

## As Aventuras do Sujeito na Narração de Michel Villey da História do Pensamento Jurídico\*

Olivier Jouanjan\*\*

**Resumo:** Através do conceito de sujeito, o presente ensaio critica alguns aspectos da narração proposta por Michel Villey da história da filosofia do direito. Essa narração visa dois níveis dessa história: uma grande história filosófica que se pode comparar de forma pertinente com a história heideggeriana da história do ser; uma história das doutrinas jurídicas que atribui a Kant e à Escola histórica um papel decisivo no esquecimento do(verdadeiro)direito. Mas, não é certo que o “sujeito” possa ser considerado como a instância simples que unifica em torno de si a “modernidade”, como Villey e outros propagaram. O sujeito poderia muito bem ser também a dificuldade, a *tormenta* do pensamento e do direito modernos.

**Palavras-Chave:** Kant – Modernidade – Ockham – São Tomás – Savigny – Sujeito – Villey.

Aquele que se interessa hoje pela história do pensamento e da filosofia do direito tem necessariamente uma dívida para com Michel Villey. Mas, o poder do criador sobre seu devedor é sempre limitado. Nas questões relacionadas ao pensamento, apenas conseguimos saldar a dívida abdicando de nossa capacidade crítica. Em compensação, uma dívida de pensamento nunca é passível de ser paga. É com esse estado de espírito do devedor espiritual que eu gostaria aqui de examinar, sem renunciar, contudo, ao direito de crítica, as narrativas de Michel Villey da história da subjetividade jurídica. Criticar significa apenas: ousar apresentar algumas questões, com o risco do desacordo e mesmo do antagonismo. Savigny, que Villey não apreciava – não tinha sido Savigny que houvera traído o espírito do direito romano? -, apresentava como método correto para seus alunos: *kritisch lesen*, ler de maneira sempre crítica.<sup>1</sup> Mas, pelo menos esse conselho Villey teria aprovado, de tão grande que era seu gosto pela *disputatio*. Portanto, será dessa forma que será lido aqui, sucessivamente, a *narrativa de Villey da metafísica do sujeito* e depois a *narrativa do desenvolvimento das doutrinas jurídicas modernas no século XIX*, sendo apresentadas algumas observações sobre histórias especialmente significativas. Concluirei com uma constatação: uma história das aventuras da subjetividade jurídica, apesar de algumas contribuições consideráveis de Villey, continua ainda a ser feita; talvez ela pudesse ser escrita não mais colocando o sujeito como “fundamento” da modernidade, mas considerando-o principalmente como a “tormenta” dos Modernos em torno do qual se ligam, se desenvolvem e se confundem as intrigas complexas.

---

\*Texto originalmente publicado em *Droit et Société*, 71/2009. Direitos de tradução para o português cedidos gentilmente pelo autor para a Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro.

\*\*Olivier Jouanjan é professor de Direito Público na Universidade de Strasbourg, França. Diretor do Instituto de Pesquisas Carré de Malberg (Strasbourg – França). Professor Honorário na Universidade Albert-Ludwig, de Friburgo em Breggau, na Alemanha. Dentre seus trabalhos, temos a obra *Une Histoire de la Pensée Juridique en Allemagne (1800-1918)*, publicada pela PUF, em 2005.

<sup>1</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *Vorlesung über juristische Methodologie 1802-1842*, ed. por Aldo Mazzacane, Frankfurt, Klostermann, 2004, p. 115.

## I. VILLEY E A HISTÓRIA DA METAFÍSICA DO SUJEITO

Michel Villey reconstruiu a história do pensamento jurídico como uma grande narrativa, uma narrativa de uma perda ou, em uma linguagem mais heideggeriana, de um “esquecimento”. Mesmo se Villey apenas parece ter tido um conhecimento bastante superficial de Heidegger, na medida em que o via como o teólogo de uma religião do Homem<sup>2</sup>, o *esquecimento do direito* que se encontra no centro da *Formation de la pensée juridique moderne* (Formação do pensamento jurídico moderno – nota do tradutor) apresenta uma relação com o tema heideggeriano do “esquecimento do ser”, e a história de Villey do direito poderia muito bem contar, à sua maneira, algo da “história do ser”.<sup>3</sup>

Assim, mesmo que Villey tenha tido de Heidegger uma imagem essencialmente negativa, na medida em que a empreitada de Heidegger continuava, de acordo com Villey, “afetada por vícios da filosofia alemã anterior”<sup>4</sup>, isto é, ainda ancorada na “prisão do idealismo”<sup>5</sup>, encontramos, contudo, uma referência mais positiva quando Villey evoca a necessidade de “se dirigir” para a história do pensamento jurídico, como fez, segundo ele, o autor de *Ser e Tempo* com a história da metafísica.<sup>6</sup> Ora, por menos idealista que Villey pretendesse ser, tal história do *pensamento* jurídico não se separa para ele, na verdade, da história do próprio direito. É um tema recorrente em sua obra que a história como disciplina acadêmica – e especialmente a história do direito – se encontra precisamente doente por não conseguir refletir historicamente suas próprias categorias se tornando assim incapaz de ver a origem kantiana e idealista das categorias que, inconscientemente, ela cola, por exemplo, no direito romano<sup>7</sup>: “Somente há uma história verdadeira através da filosofia, e a atual falta de abertura filosófica criou uma história irremediavelmente falsa.”<sup>8</sup> De sorte que uma inovação ou modificação conceitual na linguagem dos juristas pode muito bem não se limitar a completar a caixa de ferramenta, mas afetar diretamente o próprio direito<sup>9</sup>, do mesmo modo que, para Heidegger, a distinção fundamental entre *quiddidade* e *quodidade* na história da ontologia “não contém apenas um instrumento doutrinário do pensamento metafísico”, mas “marca um evento na história do ser”.<sup>10</sup>

Certamente, na obra de Villey, a invasão da categoria do *sujeito de direito* não se relaciona apenas ao instrumental técnico da dogmática jurídica, mas marca o evento mais

<sup>2</sup> Michel VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets*, ed. por Marie-Anne FRISON-ROCHE e Christophe JAMIN, Paris, PUF, 1995, XXI-12(a partir de agora: *Carnets*).

<sup>3</sup> Assim, encontramos uma alusão ao tema do esquecimento do ser no último dos doze ensaios que compõem a obra *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976, p. 273 e p. 274 na nota de rodapé(a partir de agora: *Critique*).

<sup>4</sup> *Carnets*, XX-59.

<sup>5</sup> *Carnets*, IV-36.

<sup>6</sup> *Critique*, introdução, p. 7.

<sup>7</sup> *Critique*, p. 8 e seguintes.

<sup>8</sup> *Carnets*, I-109.

<sup>9</sup> “Se a palavra direito mudou de sentido, o direito também mudou o seu ser”: *Carnets*, VIII-25. Ver Stéphane RIALS, *Villey et les idoles*, Paris, PUF, 2000, p. 71.

<sup>10</sup> Martin HEIDEGGER, “La métaphysique en tant qu’histoire de l’être”, in ID., *Nietzsche*, vol. 2, trad. Pierre Klossowski, Paris, Gallimard, 1971, p. 323 e seguintes.

importante na história do direito e confirma o esquecimento do direito em sua verdade inaugural como um “objeto”.<sup>11</sup>

A aproximação aqui introduzida com Heidegger não pretende nem realizar uma espécie de crítica heideggeriana a Villey, nem de reduzir esse último na “história do ser”, e veremos mais abaixo porque isso não pode ser feito: mesmo se a história do direito em Villey e a história heideggeriana do ser se encontram, elas se cruzam e saem, assim, de dois pontos bem distantes para divergir após um encontro que ocorre a partir de uma questão, no entanto fundamental para os dois, o surgimento moderno da subjetividade.

É por isso que a aproximação aqui realizada é muito limitada em suas ambições. De um ponto de vista heideggeriano, o aristotelo-tomismo de Villey continua primeira e inevitavelmente prisioneiro do modo *onto-teológico* da metafísica ocidental desde sua inauguração que, precisamente, reenvia essencialmente a Aristóteles. Para expressar isso de uma forma bastante simples, o movimento fundamental da metafísica mostrado pela grande narrativa heideggeriana consiste exatamente em primeiro ligar a questão do ser àquela do existente enquanto existente, para a seguir ligar isso tudo até um ser(existente)supremo, ligando, dessa forma, a questão do ser àquela do *théos: onto-teologia*.<sup>12</sup> Se é preciso, para sair do artifício da metafísica, que “a experiência do ser seja refeita de cima a baixo”<sup>13</sup>, a “ontologia fundamental” a qual se liga *Ser e Tempo* não se satisfaz com um retorno a Aristóteles – principalmente um Aristóteles que não fala mais grego, mas latim através dos comentários medievais – mas impõe uma função, ao contrário, a “*desobstrução* do fundo tradicional do qual provém a ontologia antiga”<sup>14</sup>, a lenta preparação meditativa do “salto”(*Sprung*) para o “novo começo” que supõe romper com o “primeiro começo”<sup>15</sup>, a saber o começo aristotélico da metafísica. Um retorno a Aristóteles, tal como o faz Villey, não alcança, assim, necessariamente, em uma ótica heideggeriana, a exigência do pensamento radical do “novo começo”.

