

FACULDADE UNILEYA

CÉSAR MAXIMIANO DUARTE

O DIREITO TOMISTA-ARISTOTÉLICO E A MODERNIDADE

BRASÍLIA/DF

2021

1. INTRODUÇÃO

Em que pese Platão ter defendido as ideias metafísicas constantes na *Alegoria das Cavernas*, ele nos convidou a procurar o justo pela observação do mundo, ou seja, de modo objetivo. Da mesma forma que Platão, Aristóteles (e já no séc. XIII São Tomás de Aquino, que retoma as ideias de Aristóteles) buscava extrair o senso de justiça através de um método cósmico de investigação, ou seja, mediante a alimentação do indivíduo por um universo exterior a si mesmo. É nessa ideia que se funda o *Naturrecht*, ou Direito Natural.

A modernidade, contudo, afastou-se sobremaneira dessa escola de conhecimento. Todos os grandes nomes do pensamento moderno fundaram suas conclusões acerca das fontes do Direito em algo diferente: alguns na moral estoica, outros no *Vernunftsrecht*, ou seja, num direito racional, *exempli gratia* Kant, que pretendeu tirar de si mesmo, ou seja de sua própria razão subjetiva, os princípios da justiça.

Esse desvirtuamento das fontes do Direito desemboca invariavelmente no positivismo jurídico, que muitos conferem a origem ao positivismo sociológico de Augusto Comte, mas que é fortemente encontrado já em Tomas Hobbes. Contudo, o sepultamento do *Naturrecht* não se deu da noite para o dia. Para se chegar a esse resultado, foi preciso guinar da escola platônico-aristotélica para o estoicismo e para o nominalismo cristão, que se apoderaram do cenário jusfilosófico da Idade Média pelas curvas *calientes* de sua jurisprudência humanista. Para além, fundou-se um novo sentido para o termo Lei Natural, desta feita de tipo cristão-estoico, que tomou o lugar da lei natural clássica, donde não se extraía mais o Direito da natureza cósmica, e sim da natureza humana e individual. E, por fim, a partir dessa “lei natural”, saltou-se para fora do regime da natureza, construindo-se, como substituto dela, um novo sistema das fontes da ordem jurídica: a vontade do legislador.

Este trabalho, portanto, pincelará a história da alteração das fontes do Direito para que, ao final, seja capaz de demonstrar a distância que se apresenta entre o Direito Clássico, tomista-aristotélico, e o direito atual, fundado a partir do nominalismo e de suas filosofias sinergistas.

2. AS FONTES DO DIREITO

Como o presente trabalho é, fundamentalmente, a descrição da história da alteração das fontes do direito, por bem que o primeiro passo seja definir o que é uma fonte de direito.

O termo *fonte do direito* é metafórico, uma vez que o sentido que se empresta da palavra *fonte* é aquele descritivo da natureza, ou seja, a nascente de onde brota uma corrente de água. Por ser uma expressão em sentido figurado, há nela mais de um sentido.

2.1. Fontes Materiais e Formais

Uma primeira interpretação é a de que *fonte jurídica* seria a origem primária do direito, a sua gênese. Neste sentido, trata-se de buscar a fonte real, material da ciência jurídica. Em outras palavras, trata-se de identificar os fatores reais que condicionaram o surgimento da norma jurídica, seja ela positivada ou não. Assim, seriam fontes do direito os princípios morais e políticos de um povo, em dado território e em dado momento histórico¹.

Uma segunda interpretação é a de que a *fonte do direito* equivale ao fundamento de validade da ordem jurídica. Tal interpretação busca o desagrilhoamento completo do Direito em relação ao fato (o que ainda será visto amiúde nas vindouras linhas). Mas não é só: quando se reduz o Direito à validade de sua ordem, ou seja, a uma lei que, pela escolha política, é válida pelo simples fato de respeitar um procedimento legislativo e uma hierarquia entre as normas, emancipa-se o Direito também de quaisquer aspectos teleológicos, morais ou políticos. Para Kelsen, que pretendeu dar ao direito certa cientificidade, o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validez de outra, figurativamente denominada norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, inferior. Assim, seria fonte jurídica a norma superior que regula a produção da norma inferior². Em nosso sentir, nada se afasta mais da ciência que essa aberrante ideia.

A teoria das fontes de Kelsen, como exposta, remete qualquer indivíduo minimamente crítico a um beco sem saída: o ser humano é, *in natura*, um desbravador teleológico, um buscador da origem das coisas (e principalmente de si mesmo). Portanto, nem três minutos

¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 278.

² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. Vol. I.

seriam necessários para um pensante chegar ao seguinte questionamento: se a norma jurídica superior regula a produção da norma inferior, o que regula a produção da norma superior?

Apesar de ter forjado o gume que transpassou a jugular do Direito Natural Clássico (cósmico), Kelsen foi um jurista brilhante. E, para responder ao questionamento acerca da fonte primogênita do Direito, teve que se curvar a uma *secunda specie* de Direito Natural: é necessário existir uma norma básica, não escrita, donde deriva o ordenamento jurídico positivado, escrito. E, para Kelsen, essa norma hipotética fundamental, que reduz as normas jurídicas a uma unidade absoluta, é a norma que diz apenas que se deve obedecer ao poder que estabelece a ordem jurídica, mantendo a ideia de que uma norma somente pode originar-se de outra, da qual retira sua validade³.

São dessas duas classes de fontes que as doutrinas atuais tratam, denominando as fontes de primeiro tipo como *fontes materiais*, ou seja, os fatores políticos e sociais reais que fizeram surgir a norma, e as de segundo tipo como *fontes formais*, ou seja, as normas que, obedecendo normas superiores, são determinadas pelo poder legislador, lembrando-se do adendo kelseniano de que toda fonte formal contém, de modo implícito, uma valoração, que só pode ser compreendida, na gênese, como fonte do direito no sentido de fonte material.

2.2. A (Assassinada, Enterrada e Esquecida) Fonte Clássica do Direito

As doutrinas modernas e contemporâneas, ao tratar das fontes formais e das fontes materiais, encobrem a fonte clássica do Direito; encobrem inclusive a sua lápide, pois assim fazendo encobrem a história do seu assassinato.

A bem da verdade, as doutrinas modernas, quando da explicação das fontes do direito, servem muito bem ao pensamento jurídico em voga: as explanações dadas sobre as fontes do direito, deixando escapar a fonte clássica, prestam-se a fortificar um sistema jurídico pós-positivista, onde as leis positivadas têm relevância (positivismo, para o qual as fontes formais são de suma importância), mas podem ser suplantadas pela racionalidade (pós-positivismo, baseado na sobrelevação do indivíduo, corolário do estoicismo e do nominalismo cristão).

Ao estudante atento, contudo, algo parece não fazer sentido. Ao estudante atento, o estudo das fontes, tal qual se nos apresenta hoje, deixa uma lacuna, um *vacuum* – um sentimento de desconexão, de que algo falta. E este algo faltante produz um *gap*, uma quebra de

³ Cf. DINIZ, *op. cit.*, p. 279.

continuidade, um descolamento; um descolamento de algo que não se sabe ao certo o que é. Trata-se de um sentimento intelectual de que há algo de errado, apesar de não se saber o que exatamente.

Há duas alternativas ao estudante que é assolado por tal desconforto intelectual: ou vira a página e prossegue seu sistemático e tecnicista estudo “jurídico”, ou permanece irrequieto e absurdado, impelido a buscar a peça que falta naquilo que lhe apresentaram como ciência do Direito.

Todavia, existe um motivo para essa peça ter sido retirada do conjunto, espezinhada, enterrada e escondida: essa peça, assim como uma gota de tinta negra num copo de água cristalina, é capaz de alterar todo o sistema. Essa peça é o *dikaion*.

Platão trata dos métodos e das fontes do conhecimento do Direito. Para ele, o caminho do Direito trata-se principalmente do conhecimento do justo. Deste modo, ele inaugura uma escola para a qual as fontes do Direito são as fontes do conhecimento do justo. Dessa escola servir-se-ão Aristóteles e, mais tarde, São Tomás de Aquino.

