

MICHEL VILLEY: UNE TOLÉRANCE INSINUANTE. PORTRAIT D'UN MAÎTRE*

MICHEL VILLEY: A INSINUATING TOLERANCE. PICTURE OF A MASTER

*André-Jean Arnaud***

Michel Villey, em livro publicado em português, afirmou que foi meu Mestre. Esta foi a razão de um honroso convite para dele falar de uma maneira absolutamente informal sem preocupação de uma temática específica. O texto que o leitor encontrará nas páginas seguintes representam uma modesta tentativa de responder a essa expectativa, cujo objetivo era o de homenagear o grande historiador e filósofo do Direito, meu Mestre o Professor Michel Villey, que, infelizmente, deixou-nos há pouco mais de 20 anos.

Escolhi o título “Uma tolerância insinuante”. Com esta expressão, encontrada num livro de Paul Veyne,¹ este historiador mostra como o Imperador Constantino conseguiu impor ao povo romano o famoso Edito do Ano 313 pelo qual o cristianismo tornou-se a religião oficial do Império. Não pretendo estender, de maneira estrita, esta formulação ao Mestre. Mas “tolerância insinuante” traduz bem o jeito de Michel Villey: “tolerância”, a disposição das pessoas que suportam com paciência opiniões que divergem das suas; “insinuante” porque esta palavra significa quem sabe como comportar-se com adversários para adquirir-los ao seu pensamento, quem sabe introduzir-se às pessoas e captar sua adesão.

Que o leitor julgue por si mesmo!

Pessoalmente, tive a chance de conviver de perto com o Michel Villey na minha juventude, em primeiro lugar quando estava escrevendo minha tese de doutorado sob sua orientação, e posteriormente como Pesquisador – Research Fellow e Senior Researcher – no Centro de Filosofia do Direito da Universidade de Paris, que ele dirigia com o Prof. Batiffol, Professor de Direito Internacional Privado e membro da Academia das Ciências Morais e Políticas. Ele e sua família sempre me receberam com muito carinho. Posso confessar que sempre o considerei como um verdadeiro pai, pois nosso

* Conferência realizada na Advocacia Geral da União do Rio de Janeiro, em 23 de maio de 2011.

** Directeur de Recherche Émérite du CNRS, Centre de Théorie et Analyse du Droit, Université de Paris Nanterre-La Défense. Chairholder of the UNESCO/UNITWIN Chair “Human Rights, Violence: Public Policies and Governance” (UEC, Bogotá – Red UNITWIN Univ. Carlos 3, Madrid, PUC-Rio de Janeiro, UNISINOS, RS, Univ. Paris X et Univ. di Camerino, Italia. Président de l’Association Droit et Société, Réseau Européen Droit et Société (MSH-Paris).

¹ VEYNE, Paul. *Quand notre monde est devenu chrétien*. Paris: Albin Michel, 2007. p. 22.

relacionamento era como de um pai para filho e de um filho para pai, o que significava conviver também com as muitas divergências e com isso aprendi a crescer. Ele me ensinou tudo.

Hoje, por ter sido seu aluno – senão seu discípulo – gostaria de propor-lhes uma tríplice aproximação do Mestre: através da sua pessoa, da sua obra, e – veremos mais tarde a razão disso – através de um diálogo imaginário entre Michel Villey e um autor que é considerado como o introdutor do pensamento neo-liberal, o neo-conservador Friedrich A. Hayek.

1. Michel Villey, a pessoa

Michel Villey – segundo o bem conhecido conceito de Pierre Bourdieu, tinha um imenso ‘capital simbólico’. Filho de Pierre Villey o especialista de Montaigne, Michel Villey apresentou o concurso para ser Professor em Direito. Encontrei-o pela primeira vez quando ele ensinava na Universidade de Estrasburgo, um pouco antes de ser sido nomeado para a Faculdade de Direito da Universidade de Paris, em 1961. Tive a honra de publicar muitos artigos na revista fundada em 1952 por Michel Villey, Charles Eisenmann e Henri Motulski, a célebre Revista *Archives de philosophie du Droit*.

Do ponto de vista internacional, Michel Villey teve uma grande influência sobre o pensamento jurídico e ao mesmo tempo ele deu um novo impulso à Filosofia do Direito na França.

Era uma pessoa muito acessível. Digamos: um Cristão que vivia sua cristandade (abertura aos outros, escuta, capacidade de partilhar) - a cada momento. Contou-me ele uma coisa que lhe aconteceu quando foi nomeado Professor na Indochina, no ano 1948. Um dia, sua filha Lucile, de três anos, desapareceu. Houve intensas buscas, mas a Lucile não foi encontrada durante horas. Então, desesperado, ele entrou numa igreja, subiu até o órgão, e começou a tocar Bach de memória, rezando pela filha. Antes que acabasse, vieram dar a boa notícia que haviam encontrado a Lucile, que já estava em casa. Michel Villey era assim!