Além disso, se a função do pensamento consiste em *reabrir* a questão do Ser para além de sua ocultação “metafísica”, um pensamento cristão, como o de Villey, certamente é incapaz não somente de realizar essa função, mas até mesmo de concebê-la, tanto a teologia cristã histórica e dogmaticamente – e a parte de São Tomás não é sem importância nesse problema, é claro – se aproveita desse *fechamento* da questão do Ser quanto a onto-teologia, levando-a até mesmo a um nível particular. Assim, para Heidegger, uma “filosofia cristã” é “um círculo quadrado e um malentendido”.<sup>16</sup> A distância entre a preocupação de Villey quanto ao

<sup>11</sup> Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 55 (eu utilize a reedição em um volume das edições de 1986 e 1984 dos dois manuais. A partir de agora: *Philosophie*).

<sup>12</sup> Ver principalmente Martin HEIDEGGER, “Qu’est-ce que la métaphysique?”, traduzido por Henry Corbin, in ID., *Questions* 1, Paris, Gallimard, 1968, p. 40.

<sup>13</sup> Martin HEIDEGGER, *Introduction à la métaphysique*, tradução de Gilbert Kahn, Paris, Gallimard, coleção “Tel”, 1967, p. 207.

<sup>14</sup> Martin HEIDEGGER, *Être et temps*, traduzido por François Vezin, Paris, Gallimard, 1986, p. 48.

<sup>15</sup> Martin HEIDEGGER, *Beiträge zur Philosophie, Gesamtausgabe*, Bd. 65, Frankfurt, Klostermann, 1989, p. 228.

<sup>16</sup> Martin HEIDEGGER, *Introduction à la métaphysique, op.cit.*, p. 20.

esquecimento do direito e a preocupação heideggeriana quanto ao Ser é, assim, grande, e até mesmo incomensurável.

Todavia, os dois fazem parte muito mais dos “contra-modernos” do que dos “anti-modernos”: eles não apenas “resistem” à modernidade, mas “sua reação se funda sobre um pensamento em relação ao moderno”.<sup>17</sup> E os dois vêm o moderno se fundar, em sua estrutura mais profunda, no surgimento do sujeito, sujeito como ser mestre de seu “si mesmo”, daquilo que faz seu “si mesmo”. O sujeito como soberano sobre si mesmo: *autor* de suas representações, de seus gostos, de seus pensamentos, de seus atos; como *autor de si mesmo*. Ou ainda para dizer de outra forma: o sujeito como autor da norma de si mesmo, como “*plastes et fictor*” de seu próprio si mesmo, como escreverá, no início da modernidade, Pico de la Mirândola.<sup>18</sup> Ora, para Heidegger como também para Villey, esse surgimento metafísico do sujeito não vem apenas aumentar o edifício tradicional da metafísica e completar sua caixa de ferramentas, mas é importante para suas próprias fundações, substituindo a base do ser e da construção metafísica, por um lado, e a base do direito e da construção da ciência jurídica, por outro.

Uma linha decisiva na história da metafísica, de acordo com Heidegger, é aquela que passa do *hupokeimenon*<sup>19</sup> para sua tradução latina em *subjectum*, e depois para uma primeira extensão do *subjectum* como “subjetividade”, “que acentua tudo aquilo que o Ser é determinado sem dúvida a partir de um *subjectum*, mas não necessariamente por um *ego*”, ao surgimento da “subjetividade”, que não é somente o reconhecimento de uma região psicológica limitada no Ser, mas produz, de Descartes a Kant, passando pela *Monadologia* de Leibniz, a afirmação de um primado ontológico do espírito, *mens*, *animus* ou *ratio*.<sup>20</sup>

Eis aí, para Heidegger, a nova determinação do ser que introduziu o *cogito* cartesiano. Essa determinação nova do ser não introduz somente com ela a centralidade do *ego*, mas também, porque esse *ego* é pensado como fundamentalmente criador de norma, a centralidade do querer: o ser é fundamentalmente não mais *potência*, *energeia* no sentido aristotélico, mas *querer*, cuja figura nietzscheana da “vontade de poder” enquanto “fim da metafísica”, marca a assunção. Para dizer de maneira mais simples: a afirmação metafísica do sujeito produz não apenas o individualismo, mas também e com o mesmo gesto, o voluntarismo. A vontade é o

<sup>17</sup> Antoine COMPAGNON, *Les antimodernes de Joseph de Maistre à Roland Barthes*, Paris, Gallimard, 2005, p. 24.

<sup>18</sup> Jean PIC DE LA MIRANDOLE, *De la dignité de l'homme*, traduzido por Yves Hersant, Paris, éditions de l'Éclat, 4ª ed., 2005, p. 8.

<sup>19</sup> Na obra de Aristóteles, os sentidos de *hupokeimenon*, traduzido por “sujeito” na obra de Tricot, são estudados na *Métaphysique*, Z, 3.

<sup>20</sup> Essa distinção entre “subjetividade” e “subjetividade” é realizada em “La métaphysique en tant qu'histoire de l'être”, já citado, p. 360 e seguintes. Esse ensaio constitui o texto fundamental de Heidegger sobre essa determinação subjetiva da metafísica moderna e a centralidade ontológica do querer que decorre disso. A distinção entre subjetividade e subjetividade, onde a “subjetividade” daria o sentido do *subjectum* ainda ligado ao grego clássico *hupokeimenon* (substrato, suporte) é retomada na obra de Jacques RIVELAYGUE (*Leçons de métaphysique allemande*, Paris, Grasset, 1990, principalmente p. 376 e seguintes) ou Alain DE LIBERA (*Archéologie du sujet*, tomo 1, Paris, Vrin, 2007, p. 59).

solo ontológico verdadeiro dos Modernos, e é isso o que quer dizer Heidegger quando escreve que “desde o pleno nascimento da metafísica dos Tempos modernos, o Ser é vontade”.<sup>21</sup>

É preciso ir ainda mais longe: colocar a questão do sujeito é ao mesmo tempo relacionar o mundo das coisas à categoria do objeto (*Gegen-Stand*), tendo sido a dicotomia do sujeito e objeto inicialmente trazida, para Heidegger, pelo dualismo cartesiano da *res cogitans* e da *res extensa*.<sup>22</sup> Do ponto de vista do sujeito, o mundo das coisas, a natureza, as objetividades, se tornam um fundo disponível para a ação do homem. A oposição moderna sujeito/objeto constitui a estrutura ontológica fundamental de onde se desenvolve a *técnica* moderna como “reconhecimento” do mundo pelos sujeitos. É nesse sentido que Heidegger escreve que ao utilizar a palavra “técnica” em um sentido essencial, “equivale” àquilo que se quer dizer na obra dele “a metafísica realizada”.<sup>23</sup> O reino da técnica é a realização da metafísica moderna como manifestação violenta da subjetividade pela qual o mundo apenas é um objeto de um querer que, por seu lado, apenas é orientado por si mesmo, daí o surgimento daquilo que Heidegger chama de “vontade de vontade”.<sup>24</sup>

Poderíamos estabelecer sobre essas questões uma espécie de diálogo imaginário e retrospectivo entre Heidegger e Villey, e poderíamos ver como essa reconstrução “desobstrutiva” da metafísica moderna pelo primeiro poderia ter dado uma base e impulsão para a tese que anima, de cima a baixo, a grande narrativa do pensamento jurídico proposto pelo segundo. Da mesma forma, haveria uma ligação possível entre o discurso heideggeriano sobre a técnica e a denúncia feita por Villey do domínio do elemento técnico sobre a arte jurídica dos Modernos.