As fontes do conhecimento do justo são um dos principais temas da obra platônica *República*, onde, inclusive, Platão já descreve a franca existência do movimento contrário à fonte clássica do Direito: em uma discussão, Sócrates defendia que o Direito, ou seja, a Justiça, estava para além do ser humano, tratando-se de uma virtude, ao passo que Trasímaco defendia que o direito nada mais seria que a vontade daquele que detém o poder.

Para a escola platônico-aristotélica-tomista (uma vez que o trabalho do jurista tem por finalidade descobrir o justo), o positivismo jurídico, ou seja, dizer que o direito é a lei, seria uma estampada diminuição dos limites do Direito, um desvirtuamento absoluto da própria etimologia do termo.

Etimologicamente, o termo *direito* provém do latim *directum*, do verbo *dirigere* ou seja, “o dirigido”. Este termo, que é moderno, aceita como diretor, como *Führer*, tanto o ser humano quanto a lei, ou, ainda, qualquer outro ser, animado ou não, e por isso foi adotado. Porém, não era comum, na antiguidade, utilizar-se juridicamente o termo *directum*, mas sim o termo *jus*.

Segundo a filologia moderna, a terminologia *jus* provém de uma das duas vozes sânscritas: a raiz *yu*, que significa “unir”, “juntar”, num sentido de *obrigatoriedade*, e a outra da raiz *yoh*, derivativa, inclusive, da palavra *Júpiter*, que significa “algo santo”. Trata-se,

portanto, de um sentido que aponta para algo obrigatório, ou, ainda mais, algo santo, sagrado, que deve ser e possuir uma garantia divina⁴.

Para Platão, que zombava dos decretos da assembleia pública, só merece o nome de *lei* aquilo que o homem da arte descobriu, não por tentativas experimentais, mas sim por meio de uma ciência especulativa, que é a ciência do *díkaion* (ou ciência do justo). Platão convida o jurista a procurar o justo pela observação do mundo, pela observação objetiva. Seu método de investigação é o cósmico, ou seja, alimenta-se da visão do cosmos, do universo exterior a nós. Em resumo, Platão pretende extrair o direito da natureza das coisas⁵.

É digno de nota que, enquanto Platão, em estampada contradição, pregava um direito extraído das coisas, defendia que o direito relacionava-se com a moral. Esse tipo de contradição também está presente na dicotomia de Platão, que após abordar sobre as fontes do conhecimento do justo acabou desenhando uma teoria das leis positivas que prega a necessidade de obediência às leis, mesmo que injustas e desnecessárias. É uma pena que Platão, tendo partido de tão alto, termine numa espécie de positivismo jurídico bastante grosseiro⁶.

Mas é das fontes do justo da filosofia de Platão que Aristóteles partirá. E, para aproveitar o termo “partir”, agora usado em seu sentido de separação, Aristóteles começou partindo o direito da moral. Enquanto Platão confundia os termos *nómos* e *díkaion*, Aristóteles esforçou-se para sair dessa confusão, distinguindo Direito de Justiça.

Para Aristóteles, existe uma diferença entre ser justo e realizar o justo: qualquer um de nós pode realizar o *díkaion*, ou seja, atos justos, mesmo sem sermos *díkaios*, ou intimamente e no geral seres justos⁷. A exemplo, um indivíduo pode pagar uma dívida não pelo seu senso de justiça, mas sim pelo temor em ser acionado judicialmente. Esta é a axiologia ética deontológica.

Aristóteles, partindo da análise observacional proposta por Platão, concluiu que “*o ser humano é um animal político*”, ou seja, um animal que vive em sociedade, e que depende do convívio social para alcançar a *eudamonia*, que é a felicidade ativa, desenvolvida através de ações no seio da sociedade a qual se pertence. E, por ser um animal social, o ser humano está naturalmente propenso à percepção de como a sociedade à qual está inserido (*polis*) tende a se comportar. É dessa percepção que as normas (*nómoi*) são retiradas.

Essa capacidade de percepção, ou seja, a capacidade de retirar da *polis* as suas regras (*nómoi*) é a arte do *díkaion*. Inclusive, o termo *nómoi* é o plural de *nómos*, que são os muros

⁴ GAUTÉRIO, Maria de Fátima. **Etimologia e significado do termo direito**. Rio Grande: JURIS, 2013. pp. 78-79.

⁵ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 29.

⁶ *Ibidem*, pp. 36-37

⁷ *Idem*.

que protegiam as *polis* (cidades-estado gregas) de invasões externas. Isso implica dizer que o termo *norma*, que em latim fora traduzido como *lex*, significa o conjunto de regras de um determinado povo, em uma determinada localidade, em um determinado tempo.

Portanto, o Direito Natural Clássico, ao contrário do “direito natural” que se prega hoje, não é composto de regras imutáveis e definitivas, senão da observação da sociedade para a composição das normas – normas que atendem a um determinado momento histórico de determinado povo. O que é imutável, no Direito Natural Clássico, é a arte do *díkaion*, ou seja, a capacidade naturalmente humana de se extrair o Direito do seio da sociedade.

Percebe-se, portanto, o equívoco que se comete ao se pregar que o direito natural tende à desobediência das leis positivadas. Talvez o direito natural moderno, que nada tem a ver com o direito natural clássico, dê azo a tal interpretação. Aristóteles, contudo, defendia a necessidade das leis: em certos casos somos obrigados a nos contentar com esse direito informe, embrionário, que é o *díkaion nomikón*, ou lei positivada, também chamado de “justo positivo”.

O direito natural não desconhece a importância do papel do legislador, pois o estudo da natureza é apenas um primeiro momento da elaboração do direito, fornecendo-nos apenas quadros vagos. Conforme Aristóteles, o estudo da natureza proporciona a matéria, que ainda resta informar⁸.

Portanto, é certo afirmar que as fontes do direito clássico são duas: a *díkaion physikón*, que tem um valor universal, posto tratar-se do justo natural, a saber, da capacidade humana de extração das normas através do seio da sociedade; e a *díkaion nomikón*, o resultado do exercício da *díkaion physikón*, que não é válido em todo lugar e tempo, mas somente quando e onde foi talhada, um direito próprio a uma *polis* em particular⁹.

São Tomás de Aquino, no séc. XIII, retomará as ideias aristotélicas. No Brasil, no séc. XX, um importante jusfilósofo reproduziu (ou ao menos deu roupagem de querer reproduzir), em certa medida, a ideia tomista-aristotélica das fontes do Direito. Seu nome era Miguel Reale, e sua teoria ficou conhecida como Teoria Tridimensional do Direito. Todavia, antes de chegar à atualidade, é necessário percorrer o caminho de transformação das fontes do Direito, mormente as guinadas filosóficas ocorridas durante a Idade Média e começo da modernidade.

⁸ Cf. VILLEY, *op. cit.*

⁹ *Idem.*

3. AS CAUSAS HISTÓRICAS DA ALTERAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO¹⁰

Em apertada síntese, o Direito Natural Clássico tinha como fonte primeira de Direito a capacidade artística de se extrair o justo do seio social. E o justo nada mais é do que a justa medida, a saber o meio termo entre o excesso e a falta. Entre a intrepidez e a covardia está a virtude da coragem, *e.g.*, de modo que buscar o justo em proporções grupais pressupõe um equilíbrio equitativo, portanto uma justiça distributiva, cuja máxima se encerra no *suum cuique jus tribuere*, ou “dar a cada um o que é seu por direito, por justo”.

Comparativamente, a fonte primeira de direito para a modernidade ou é a *lex*, ou seja, a *nómos*, ou, aos que filosoficamente esmiuçam um pouco mais o conceito de fonte do direito, a norma hipotética fundamental que se traduz no dever de obediência ao poder que estabelece a ordem jurídica.

O estudo do desenvolvimento do pensamento jurídico ao longo da história é fundamental para a compreensão acerca de que modo se deu o abandono da teoria clássica das fontes do Direito para a adoção da teoria moderna.

Passaremos, assim, a citar, *an passant* e sem pretensão de esmiuçar o tema, posto que gigantesco, os principais marcos históricos dessa guinada filosófica, que culminou no que chamamos de pensamento jurídico moderno, caracterizado pela laicidade e pelo individualismo, sendo este último o traço que se opõe às doutrinas clássicas da filosofia do direito da Antiguidade, sobretudo a de Aristóteles.

