

## O Neotomismo jurídico de Mário Bigotte Chorão

*Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira*  
(UFOP e PUC Minas – Belo Horizonte – MG – Brasil)  
[j.aguiardeoliveira@gmail.com](mailto:j.aguiardeoliveira@gmail.com)

**Resumo:** Este artigo propõe uma visão sumária da filosofia do direito de Bigotte Chorão, apresentando seus principais elementos e fazendo a defesa da sua relevância no debate contemporâneo. Bigotte Chorão é o mais importante proponente do realismo jurídico clássico no âmbito da filosofia do direito em Portugal e uma figura de destaque nos quadros de uma renovada tradição neotomista.

**Palavras-chave:** Realismo jurídico clássico; Direito natural; Bigotte Chorão; Neotomismo.

### 1. Considerações iniciais

Mário Emílio Forte Bigotte Chorão (n. 1931), cuja obra coube a mim a honra de apresentar neste colóquio, é, segundo Paulo Ferreira da Cunha, o mais esclarecido e conseqüente representante do jusnaturalismo, enquanto expressão do realismo jurídico clássico no âmbito da filosofia do direito contemporânea em Portugal. (Cf. CUNHA, 2002/2003, p. 36). Essa é, sem dúvida, uma boa aproximação do sentido geral da obra de Bigotte Chorão. Quem se ocupa da leitura dos trabalhos publicados pelo nosso autor, logo se dá conta de que se tratam de textos claros e atentos para a coerência interna dos argumentos. Mas Bigotte Chorão não esconde sua opção pelo realismo jurídico clássico. Para além da clareza e da coerência interna dos argumentos, o que o leitor contemporâneo experimenta com certa estranheza e desconforto é a presença marcante de uma metafísica realista viva. A desconcertante presença de um jusnaturalista da tradição aristotélico-tomista. Nesse ponto, para um conjunto considerável de leitores contemporâneos, clareza e coerência já não servem de nada. Ou pior, nesse ponto, clareza e coerência tornam as coisas ainda mais difíceis. Como é possível, nessa altura do campeonato, ousar pensar o direito e a justiça com base numa metafísica realista? Será que Bigotte Chorão nunca leu Habermas? Nunca leu Nietzsche? Ou Kant? Ou mesmo Kelsen? Não é possível que esse autor não saiba que Kant interditou o acesso direto ao ser. Que Habermas dá por certo e resolvido que habitamos hoje um mundo pós-metafísico. Que Nietzsche declarou que Deus está morto. E que, segundo Kelsen, pensar o direito como algo além de uma estrutura escalonada de normas positivas reguladoras da coerção significa pular para fora dos limites da ciência do direito. Que Bigotte Chorão seja claro e coerente, pensarão alguns leitores contemporâneos, mas que o seja como um louco

Revista *Estudos Filosóficos* n° 14/2015 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967

<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>

DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG

Pág. 161 - 173

varrido pode ser claro e coerente dentro da sua loucura. Nos dias de hoje, e já há algum tempo, o realismo jurídico carrega a marca do escândalo. Por isso, é pouco dizer que Bigotte Chorão é esclarecido e coerente, é preciso dizer que Bigotte Chorão não é um lunático ou um excêntrico. Ou ainda melhor, é preciso dizer que Bigotte Chorão tem razão.

É este o objetivo deste texto: dar razão a Bigotte Chorão. Mais precisamente, dar razão à teoria realista do direito defendida por Bigotte Chorão. Nesse sentido é preciso, em primeiro lugar, e considerando a resistência moderna à metafísica realista, realizar um esforço a fim de abrir ao menos uma brecha no muro das convicções anti-metafísicas contemporâneas construídas pelo “espírito da modernidade”. Em seguida, serão apresentadas, de forma esquemática, os aspectos centrais da teoria do direito no contexto do realismo jurídico clássico, conforme a compreensão de Bigotte Chorão, e, na sequência, os recursos do realismo jurídico clássico serão testados no encaminhamento da solução de um caso concreto.