A saída do mundo clássico dos juristas, que passa pelo aparecimento do “sujeito de direito”, produz, ao mesmo tempo, de acordo com Villey, como fruto de um mesmo movimento do pensamento, o direito individual subjetivo, que se torna a “palavra-chave do direito moderno”<sup>25</sup>, e o positivismo jurídico. Como sabemos, esse duplo movimento se encontra, para Villey, prefigurado na obra de Ockham: o positivismo seria o “corolário” do nominalismo, já que sua ontologia é estritamente individualista no sentido mais amplo do termo, na medida em que compreende a ciência como aquilo que “gravita” em torno do indivíduo, o que leva a introduzir, na própria base do novo pensamento jurídico, a figura do direito subjetivo.<sup>26</sup> Isso porque, na grande narrativa de Villey do pensamento jurídico

<sup>21</sup> Martin HEIDEGGER, *ibid.*, p. 362. A frase é um eco de Schelling: “Em última e suprema instância, há apenas o ser que é querer. Querer é o ser primordial e é apenas a ele que se ligam todos os predicados desse último”(Friedrich W.J. von SCHELLING, “Recherches philosophiques sur l’essence de la liberte humaine”[1809], in ID., *Oeuvres métaphysiques*, traduzido por Jean-François Courtine e Emmanuel Martineau, Paris, Gallimard, 1980, p. 137). No curso consagrado às *Pesquisas* de Schelling, Heidegger comenta essa passagem extremamente importante para ele: Martin HEIDEGGER, *Schelling*, traduzido por Jean-François Courtine, Paris, Gallimard, 1977, p. 166 e seguintes.

<sup>22</sup> Ver, por exemplo, Martin HEIDEGGER, *Les problèmes fondamentaux de la phénoménologie*, traduzido por Jean-François Courtine, Paris, Gallimard, 1985, p. 156 e seguintes.

<sup>23</sup> Martin HEIDEGGER, “Dépassement de la métaphysique”, in ID., *Essais et conférences*, tradução de André Préau, Paris, Gallimard, coleção “Tel”, 1958, p. 92.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 86 e seguintes.

<sup>25</sup> Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coleção “Léviathan”, 2003, p. 268(A partir de agora: *Formation*).

<sup>26</sup> *Formation*, p. 229 e seguintes, especialmente p. 233 e p. 261.

ocidental, o positivismo e o subjetivismo jurídicos se enraízam no nominalismo de Ockham que, no contexto dessa narrativa, é visto como o “momento “copernicano” da história da ciência do direito”.<sup>27</sup>

Como se sabe, é aqui que a obra de Villey ganha uma importância considerável, na medida em que ela mostra já o que se passa na escolástica no que se refere à história da subjetividade, antes, portanto, dos grandes momentos “modernos” da Reforma, do humanismo e do *Cogito*. Na obra de Heidegger, tudo da subjetividade começaria com Lutero para se enunciar plenamente, enquanto metafísica, na obra de Descartes. Mas, hoje tudo indica que Villey tinha razão: a origem da metafísica do sujeito deve ser pesquisada muito antes na história do que pretendia Heidegger. Os recentes trabalhos de Alain de Libera convidam mesmo a buscar antes de Ockham, chegando-se ao século XIII, no primeiro franciscanismo e na obra de Pierre Jean Olieu (Pierre de Jean Olieu, Petrus Joannis Olivi).<sup>28</sup> Mais desconfortável do ponto de vista de Villey é evidentemente a tese que atribui ao próprio São Tomás um papel decisivo no processo arqueológico de formação do sujeito moderno.<sup>29</sup>

Na medida em que a figura do direito subjetivo encontra não apenas seu ponto culminante, mas sua verdadeira essência, enquanto “qualidade inerente ao indivíduo”<sup>30</sup>, no conceito dos “direitos do homem”<sup>31</sup>, há, contudo, uma aparente contradição quando se relaciona à mesma fonte, ao mesmo filosofema, os direitos considerados como suprapositivos, por um lado, e um culto da lei como norma positiva, por outro. Contudo, essa atribuição ao “sujeito” dos direitos e da lei pode ser explicada se insistirmos em uma fórmula que Villey utiliza rapidamente, ao evocar a depreciação que o direito sofreu na obra de Lutero, pensador moderno, na medida em que Lutero havia descoberto não apenas o *Innerlichkeit* caro ao pensamento germânico, mas também “a competência normativa da livre subjetividade”.<sup>32</sup> É uma fórmula extraordinariamente simples e expressiva para mostrar o lugar no qual o pensamento jurídico

<sup>27</sup> *Formation*, p. 267.

<sup>28</sup> Ver o verbete “Sujeito” in Barbara CASSIN (dir.), *Vocabulaire européen des philosophies*, Paris, Seuil, Le Robert, 2004, p. 1240. Ver também Alain DE LIBERA, *Archéologie du sujet*, tomo 1, *op.cit.*, principalmente p. 225 e seguintes.; Olivier BOULNOIS (dir.), *Généalogie du sujet. De Saint Anselme à Malebranche*, Paris, Vrin, 2007.

<sup>29</sup> Alain DE LIBERA, *Archéologie du sujet*, tomo 1, *op.cit.*, p. 304 e seguintes. Se abandonarmos as “grandes narrativas” tanto de Villey quanto de Heidegger, para considerar os problemas conjunturais, circunstanciais de enunciação dos primeiros filosofemas “subjetivos”, por mais que possamos datá-los já a partir da segunda metade do século XIII, parece muito claro que essa primeira emergência da subjetividade provavelmente se relaciona, tanto na obra de São Tomás quanto na obra anti-tomista de Olivi, com a luta contra o averroísmo. A recepção escolástica de Aristóteles, como sabemos, rapidamente entrou em crise pelo comentário do *De Anima* deixado por Averroès e o problema da unidade do intelecto. A teologia cristã (e muçulmana) apenas poderia pesquisar as condições de afirmação, contra Averroès, da individualidade, do sujeito responsável por seus próprios pensamentos e atos no dia do julgamento. Para uma apresentação sintética e esclarecedora das questões envolvidas na querela contra Averroès, ver Kurt FLASCH, *Introduction à la philosophie médiévale*, Paris, Flammarion, coleção “Champs”, 1998, p. 138 e seguintes. Sobre a importância da reação ao averroísmo nessa história medieval do sujeito, ver Alain DE LIBERA, verbete “Sujeito”, in Barbara CASSIN, *Vocabulaire européen des philosophies*, *op.cit.*, p. 1237 e seguintes.

<sup>30</sup> *Philosophie*, p. 107.

<sup>31</sup> É por isso que Villey não acredita no anacronismo (mas, ele não gostava do “cronologismo”), quando vê nos “direitos”, conceito elaborado por Ockham no século XIV, o conceito de “direitos do homem”, “ao pé da letra”: Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l’homme*, Paris, PUF, 1983, p. 125.

<sup>32</sup> *Formation*, p. 287.

moderno estaria enraizado.<sup>33</sup> Mas, essa fórmula também expressa o quanto o cerne do direito para Villey, como o cerne do Ser moderno para Heidegger, é *querer*, na medida em que somente o querer funda essa representação a partir desse momento decisiva de um sujeito que seria *o autor de suas normas*, das normas que, precisamente, apenas adquiririam sua validade sob a condição de poderem ser reportadas ao querer do sujeito. Ora, é a partir desse pano de fundo que emergem e se impõem, como as determinações mais específicas de um direito verdadeiramente moderno, o positivismo como crença na lei querida (principalmente “expressão da vontade geral”), e o direito subjetivo, cuja definição mais clássica, na Pandectística do século XIX, é precisamente “*Willensmacht*”, “poder da vontade”. Se o direito subjetivo e o positivismo podem assim se deixar ligar à mesma força de um conceito geral e decisivo para a metafísica moderna, isso não significa simplesmente a falta de tensão. Ao contrário, porque seu fundo conceitual é o mesmo – uma ontologia da vontade – direito subjetivo e lei positiva, separando o mundo do direito da antiga determinação do *ius*, do *to dikaion*, formariam juntos a tensão *constitutiva*, o *polemos* íntimo do direito moderno, sua *tormenta própria*. Talvez Villey visse nisso harmonia em excesso nas aventuras desse direito volitivo, “subjetivo” ou “objetivo”, lá onde existiria muito mais inquietude (*Unruhe*) no sentido de Hegel, doença (*Unbehagen*) no sentido de Freud, ou intranqüilidade (*desassossego*), se quisermos falar com Pessoa.