Católico tradicionalista, historiador do Direito Romano e de sua evolução até o século 18, filósofo do Direito, Michel Villey é conhecido universalmente como um dos maiores especialistas das obras de Aristóteles e São Tomás de Aquino. Isso é verdade. Mas isso pode ter tb. uma conotação muito negativa, a de fazer desaparecer um de seus traços que parece-me fundamental para entender o homem e sua obra : o seu espírito crítico.

1.1. Michel Villey, um espírito crítico

Um dia, o Editor Dalloz, em Paris, pediu-lhe para escrever um pequeno livro de divulgação sobre a Filosofia do Direito. Que respondeu Villey? “Impossível!

Não somente existem várias filosofias do Direito; mais ainda ninguém, na doutrina contemporânea, tem consenso sobre nada!”

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

Daí seu neo-tomismo. Com efeito, o neo-tomismo – e de maneira mais abrangente o jusnaturalismo – constituiu para ele uma base para repensar a Filosofia do Direito a partir de uma crítica dos erros cometidos na primeira metade do século 20, notadamente pelas ideias dos vários positivismos que permitiram as terríveis atrocidades do nazismo. Ele nos explicava que Professores de cultura alemã, como Franz Wieacker, Hans Thieme ou Eric Fechner tinham reabilitado o jusnaturalismo para reiniciar uma tradição que fosse digna dos seres humanos. Ele, tb., encontrava-se muito mais à vontade com um neo-jusnaturalismo que o permitia criticar muitas das pretensões e das realizações jurídicas e políticas modernas e contemporâneas.

Mas isso não fez de Michel Villey um dogmático, não o impediu de aceitar sempre a contradição, porque ele se considerava antes de tudo como um crítico, e aceitava sempre a réplica. De modo que Michel Villey recebeu no seu Centro de Filosofia do Direito de Paris pesquisadores que não eram jusnaturalistas como Konstantin Stoyanovitch, e até marxistas como Nikos Poulantzas.

Eu mesmo fui recebido por Michel Villey no seu Centro quando estava escrevendo uma verdadeira contra-tese à minha Tese de Doutorado, o livro “A Regra do Jogo na Paz Burguesa”. Ele concordou em publicar este livro na Coleção de Filosofia do Direito da LGDJ (Paris), da qual era o Diretor. Escreveu mesmo o Prefácio deste livro, onde falou sobre a importância de ‘um livro de inspiração marxista, um tipo de marxismo [...] com uma coloração de esquerdismo libertário’ pelo qual o autor dava um conteúdo real à análise estrutural que embasava o estudo do Código Napoleão.

A análise estrutural, diz neste Prefácio Michel Villey ‘só tem valor heurístico, permitindo somente a construção de modelos ideais, atrativos por sua coerência, mas que não são mais que ideais, nunca adequados à realidade. A análise estrutural somente revela um aspecto do Direito’. E ele concluiu: ‘Não sei quanto tenho, neste ponto, uma opinião diferente da do Arnaud. [...] Eu prefiro] a posição mais escética da Filosofia mais antiga do Direito Natural. A cada um seu papel. É assim que temos divergências, que valem mais do que o sossego dogmático e o conformismo’.

1.2. O ‘rigor’

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

Rigor: quando aproximei-me dele – após dois anos de cursos com ele – para pedir-lhe que orientasse minha Tese de Doutorado, ele respondeu: “Arnaud, nos conhecemos, mas de maneira superficial demais para que possa saber se eu gostaria de lhe orientar, e também você saber se gostaria que fosse seu Orientador. Vamos observarmos durante algum tempo. Depois que você terminar sua Dissertação de Mestrado (o ‘Mémoire’ como se diz na França), falaremos seriamente neste assunto”.

Após sua aceitação, o que deixou-me muito honrado, falamos finalmente do tema da tese. Ele ensinou-me que uma tese é o resultado de uma argumentação coerente a partir de hipóteses; e que somente pode-se chamar de tese, o que seja uma inovação em relação à literatura existente e à ideias geralmente admitidas como verdades.

Durante quatro anos fiquei apenas lendo, recolhendo informações, organizando e redigindo o material e o manuscrito de minha Tese, antes de poder entregá-lo em mãos um documento de quase mil páginas sobre as origens do Código Napoleão, origens que – apesar de uma tradição histórica que fundava essas origens numa mistura do Direito romano, dos costumes e das Ordenanças dos Reis de França – encontravam-se, de fato, como tentei demonstrar, na doutrina jurídica dos séculos 17 e 18, uma doutrina muito aberta à filosofia política e jurídica deste tempo, uma doutrina baseada num jusnaturalismo modernizado. Aqui encontrava-se a possível inovação, a tese da minha tese...