3.1. Santo Agostinho e a obediência às leis

Em sua obra *Cidade de Deus*, Santo Agostinho de Hipona critica as instituições temporais, mas ao mesmo tempo prega a obediência a elas. Agostinho, na obra, afirma que existem duas cidades: a dos homens e a de Deus. A cidade dos homens, terrena, só persegue felicidades falsas, enganosas, provisórias e desprezíveis. Em que pesem tais adjetivos, Agostinho professa a autoridade das leis da cidade dos homens, naturalmente injustas.

Para Agostinho, as leis seculares devem ser estritamente objetivas por basicamente três motivos: o primeiro é o exemplo que Cristo nos deixara: diante de Pilatos, Jesus de Nazaré calou-se, aceitando seu destino, tal qual o fizera Sócrates e tantos outros mártires da história; o

¹⁰ Este capítulo, em sua inteireza, é baseado na obra de Michel Villey, *op. cit.*, pp. 75 a 540.

segundo é que quem faz as leis é quem detém o poder para tanto, e quem tem o poder para tanto o tem pela vontade de Deus, pois nada no mundo escapa de sua voluntariedade. Deste modo, no limite, uma lei ou ordem injusta seria, mesmo que indiretamente, a vontade de Deus, não cabendo ao ser humano contestar tal *potestas*; o terceiro e último motivo seria a ideia, que remete, inclusive, em termos, à ideia de Aristóteles, de que, na falta de uma justiça plena, uma justiça falha, embrionária, é útil à ordem coletiva, à ordem temporal.

Santo Agostinho de Hipona, portanto, contribuiu com o germen do pensamento positivista extremado.

3.2. Duns Escoto e o Franciscanismo

São Francisco de Assis foi o fundador de uma filosofia monástica ímpar, e decerto não fazia parte de suas intenções fundar uma ordem de monges eruditos. Ao contrário disso, a um frade franciscano pede-se apenas que viva, e não que discuta, o evangelho. Aos frades já letrados, não lhes era proibida a leitura, mas aos iletrados, estes não deveriam sequer aprender a ler e a escrever.

As coisas, contudo, não aconteceram conforme as vontades de São Francisco: apenas quinze anos após a morte do santo, a Universidade contava com um número considerável de grandes mestres franciscanos. Um deles foi Duns Escoto.

De origem franciscana portanto, Escoto teve toda sua obra marcada pelos conceitos franciscanos, restituindo as fontes religiosas e recusando a doutrina intelectualista, de cunho tomista-aristotélico. Como São Francisco antepunha ao orgulho da razão a obediência ao Evangelho e à Igreja, Duns Escoto pregava que a fé deveria governar a razão, sendo esta mera servidora daquela.

O que acontece, contudo, é que esse golpe fatal no Direito da Antiguidade, que guarda em si um retorno ao agostinismo, resulta na substituição de um sistema baseado na observação da *polis* por um sistema individualista de produção do Direito. Vejamos como a ideia de indivíduo passou a permear o debate filosófico, espalhando-se, por consequência, para a área jurídica.

Enquanto São Tomás de Aquino, que adotara a visão aristotélica, alçava a razão humana ao rol das qualidades divinas, sendo ela, portanto, uma manifestação das próprias

qualidades de Deus, Duns Escoto entendia que supor uma ordem natural seria diminuir o poder de Deus. Detalhemos.

São Tomás entendia o Decálogo, *e.g.*, como preceitos da lei natural imutável. Mas, para Duns Escoto, esses preceitos não possuíam qualquer valor universal. Os Mandamentos, como o de não matar, não roubar e não cometer adultério eram nada mais que a vontade de Deus, o legislador do universo. Deste modo, se tivesse sido, ou se em algum momento for, vontade de Deus que exista roubo, assassinato e adultério, tais ações deixariam de ser pecados. Escoto cita como exemplo a passagem bíblica de que bastou Deus ordenar aos israelistas que roubassem os egípcios para que esse roubo se tornasse meritório. Em miúdos, a mesma discussão se repete: Sócrates defendendo a transcendência daquilo que é justo, e Trasímaco defendendo que justiça é aquilo que o detentor do poder diz que é – trata-se da assertiva de Trasímaco, travestida da teologal ideia de *voluntas dei*.

Partindo-se do limite que se expôs para o aspecto pragmático, Escoto substituiu o mundo de São Tomás (originado de Platão e de Aristóteles), em que há a divisão em gêneros, espécies, naturezas, causas formais e finais, por um mundo de pessoas, de indivíduos. Novamente do limite para a base: não há um *deus dos filósofos*, abstrato e impessoal, mas sim Jeová, que se exprime com estardalhaço sobre o Sinai, dotado de ternura, ciúme e cóleras – adjetivos que descortinam uma verdadeira personalidade divina. De igual modo o ser humano, feito à imagem e semelhança de seu Criador: não existe qualquer abstração, senão o indivíduo; não há humanidade, mas sim cada ser humano; não há a classe dos galináceos, senão cada galinha que existe; não há a Ordem Franciscana, senão cada frade franciscano espalhado pelo mundo. Eis o momento histórico de surgimento do indivíduo na história ocidental da humanidade!

Essa filosofia, transplantada para o Direito, culmina na ideia de que aquele que detém o poder dita as regras, e, portanto, diz o que é e o que não é justiça. Além disso, resta nítida a ideia de que o Direito não nasce do seio da sociedade, até porque a sociedade é uma abstração humana, inexistindo de fato, posto que a única coisa que existe é o indivíduo. Como extrair o direito de uma abstração, de uma ilusão? Por isso que, para Escoto, o que existem são somente causas eficientes, ações voluntárias do homem, a vontade dos indivíduos, donde derivam as convenções e as leis.

Há ainda mais dois aspectos relevantes do franciscanismo escotista a serem tratados: o embrião da mistura entre direito e moral e a pobreza franciscana.

Dadas as bases da filosofia de Escoto, um simples exercício de lógica já é capaz de colocar a moral dentro do direito: se o que existe é o indivíduo e sua vontade, a vontade daquele que detém o poder de legislar deve ser uma vontade reta. E o que seria uma vontade reta? Vontade reta é aquela que se baseia na *voluntas dei*, ou seja, na vontade do grande legislador do mundo: Deus. Nasce, portanto, a virtude da moral subjetiva, em substituição à virtude do justo tomista-aristotélico, que consistia em “dar a cada um o que lhe corresponde”.

Em relação à pobreza, é inegável que São Francisco de Assis a pregava como *conditio sine qua non* para pertencer à sua então neonata Ordem. Houve uma grande “querela da pobreza franciscana”, onde, de um lado, o papado lutava para que a Ordem detivesse a propriedade dos bens dos quais fruía, e, de outro, franciscanos defendendo o uso e gozo dos bens, sem, contudo, a declaração de sua propriedade. O posicionamento do papado ganhou território, mas, no final do séc. XIII, mormente na França meridional e na Itália, surgiu o movimento dos *espirituais*, que retomavam o culto intransigente da pobreza, professando o desprezo pela propriedade. Esse culto à pobreza foi útil aos ideais burgueses do final da Idade Média e início da Era Moderna, e por isso é, até hoje, de grande influência no pensamento moderno: um povo que cultua a pobreza como riqueza espiritual tem menos tendência de buscar “aquilo que lhe é por direito cabido”, ou seja, a justiça distributiva de Aristóteles.

3.3. Guilherme de Ockham e o Nominalismo

Guilherme de Ockham é conhecido por ter sepultado a *via antiqua* e fundado a *via moderna* do Direito. Todavia, como já demonstrado, ele não foi o primeiro a percorrer essa via. Mas a história o pôs como o fundador de uma escola de filosofia que atravessará toda a história moderna, e que subsiste até hoje. De fato, o ockhamismo, também chamado de nominalismo, espalhou-se por todos os países da Europa, e foi preponderante para a construção do pensamento jurídico atual. Não é equivocado dizer, portanto, que é exatamente aqui que se encontra a chave do problema fundamental da filosofia do direito.