## **2. Bigotte Chorão tem razão**

Não costuma ser fácil a tarefa de dar razão. No entanto, e isso pode bem até parecer estranho, já foi mais difícil dar razão a Bigotte Chorão em seu apego à metafísica realista. Aristóteles e Santo Tomás de Aquino já estiveram mais desprestigiados do que estão hoje. De uns anos pra cá, porém, as coisas têm mudado. Há um renovado interesse pela ética das virtudes e esse interesse remete, irresistivelmente, a Aristóteles e Santo Tomás. Senão, vejamos o que afirma Rainer Forst na abertura de sua obra *Kontexte der Gerechtigkeit*, publicada em 1996:

O conceito de “justiça” é frequentemente simbolizado de um modo particular – como a deusa da Justiça, vendada, com uma balança em uma mão e uma espada na outra. A venda simboliza imparcialidade, que é sua principal característica; a balança representa a ideia de equilíbrio, de medidas iguais, de atribuir ‘a cada um o seu’; a espada sublinha o caráter definitivo e a autoridade do seu juízo. A justiça é a mais alta virtude político-moral, pela qual as condições legais, políticas e sociais como um todo, a estrutura básica de uma sociedade, podem ser medidas (FORST, 1996, p. 1, tradução nossa).

Esse é o primeiro parágrafo do prefácio da tese de doutorado de Forst, escrita sob a orientação de Habermas, e defendida no Departamento de Filosofia da Universidade de

Francoforte do Meno. A fim de justificar minha afirmação de que o ambiente filosófico já não se encontra tão desfavorável ao nosso autor, não é sequer necessário observar que esse mesmo parágrafo, sem a mínima alteração, poderia aparecer na obra de Bigotte Chorão, basta apenas observar o fato de que Forst define justiça como uma virtude (*Tugend*). Para Forst, justiça não é uma ideia, ou um valor, ou um efeito da aplicação da norma. Justiça é virtude. E com isso, Forst se aproxima de Aristóteles e Santo Tomás (via MacIntyre e outros comunitaristas) e, por consequência, se aproxima de Bigotte Chorão.

De fato, o ambiente filosófico já não se encontra tão refratário a Aristóteles e Santo Tomás. É um renovado interesse pela ética das virtudes que se encontra na base da crítica de MacIntyre à ética kantiana. É a compreensão da ética das virtudes que torna possível a MacIntyre perceber que o projeto demolidor de Nietzsche funciona bem contra alvos modernos, mas fracassa ao tentar desconstruir a reflexão de Aristóteles.<sup>1</sup> Quanto a Habermas, sua proposta radical de superação da razão prática pela razão comunicativa esbarra na crítica precisa de Robert Spaemann. Spaemann não acredita numa ética sem metafísica, porque não acredita numa ética sem uma doutrina da vida bem vivida (eudaimonia), nem numa ética que possa se desvincular da exigência metafísica fundamental do reconhecimento prévio dos sujeitos envolvidos no discurso. (Cf. SPAEMANN, 1996, p. 158). E por fim, em relação à interdição proposta por Kelsen ao Direito Natural, acredito que a melhor maneira de ultrapassá-la é através da leitura cuidadosa da Teoria Pura do Direito de ponta a ponta. Não pretendo apresentar aqui uma análise crítica detalhada da Teoria Pura do Direito, o próprio Bigotte Chorão, em mais de um momento em sua obra, dedica à teoria de Kelsen um agudo exame crítico. Neste ponto, quero apenas deixar registrado que, na minha opinião, a mais significativa contribuição de Kelsen para a teoria do direito foi a de ter levado sua investigação até os limites do positivismo jurídico.<sup>2</sup> Isso não teria sido possível sem a sua força analítica e a coragem intelectual. No entanto, e isso não diminui em nada o valor do seu esforço teórico, acompanhá-lo até o fim dessa jornada significa descobrir que o caminho do positivismo jurídico termina num beco sem saída ou, pra usar uma imagem que é do próprio Kelsen, num encontro face a face com a Górgona do Poder.

Não há, portanto, razões para a exclusão do realismo jurídico clássico da arena do

1 Vide *After Virtue* (MACINTYRE, 1984)

2 Para esclarecimento dessa afirmação, permito-me remeter o leitor a dois artigos de minha autoria: *Conteúdo do Direito e Normatividade Justificada na Teoria Pura do Direito: Uma Crítica às Teses de Joseph Raz* (OLIVEIRA, 2013) e *Para que Serve a Teoria do Direito* (OLIVEIRA, 2005).