Uma semana depois, Michel Villey marcou comigo uma data para conversar sobre o manuscrito. Falou tão bem que eu já me considerava ‘quase’ Doutor. No final desta reunião, ele concluiu: “Arnaud, isso é o resultado de um excelente trabalho de pesquisa e de reflexão intelectual. Parabéns. Agora, se eu fosse você – e se você tiver a força pessoal – eu colocaria este manuscrito no lixo... Arnaud, você agora deve esquecer o manuscrito, pegar sua caneta e escrever sua tese de memória, sem notas. Você vai conseguir escrever, digamos, umas cem páginas. Então, neste momento, você poderá recuperar algumas notas e incorporá-las ao novo texto. Eu sei que isso é difícil de aceitar. Mas se você aceitar, sua tese será um sucesso. E não importa se você não conseguir recuperar tudo que você recolheu. Nas páginas descartadas da tese, você encontrará a matéria para escrever muitos artigos de revista, já quase prontos para uma publicação”.

Neste dia, aprendi o que é o rigor, um rigor que ele aplicava às suas aulas, a seus livros e artigos. Ele foi realmente um Mestre!

1.3. A abertura

Ao mesmo tempo, ensinou-me a ser aberto. Aberto às outras disciplinas, aberto às outras culturas. Não é um acidente se ele foi reconhecido como um grande pensador por parte de Colegas e intelectuais que pertencem à várias culturas.

Abertura disciplinar: depois de trabalhar alguns meses sobre minha tese, ele perguntou-me: “Arnaud, como você pode trabalhar com a História do Direito sem nada conhecer do Direito Canônico, que foi o essencial para o Direito durante séculos?” Felizmente, na Universidade de Estrasburgo, na época, havia um excelente Instituto de Direito Canônico. Então, durante quatro anos fiquei estudando neste Instituto, até terminar o programa oficial de Direito Canônico e passar os exames.

Ao mesmo tempo, ele me fez retomar, na mesma Universidade – uma época onde cada Faculdade ocupava uma ala do mesmo prédio – cursos de Grego, de Latim, de História e de Literatura Medieval e Moderna...

Abertura disciplinar, mas tb. cultural: um dia, ele perguntou-me: “Você viu que Franz Wieacker publicou um livro muito interessante sobre a História do Direito Moderno? Para sua tese, deve ser importante leva-lo em conta”. Não respondi. Então, perguntou novamente: “Você pode ler em alemão, não é?” Eu não respondi. Então ele disse: “Arnaud, existe um bom laboratório de línguas aqui na Universidade; você deve aprender o alemão e ler Wieacker, Thieme, Fechner...”. Alguns meses depois, cheguei muito orgulhoso: “Mestre, eu aprendi muito lendo Wieacker, Thieme, Fechner e tb. Helmut Coing!”. E ele: “Parabéns, Arnaud... Agora, você viu o que publicou recentemente o Norberto Bobbio? Excelente, não lhe parece?” Não respondi. Então ele perguntou-me: “Você pode ler em italiano, não me diga o contrário...” Então fui novamente ao laboratório de línguas para aprender italiano e ler Bobbio. Voltei depois e disse a ele: “Professor, como é boa a trilogia de Guido Fassò sobre a história do pensamento jurídico!”. Então ele respondeu-me: “Finalmente Arnaud, vamos poder começar a trabalhar sua tese...”

Para homenagear meu Mestre, por ocasião do vigésimo aniversário de seu falecimento, organizei um dossiê da Revista ‘Droit et Société’ em Paris, com título: “Michel Villey, vinte anos já!”. Este dossiê teve um grande sucesso. Ora, precisamente, tenha constituído este dossiê com artigos escritos por muitos autores não franceses. Os Professores Francisco J. Contreras Peláez e Antonio E. Pérez Luño trataram de alguns aspectos da obra de Michel Villey que tiveram repercussão na doutrina jusnaturalista espanhola, especialmente na obra de Legaz y Lacambra e Recaséns Siches. O Professor Antonio Punzi, a partir de uma visão italiana, fala de algumas interpretações errôneas de Michel Villey sobre o Direito Natural (o Michel Villey teria sem dúvidas gostado muito desta crítica...). O Professor Olivier Jouanjan, da Universidade de Estrasburgo, Professor tb. na Alemanha, tratou do ‘sujeito’ na obra do Mestre. O Professor Gregorio Peces-Barba Martinez, grande especialista do tema dos Direitos

Humanos, analisou a posição filosófica muito provocadora de Michel Villey neste assunto – vamos voltar a este tema...