E o que é o nominalismo? Ockham opôs-se à ideia tomista (calcada em Aristóteles), conhecida como *realismo*. Para Tomás de Aquino há uma realidade dos indivíduos, mas há também a realidade dos *universais*. Ou seja, para Aquino, os gêneros, as espécies (como a humanidade, o reino animal, a Ordem Franciscana), chamados de *universais*, não são mera

abstração humana, e sim reais em sua essência, vale dizer, existem de fato. Essa filosofia, por entender os universais como reais, ficou conhecida como *realismo*.

Em oposição a essa ideia, como já visto na doutrina escotista, os franciscanos (e Ockham é um deles) defendiam que os universais não eram reais, pois a única coisa que de fato existe é (seria) o indivíduo. Essa doutrina é chamada de *nominalista*, e o embate entre os realistas e os nominalistas ficou conhecido como *querela dos universais*.

Entendamos em maior profundidade a filosofia realista: para ela, existe de fato o homem, que é a substância segunda, existente fora da mente humana, e, portanto, independente dela. Os indivíduos, que também existem, a exemplo de Pedro e de Paulo, têm as substâncias primeiras, que são seus atributos particulares. De acordo com os realistas, o mundo exterior não é apenas uma poeira de átomos em desordem, uma “poeira de indivíduos”; o mundo comporta em si mesmo uma ordem, classes em que vêm se incluir seres singulares, que são denominados de *causas formais*, e naturezas, denominadas *causas finais*; e, tanto entre os indivíduos quanto acima deles, todo um sistema de relações. Tudo existe em termos objetivos, o que significa que o que existe, existe independentemente do intelecto que descobre as coisas. Essa é a metafísica realista, condição essencial para que exista um *direito da/na natureza* (*Naturrecht*).

Essa ideia de uma ordem natural fixa é inaceitável para os franciscanos, porque representa, para eles, verdadeira injúria à onipotência de Deus, uma negação da ação direta Dele sobre cada vida individual.

Para Ockham, portanto, os universais são apenas signos, meros termos de linguagem, nomes que desempenham uma função meramente lógica no intelecto humano: em que pese existirem certas semelhanças entre Tício, Mévio e Túlio, todas as suas características – inclusive as semelhantes – pertencem somente a cada um deles. Portanto, os termos gerais, para Ockham, nada mais são do que a expressão de um conhecimento confuso, sendo que o único conhecimento verdadeiro, adequado à realidade, é o do indivíduo. No real, nada existe além dos indivíduos: não existem universais, estruturas, e, tampouco, direito natural.

Ao invadir o direito, o nominalismo impõe o abandono do direito natural, ou seja, o já exposto método de descobrir soluções jurídicas a partir da observação da *Natureza* e da ordem que dela emana. Para o nominalismo, ao contrário, todas as coisas partem do indivíduo, e jamais da relação entre os indivíduos. Isso implica dizer que a ciência jurídica passou a descrever as qualidades jurídicas do indivíduo, e não a relação entre os indivíduos. E este é o nascimento do que chamamos de *direitos individuais*.

Em um contrato de compra e venda, por exemplo, quando o comprador recebe o bem e não o paga, surge ao vendedor o direito de receber – um direito subjetivo, individual. Para o nominalismo – e, portanto, para o pensamento jurídico atual –, a obrigação de pagar do comprador é derivada do direito subjetivo do vendedor em receber pela venda que efetuou.

A nós parece não existir outra forma de raciocinar juridicamente além dessa, mas a verdade é que o Direito Natural Clássico tinha uma forma totalmente distinta de situar-se juridicamente: na mesma relação de compra e venda, o comprador seria compelido a pagar o vendedor não pelo direito que o vendedor teria de receber, e sim porque a obrigação derivou da relação jurídica travada entre comprador e vendedor. Percebe-se que o direito era objetivo, e não subjetivo: o direito cuidava da relação entre as pessoas, e não das pessoas propriamente ditas.

Em suma, o próprio da linguagem jurídica clássica é observar um mundo de *coisas*, de objetos exteriores, porque é somente nas coisas e na partilha feita nas coisas que se manifesta a relação jurídica entre as pessoas. Assim, a ciência do direito antigo mira as coisas, e sua linguagem jurídica é fundamentalmente objetiva.

Diferentemente, em extrema oposição está o individualismo: no lugar de visar a ordem do grupo, está centrado no *sujeito* em particular. As consequências são funestas: a moral invade o direito, e o direito invade o Poder Individual, cuidando das vidas privadas e ditando como o ser humano deve pensar e agir.

O passo seguinte é a introdução das morais estoica, epicurista e ceticista no Direito, sob a escusa da necessidade de um código moral. Antes disso, porém, o Direito ainda tinha um grilhão importante a romper: para se emancipar por completo, o Direito precisava se divorciar dos fatos.

3.4. A “Contribuição” de Althusius

As obras de Althusius têm como finalidade classificar noções científicas. Discípulo de Ramus, Althusius tem por ambição colocar conceitos em ordem e formular definições acerca do pensamento jurídico. Dada a similitude de sua ambição com o trabalho catalogador realizado por Aristóteles, é neste pensador que Althusius chega a dizer que se embasa.

Todavia, sua doutrina é, em verdade, bastante oposta à de Aristóteles: enquanto para este o Direito nasce e acontece no seio da sociedade, para aquele o Direito é tão somente

aplicado dentro dos agrupamentos sociais, tendo sua origem, contudo, distante do pulsar da comunidade.

Além disso, Althusius defendia que os indivíduos da sociedade, que ele chamava de *grupo simbiótico*, já possuíam direitos antes mesmo de existir a comunidade: os direitos subjetivos são naturais ao ser humano, de modo que a comunalização da sociedade só se realiza através de um pacto voluntário entre seus membros. Em que pese Althusius não enfatizar a tese do contrato social, ele já compartilhava dessa ideia.

Althusius defendia que, ao lado do direito subjetivo, existia uma lei comum, uma *jus generale*, que ele chamava de *lei natural*. Seria sobre essa lei natural que as constituições locais repousariam. Althusius refere-se à lei divina revelada pelo Evangelho e pelo Decálogo, que seriam produtos da vontade de Deus, o legislador primogênito. Para ele, é Deus quem impõe ao ser humano amar ao próximo, em nítida confusão da moral cristã com a moral estoica. É nessa lei moral vinda de Deus que Althusius transforma sua *lei natural*.

Quanto às outras fontes do direito, o sistema de Althusius mantém a linha do positivismo jurídico: abaixo da lei comum, divina, há a *lex própria*, adaptada às condições de cada comunidade simbiótica. Essa lei emanaria da vontade do corpo social, representada pelo detentor da soberania (*jus majestatis*). Ao mandatário caberia completar o direito através da promulgação de leis para regular a vida comum, vida comum esta que tinha como finalidade servir ao interesse dos particulares (eis a característica marcante do nominalismo).

Nada de novo até então. Contudo, Althusius merece destaque porque ele subdividiu o Direito em ramos, ou seja, em diversas espécies, seguidas de subespécies, e assim sucessivamente. Em sua obra *Dicaeologicae Partes*, ele começa com a seguinte divisão, e é nela que vamos nos manter:

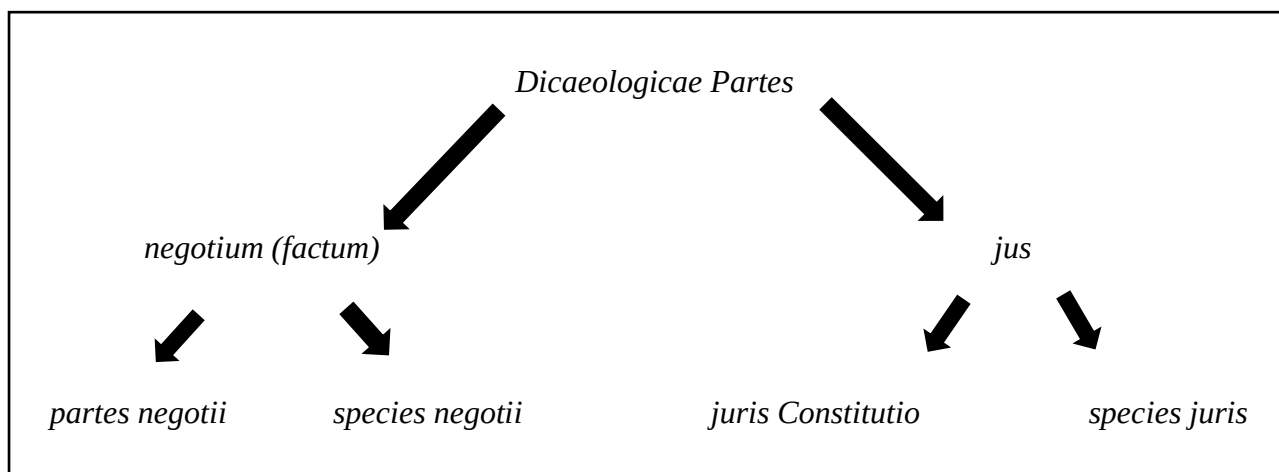


Fig. 01. *Dicaeologicae Partes*

Althusius inicia a sua dicotomia jurídica separando o fato do direito, e esse é o aspecto central, a contribuição mais forte e expressiva de Althusius para o pensamento jurídico moderno. Althusius isola a ciência dos fatos como algo separado da ciência do direito. Se a filosofia clássica do direito natural retirava o direito das próprias coisas e de cada causa particular, a lógica althusiana presta-se a separar aquilo que a filosofia de Aristóteles unia.

Althusius, tendo se livrado dos fatos, passa a focar no outro ramo, que é o do Direito por si só, “em-si-mesmo”, independente dos fatos; o Direito torna-se uma ciência completamente autônoma, recebendo diversas ramificações, mas completamente desconectado do mundo real, fático, concreto. E é nessa interpretação do direito como independente dos fatos que Althusius eleva a importância da lei como fonte primeira do Direito: o Direito está desconectado dos fatos, e, acima do Direito, estão as leis.

O positivismo extremado, proposto por Althusius, foi realidade por algum tempo do direito moderno, mas foi superado no séc. XX, após a Segunda Grande Guerra Mundial: os juízes superaram as leis num movimento chamado pós-positivismo. Todavia, nosso sistema jurídico moderno não superou o divórcio entre direito e fato, rejeitando, ainda, o direito natural clássico. O produto disso é o que se tem hoje: a construção do Direito conforme as próprias vontades do detentor do poder, seja ele o legislador, seja ele o juiz.

3.5. A Renascença das Filosofias Helenísticas

Historicamente, o estoicismo, o epicurismo e o ceticismo surgiram depois das grandes conquistas de Alexandre, pois modificaram as estruturas das cidades: não mais existiam *polis* como outrora, ou seja, independentes, verdadeiras cidades-estado, mas sim grandes impérios. O filósofo, sempre questionador, ainda pode ser íntimo do príncipe, mas já não podem mais discutir o regime absolutista. E é por esse contexto que a maioria dos filósofos vai sabiamente se manter distante da política.

Deste modo, o eixo da filosofia se desloca da política, que englobava, por óbvio, o direito natural, achegando-se à moral, ou seja, a conduta da vida privada do particular. É neste esboço que Epicuro ensina a seus discípulos os meios de obter o prazer, e Zenão de Cítio os caminhos da virtude.

As filosofias helenísticas permaneceram junto ao nominalismo durante toda a querela dos universais (cite-se como exemplo os ensinamentos nitidamente helenísticos de Cícero, já no séc. I d.C.), até que, em dado momento, histórico, encontrou um solo vasto e fecundo para se instalar: o espírito dos juristas que estavam a inaugurar a Era Moderna. E foi assim que o movimento humanista do início da época moderna tirou do estoicismo, do epicurismo e do ceticismo os princípios de um sistema de direito.

O novo sistema jurídico, fruto do nominalismo, volta-se para o indivíduo, e no indivíduo penetra através da moral helenística. O Direito é desenhado, então, de modo generalizado, afastado do mundo fático. Que diferença com o Direito de Aristóteles! Um exercício jurídico que se voltava à *polis*, produzindo, destarte, um Direito particularizado.

Do estoicismo, o novo direito retira as máximas de não prejudicar ninguém, mesmo que provocado por uma injustiça, fazer uso dos bens comuns com zelo, e de respeitar os bens privados.

Do epicurismo, o novo direito retira a ideia de que o *logos*, ou seja, a razão humana, é o princípio da arte jurídica. Assim, a observação da natureza deveria ser substituída pela razão humana. O mundo, então, passa a ser visto sob o prisma do indivíduo – um movimento de dentro para fora, em substituição à arte antiga, cujo indivíduo era formado de fora para dentro, ou seja, através do convívio social.

Ainda no epicurismo, a ciência do direito, segundo essa nova via, só pode recorrer a uma fonte subjetiva: a razão disseminada na alma dos homens. Seguir a nossa razão é seguir a nossa natureza, e a nossa natureza é quem nos prescreve o que deve ser feito e o que é proibido fazer – estão lançadas a base do relativismo.

Mas, segundo o sistema então neonato, a razão do ser humano não se trata de uma opinião qualquer, mas sim aquelas noções comuns, certos princípios gerais em torno dos quais há um acordo quase que universal. E, com a ressalva de que nem todas as almas detém essa característica, ao menos não cultivada, os sábios, que a têm em estado puro, deveriam fundar o direito, pois *a lei é a razão do sábio (ratio mensque sapientis)*.

Percebe-se, portanto, que essa nova doutrina num primeiro momento relativiza o direito, para depois usar-se dos perigos desse relativismo para justificar a imposição de um autoritarismo jurídico, de um “regime dos sábios”. O direito, então, era retirado não do convívio social, mas sim da filosofia, inaugurando-se, assim, o que foi e é chamado de jusnaturalismo pela modernidade: uma ideia completamente contrária às concepções jusnaturalistas de Aristóteles.

Há inúmeros outros acontecimentos juridicamente importantes no decorrer da história, mas o até aqui exposto já foi capaz de construir uma ideia acerca da teleologia do pensamento jurídico moderno.

4. O PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO

Apresentadas as bases fundantes do pensamento jurídico moderno, é mister salientar que sobre tal solo foram erigidos basicamente dois edifícios: o racionalismo e o empirismo.

O racionalismo, de origem germânica, volta-se para o interior do homem. Como consequência, adota a ideia de controle moral individual através do Direito, resultando, assim, em um sistema verborrágico de leis genéricas, conhecido como *civil law*.

O empirismo, por seu turno, é de origem inglesa, e tem que o homem é objeto da ciência, ou seja, do empirismo. O próprio da doutrina inglesa é pretender ser ciência de objetos exteriores, e não moral inferida da consciência do sujeito¹¹. Disso resulta um sistema que não oferece nenhum código de direito racional natural, livre da tutela da moral neo-estoica. A fonte do direito é a vontade do homem voltado para o prazer, e não uma fonte apartada do próprio homem, que dita regras de conduta. As vontades do homem, voltadas ao prazer, estabelecem as regras de direito desse sistema que foi chamado de *common law*.

Ambos os sistemas, todavia, são baseados no nominalismo, ou seja, na sobrelevação do indivíduo em detrimento da natureza.

4.1. O Positivismo Jurídico

Como visto, o positivismo, tal qual qualquer ideia do campo da filosofia que tenha ganhado relevo, insistentemente apareceu nas ideias dos pensadores dados ao nominalismo. Foi, contudo, em Tomas Hobbes que o positivismo jurídico foi de fato esmiuçado.

O positivismo sociológico adveio da teoria de Augusto Comte, para o qual a única ciência capaz de reformar a sociedade seria a sociologia, ou física social, ou seja, a ciência positiva dos fatos sociais. Para Comte, era impossível atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, ou seja, a metafísica. Segundo ele, somente os fatos e suas relações são objetos passíveis de serem conhecidos pela ciência.

Émile Durkheim, em continuidade, refutava o jusnaturalismo moderno de Kant e Rousseau (o jusnaturalismo que pretende retirar da filosofia o direito), afirmando que o que era

¹¹ VILLEY, Michel, *op. cit.*, p. 675.

chamado de direito natural, subjetivo, inato a cada indivíduo, nada mais era que direitos dados pela consciência coletiva, cujo órgão principal é o governo estatal¹².

