e Harzer, Regina. 2008. Filosofía del Derecho. Traducida por Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. 2008. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Viaro, Felipe Albertini Nani. 2017. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. Em Interpretação Constitucional no Brasil. Editado por Renato Siqueira De Pretto, et al. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura.
- Villey, Michel. 2019. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. 2019. O Direito e os Direitos Humanos. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. 2019. Filosofia do Direito: Definição e fins do Direito. Os meios do Direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez Aguiar. São Paulo: Martins Fontes.