2. Michel Villey, sua obra.

É claro que não poderemos falar nos limites de esta palestra, da obra de Michel Villey com toda a extensão que esta matéria mereceria. Proponho apresentar-lhes apenas algumas inovações maiores do seu pensamento.

2.1. A aplicação de uma visão crítica para uma renovação da concepção do Direito Romano

Contra as correntes dominantes do pensamento dos Romanistas e dos Historiadores do Direito, Michel Villey demonstrou, através dos textos dos pensadores, autores e textos jurídicos romanos, que este Direito não é nem o conjunto das regras jurídicas estabelecidas pelo Estado (tal como é o sistema jurídico continental moderno), nem o conjunto das prévias decisões judiciais (tal como no sistema da Common Law); o Direito é a atribuição, pelo juiz ou pelo legislador, dos bens e dos cargos. O Direito não é o resultado de um poder que impõe relações específicas entre cidadãos. O Direito é a arte de partilhar, Villey dizia “Le droit est partage”!

Omnis proportio suum cuique tribuit.

Omne jus est proportio.

Omne jus suum cuique tribuit

O Direito é relação entre pessoas. O Direito reúne as pessoas para o “bem viver”. Mais que a decisão de uma autoridade legítima formalmente competente, o Direito é uma procura intelectual de soluções para a convivência das pessoas na realidade da vida cotidiana. O Direito é o resultado de uma reflexão em movimento permanente através do tempo.

Em Roma, o Direito não era uma ciência; o Direito era uma “arte”. O jurista era um intelectual. Os juristas tinham a imensa responsabilidade de entender o que é o “justo” nas relações humanas, qual é, segundo as palavras de Ciceron, “o justo proporcionamento na repartição dos bens” entre os membros da comunidade humana. O Direito Romano não é centrado em torno da pessoa, mas das coisas. O que encontra-se no âmago do Direito não é o proprietário, mas o “*familia pecuniaque*”. O *paterfamilias* não é o proprietário onipotente da família e das riquezas que permitem à família viver e expandir-se; o *paterfamilias* é o gerente responsável da boa gestão desta ‘*familia pecuniaque*’.

2.2. Uma releitura de Aristóteles através de São Tomás de Aquino

Esta releitura do Direito Romano foi possível graças a uma leitura atenta, por parte de um jurista, da obra de Aristóteles. Michel Villey escreveu o verbete “Justiça” – que deu-me a honra de publicar no *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito* (Renovar, RJ, 1999). Neste verbete, Michel Villey menciona que, na obra de Aristóteles, a palavra chave a respeito da Justiça é: “*to dikaion*”. Esse *to dikaion* é – eu o cito – “uma palavra *neutra* substantiva: a coisa justa, um justo meio (*mésos*) que se refere não ao sujeito, mas à realidade externa; [um justo meio que] não é subjetivo, mas objetivo, [que] está dentro das coisas. ‘Objetivo’ [porque] tende a realizar este tipo de comportamento que é, para Aristóteles, a virtude da justiça (*dikaion*)” (p. 443). O *Dikaion* é relação entre as coisas; o *Dikaion* é proporção, um ‘*analogon*’; o *Dikaion* é tb. ‘*ison*’, igualdade, um justo meio. O Direito não tem nada que ver com um direito subjetivo, relacionado à qualidade do sujeito. Então, o papel do juiz será o de dizer qual é a divisão justa, que ele descobre na natureza das coisas.

Em seguida, Michel Villey demonstrou como, no estoicismo, o pensamento de Aristóteles sofreu alterações, e como as distinções aristotélicas não foram conhecidas durante toda a Alta Idade Média, até o trabalho de Tomás de Aquino na *Summa Teológica*, no *De jure*, questão 57 da IIª IIªe, um Tomás de Aquino muito inspirado pela exegese de Averroës sobre a obra de Aristóteles. Michel Villey dedicou um livro às *Questões de São Tomás de Aquino sobre o Direito e a Política* (Paris, PUF, 1987). Infelizmente, não temos o tempo suficiente, nesta palestra, para falar com detalhes deste tema, já muito conhecido.

Mas é relevante esta importância dada por Michel Villey à obra de Tomás de Aquino na medida em que ele se apoia na qualidade deste pensamento para demonstrar o desvio introduzido pelos pensadores do dito “Direito Natural Moderno” que introduziram uma concepção radicalmente nova do Direito e da Política a partir dos trabalhos da 2ª Escolástica.