A alusão aqui a Pessoa não é desprovida de intenção. Stéphane Rials põe em relevo essa frase magnífica de Villey – pois Villey é um grande escritor, particularmente em seus *Carnets* - : “Nós somos ilhas”.<sup>34</sup> A essa imagem poderíamos pensar naquela em que Pessoa faz falar seu duplo intranqüilo, Bernardo Soares, que nos enxerga principalmente em navios separados: “Cada um de nós aparece em face de si mesmo e faz escala perante os outros.” O sujeito Pessoa-Soares nunca chega ao seu porto, em sua casa, é apenas uma sucessão de escalas. “Algumas vezes, nós nos encontramos, na base, continua Villey no mesmo sentido, em pontos de detalhe, em emoções, em algumas reações concordantes. E no pico nós nos encontramos unidos apenas em Deus, esse desconhecido.” A fé impede sem dúvida Villey de fazer a experiência plena da “intranqüilidade” moderna, que é aquela, provavelmente, de Pessoa-Soares que experimenta “a imensa falta de um deus verdadeiro”. É a experiência do “último homem” nietzschiano, do mesmo lado e na morte de Deus, uma experiência que o cristão Michel Villey não pode levar a sério.<sup>35</sup> Mas a subjetividade desarticulada de Pessoa-Soares é exatamente sua prisão, sua “prisão infinita” que conhece a “orgia de não ser nada”, quando precisamente “a vontade é um recipiente que derramamos durante nossa passagem pela vida, com um gesto indolente dos nossos pés”.<sup>36</sup> O Deus cristão salva Villey dessa experiência do sujeito-prisão, ao mesmo tempo talvez que lhe impede o acesso a uma compreensão verdadeira da modernidade, à verdadeira tormenta da subjetividade moderna. Ora, diria Heidegger, essa fuga para Deus e em Deus não é o asilo – um asilo que, de um ponto de vista

<sup>33</sup> Essa fórmula também chamou a atenção de Vincent DESCOMBES em uma obra importante que ele consagrou à questão do sujeito: *Le complément de sujet. Enquête sur le fait d'agir de soi-même*, Paris, Gallimard, 2004, p. 351.

<sup>34</sup> *Carnets*, X-104. Ver Stéphane RIALS, *Villey et les idoles*, op.cit., p. 70.

<sup>35</sup> Ver a nota que acompanha os *Carnets*, X-105.

<sup>36</sup> As citações de Fernando Pessoa foram tiradas de: *Le livre de l'intranquillité*, tradução de Françoise Laye, Paris, Christian Bourgois, 1988, respectivamente p. 93, p. 142, p. 80.

de Villey, seria evidentemente o apogeu do paradoxo – que somente um *hipersujeito* pode oferecer? Isso porque o que deixa a teologia cristã, dentre seus “resíduos”, para a filosofia moderna, é justamente a figura de um “sujeito absoluto idealizado”.<sup>37</sup> A fé o reconduziria assim ao “círculo fechado” que seria necessariamente toda tentativa moderna de uma filosofia cristã.

Mas, porque esse não é o objetivo desse texto, convém sobretudo formular algumas observações que podem conduzir esse ensaio de confronto de duas grandes narrativas do pensamento moderno quanto à relação *crítica* que se deve realizar em relação tanto à narrativa de Villey da história do pensamento jurídico moderno quanto em relação a qualquer outra narrativa e, aqui, especificamente a heideggeriana. Ao assim fazermos, não se trata de *fechar* essa grande narrativa, mas sobretudo de elaborar algumas hipóteses de um trabalho hermenêutico ainda a ser feito, de tentar formular algumas questões interpretativas fundamentais.

As últimas observações feitas mais acima pretendem situar o cristianismo, a fé de Villey no centro de seu ensaio de reconstrução da formação do pensamento jurídico moderno. O centro de um pensamento não é o mais iluminado, mas o mais obscuro e o mais difícil. Ora, essa fé permite talvez compreender dois aspectos da história feita por Villey do pensamento jurídico e essas são as duas hipóteses que eu gostaria de propor.

Por um lado, era preciso para Villey um espaço teológico “próprio”, isto é, sem marcas “modernas” ou “subjetivas”, para daí considerar os movimentos do moderno como do exterior, estranhos a um certo mundo da cristandade em que o tomismo é sua mais pura expressão. Daí a assimilação do tomismo à *ortodoxia* cristã e o tratamento do franciscanismo como uma espécie de heresia: “São Tomás restabeleceu os pontos entre o sagrado e o profano. O profano, a vida cotidiana, a vida política, o direito, não tornam menos puro o sagrado – mas o sagrado penetra neles conduzindo-os. Mas, entre a fé e a Razão ou a atividade natural do homem, a troca será recíproca; de forma que não poderemos mais tratar de filosofia ou de Política a não ser a partir de uma teologia ou ortodoxa ou herética.”<sup>38</sup> Daí, sem dúvida, as leituras excessivamente monolíticas de São Tomás e de Ockham. E de tudo isso decorre a impossibilidade de ver o que a Questão 77 da *Prima Pars* da *Suma Teológica*, consagrada aos “poderes da alma”, aporta à noção de *subiectum*. Ora: “O papel do Doutor angélico na história da subjeti(vi)dade não se reduz com efeito à sua refutação das teses averroístas. Coube a ele também mostrar que na esfera do *mental* existe a noção de *sujeito psíquico* que Agostinho teve tanta preocupação em revelar. De maneira resumida, é na obra de Tomás que aparece a idéia de um *sujeito-agente do pensamento*.”<sup>39</sup> De uma maneira mais precisa ainda, a tese de Tomás, no sentido de que o *subiectum* não é o *hupokeimenon* “*aristotelicamente puro*”, é que “a alma não é propriamente *sujeito*, a não ser quando *ela efetua por si mesma através de seus*

<sup>37</sup> Martin HEIDEGGER, *Être et temps*, *op.cit.*, p. 281.

<sup>38</sup> *Carnets*, XXIV-45.

<sup>39</sup> Alain DE LIBERA, *Archéologie du sujet*, tomo 1, *op.cit.*, p. 304.

*poderes ou partes desprovidas de órgão corporal*, a saber: o ato de pensar e o de querer”.<sup>40</sup> Assim, há aqui um sinal bastante claro, não percebido por Villey, em direção à modernidade, da maneira que ele mesmo a percebe.

Paralelamente, Villey deve ler Ockham como um esboço completo da modernidade e ver nele, ao mesmo tempo, a prefiguração do direito subjetivo – o que é um pouco contestável – e a do positivismo – o que é mais discutível. Desse ponto de vista, com certeza seria conveniente retomar com um novo olhar a interpretação dada por Michel Villey da passagem do *Dialogus* no qual Ockham expõe os três “modos” do direito natural e mais especialmente a passagem relacionada ao “terceiro modo”. “*Tertio modo dicitur jus naturale illud, quod ex jure gentium vel aliquo facto humano evidenti ratione colligitur, nisi de consensu illorum, quorum interest, statuatur contrarium[...]*”, afirma o texto citado por Villey, retirado de uma edição parcial e antiga.<sup>41</sup> A edição mais atual do texto afirma: “*Tertio modo dicitur ius naturale illud quod ex iure gentium vel alio, aut ex aliquo facto (divino vel humano), evidenti ratione colligitur, nisi de consensu illorum quorum interest contrarium statuatur.*”<sup>42</sup> Esse terceiro modo, que supõe um direito (*ius gentium vel alio*) ou um fato “divino ou humano” (o fato “divino” desapareceu na versão citada por Villey), no entanto apenas é chamado “natural” “*ex suppositione*” (sob condições), uma limitação que não aparece sob a pluma de Villey.<sup>43</sup> Trata-se verdadeiramente, como nos convida Villey a pensar, de um direito “natural” que consiste “nas conseqüências racionais das regras positivas”? Temos a impressão de que esse direito racional significa simplesmente que as “normas” positivas, quaisquer que sejam seus conteúdos, devem ser racionalmente interpretadas e que esse direito natural se modifica a partir do momento em que as regras são voluntariamente modificadas.<sup>44</sup> Mas os exemplos dados por Ockham (a obrigação de devolver a coisa depositada ou o dinheiro emprestado, o

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 309 e seguintes. Apresentamos dois trabalhos interessantes consagrados a São Tomás na Internet: por um lado, as traduções da *Suma de teologia*, da *Suma contra os gentios* e do *Comentário dos Salmos*, disponibilizadas pelas éditions du Cerf (<http://bibliotheque.editionsducerf.fr/>) e aquelas que também podemos consultar através do excelente site [www.thomas-d-aquin.com](http://www.thomas-d-aquin.com); por outro, o site: [www.corpusthomisticum.org](http://www.corpusthomisticum.org) que permite acesso às *opera omnia* em língua latina.

<sup>41</sup> Melchior GOLDAST, *Monarchia Sacri Romani Imperii*, Hannover, Frankfurt, 1611-1614.

<sup>42</sup> Edição crítica organizada por John KILCULLEN, George KNYSH, Volker LEPPIN, John SCOTT e Jan BALLWEG, disponível no endereço: <http://www.britac.ac.uk/pubs/dialogus/ockdial.html>.