Revista *Estudos Filosóficos* nº 14/2015 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967

<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>

DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG

Pág. 161 - 173

discurso racional, porque fundado numa ética das virtudes e numa metafísica aristotélico-tomista. Há, isto sim, pelo menos boas suspeitas em sentido contrário. Agora, dar razão a Bigotte Chorão significa dar toda a razão a Bigotte Chorão? Obviamente que não. Esse negócio de querer ter toda a razão é tentação contra a qual o jusnaturalista clássico se encontra vacinado. Está lá na Antígona, que não há jusnaturalista neste mundo que não tenha lido, dito pela boca de Hemon:

Não carregues em ti só uma morada da verdade:  
o que tu dizes, nada mais que isso.  
Quem julga deter saber exclusivo,  
possuir língua e mente estranha aos demais,  
nesse, se o abres, verás o vazio.  
Para o homem, ainda que seja sábio, aprender  
continuamente e ser flexível não é vergonhoso  
(SÓFOCLES, 1999, p. 53-54).

O jusnaturalismo de Bigotte Chorão que se insere no realismo jurídico clássico não tem o carácter de um sistema de dogmas petrificados, nem o de uma curiosidade a mais na estante das teorias mortas de um erudito e não se presta a uma investigação orientada para a revelação de um momento no passado da história do pensamento. O jusnaturalismo de Bigotte Chorão é um momento vivo de reflexão no contexto de uma tradição viva, voltado simultaneamente para a contemplação do direito na realidade social e para a sua descoberta em situações concretas. Por isso, dar razão hoje a Bigotte Chorão significa pensar com ele e para além dele. Para isso, é preciso flexibilidade. Um jusnaturalismo feito só de respostas não interessa. Uma tradição viva não é um monólogo que o sujeito tem de repetir com tanto mais força quanto mais velho fica. Uma tradição viva é um diálogo em que o velho e o novo ganham, para todos os efeitos, a idade daquilo que é verdadeiramente contemporâneo.

### **3. O realismo jurídico clássico segundo Bigotte Chorão**

Nesse ponto, a pergunta que precisa ser respondida é a seguinte: Quais são as principais teses defendidas pelo realismo jurídico clássico de Bigotte Chorão? Antes, porém, uma outra questão parece se impor: Por que a opção pelo realismo jurídico clássico? “A escolha do realismo clássico tem atrás de si a opção intelectual e existencial prévia, mais profunda e abrangente, pelo realismo filosófico, que se rende ao ser das coisas e o assume como medida do conhecimento e regra do agir” (BIGOTTE CHORÃO, 2006, p. 76).

Revista *Estudos Filosóficos* nº 14/2015 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967

<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>

DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG

Pág. 161 - 173

A resposta de Bigotte Chorão é não apenas clara como já explicita a profunda incompatibilidade do realismo com o espírito voluntarista da modernidade. A opção pelo realismo jurídico clássico não tem o sentido de uma escolha entre várias possibilidades, mas o de uma rendição. Mais propriamente, o de uma rendição ao ser das coisas e, em especial, ao ser do homem, pela qual se assume a natureza normativa do homem no reconhecimento da sua condição de pessoa humana. Esta é a “realidade primordial e básica do direito, o seu verdadeiro pressuposto e fim último”. (BIGOTTE CHORÃO, 2006, p. 501). Segundo Bigotte Chorão, essa concepção realista se assenta em três pilares fundamentais: (1º) A coextensividade entre pessoa jurídica e pessoa natural, pela qual se afirma que a pessoa natural é, necessariamente, também pessoa jurídica, “sendo a personalidade jurídica atributo originário e direito natural do homem” (BIGOTTE CHORÃO, 2006, p. 507); (2º) a noção substancialista de pessoa, pela qual se revela que a pessoa é ente *in se* e *per se*, marcada pela incomunicabilidade do ponto de vista metafísico e lógico, expressão de uma unidade corpóreo-espiritual; e (3º) o princípio da dignidade humana, pelo qual se manifesta a “singular preeminência e excelência da pessoa – de cada pessoa em concreto – entre todos os seres do Universo” (BIGOTTE CHORÃO, 2006, p. 509).