2.3. O estudo do nascimento do Direito Natural “Moderno” como modo de compreensão dos direitos contemporâneos

Além de atribuir a São Tomás de Aquino um papel decisivo no processo de formação do sujeito moderno, Michel Villey mostrou genialmente o que aconteceu desde a Escolástica, na história da subjetividade. Ele mostrou como o ‘sujeito’ substituiu o ‘objeto’ no âmago do Direito. Com a contribuição da 2ª Escolástica ao pensamento jurídico (Vitoria, os irmãos Vasquez, Ayala, Suarez...), nasceu o que se chama de “pensamento jurídico moderno”. As interpretações e extrapolações efetuadas pelos autores da “Escola do Direito Natural e das Gentes” operaram um corte em relação ao pensamento jusnaturalístico anterior. Trata-se de uma tradição mais de que uma ‘escola’, uma tradição específica dos países protestantes, e notadamente dos países que encontram-se acima do rio Reno. Os historiadores do pensamento jurídico e político chamam “Escola do Direito Natural e das Gentes” uma sucessão de pensadores do Direito e da Política durante dois

séculos, os séculos 17 e 18, e notadamente autores como Grotius, Pufendorf, Thomasius, Heineccius, Christian Wolff e Barbeyrac.

Michel Villey teve a inteligência de localizar nesta corrente as falhas de nossos direitos. A partir de aí, ele construiu uma filosofia do direito baseada numa crítica deste pensamento e da sua evolução, a partir de uma reabilitação do pensamento de Aristóteles e São Tomás de Aquino. Assim, ele critica a filosofia de Guilherme de Ockham, na medida em que, segundo sua opinião, Ockham estabeleceu uma conexão entre o nominalismo filosófico e o voluntarismo que exalta a ‘vontade’ do indivíduo, diminuindo a ‘razão’ como padrão normativo. Este ponto de vista foi questionado principalmente por autores alemães (como Jürgen Goldstein ou Hans Blumenberg²), ingleses (como Tierney³) e espanhóis (ver os textos já mencionados de Francisco J. Contreras Peláez e Antonio E. Pérez Luño).

A visão hipercrítica de Michel Villey foi a fonte de uma imensa discussão. Com efeito, as acusações do Mestre não foram consideradas como falsas. Todos os autores falam de uma crítica muito perspicaz. Questionou-se mais a maneira sistemática pela qual Michel Villey formulou suas teses, que foram consideradas como verdades incompletas, afirmações que teriam merecido talvez mais prudência e mais nuance. Para Pérez Luño, por exemplo, a maioria dessas ideias criticadas por Michel Villey são prefigurações da modernidade, uma modernidade que justificaria historicamente a contribuição dos autores jusnaturalistas clássicos espanhóis.

Mas o importante é que Michel Villey demonstrou como o sujeito entra em cena com o Direito Moderno, e torna-se titular de direitos que fundam-se sobre conceitos abstratos e ideais. O Direito não é mais uma Arte. O nosso problema, hoje, seria que o positivismo deixou-nos imaginar que o Direito poderia ser uma Ciência. Hoje, o jurista não é mais um intelectual! Conforme as próprias palavras de Michel: “a arte não é mais, hoje, que uma política do cão morto que flutua na água; uma prática sem finalidade, um corpo sem alma, que antecipa a certidão de óbito da profissão de jurista”.⁴

2.4. O erro dos herdeiros do pensamento jurídico moderno na exaltação dos Direitos Humanos

Depois de muitos anos de trabalho sobre a filosofia antiga, medieval e moderna, sobre o pensamento jurídico e político dos séculos 17 e 18, sobre Kant e a

² Ver GRÄTZEL, Stephan. Introduction: la philosophie du droit après-guerre en Allemagne’, dans « La philosophie du droit et les fautes du passé - La « troisième voie » vers une humanisation du droit selon Gustav Radbruch », dans *Archives de Philosophie du Droit*, v. 49, p. 417-430, 2005.

³ Brian TIERNEY, *Ockham, the Conciliar Theory, and the Canonists*, Minneapolis, Fortress Pr., 1971; ID., *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta (Georgia), Scholars Press, 1997, com uma resposta de John M. FINNIS, “Aquinas on ius and Hart on Rights: A Response to Tierney”, dans *The Review of Politics*, v. 64/3, 2002. p. 407-410.

⁴ Michel VILLEY, « *L'État-Providence et la philosophie du droit*, na revista *Droit et Société*, n. 7, 1987, p. 454 sq. (Resenha de François EWALD, *L'État-Providence*, Paris, Grasset, 1986).

transição até o positivismo, Michel Villey decidiu fazer uma provocação, falando mal dos Direitos Humanos.