Tanto a ideia de a fonte do direito derivar do governante quanto a ideia de a fonte do direito derivar da vontade da coletividade redundam no afastamento da *via antiqua*, ou seja, no afastamento daquele direito que é retirado das relações sociais, caso a caso, resultando no direito como a vontade de quem detém o poder, seja este alguém a coletividade, seja este alguém um *Führer*, um condutor do povo.

O descarte da metafísica pelo positivismo resultou na liberdade de se construir o direito com se bem entende. E foi ancorado nessa premissa positivista que o nazismo, por exemplo, instituiu normas completamente alheias aos próprios direitos subjetivos de alguns indivíduos, sob a escusa de que o direito não os reconhecia como humanos iguais aos outros, discurso que legitimou o assassinato de mais de seis milhões de pessoas.

4.2. A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale e o Direito Atual

Ante o fracasso do positivismo jurídico, que, para além do nefasto fato de ser um dos assassinos da *via antiqua*, fora transviado por mentes malévolas, diversas foram as correntes da filosofia do direito que pretenderam solver tal problemática. Aliado a tais correntes estava o jurista brasileiro Miguel Reale, que apresentou o problema da tridimensionalidade do direito com uma nova feição.

Em sua obra “*Lições preliminares de direito*”, o prelúdio à apresentação de sua teoria cita Dante Alighieri, que sabidamente era um dos resistentes ao nominalismo, defensor, portanto, da *via antiqua*, além de citar diretamente o veio aristotélico-tomista, em alusão às bases fundantes do pensamento de Dante.

Fazem-se necessárias severas críticas a tal professor, as quais, até hoje, jamais se viu tecer, mas que serão nestas linhas tecidas, por força do até aqui já exposto. Contudo, as críticas virão depois da apresentação de sua teoria.

A teoria tridimensional do Direito de Reale parte das diversas definições de Direito, numa tentativa de alocá-las em um só conceito. Segundo o respeitável Professor, os diversos sentidos da palavra Direito correspondem a três aspectos básicos: um *normativo*, um *fático* e um *axiológico*.

¹² Cf. Diniz, *op. cit.*, p. 103.

Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, necessariamente, um *fato* subjacente; há também um *valor*, que confere determinada significação a esse fato; e, por fim, uma *regra*, ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro¹³.

Tais elementos (fato, valor e norma) não existem separados uns dos outros, senão coexistem em uma unidade concreta. Além disso, atuam como elos de um processo, de modo que a vida do Direito resultaria da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram¹⁴.

É nítido que Reale, ao descrever o Direito como tridimensional, foi influenciado pela corrente tomista-aristotélica, e o prelúdio feito por si em sua obra demonstra a veracidade dessa assertiva.

Contudo, e aqui começa a crítica, o i. Professor demonstrou ter sido deixado levar pelo pensamento jurídico moderno, o pensamento que confunde o jusnaturalismo atual com o *Naturrecht* da antiguidade; o pensamento que torna capaz misturar as características do direito moderno (subjetivismo e moral) com os ensinamentos tomistas-aristotélicos. Provemos que crítica é válida.

Em sua obra *“Lições preliminares de direito”*, Reale cita Dante Alighieri: *“jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem; corrupta, corrumpit”* (“o Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a”).

Ao destrinchar analiticamente a assertiva de Dante, Reale inicia enfatizando a proporcionalidade, caractere nitidamente aristotélico, referente à equidade, que, para ser alcançada, necessita de uma justiça distributiva. E essa justiça há de ser retirada, a um, do caso concreto, e, a dois, através da busca do justo, ou seja, da justa medida entre dois extremos do caso em análise. Ao invés disso, contudo, Reale afirma o seguinte: *“não é uma relação qualquer entre os homens, mas sim aquela relação que implica uma proporcionalidade, cuja medida é o homem mesmo”* (os grifos são nossos).

Em qual filosofia encontra-se o direito partindo do homem para o mundo, um direito cuja medida é o próprio homem? No nominalismo, em franca oposição ao universalismo e, por consequência, à corrente aristotélica.

O ilustre Professor não tem maior sorte quando afirma que Dante Alighieri fora um visionário da atualidade do Direito. Diz ele: *“é que, para Dante, o Direito tutela as coisas*

¹³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 65.

¹⁴ *Idem*.

somente em razão dos homens: a relação jurídica conclui-se entre pessoas, não entre homens e coisas, mas é ‘real’ quando tem uma coisa (res) como seu objeto”. Sabendo que Dante era adepto da filosofia tomista-aristotélica, a interpretação que se assemelha mais acertada de sua assertiva na qual “o Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem” é a de que o Direito é retirado da relação entre homens, e não dos homens em si, de modo que o Direito, ou seja, o justo, é encontrado através do exercício de localizar o meio-termo entre os extremos, respeitando-se as características de cada uma das partes envolvidas. Daí a assertiva de que o Direito é uma proporção real, ou seja, existente, material e pessoal, ou seja, dependente de cada um dos indivíduos envolvidos no caso, pois o Direito, para Aristóteles, é *suum cuique tribuere*, ou seja, “dar a cada um o que é seu”.

A irrefutável prova de que Miguel Reale foi mais uma vítima dessa malfadada formação jurídica moderna está no seu comentário subsequente, onde ele diz que “a sua definição [a de Dante] inspirava-se na obra e nos ensinamentos aristotélico-tomistas [sim, correto] e, também, nas grandes lições dos jurisconsultos romanos, especialmente nas lições de Cícero, que dizia que devemos conhecer perfeitamente o homem, a natureza humana para, depois, conhecer o Direito”. Como visto alhures, Cícero estava impregnado da moral estoica, e seus ensinamentos couberam no nominalismo, contudo jamais encontrando guarida no Direito Natural Clássico de Aristóteles e de São Tomás de Aquino.

O mesmo se dá com a sua Teoria Tridimensional: ao tomarmos contato com a informação de que o Direito é constituído de fato, valor e norma, partimos do pressuposto, logo de início, de que Reale está desfazendo o divórcio de Althusius, reconectando o *jus* ao *factum*. E, de fato, ele o faz, enchendo o coração dos tomistas-aristotélicos de esperança. Retirar o Direito do fato, valorando-o para se chegar à norma – essa é a fórmula da fonte de Direito para Aristóteles.

Contudo, infelizmente não é disso que se trata sua teoria. Para Reale, o elemento constitutivo *fato* tem como nota dominante a *eficácia*, e pertence unilateralmente à concepção do *sociologismo jurídico*, a mesma fonte do *positivismo jurídico*. Já o elemento constitutivo *valor* tem como nota dominante o *fundamento*, e pertence unilateralmente à concepção do *moralismo jurídico*, ou seja, ao estupro cometido contra o Direito pelo renascimento das filosofias helenísticas, em especial o estoicismo, o epicurismo e, um pouco mais tarde, o ceticismo. Por fim, o elemento constitutivo *norma* tem como nota dominante a *vigência*, e pertence unilateralmente à concepção do *normativismo abstrato*, ou seja, à saída imposta pelo próprio relativismo para garantir que cada um não fizesse do Direito o que bem entendesse,

cabendo aos “sábios”, ou, no limite da atualidade, aos que detêm o poder de legislar ou de julgar, a elaboração de uma norma abstrata¹⁵.

Nada poderia estar mais distante do Direito Natural Clássico, do *Naturrecht* tomista-aristotélico, que retirava do caso concreto a norma. A Teoria Tridimensional de Reale, pese apresentar-se, à primeira vista, como um reavivamento do Direito Antigo, nada, absolutamente nada tem a ver com ele. Basta verificar as concepções unilaterais onde Reale aloca os elementos de sua teoria: no sociologismo jurídico, no moralismo jurídico e no normativismo abstrato – todas concepções baseadas no nominalismo, longinquamente afastadas do senso jurídico tomista-aristotélico.

É assim que o direito atual, pós-positivista, também chamado de neoconstitucionalista, atua: finge aplicar o *dikaion physikon*, mas, em verdade, afasta-se dele quando troca a objetividade do exercício de valoração pela subjetividade nominalista-estoica. Nas palavras de Reale: “Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, **tendo a pessoa como fonte de todos os valores**” (grifamos).