A tese da pessoa humana como realidade primordial e básica do direito é um dos elementos constitutivos do realismo jurídico clássico segundo a perspectiva de Bigotte Chorão. Outros três elementos merecem também ser destacados:

a) A afirmação do caráter analógico do Direito, com primazia (analogado principal) para a aceção objetiva do Direito, isto é, Direito como coisa devida (Cf. BIGOTTE CHORÃO, 1986, p. 16);

b) “a noção de direito como forma de ordenação social segundo a justiça, ordenação que passa pelo plano normativo, geral e abstrato, e culmina na realização do justo concreto, ou seja, na efetiva atribuição a cada um do que é seu” (BIGOTTE CHORÃO, 1986, p. 16);

c) “o reconhecimento do papel decisivo que desempenham, na consumação da ordenação jurídica, a prudência, virtude diretiva da ação no domínio do contingente e do concreto, e a equidade, forma de justiça superior à justiça legal, amoldada às circunstâncias do caso” (BIGOTTE CHORÃO, 1986, p. 16).

A afirmação do caráter analógico do direito significa a defesa da tese de que distintas manifestações da realidade jurídica são designadas por um único e mesmo nome: direito.

Tratam-se de coisas distintas, porém aparentadas. Um mesmo termo – termo análogo –

Revista *Estudos Filosóficos* nº 14/2015 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967

<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>

DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG

Pág. 161 - 173

dá nome a todas elas. Há, neste caso, uma analogia de atribuição, porque o termo análogo se refere, em primeiro lugar e em sentido próprio, a uma determinada realidade, constituindo-se como analogado principal. De forma secundária, na forma de derivações do sentido principal, esse mesmo termo se aplica a outras realidades.

A qual realidade se refere o termo direito em sentido próprio? Em sentido próprio, direito é a coisa devida. Neste ponto, antes de mais nada, cumpre fazer referência a Michel Villey. A recuperação da noção de direito como coisa devida é obra de Villey, como bem observa Bigotte Chorão:

É seu incontestável mérito o modo incisivo, não raro tocado pelas cores vivas de um estilo polêmico e irônico, como acentua a objetividade do direito, identificando-o com a própria coisa justa; em contrapartida, ressent-se um tanto a visão do jusfilósofo gaulês da falta de uma matizada expressão do carácter analógico do direito, com prejuízo para as acepções normativa e subjetiva deste (BIGOTTE CHORÃO, 1986, p. 13).

Bigotte Chorão absorve a tese realista de Villey em sua essência. Mas ele vai além. Sem chegar a se despedir de Villey, defende a tese do direito como coisa devida, mas mantém-se aberto para a percepção dos demais sentidos derivados de direito, os analogados secundários: direito como norma (sentido normativo), direito como poder ou faculdade (sentido subjetivo) e direito como jurisprudência (saber jurídico)<sup>3</sup>. É a partir daí que Bigotte Chorão propõe sua formulação compreensiva do direito como “ordenação da vida social segundo a justiça” (BIGOTTE CHORÃO, 1994, p. 55).

Ao conceber o direito como ordenação da vida social segundo a justiça, Bigotte Chorão caminha no sentido da construção de uma perspectiva equilibrada das normas jurídicas pelo realismo jurídico clássico. “A norma – observa – é, sem dúvida, uma categoria

---

<sup>3</sup> “A fidelidade à lição magistral de M. Villey obriga-nos a recolher, aprofundar e matizar atentamente as suas inestimáveis contribuições, para tentarmos inseri-las no quadro de um autêntico realismo jurídico, conforme aos princípios essenciais da tradição clássica – da *philosophia perennis* e da *perennis iurisprudentia* – e suficientemente *integrador, dinâmico e operativo*, isto é, que se revele capaz de assumir plenamente os vários aspectos e dimensões do direito, de acolher todas as novas aquisições da experiência histórico-jurídica e, enfim, de dar resposta eficaz às aspirações e necessidades do homem ao longo dos tempos. O verdadeiro realismo jurídico é *integral* (não sacrifica qualquer parcela ou faceta do direito), *ultramoderno* (e não apenas ‘antimoderno’) e *personalista* (está a ao serviço da pessoa humana, mas sem se confundir com qualquer idealismo, subjetivismo ou individualismo de cariz mais ou menos antropocêntrico), e a sua chave metodológica há de ser de tipo *compreensivo* (na linha do maritainismo ‘*distinguer pour unir*’), baseada, em última instância, no valor analógico do ser, incluído, naturalmente, o ser do direito” (BIGOTTE CHORÃO, 2006, p. 590).