Por quê? – Porque se nos referirmos ao *to dikaion*, diz ele, não podemos concebê-lo como fonte de direitos subjetivos. O *to dikaion* é um ‘juste milieu’, um ‘justo meio’ nas coisas, uma proporção, “uma igualdade, um ‘igual’ (*ison*) no sentido da matemática grega, uma busca, uma contemplação da *beleza* que existe na ordem cósmica. Falar de igualdade significa descobrir uma *harmonia*, o *valor* do *justo*, do *leal*, do *harmonioso*, do *bonito*, do *belo*, do *moderado*. A harmonia é um conceito muito próximo de *pietás*, de *bona fides*, da *humanitas* do estoicismo; muito próximo da *caritas* do cristianismo, muito próximo do valor do *belo*. Trata-se de uma *equitas* que não tem nada que ver com o egalitarismo nascido da igualdade tal como interpretada pelos pensadores do jusnaturalismo moderno, nem dos positivistas que se apropriaram do conceito de igualdade para materializa-lo de maneira sistemática.

Daí a reputação de pensador reacionário que foi atribuída ao Mestre! Portanto, não há nada de reacionário neste modo de ver. Como diz Antonio Punzi, devemos reconhecer que Michel Villey teve o mérito da audácia de protestar contra os “grands récits”, as grandes narrações que supõem a preeminência absoluta do observador sobre a coisa observada, um dos resultados da aproximação “moderna” do Direito. Voltar à essência do Direito supõe, ao contrario, que o Direito seja traduzido em atos, supõe uma observação do seu objeto, um estudo do modo de produção da norma, da sua implementação, do significado atribuído à norma e das razões deste significado, dos argumentos através dos quais a regra de direito encontra-se concretamente aplicada.⁵

Neste sentido, a crítica de Michel Villey não tem nada que ver com uma nostalgia do passado. Sua crítica é fundada, primeiramente, na dupla leitura que se pode fazer do humanismo, e, em segundo lugar, numa crítica do voluntarismo que pode efetivamente ser objeto de críticas, principalmente por ser cego diante da realidade. De qualquer modo, Michel Villey afirmou, ele mesmo, numa entrevista ao jornal *Le Monde*: “Je ne suis pas un adversaire des Droits de l’homme”,⁶ “não sou um adversário dos Direitos Humanos ; mas os Direitos Humanos não são reais. A sua impraticabilidade é evidente”. Existe, na verdade, uma contradição que poderia dar uma explicação aos problemas encontrados hoje na concepção do Direito. Com efeito, de um lado, os Direitos Humanos são inerentes ao indivíduo por serem direitos essenciais que pertencem ao sujeito, que são direitos gravados no seu coração, na própria pessoa do sujeito. Mas, de outra parte, vivemos, desde a formação do Direito Moderno no culto e no ritual da lei!

O que Michel Villey queria era o reconhecimento de um espaço teológico sem a marca do subjetivismo moderno. Não somente o Mestre foi um grande crítico do

⁵ No dossiê da revista *Droit e Société* mencionado acima.

⁶ Entrevista no journal *Le Monde* (Paris), 9-10 de dez. de 1984.

pensamento jurídico moderno, mas, na sua admiração pelo tomismo, ele foi um grande crítico tb. do pensamento franciscano (Guilherme de Ockham era franciscano).

Michel Villey não foi o único pensador a buscar as origens das falhas de nossos Direitos contemporâneos. Friedrich A. Hayek, por exemplo, um contemporâneo de Michel Villey – mas pertencendo a uma outra cultura, à cultura americana – fala também de um momento onde houve um erro de orientação, um desvio de rota, um desvio do pensamento jurídico e político, que foi a fonte dos problemas contemporâneos.⁷

3. Um diálogo imaginário entre Michel Villey e Friedrich A. Hayek

Essa afirmação encontrada nas obras desses dois pensadores do Direito e da Política foi o início da minha reflexão sobre a convergências e divergências entre os dois Mestres. Daí imaginei um diálogo imaginário entre Michel Villey e Friedrich A. Hayek. Um e outro, com efeito, falam de este momento onde, na historia do pensamento jurídico e político, houve tal erro de orientação, que seria à origem da crise contemporânea do Direito e da Justiça.

Segundo Hayek, este erro poderia ser encontrado no construtivismo cartesiano,⁸ desenvolvido no utilitarismo de Jeremy Bentham. Segundo Michel Villey, este erro seria a invasão do racionalismo, notadamente aquele da Escola do Direito Natural e das Gentes. Nesta procura do momento do desvio, um e outro concordam sobre muitos pontos, mas eles têm, no fundo, um raciocínio profundamente divergente.