Como já visto, quando o Direito se baseia no indivíduo, levando em consideração as vontades subjetivas, ele invariavelmente colocará a moral para dentro do cercado jurídico, pois, se o Direito é a vontade de cada indivíduo, a vontade de cada indivíduo deve ser controlada pelo Direito, a fim de garantir a pacificação social. E a ferramenta desse controle é a moral, seja ela estoica, epicurista ou cristã.

O resultado dessa invasão da moral no campo do Direito é a normatização das regras morais, a criação do *dever ser* através de *normas genéricas*, fórmulas impositivas de comportamentos que, se malbaratadas, proporcionam sanção - *nómoi*, *lex*. Não nos esqueçamos das palavras de Reale, há pouco citadas: “Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu **dever ser histórico** (...)”.

Deste modo, o Direito transforma-se, grosso modo, num conjunto de *nómoi* escritas, genéricas, denominadas *lex*. E isso transforma o estudo do Direito, que era verdadeira arte de extrair conceitos jurídicos através da observação da natureza, caso a caso, em um rigoroso estudo técnico da *lex*, do “*dever ser*” criado por quem detém o poder, sem qualquer conexão com a realidade, ou seja, sem qualquer elo com o *factum*, exatamente como propôs Althusius. As faculdades não mais formam juristas, senão técnicos em legislação.

¹⁵ As informações referentes aos elementos constitutivos, suas notas dominantes e concepções unilaterais foram retirados da obra de Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 142.

5. UMA “NOVA” TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

O cenário atual do Direito como um todo, em especial o brasileiro, não é animador: os legisladores prescrevem *nómoi* abstratas, denominadas *lex*; os juízes superam a legislação através da valoração, mas se trata de uma valoração completamente desconectada do *factum*, bem como da ideia de equidade tomista-aristotélica, fazendo com que a decisão judicial dependa, exclusivamente, dos achismos do julgador. O que há, portanto, é uma completa insegurança jurídica, irrefreável pelo já combalido sistema das leis, tampouco detida pelo Poder Executivo.

Se a solução está no retorno à *via antiqua* do Direito, qual seja a arte jurídica tomista-aristotélica de retirar o Direito do seio da sociedade objetivamente, desprezando-se os subjetivismos e focando nas relações jurídicas, é possível reformar a teoria tridimensional de Reale, colocando-a nos trilhos do Direito tomista-aristotélico, para tanto mantendo seus elementos constitutivos (*fato*, *valor* e *norma*), mas atribuindo-lhes significação diversa daquela dada pelo ínclito Professor.

Conforme ensina Michel Villey, é preferível adotar a compreensão dos termos mais próximos à sua significação primeira, aquela significação revestida na época de sua eclosão e de sua maior maturidade, que, de regra, é a mais próxima da sua etimologia¹⁶.

De fato, não há grandiosidade na alteração da língua. Deixar-se levar por ela é render-se à força da imaturidade; é deixar-se levar pelo equívoco do cotidiano, que, *in casu*, é a conspurcação do Direito Natural Clássico, o original *Naturrecht*, por visões míopes, deturpadas pela ação do nominalismo e suas filosofias auxiliares.

Deste modo, este trabalho ousará reparar a Teoria Tridimensional do Direito, encaixando-a nos moldes do Direito Natural Clássico tomista-aristotélico.

5.1. Fato

Começemos, então, pela palavra *fato*. Sua etimologia é latina, sendo derivada da palavra *factum*, que significa *feito*, *façanha*.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 235.

Um fato, portanto, é um acontecimento, um ocorrido. Um fato jurídico, ou seja, um acontecimento que gerou efeitos jurídicos, tem a sua origem em um *ato* humano. Este ato humano pode ser um *facere* ou um *non facere*, uma ação ou uma omissão.

Como uma relação jurídica pressupõe a pluralidade de seres humanos, um fato pode ser composto por diversos atos de diferentes indivíduos, e todos devem ser valorados pelo jurista, ou seja, por aquele que busca extrair desse fato, através da valoração, a norma concreta.

5.2. Valor

O segundo elemento constitutivo da teoria é o valor, que deriva da palavra latina *valore*, e aponta para a ciência da axiologia.

A axiologia, também chamada de teoria de valor, é o estudo filosófico-prático que busca entender a natureza dos valores e os juízos de valor, e como eles surgem na sociedade.

A axiologia relaciona-se intimamente à ética e à estética, apresentando-se como um componente necessário desses estudos. A ética, ou filosofia moral, sistematiza, defende e recomenda conceitos de conduta, determinando as condutas que são certas e, por consequência, as que são erradas. A estética, por seu turno, é o ramo da filosofia que lida com o belo, ou seja, com a criação e valorização da beleza.

No Direito Natural Clássico, a axiologia jurídica foi bem determinada por Aristóteles: observando-se o caso concreto, ou seja, a partir dele, o jurista deve, através da abstração, localizar os dois extremos de cada ato pertencente ao fato analisado, localizando, destarte, o termo médio entre os extremos, e, então, comparando o ato em análise com o justo (meio-termo) encontrado.

A axiologia jurídica, dessa forma, nada mais é do que determinar a régua dos atos que constituem o fato jurídico, delimitada pelos limites extremos, e, ato contínuo, medir cada ato através dessa métrica, elaborada sob medida para cada ato em análise.

A valoração do fato nada mais é do que o *díkaion physikón*, ou seja, o exercício jurídico de determinar, caso a caso, a justa medida, o meio-termo.

Dada a incapacidade quase que generalizada de se realizar essa abstração jurídica, incapacidade esta derivada da transformação do curso do Direito em um curso técnico de legislação, o *díkaion physikón* pode ser substituído pela *lex strictu sensu*, ou seja pela *nómoi* genérica e preestabelecida pelo legislador. Ainda que ocorra a substituição, o sistema vigeria

de forma menos injusta que a atual, posto que partiria do *factum* para aplicar a *lex*, lembrando que, hoje, o *jus* é divorciado do *factum*.

Quando os princípios vagos do direito natural não são suficientes, a intervenção suplementar do legislador torna-se necessária. Desde a antiguidade, é mais fácil encontrar legisladores prudentes, instruídos e sábios do que uma multiplicidade de juízes dotados dessas mesmas qualidades. Ademais, é preciso desconfiar da imparcialidade dos juízes, mormente os da atualidade, que, de regra, sequer têm noção da ciência da axiologia jurídica, de modo que são comprovadamente corrompidos pela simpatia ou pelo temor à causa. O legislador, por estar distante do caso concreto, está, ao menos relativamente, ao abrigo desses desvios. Como diz o brocardo: “*a lei é a inteligência sem paixão*”¹⁷.

Tanto na valoração abstrativa quanto na valoração *per lex strictu sensu*, cabe ao julgador decidir-se acerca de qual das duas teorias éticas da axiologia há de ser aplicada: i) a **teoria ética teleológica**, ou simplesmente ética utilitarista, para a qual uma ação ser certa ou errada depende exclusivamente das consequências da ação; ii) a **teoria ética deontológica**, para a qual não são as consequências dos atos, mas sim a motivação que leva o agente a praticá-los que definirá a ação como certa ou errada. Para a ética deontológica, uma ação realizada por motivos errados será considerada errada, mesmo que suas consequências possam ser boas, e uma ação realizada por motivos certos pode ser considerada certa, mesmo que suas consequências possam ser más.

5.3. Norma

O termo *norma* é derivado da palavra grega *nómos*, que significa muro. As cidades-estado gregas (*polis*) eram fechadas por muros, para a proteção de ataques externos. Como o Direito era retirado do seio da sociedade, através da observação objetiva das ações humanas, as regras escritas eram retiradas “*de dentro dos muros (nómoi)*”.

Apesar de levar em consideração a importância das regras escritas, Platão criticava com veemência as normas criadas pela assembleia que se reunia na Ágora. Com razão, a maioria das deliberações relacionavam a assuntos triviais, a exemplo de quem deveria representar a *polis* nos jogos olímpicos, *e.g.* Os casos efetivamente jurídicos eram realmente raros, e, quando

¹⁷ Cf. VILLEY, *op. cit.*, p. 57.

ocorriam, normalmente não tinham um desfecho a contento, a exemplo do julgamento de Sócrates.