<sup>43</sup> Na versão citada na nota anterior, o texto continua da seguinte forma: “*Quod potest vocari ius naturale “ex suppositione”, sicut secundum Isidorum, ubi prius, “Ius naturale est deposite rei vel commodatae pecuniae restitutio, violentiae per vim repulsio”. Ista enim non sunt iura naturalia primo modo, nec etiam secundo modo, quia nec fuissent in naturae institutae, nec essent inter illos qui secundum rationem viventes sola aequitate naturali absque omni consuetudine et constitutione humana essent contenti, quia inter illos nulla res esset deposita vel commodata nec aliquis alteri vim inferret. Sunt ergo iura naturalia ex suppositione, quia, supposito quod res deposita et pecunia commodata debent restitui, nisi ex causa per illum (vel per illos) cuius (vel quorum) interest contrarium ordinetur. Similiter, supposito quod aliquis violentiam de facto iniuriose inferat alteri, quod non est de iure naturali sed contra ius naturale, evidenti ratione colligitur quod licet per vim violentiam talem repellere.*”

<sup>44</sup> Michel VILLEY, *Formation*, p. 232 e seguintes, que cita de maneira contraditória, como muitos, a frase de Kirchmann: que quando surge um novo texto nossas interpretações se transformam em palavras vãs, *blosse Makulatur*. A frase correta diz o seguinte: “Três correções pelo legislador e bibliotecas inteiras não são mais do que folhas de rascunho” (Julius VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* [1848], Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1956, p. 25). Mas se tratava exatamente de uma crítica da tecnificação legislativa do direito e de um ensino puramente técnico da disciplina: três palavras do legislador são suficientes para destruir todo o saber de um jurista que foi formado apenas de maneira técnica e prática, uma crítica que poderíamos muito bem meditar um pouco ainda hoje...

direito de responder a violência com a força) pretendem uma outra coisa, a saber, o uso em geral do direito natural em uma comunidade humana instituída, que se opõe ao segundo modo do direito natural, “na falta de qualquer costume ou constituição humana”, e não a operação de exegese racional de um texto de norma. Sem poder insistir sobre essa questão, parece hoje pelo menos necessário retomar, através de uma leitura crítica, a interpretação feita por Villey de Ockham, uma interpretação que deduz com extrema velocidade talvez, da afirmação do primado da vontade de Deus aquela de um primado jurídico da vontade do homem e que não percebe a diferença fundamental entre a *potentia absoluta* inacessível à razão humana e a *potentia ordinata*: do ponto de vista humano, Deus sempre age sem contradição e *ordinate*: “*Deus nihil potest facere inordinate.*”<sup>45</sup> Assim, a filosofia de Ockham não jogaria o homem em um mundo absolutamente contingente, o que constitui a justificação metafísica última do positivismo jurídico. Mas, é preciso, na lógica de Villey, apoiar de forma clara a heterodoxia e a modernidade de Ockham em relação à verdade tomista.

Uma releitura ingênua de São Tomás e de Ockham, sem o peso tão forte da interpretação de Villey, cheia de caminhos visionários, se impõe, portanto, para mostrar a grande narrativa da ruptura moderna no pensamento jurídico.

Por outro lado, coloca-se legitimamente a questão de saber porque Villey parece não perceber tudo o que o conceito de sujeito *abre* em discussões, de rejeições e abismos no pensamento moderno. No fundo, Villey também compartilha dessa visão da modernidade defendida e propagada pelos seus partidários: “O que constitui a modernidade, escreve Alain Renaut, é o fato de que o homem se pensa como a fonte de suas representações e seus atos, como seu fundamento(tema) ou ainda como seu autor.[...] O homem do humanismo é aquele que não consegue receber suas normas e suas leis nem da natureza das coisas(Aristóteles), nem de Deus, mas que ele mesmo as cria a partir de sua razão e de sua vontade. Assim, o direito natural moderno será um direito subjetivo, posto e definido pela razão humana(racionalismo jurídico) ou pela vontade humana(voluntarismo jurídico).”<sup>46</sup>

No fundo, Villey participa da e participa na difusão de um tal modelo profundamente unitário(em torno de uma figura simples e fundadora do sujeito) da modernidade. Mas, podemos pensar, por outro lado e em contraste a isso, que a modernidade nunca teve muita clareza sobre “seu” *tema*. Pode-se pensar que ela não se reduz apenas à idéia de humanidade das Luzes, mas que ela se explica muito mais e de melhor forma pela discussão que essa idéia de humanidade como “distanciamento da naturalização” realiza com aquela, romântica, de uma humanidade “como pertencimento à naturalização”.<sup>47</sup> Que esta idéia está constitutivamente em tensão e disputa entre poderes espirituais contrários, portanto é movimento, oscilação. Voltaremos a isso. Os momentos significativos da crise moderna do

<sup>45</sup> *Quodlibet* VI, qu. 6, *Opera theologica*, editado por G. GÁL et al., vol. IX, p. 604. Apoiando-se claramente sobre os trabalhos de Jürgen MIETHKE(*Ockhams Weg zur Sozialphilosophie*, Berlim, De Gruyter, 1969), E.-W. Böckenförde apresenta, tratando-se principalmente da imputação de um positivismo jurídico a Ockham, uma espécie de contra-leitura à de Villey: Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts-und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2ª edição, 2006, p. 295 e seguintes.

<sup>46</sup> Alain RENAUT, *L'ère de l'individu. Contribution à une histoire de la subjectivité*, Paris, Gallimard, 1989, p. 53.

<sup>47</sup> Ver o belo livro de Robert LEGROS, *L'idée d'humanité*, Paris, Grasset, 1990.

sujeito representados pelos nomes de Marx(*A ideologia alemã*: “Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência”), Nietzsche(o “Super-Homem”) e Freud(o inconsciente), são ou desconhecidos por Villey ou conhecidos com um fundo de tristeza.<sup>48</sup> Na obra de Villey, a modernidade se transforma em uma espécie de grande uniforme e amplamente aplainada por conceitos monótonos de subjetividade e vontade. As divergências são apagadas e apenas vemos uma única *via moderna* sobre a qual caminha, com o mesmo equipamento de base, Descartes e Hobbes, Kant e Savigny.<sup>49</sup> Sobre essa questão, pode-se formular a hipótese segundo a qual exatamente seu “contra-modernismo” cristão o incita a reduzir o “moderno” sob a imagem da livre subjetividade separada de Deus, sem poder perceber, de uma maneira mais sutil, as tensões e oposições que a secularização – por mais que ela seja um traço fundamental da modernidade – engendra no novo “sujeito”. Todavia, seria provavelmente mais correto ver no “sujeito” não somente o fundamento ou a base da modernidade, não seu *fundamentum inconcussum*, mas também e principalmente sua *tormenta*, sua dificuldade própria. Certamente seria conveniente *complicar* a agógica da modernidade em relação à interpretação no fundo excessivamente *clássica* apresentada por Villey.

## II. VILLEY E A HISTÓRIA DAS DOUTRINAS DO DIREITO SUBJETIVO

Uma tal complicação necessária da imagem da modernidade se torna mais necessária ainda quando saímos do nível ontológico-metafísico em que analisamos até agora a história villeyana do pensamento e passamos para o nível que poderíamos denominar ético-prático e, portanto, político-jurídico. Encontramos também, nesse nível, um texto de Villey que é preciso analisar. Aqui, aparece a figura de Kant: mesmo se Villey afirma de Hobbes que ele é “o profeta por excelência da filosofia jurídica moderna”<sup>50</sup>, podemos considerar que é na obra do autor da *Doutrina do Direito* que se forma, em sua essência mais pura, o pensamento jurídico moderno e que Kant é, no fundo, o inimigo principal.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Ele chega até a observar que com Freud, a alma humana é múltipla e que “não há elemento simples a partir do qual nós podemos geometricamente reconstruí-la”(Carnets, X-109).

<sup>49</sup> Seria preciso aqui encarar seriamente a hipótese da existência de, pelo menos, duas vias modernas para a subjetividade, a via cartesiana não sendo a mesma que a via que traçam a Escolástica espanhola e Grotius(ver Yves Charles ZARKA, *L'autre voie de la subjectivité. Six études sur le sujet et le droit naturel au XVII siècle*, Paris, Beauchesne, 2000). E depois onde “colocar” Hobbes, que ocupa um lugar bastante importante na obra de Villey, pois não pode ser encaixado nem nas trilhas do cartesianismo, nem nas da Escolástica espanhola. Os textos mais importantes de Michel VILLEY sobre Hobbes são o último capítulo da *Formation*(p. 559 e seguintes) e o ensaio “Droit subjectif II: le droit de l'individu chez Hobbes”, in ID., *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 179 e seguintes. Críticas da leitura de Villey de Hobbes: Pierre-François MOREAU, “Michel Villey, lecteur de Hobbes”, *Droits*, 29, 1999, p. 105 e seguintes; Stéphane RIALS, “Ne pas aimer fait comprendre aussi. Michel Villey, Thomas Hobbes et l'ontologie du droit de l'homme”, *Droits*, 41, 2005, p. 139 e seguintes.