3.1. Os pontos comuns

Sobre as fontes da Filosofia do Direito do Estado, sobre o papel da razão no desenvolvimento do Direito Moderno, sobre o papel fundamental, em Direito, dos conceitos de justo, de equidade, todos provenientes do pensamento grego clássico, eles concordam. Já vimos a importância dada pelo Michel Villey à filosofia grega. Friedrich A. Hayek concorda plenamente, referindo-se muitas vezes à Aristóteles.⁹

Tb. concordam sobre a importância das lições do Direito Romano “sempre atuais na nossa Europa” segundo Michel Villey,¹⁰ um Direito Romano “que tem influenciado muito todo o direito ocidental” segundo Friedrich A. Hayek; um Direito Romano baseado

⁷ “Fico convencido cada vez mais do que estamos indo em direção de um beco sem saída do qual os dirigentes políticos propõem sair através de meios desesperados” (Friedrich A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, v. 3, London and Henley, Routledge & Kegan Paul, 1979, *pr.*). A expressão “erro de orientação” aparece no título da primeira seção do cap. 17 deste livro.

⁸ Friedrich A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, London and Henley, Routledge & Kegan Paul, 1973, cap. 1, *pr.* e vol. 2, 1976, cap. 8, seção ‘O direito natural’, onde, além disso, Hayek não se reconhece como um jusnaturalista.

⁹ Friedrich HAYEK, A. op. cit., v. 1 e 2, *passim*.

¹⁰ Michel VILLEY, *Le droit romain*. Paris: PUF, 1945. (Referências à 3. éd., 1957).

na criação da prática cotidiana: *Ius non a regula sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat* como dizia Cícero,¹¹ um Cícero importante tb. para HAYEK, que o menciona¹² quando ele fala de “um conjunto normativo que não é o produto de uma atividade legisferante deliberada [...] mas concebido no quadro de uma tradição” e produto da atividade do jurista, um pouco como se desenvolveu mais tarde o direito inglês.

Eles, ainda mais, concordam sobre a importância da tradição clássica e medieval, sobre a ilusão de que a razão seria onisciente, sobre a ilusão de um progresso nascido de uma Ordem construída pela mão do homem, uma Ordem que descarta a tradição, os costumes, a História. A maioria das instituições, diz Hayek, são o resultado de costumes, de tradições que não foram inventadas pelo indivíduo. O indivíduo não conhece nem a razão de ser, nem a origem das regras de conduta.¹³ “O que fez os homens bons não é a natureza nem a razão; é a tradição”.¹⁴

Os dois condenam o utilitarismo com grande severidade.¹⁵ Na verdade, eles não usam do mesmo tipo de argumentação. O Michel Villey fala como filósofo do direito; o Hayek raciocina como politólogo. Mas eles chegam à mesma conclusão: o desvio que os dois constataram provem das premissas da filosofia ‘moderna’, que não permitiram enfrentar as grandes mudanças de nosso tempo.

3.2 As divergências

Em seguida os dois divergem. Michel Villey convida-nos a abrigar-nos, a resguardar-nos num sistema fora do tempo, num sistema duradouro, na aprendizagem constante da filosofia, e sobretudo da filosofia imutável que vem das lições do Direito Natural aristotelo-tomista, que ela somente nos permitiria – eu o cito – de “reincorporar uma imagem estrita das finalidades da ordem jurídica”.¹⁶ Na medida em que o Direito não é um conjunto de decisões tomadas *top-down*, mas uma relação entre pessoas, uma “proporção justa” a descobrir em cada caso pelo jurista, homem de Arte e não de Ciência, tem-se que minimizar o papel do legislador e colocar-se nas mãos do juiz, único capaz de aplicar a “justiça natural”, a dizer o que é o “justo”, o que é o “*equitável*”.

A *equidade*, segundo o Friedrich A. Hayek, é o que permite à sociedade desenvolver-se em termos de interesses individuais. Esses interesses individuais, ainda

¹¹ Dig. 50.17.1.

¹² HAYEK, op. cit., v. 1, cap. 2, *in fine*.

¹³ As regras de conduta “dirigem nossas ações, e a maioria das instituições que derivam dessa regularidade são adaptações à impossibilidade para quem quer que seja de levar em conta, com plena consciência, todos os fatos que compõem a ordem da sociedade” (trad. do autor). Ibid., v. 1, cap. 1; v. 2, cap. 8.

¹⁴ Friedrich A. HAYEK, op. cit., v. 3, Epílogo: a tradição “não é algo de constante, mas o resultado de um processo de seleção direcionado não pela razão, mas sim pelo sucesso”.

¹⁵ Comp. Friedrich A. HAYEK, op. cit., v. 1 e 2, *passim* com Michel VILLEY, “Critique de l'utilitarisme juridique”, na revista *Droit prospectif – Revue de la Recherche Juridique*, 1981-2, p. 166-174.