jurídica fundamental, mas que não esgota a compreensão integral do direito” (BIGOTTE CHORÃO, 1994, p. 97). A norma, enquanto regra e medida do direito, culmina na determinação do direito concreto, isto é, da coisa devida na concretude das relações sociais.

A atenção para esse movimento do abstrato para o concreto, que se revela na aplicação da lei para a descoberta do direito, propicia a Bigotte Chorão a oportunidade de uma reflexão sobre a prudência e a equidade. A descoberta do direito no caso concreto demanda uma interpretação prudente da norma. E é a virtude da prudência que permite a definição da norma a cada novo caso. Desse modo, dizer o direito pressupõe o exercício da virtude intelectual da prudência.

Mas é importante observar que, embora seja uma virtude intelectual, a prudência não é uma ciência. Não há texto normativo, por mais bem elaborado que seja, nem método científico de interpretação da lei, por mais científico que seja, que dê conta de fazer aquilo que é a tarefa de um jurisprudente. Nesse sentido, Pierre Aubenque, referência importante de Bigotte Chorão, registra que na *Ética a Nicômaco*, o julgamento ético não é mais comparado ao saber do geômetra, mas ao engenho do carpinteiro (Cf. AUBENQUE, 2003, p. 73-74). E observa ainda que tanto Platão como Aristóteles “denunciam a generalidade inumana da lei, ignorante dos casos particulares, e declaram preferir essa Lei viva e personalizada que se encarna, em Platão, no personagem do Rei, em Aristóteles, no Equânime”, porém o espírito por trás dessas denúncias está longe de ser o mesmo.

Platão opõe lei e ciência: a lei é comparada ao homem seguro de si mas ignaro; a lei é o alibi da ignorância ou, ao menos, o substituto de um saber momentaneamente indisponível, tal como ocorre quando o médico viaja e deixa prescrições escritas. Contrariamente, o chefe é o que não necessita de lei ‘porque põe sua própria ciência como lei’: sua disponibilidade infinita a respeito dos casos particulares manifesta a fecundidade de seu saber. Ao contrário, para Aristóteles, a ciência e a lei partilham o privilégio, mas também o inconveniente, de visar o geral. (...). Enquanto Platão não parece ter posto em dúvida que um saber suficientemente transcendente poderia abranger a totalidade dos casos particulares, Aristóteles nunca espera poder deduzir o particular do universal: ‘a falta, nos diz ele, não está na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa, (...)’ (AUBENQUE, 2003, p. 74-75).

Na esteira de Aristóteles, o realismo jurídico de Bigotte Chorão também não se deixa levar pelo encanto de um saber científico capaz de dar conta da totalidade dos casos

particulares. A despeito de todas as tentações científicas da modernidade, que bem parecem remeter ao projeto de Platão, Bigotte Chorão defende a visão realista de que, no plano do agir humano, não há justiça sem direito, como também não há direito sem prudência.<sup>4</sup>

#### **4. É devida indenização por abandono afetivo? Uma abordagem realista**

Vistos, ainda que de forma muito resumida, os principais aspectos do realismo jurídico na concepção de Bigotte Chorão, convém agora indagar dos recursos que essa teoria oferece para a atividade prática de descoberta do direito no caso concreto. Este é um ponto decisivo. Não interessa ao realismo jurídico limitar-se a uma descrição do direito. O realismo jurídico clássico toma o direito da perspectiva do jurista e não se afasta de seu compromisso com a decisão justa de casos concretos.

Consoante este aspecto central do realismo jurídico clássico, proponho uma análise crítica de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em relação ao direito de indenização por abandono afetivo.