<sup>50</sup> Michel VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 56.

<sup>51</sup> O termo “inimigo” não está mal colocado, já que Villey o utiliza para se referir a Jhering, o último Jhering, o “combatente”, para o qual a *Begriffsjurisprudenz* e a “ciência romanista moderna” representaram o “inimigo”(é Villey que sublinha). Ora, Villey, fazendo sem dúvida uma leitura forçada do texto *Der Zweck im Recht*, a última grande obra inacabada do jurista alemão, traz esse texto para sua própria causa(“Contudo, eu mantenho minha convicção no sentido de que Jhering, em relação ao tema do direito subjetivo, caminha na direção da abolição pura e simples dessa noção *moderna*, ou seja, em direção ao verdadeiro direito romano”). Os inimigos de Jhering são, assim, os inimigos de Villey. Ora, dentre estes, o “paroxismo” é atingido pelo idealismo alemão, Kant e Fichte “guiados, mesmo em sua teoria do direito, por seus pontos de vista de *moralistas*”. Ver Michel VILLEY,

Com efeito, Kant ocupa uma posição singular, mas pouco confortável, na obra de Michel Villey. Ele está praticamente ausente dos grandes momentos históricos na monumental *Formation de la pensée juridique moderne* como também do livro mais combativo e panfletário, *Le droit et les droits de l'homme*, no qual o nome do mestre de Königsberg aparece no máximo no final de uma frase, em uma enumeração de alguns nomes pouco apreciados.<sup>52</sup> Por outro lado, Kant se encontra *disseminado* nos *Carnets*.<sup>53</sup>

É no prefácio da obra *Doutrina do Direito*, lançada pela Editora Vrin em 1971, traduzida por Alexis Philonenko, que Villey apresenta um retrato verdadeiramente detalhado de Kant.<sup>54</sup> Fica muito claro que se concentra na figura do mestre de Königsberg tudo aquilo que Villey abominava. A partir daquele momento, tudo levada Kant a ser considerado o *ídolo* do mundo moderno dos juristas.<sup>55</sup> Ele é, ao mesmo tempo, idealista e moralizante, individualista e legalista, se tornando a Bíblia dos juristas modernos. Ele apresenta todos os defeitos do pensamento moderno. Ora, escreve Villey, “esse grande trabalho do pensamento perdeu o charme, que se reconhece como “escolástico”, e renuncia ao estilo “popular”, temos certeza de que ele tenha seriamente chamado a atenção dos juristas?”<sup>56</sup>. O texto da *Rechtslehre* não teria educado diretamente o pensamento dos juristas, exercido sobre eles uma influência direta.<sup>57</sup>

No entanto, tudo se passa como se a doutrina jurídica de Kant tenha se tornado a doutrina comum dos juristas após 1800 e até o momento no qual o próprio Villey se manifesta: “A lição de Kant foi seguida. Vejam nossos manuais, até mesmo os de direito romano: começamos por apresentar as definições da *lei* entendida como uma regra estatal; o direito é entendido como uma decorrência das leis, dos direitos reais e pessoais; a propriedade

---

“Droit subjectif III: le droit subjectif chez Jhering”, in ID., *Seize essays de philosophie du droit*, op.cit., p. 208 e seguintes.

<sup>52</sup> Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, livro no qual Kant é mencionado apenas de passagem, por exemplo, nas páginas 10 e 23 (em uma longa lista desses filósofos modernos que se acredita que trataram do direito quando, de acordo com Villey, eles pretendiam algo completamente diferente), como também nas páginas 25, 87 e 88, 91 e 102. A única passagem um pouco mais consistente consagrada a Kant nessa obra se encontra nas páginas 87 e seguintes quando Villey condena de forma sumária a moral kantiana por ser desencarnada e formalista, críticas bastante comuns após Hegel.

<sup>53</sup> *Carnets*. O índice remissivo apresenta 80 referências a “Kant” das quais se acrescentam duas referências para “kantismo”. Somente Aristóteles, Hegel e São Tomás ocupam um lugar sensivelmente equivalente nessas notas que testemunham, em um período de cerca de 30 anos, o diálogo íntimo de Villey.

<sup>54</sup> Immanuel KANT, *Métaphysique des moeurs*, primeira parte: *Doctrina do direito*, trad. Alexis Philonenko, Paris, Vrin, 1ª ed., 1971. Utilizamos a segunda edição de 1979, com o prefácio de Michel VILLEY (p. 7-26), intitulado “A doutrina do direito na história da ciência jurídica” (a partir de agora: “Prefácio”). Esse texto foi reproduzido em Michel VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976, p. 139-159. Sobre Kant, ver também o capítulo “De l'action de Kant sur le droit”, em Michel VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1ª edição, 1957, p. 285 e seguintes (daqui para a frente: *Leçons*).

<sup>55</sup> Ver Stéphane RIALS, *Villey et les idoles*, op.cit., p. 17 e seguintes.

<sup>56</sup> Michel VILLEY, “Préface”, op.cit., p. 7.

<sup>57</sup> Mas, a *Rechtslehre* é, desde então, colocada dentre as “grandes obras jurídicas” ao lado de, dentre outras, os *libri* de Ulpiano, o *De Legibus* de Cícero, o *Direito da guerra e da paz* de Grotius, o “Que sais-je?” de Michel Troper, o *Sens pratique* de Bourdieu e a *Suma Teológica* de Aquino. Ver Olivier CAYLA e Jean-Louis HALPÉRIN (dir.), *Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008. Se *La formation de la pensée juridique moderne* não é comentada no *Dictionnaire*, com certeza não é por causa de uma escolha deliberada, mas por um conjunto de circunstâncias desconhecidas.

sendo definida como poder e direito subjetivo; o contrato sendo entendido como uma decorrência do consentimento. Todas essas palavras vão então ser utilizadas seja no uso atual ou moderno, mais ou menos da forma como pensada por Kant.”<sup>58</sup> Kant, que nós não o vemos realmente, teria então “codificado” um novo léxico do direito que não apenas trairia o direito romano(digamos o direito romano clássico), mas que impediria que encontrássemos a verdade exatamente pelo fato da nova conceitualidade “codificada” por Kant que os historiadores do direito não leram. Assim, essa história aparece um pouco embaralhada, claramente contraditória e pouco segura. A partir desse momento, Villey propõe outras explicações que convergem para fazer de Kant o inimigo da verdade do direito por excelência. Vamos mostrar pelo menos duas dessas explicações.

A primeira é ver em Kant não mais como o grande codificador do léxico dos juristas modernos(porque, antes de tudo, na grande história do pensamento jurídico, de acordo com Villey, encontramos tanto codificadores, assistentes de codificação, precursores e antecipadores que ele é um pouco injusto ao passar para Kant todo o fardo do grande declínio), mas um *sintoma* das doenças modernas que afetam o pensamento contemporâneo do direito(legalismo, positivismo, subjetivismo, etc.): “Mas, qualquer que tenha sido o sucesso desse livro[a *Rechtslehre*], e o número de seus juristas leitores, o que nos interessa nessa obra, é que ela se revela espantosamente *representativa* de uma teoria filosófica que foi, na universidade moderna, aplicada sobre o direito. Eu não sabia que encontraríamos um melhor guia para esclarecer as peças dessa teoria.”<sup>59</sup>

A segunda explicação consiste em fazer passar a recepção das categorias kantianas por um canal poderoso capaz de amplificar consideravelmente para além do leitor direto. Esse seria o principal resultado da ação sobre o pensamento jurídico da Escola histórica e dos Pandectistas.<sup>60</sup> E isso passa por uma pequena porta que teria sido aberta por Gustav Hugo ao assegurar a recepção de Kant em uma doutrina hostil por princípio à Escola do direito natural moderno de autores tais como Pufendorf, Wolff, Achenwall e outros: essa recepção de Kant procurava ainda, apesar de todo o racionalismo abstrato, “um ponto de apoio para suas construções em um relicário da experiência, uma experiência a partir desse momento reduzida à pretensa observação da “natureza do homem” isolado, abstraído de seu contexto social”; havia ainda um pouco de empiria na própria obra de Leibniz.<sup>61</sup> Mas, na obra de Kant, para dizê-lo de modo simples: nada mais, nada mais do que o imperativo colocado “no centro da consciência moral do sujeito pensante, que seria perfeitamente racional”. Uma radicalização racionalista que leva, contudo, a uma redução das pretensões da razão sobre o direito: Wolff

<sup>58</sup> Michel VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, introdução, *op.cit.*, p. 9.