A *propour*, a condenação de Sócrates à morte em certa medida impeliu Platão e, por reflexo, Aristóteles a pensarem o Direito de modo diferente. A norma (*díkaion nomikón*) deveria ser retirada da valoração do fato. Deste modo, é a partir do fato que se criará a norma; uma norma sob medida, *fatto a mano*, para o caso concreto. Somente na impossibilidade do exercício axiológico é que a norma escrita (*lex strictu sensu*) deveria ser aplicada.

De uma forma ou de outra, ou seja, criando a valoração para o fato específico, ou aplicando a *lex strictu sensu* a ele, há o trabalho axiológico do julgador. E o resultado dessa valoração é a norma aplicada ao caso concreto (*díkaion nomikón*), seja pelo *díkaion physikón* (*jus*), seja pela *lex strictu sensu*. Essa norma também pode ser chamada de *lex lato sensu*, o resultado do exercício jurídico *par excellence*.

5.4. Quadros comparativos

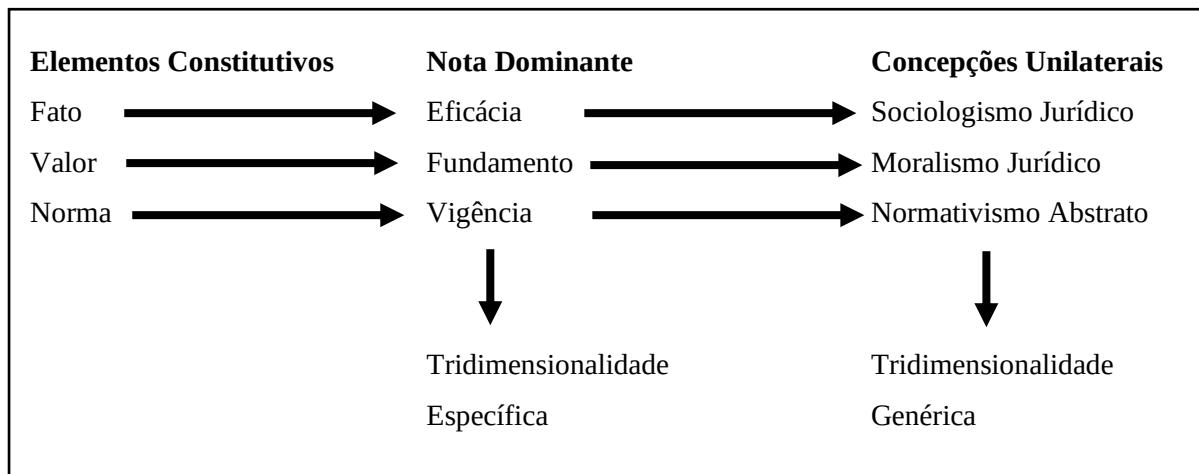


Fig. 02. Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale¹⁸

¹⁸ In DINIZ, *op. cit.*, p. 142.

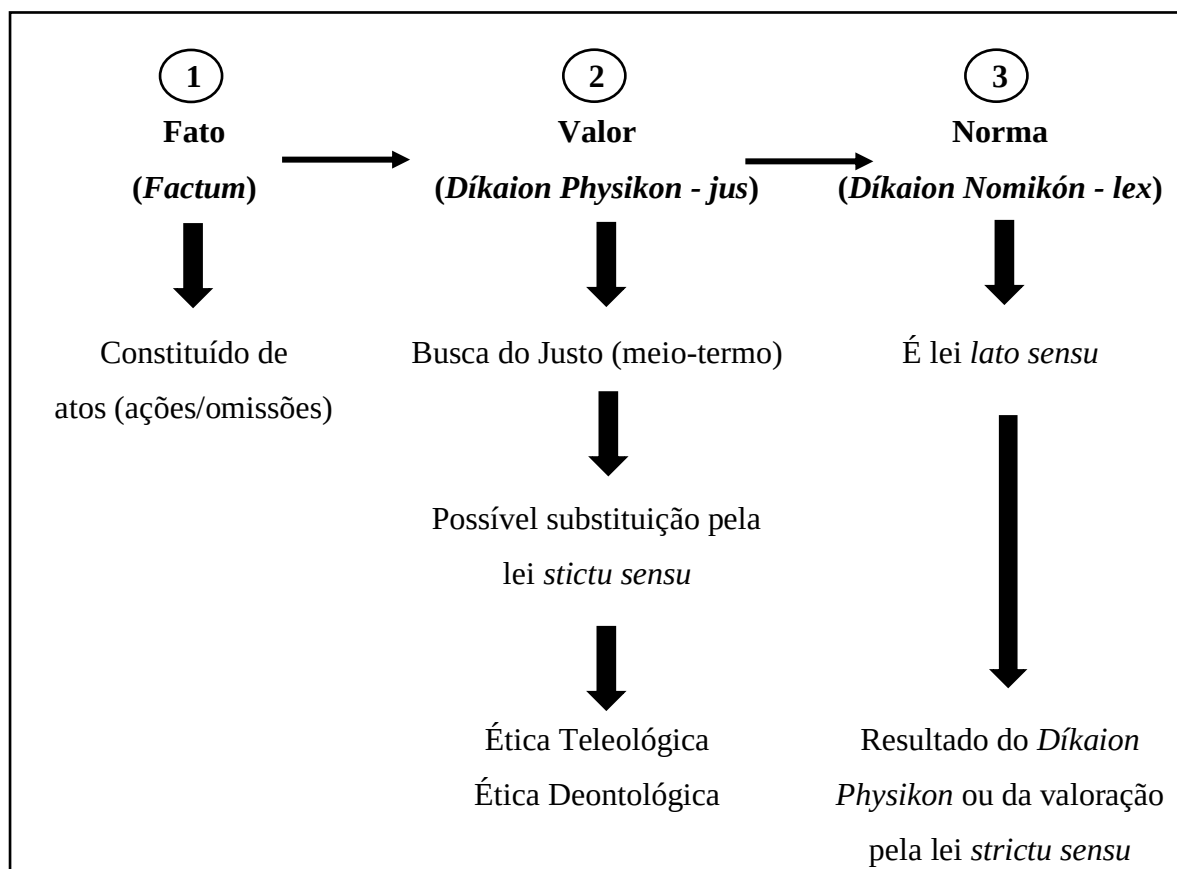


Fig. 03. “Nova” Teoria Tridimensional do Direito

6. CONCLUSÃO

O objetivo inicial deste trabalho era o de discorrer acerca da contribuição de Aristóteles e de São Tomás de Aquino para as ciências sociais, especificamente para o Direito.

O percurso foi relativamente longo, pois, por se tratar de uma contribuição que jaz sepultada desde a vitória do nominalismo sobre os realistas ainda na Idade Média, tornou-se premente a necessidade de esmiuçar o assassinato do tomismo aristotélico no decorrer dos séculos. Tudo para, ao fim, demonstrar o abismo no qual se encontra o Direito moderno por ter se distanciado da arte de ter como sua fonte o seio da sociedade, a relação entre os homens.

Todavia, o trabalho conseguiu ir além: num ímpeto de ousadia, provavelmente guiado pelo cansaço físico e mental, estas cambaleantes linhas ousaram apontar equívocos grosseiros, mas desconhecidos da maioria maciça, cometidos pelo Prof. Miguel Reale, que apresentou, em vida, uma importante teoria do Direito.

Mas não foi só: como a ousadia é proporcional ao cansaço, o trabalho ousou reescrever a citada teoria, dando-lhe interpretação distinta, desta feita embasada no Direito tomista-aristotélico.

Ousadia de lado, a verdade é que o presente trabalho é (mais um) grito de socorro, um grito a pulmões cheios, porém ainda inaudível à maioria das pessoas. Quem enxerga o profundo poço onde o Direito foi colocado grita, mas grita no deserto, solitário, abandonado, incompreendido.

Se este grito ecoar em um único coração, as diversas horas de labor já terão sido recompensadas.

Que assim seja.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2015. Livros I a V.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GAUTÉRIO, Maria de Fátima. **Etimologia e significado do termo direito**. Rio Grande: JURIS, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. Vol. I.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.