¹⁶ *Critique de l'utilitarisme juridique*. op. cit., p. 174.

que não sejam conhecidos totalmente, correspondem às atividades humanas no quadro de uma “sociedade aberta”. Com esta expressão, Hayek refere-se ao mercado. O mercado supõe uma disciplina, um sistema de regras de comportamento, baseado na equidade. A equidade é a possibilidade para cada jogador de saber quando e como ele tem que modificar sua ação para adapta-la aos acontecimentos dos quais, aliás, ele não tem diretamente conhecimento. Assim, o mercado é a oportunidade para cada um, na sociedade, de participar do jogo comum com vistas a criar riquezas. Numa sociedade aberta, pluralista, onde não há uma hierarquia comum dos resultados particulares, e sem desigualdade na atividade dos jogadores, cada um tem sua chance. Não pertence ao legislador reequilibrar o jogo através da regulação estatal, com vistas a favorecer tal ou tal grupo de jogadores. A equidade é isso: deixar a cada um sua chance. É o mercado que produz os sinais impessoais permitindo aos jogadores de modificar sua atividade para adapta-la aos acontecimentos.

A “liberdade” é isso mesmo. Reequilibrar o jogo favorecendo tal ou tal grupo de jogadores através de normas autoritárias seria, com o pretexto de uma “justiça social”, espinafra a liberdade, voltar a uma sociedade de tipo tribal, destruir a ordem impessoal global da humanidade.

Mesmo estando preocupado com a distinção entre *equitas* e egalitarismo, Michel Villey não relaciona-se com esta lógica. O importante, para ele, é o *justum*, a *justiça*, segundo os textos romanos: “est autem a justicia appellatum jus” – o direito, *jus*, foi nomeado a partir da palavra ‘justiça’.¹⁷ Hayek, apesar de considerar o Direito Romano, procura inovar. Quanto a Michel Villey, ele acha a inovação inútil, pois tudo pode-se encontrar no jusnaturalismo, um pensamento que perdeu-se através do tempo, por ignorância.

Para o Hayek, o que conta é a análise do mercado concebido como jogo, com regras, com os que ganham e os que perdem, uma ordem que ele chama de *kosmos* – ordem espontânea, auto-organizada, auto-gerada, que garante a liberdade – com oposição à *taxis* – ordem construída artificialmente com vistas a desbloquear o mercado se, por acaso, isso for absolutamente necessário. Com efeito, em toda sociedade não pode ser evitado todo recurso à legislação. Mas o uso da legislação deve ser excepcional, e nunca prejudicar a liberdade e, conseqüentemente, o funcionamento do mercado.

Para concluir, diríamos que um real diálogo entre Michel Villey e Friedrich A. Hayek teria sido muito polêmico. O primeiro de fato não se interessava pela complexidade do mundo contemporâneo, enquanto Hayek é perfeitamente consciente das mudanças que adviriam da globalização dos mercados, com as devidas conseqüências ao nível dos direitos nacionais e dos modos de vida nas diferentes culturas através do mundo.

¹⁷ Dig. I, 1, 1. Cf. VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*. op. cit., v. 1, n. 25.

Do Mestre Michel Villey, guardamos, de este ponto de vista, a imagem de uma pessoa que preferia, diante de circunstâncias graves, procurar um órgão para tocar e rezar, permanecendo numa concepção profundamente nobre, mas provavelmente inadequada ao mundo – e sobretudo ao mundo contemporâneo – do “*partage*” (em francês), de “partilhar”, de “repartição”, com fundamento no pensamento cristão, e mais precisamente na tradição do pensamento de um São Tomás de Aquino, imbuído de um Aristóteles revisitado por Averroés.

Gostaria, antes de terminar essas poucas palavras sobre meu querido Mestre, recordar um acontecimento de caráter pessoal. Isso ocorreu num evento organizado pelo Professor Michel Troper, grande constitucionalista e filósofo do direito, na Universidade de Paris X, sobre o tema do ensino da filosofia do direito, pouco antes do falecimento de Michel Villey. Ele falou, como sempre, da impossibilidade de ensinar a filosofia do direito. Eu falei, logo após, enfatizando que o ensino da Filosofia do Direito – a meu ver – é antes de mais nada a aprendizagem da crítica, do rigor e da abertura, a partir das leituras dos grandes pensadores.

Após o encerramento, Michel Villey e eu nos afastamos para conversar. “Arnaud”, disse-me ele, “no final das contas, você terá sido o meu único verdadeiro discípulo”. Fiquei muito emocionado. Ainda fico emocionado. Que honra para mim!

Rio de Janeiro, maio de 2011.