<sup>59</sup> Michel VILLEY, “Préface”, p. 8.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 10 e seguintes.

<sup>61</sup> Mesmo tipo de observação no antigo ensaio consagrado a Kant: “E os sistemas de Hobbes, Locke, Grotius, Pufendorf, partem ainda de uma psicologia, ainda que muito mais simplista[do que aquela de São Tomás(Olivier Jouanjan)]: é nas divergências observadas entre esses diferentes autores quanto às análises do homem e dos seus instintos naturais que se ligaria logicamente a divergência das soluções[...]. Sobre esse ponto de partida empírico, o direito moderno obteve durante longo tempo um certo poder de progresso. Mas, Kant destruiu esse fio que ligava o direito moderno, desde tempos imemoriais, à experiência...”(Michel VILLEY, *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, *op.cit.*, p. 192).

pretendia ainda deduzir tudo do direito; Kant limita as pretensões da razão à determinação das “fundações iniciais”, da forma como Villey traduz os “*Anfangsgründe*”, deixando o “resto”, o “*quid jûris*”, as soluções concretas para a ciência do direito, como se percebe da repartição das funções proposta na obra *O conflito das faculdades*: “O jurista erudito busca as leis que garantem o *meu* e o *teu*(se ele age, como deve fazê-lo, como funcionário do Estado) não em sua razão, mas no Código oficialmente promulgado, sancionado pela autoridade suprema. Não podemos legitimamente lhe pedir que prove sua verdade e razão, nem defender essas leis contra as objeções da razão”.<sup>62</sup> Assim, o hiper-racionalismo prepara o caminho que leva ao positivismo cego, puramente mecânico da lei. Hugo se apressa a se aproveitar dessa nova repartição de funções, mesmo se ela parece confinar o jurista a um papel completamente subalterno: ela o libera da dominação do filósofo para aquilo que lhe é mais caro, a solução concreta, e abre assim a porta para a pesquisa autônoma das soluções: “Através dessa porta, conclui Villey, vão se engalfinhar a Escola histórica do direito, o pandectismo, e, mais tarde, todo o positivismo”.

No Kant de Villey, todas as tendências modernas para o racionalismo, para a abstração e para o subjetivismo se concentram, se purificam, se sublimam, de modo que a *Doutrina do direito* forma um destilado absoluto da modernidade jurídica. Essa modernidade jurídica, encontrando sua forma definitiva na obra de Kant, por assim dizer completa e perfeita, pode então se difundir entre os juristas com a tranqüilidade de um poder que se mantém por si mesmo. A primeira e decisiva etapa dessa difusão do kantismo no mundo dos juristas seria a Escola histórica, que é sem dúvida, aos olhos de Villey, a mais funesta das correntes jurídicas, já que, sob o manto de uma admiração sem limites pelo direito romano, assistimos na verdade a uma empreitada de demolição completa desse direito que a Escola contamina através dos seus agentes contagiosos que são os conceitos jurídicos modernos e, em particular, esse retrovírus altamente patológico que é a noção de direito subjetivo. Ora, a Escola histórica, e Savigny como seu líder, levaram essa noção até a sua pureza moderna, ao defini-la, sob o império do formalismo kantiano, “poder da vontade”(Willensmacht).<sup>63</sup>

É verdade que o direito subjetivo definido como poder da vontade dominará a ciência do direito privado alemão da segunda metade do século XIX e que informa todo o grande *Tratado* de Bernhard Windscheid.<sup>64</sup> O “sistema” do direito é, então, visto e construído a partir do ponto de vista do direito subjetivo e é definido, por consequência, como “um sistema de possibilidades livres da vontade”.<sup>65</sup> Também é verdade que esses juristas herdaram esse “dogma da vontade” de Georg Friedrich Puchta, então o principal discípulo de Savigny, e que, conseqüentemente, a Escola histórica se torna o vetor do direito subjetivo definido pelo poder da vontade. Enfim, também é verdade que essa definição do direito subjetivo faz eco à doutrina kantiana do direito. No texto capital onde ele procede à dedução do conceito de

<sup>62</sup> Immanuel KANT, *Le conflit des facultés*, trad. Jean Gibelin, Paris, Vrin, 4a. edição, 1988, p. 23.

<sup>63</sup> Sobre Savigny e a Escola histórica, ver a breve apresentação em Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, *op.cit.*, p. 234 e seguintes.

<sup>64</sup> Bernhard WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2 vol., 9a. edição por Theodor KIPP, Frankfurt, Rütten & Loenig, 1906: “Um direito é um poder ou uma capacidade de domínio da vontade(*Willensmacht oder Willensherrschaft*) permitido pelo direito objetivo”(vol. 1, p. 156).

<sup>65</sup> Carl Friedrich GERBER, *Gesammelte juristische Abhandlungen*, Jena, Mauke, 1872, p. 216.

direito subjetivo, na medida mesma em que ele é particularmente influenciado por Schelling e que ele retoma desse autor a distinção encontrada nas *Recherches sur la liberte humaine* entre um conceito “concreto” e um conceito “abstrato” de liberdade, Puchta estabelece no momento decisivo todo o edifício do direito sobre a base do conceito abstrato de liberdade definida como “possibilidade de uma vontade”: “A liberdade jurídica é a possibilidade de uma vontade enquanto tal”.<sup>66</sup> Ela se distingue da liberdade moral que deve, concretamente, escolher entre o bem ou o mal. Assim, a vontade jurídica é essa vontade abstrata, esse momento do puro “poder” da vontade, antes de sua escolha, sua *matéria*. A noção de direito subjetivo como poder da vontade corresponde assim ao conceito kantiano do direito, pois sabemos que ele não relaciona a “matéria” do arbítrio, mas somente a “forma” da relação “exterior” entre os arbítrios.<sup>67</sup>

Portanto, Villey tem razão. Mas, o que o seu texto não permite ver é toda a *intriga* que se desenvolve em torno e por causa desse momento decisivo e, assim, as tensões, paradoxos e quedas de braço que se desenrolam em torno desse conceito de direito subjetivo.<sup>68</sup> Porque é estranho que a noção seja precisamente implantada na Pandectística por um autor, Puchta, que havia claramente escolhido seu campo filosófico próximo a Schelling, isto é, por um pensador não kantiano e anti-hegeliano.<sup>69</sup>

Além disso, essa dedução do direito subjetivo se dá amplamente *contra* Savigny. Puchta dirige precisamente nesse contexto uma crítica fundamental contra seu mestre. Quando ele encara o direito a partir de sua face “subjetiva”, Savigny coloca em primeiro plano não o “direito subjetivo”, mas a “relação jurídica” ou a “situação jurídica”(Rechtsverhältnis). Ora, diz Puchta, essa noção tem algo “de indeciso e flutuante”: “Deixamo-nos seduzir pela observação das relações jurídicas, da mesma forma que nos deixamos desviar de seu objetivo quando, em lugar de procurar a terra firme, nos deixamos levar pelas ondas.[...] São precisamente os direitos cujas combinações formam exclusivamente as relações jurídicas. E de fato, a idéia de adotar as relações jurídicas como a escala integral da concepção do direito nunca deu certo. Sempre voltamos para os direitos, simplesmente qualificando-os, como ocorre com frequência, de relações jurídicas.”<sup>70</sup>

Porque Savigny, que Villey torna o propagador do direito subjetivo como poder da vontade, toma muitas precauções com a noção de “direito subjetivo”. Seu “sistema”, isto é, o *System des heutigen Römischen Rechts*, não traz nenhuma parte, nenhum capítulo, nenhum

<sup>66</sup> O texto capital, monumento do pensamento jurídico do século XIX, é a *Encyclopädie* que abre o *Cursus der Institutionen*(2ª edição, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1845). Tradução parcial de Olivier Jouanjan em “L’esprit de l’École historique”, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 7, 2004(p. 38 para a citação).

<sup>67</sup> Immanuel KANT, *Doctrine du droit, op.cit.*, §B.

<sup>68</sup> Eu me esforcei em seguir de perto essa intriga em Olivier JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, Paris, PUF, 2005; “Philosophische Verwicklungen in der Rechtswissenschaft: Zur Geschichte des deutschen juristischen Denkens im 19. Jahrhundert », *Savigny-Zeitschrift*, Germ. Abt., vol. 125, 2008, p. 367 e seguintes. Sobre o conceito de vontade nesse contexto: ID., “La volonté dans la science juridique allemande du XIXe. Siècle. Itinéraire d’un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits*, 28, 1999, p. 47 e seguintes.

<sup>69</sup> Hoje, dispomos de um grande livro sobre Puchta: Hans-Peter HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt, Klostermann, 2004.

<sup>70</sup> *Encyclopädie*, tradução citada, p. 57 e seguintes.

parágrafo intitulado “o direito subjetivo”, o que é estranho para um sistema precisamente censurado por ter sido construído em torno dessa noção. Ao contrário, seria preciso interpretar ainda o modo como Savigny fala dos “direitos”, daquilo que “alguns chamam de um direito no sentido subjetivo”, se afastando, assim, ele mesmo, de um uso manifestamente muito pouco refletido.<sup>71</sup> Esse “poder que se relaciona com a pessoa individual” nos chama a atenção(*zunächst*) quando consideramos como é o direito(*Rechtszustand*) na vida concreta. Mas, é preciso um “fundamento mais profundo” que apenas encontramos na “relação de direito”. Isso porque um julgamento sobre o “direito”(que alguns denominam subjetivo) apenas pode ser “verdadeiro e convincente) se “procede de uma intuição do conjunto(*Gesamtanschauung*) da relação jurídica”. Essa relação jurídica tem uma “natureza orgânica” e é o “elemento espiritual da prática jurídica” que produz uma “construção viva da relação de direito”. O parágrafo seguinte apresenta de uma maneira formalmente similar a “regra geral”, o que “alguns chamam de direito no sentido objetivo” que uma visão mais profunda e “científica” apenas pode ligar, de acordo com Savigny, ao “organismo” de uma “instituição jurídica”. Então, aqui as expressões “relações jurídicas” e “instituições jurídicas” designam conceitos que devem permitir, precisamente, escapar das construções do sistema jurídico através dos “elementos” “direito subjetivo” e “direito objetivo”, concebendo-os em organismos, em sistemas de *relações*.<sup>72</sup> Como quer que seja, a relação de Savigny com o “direito subjetivo” – uma expressão que começa a aparecer apenas no finalzinho do século XVIII e não durante o desenvolvimento da Escola histórica<sup>73</sup> - é de uma grande complexidade cuja imagem dada por Villey não dá conta absolutamente.

Uma outra história concreta da doutrina do direito subjetivo leva ao mesmo tipo de reserva em relação à descrição apresentada por Villey. Trata-se evidentemente desse momento capital constituído pela abjuração brutal por parte de Jhering de sua fé anterior, sua fé na *Begriffsjurisprudenz* que caminha junto com o repúdio ao conceito tradicional de direito subjetivo como poder da vontade.<sup>74</sup> Não é possível examinar aqui a validade da tese, que o próprio Villey reconhece ser ousada, de acordo com a qual tudo conduzia Jhering, após ter redefinido o direito subjetivo como um “interesse juridicamente protegido”, a abandonar o próprio conceito de “direito subjetivo”.<sup>75</sup> Em todo caso, é certo que se tratava de romper com o que Jhering chamava naquele momento de “formalismo da vontade”.<sup>76</sup> Seria conveniente

<sup>71</sup> Enviamos o leitor aos §§4 e 5 de Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlim, Veit, 1840, p. 6 e seguintes.

<sup>72</sup> A palavra “relação” é aqui introduzida para fazer alusão à interpretação dada por N. Campagna do mundo dos Antigos, segundo Villey, como “mundo de relações”(ver Norbert CAMPAGNA, *Michel Villey. Le droit ou les droits?*, Paris, Michalon, 2004, p. 18 e seguintes).

<sup>73</sup> Podemos citar, dentre todas as primeiras ocorrências, os *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld*(Erlangen, Palm, 1790, Livro 1, título 1, §2) de Christian Friedrich Glück(1755-1831), para dizer a verdade sob a forma “direito no sentido subjetivo”. Ver R. DUBISCHAR em *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, t. 4, Berlim, Erich Schmidt, 1ª edição, 1990, p. 249 e seguintes.

<sup>74</sup> Encontramos a história dessa “conversão” em Olivier JOUANJAN, “Jhering ou l’amour du droit”, apresentação da obra de Rudolph von JHERING, *La lutte pour le droit*, tradução de Octave de Meulenaere, Paris, Dalloz, reedição de 2006, p. V e seguintes.

<sup>75</sup> Michel VILLEY, “Droit subjectif III”, *op.cit.*

<sup>76</sup> Rudolph von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III/1, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 2a. Edição, 1871, p. 317 e seguintes(tradução francesa de Octave de Meulenaere: *L’esprit du droit romain*, t. 4, Paris, Maresq, 1880, p. 315 e seguintes).

interrogar filosoficamente o que constitui não somente um abandono puro e simples do elemento “vontade”, mas sua relativização radical(ela não é mais do que o elemento “formal” do direito cuja essência é o interesse, o elemento “material” que havia sido varrido por Kant e depois por Puchta). Se consideramos em todo caso a história da eficiência da obra de Jhering, é preciso constatar que sua implantação na doutrina dos juristas e a posição dominante que ela ocupou nessa doutrina não levou ao desaparecimento do “direito subjetivo”, muito pelo contrário sem dúvida. Mas, ela introduziu, nos métodos, sem romper com a categoria do sujeito de direito, um tipo de operação que pode, para alguns pontos de vista, se relacionar com a idéia de Villey do “justo equilíbrio”, isto é, o método do “balanceamento dos interesses”. Em todo caso, seria possível encontrar, em parte pelo menos, a “verdade do direito”, de acordo com Michel Villey, sem abandonar o horizonte do “subjetivo”. E essa constatação poderia então muito bem dar razão à tese de John Finnis segundo a qual é “pouco provável que se possa dar uma importância realmente fundamental à separação semântico-lógica entre *o* direito e *os* direitos”: “É uma verdade lógica dizer que toda relação moral ou jurídica entre(digamos) duas pessoas e tal ou qual negócio pode ser discutida seja como um conjunto(um único *ius*), seja em função dos benefícios que ela implica para uma ou outra das partes ou para as duas ao mesmo tempo, benefícios que são então expressos por enunciados relativos aos direitos “subjetivos” colocados em jogo”.<sup>77</sup>

Ora, considerar um negócio como um conjunto, um todo, é justamente o que pretende a idéia de *Rechtsverhältnis* na obra de Savigny; por outro lado, para que a discussão sobre os benefícios respectivos das partes em uma relação jurídica e, assim, sobre a “justa distribuição” desses benefícios(*o suum cuique tribuendum*) possa ser levado perante e para o terceiro desinteressado que é o juiz, ainda é preciso que a noção de direito subjetivo seja lastreada por um elemento material e não apenas enviada à vontade formal das partes. O inimigo não seria então o “direito subjetivo”, mas fundamentalmente o “formalismo da vontade”, apoiado em uma certa metafísica contra a qual Villey se insurge. Um conceito mais banal, realista e material do direito subjetivo parece, por outro lado, capaz de dar sua base para o trabalho “dialético” do jurista, já que sabemos que esse elemento está no cerne da visão de Villey do “trabalho do jurista”.<sup>78</sup> Sem dúvida, a metafísica da vontade marcou o pensamento ocidental em geral e o pensamento jurídico em particular. Um certo subjetivismo jurídico foi alimentado para se atingir posições formalistas radicais que marca a idéia de “poder da vontade”. Nesse ponto, devem se articular a grande narrativa metafísica de uma história da filosofia do direito e a narrativa historiográfica do desenvolvimento do pensamento jurídico. E mais do que ninguém, Villey nos ajuda nisso. Por outro lado, não é correto colocar sobre o “Moderno” essa metáfora de um bloco, sob o risco de não se poder decifrar de maneira suficiente e em todas as suas especificidades os movimentos incessantes do pensamento jurídico “moderno”. Sem dúvida, ganharíamos se víssemos no “direito subjetivo” e na “vontade” os *problemas* e, portanto, as *tormentas* dos Modernos. Em todo caso, é o que

<sup>77</sup> John FINNIS, “Loi naturelle”, in Monique CANTO-SPERBER, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 1996, p. 866.

<sup>78</sup> Ver Michel VILLEY, *Philosophie du droit, op.cit.*, p. 191 e seguintes. A expressão « trabalho do jurista » faz alusão ao livro de Stéphane Bauzon, *Le métier de juriste. Du droit politique selon Michel Villey*, Sainte-Foy(Quebec), Presses de l'Université Laval, 2003.

algumas observações dessa história podem convidar a pensar. A narrativa das aventuras do direito subjetivo continua, então, muito ainda para ser escrita. Villey nos revelou somente alguns segredos preciosos. Isso já é evidentemente muito.

**Tradução: José Emílio Medauar Ommati.\*\*\***

---

\*\*\* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG, Minas Gerais, Brasil; Professor de Teoria do Estado, Teoria da Constituição, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Administrativo I da PUC Minas – Campus Serro, Minas Gerais, Brasil; Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas – Campus Serro, Minas Gerais, Brasil.