Em 24 de abril de 2012, o STJ reconheceu o direito de uma filha a uma compensação de R\$ 200.00,00 (duzentos mil reais), a ser paga pelo seu pai, por danos morais decorrentes de abandono afetivo.<sup>5</sup> O STJ fundamentou sua decisão no art. 5º, V e X, e no art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002 e no reconhecimento dos elementos configuradores da responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Segundo o STJ, e este é o ponto a ser destacado, a Constituição da República, em seu artigo 227, eleva o cuidado paterno (no qual se insere, além da dimensão material, uma dimensão afetiva) à categoria de obrigação legal.

Desse modo, acredita ser capaz de superar a tradicional objeção levantada contra o direito à indenização por abandono afetivo que é a da impossibilidade de se obrigar a amar. Segundo o STJ, não se trata, portanto, de uma obrigação de amar, mas de uma obrigação de cuidar, embora, paradoxalmente, o STJ também entenda que o abandono afetivo encontra-se inserido no âmbito mais abrangente da não observância do dever de cuidar. Isso, visto de outro ângulo, significa afirmar que o afeto encontra-se inserido na categoria abrangente do

---

4 No mesmo sentido, vide Javier Hervada: “A prudência é de fato uma virtude intelectual ou dianoética, a virtude do correto agir moral, o que está relacionado com a justiça, que também é virtude moral. Isso salienta que a atividade jurídica depende de duas virtudes que são a base do ofício do jurista: a justiça e a prudência” (2008, p. 58).

5 Recurso Especial n. 1.159.241 – SP (2009/0193701-9).

Revista *Estudos Filosóficos* nº 14/2015 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967

<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>

DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG

Pág. 161 - 173



dever de cuidar o que, por sua vez, implica afirmar o dever de amar. Mas voltemos ao que o STJ afirma explicitamente. No caso em análise, ele reconhece a existência dos três elementos configuradores da responsabilidade civil: um dano sofrido pela filha, caracterizado como patologia psicológica em laudo de especialista, a existência da culpa, caracterizada pelo descumprimento do dever de cuidar pelo pai e, por fim, identifica a existência de nexo causal, caracterizado pela vinculação do dano ao descumprimento do dever de cuidar. Dados esses elementos, negligência, dano e nexo, o STJ condena o pai ao pagamento de indenização em dinheiro por abandono afetivo.

A crítica que proponho, com base no realismo jurídico clássico, deixará de lado a análise da interpretação feita pelo STJ do art. 227 da Constituição da República.<sup>6</sup> De acordo com o STJ, esse artigo estabelece, para o pai, o dever legal de cuidar, no qual se insere a dimensão do afeto. Também deixarei de lado a análise da espinhosa questão da adequação da natureza da compensação ao caso concreto, bem como da sua mensuração. Por que R\$ 200.00,00 (duzentos mil reais) e não R\$ 405.000,00 (quatrocentos e cinco mil reais), como estabelecido originalmente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ou um outro valor qualquer? Essas são questões relevantes. Não me parece razoável extrair do disposto no art. 227 da Constituição da República, no caso concreto, a imposição de um dever de cuidar individualmente à pessoa do pai, já que o referido artigo estabelece que esse dever cabe à família, à sociedade e ao Estado. Também não me parece razoável que esta espécie de compensação possa ter natureza pecuniária e, para terminar, não me parece menos que arbitrária a definição do valor da compensação. No entanto, a partir de uma análise fundada no realismo jurídico, essas questões, embora relevantes, não são centrais. Com base no realismo jurídico, a crítica que proponho à decisão do STJ é radical porque se fundamenta na compreensão do sentido do direito como coisa devida. Afirmer que o direito é coisa devida significa afirmar mais do que um simples truísmo, significa dizer algo de concreto a respeito da própria natureza do direito enquanto objeto da justiça.

Para o realismo jurídico clássico, a justiça é a virtude de dar a cada um o seu direito. É uma virtude fundamental para a conservação de um projeto comum de vida boa, mas é uma

---

6 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

virtude modesta. A virtude da justiça está longe de ser a solução para todos os males do mundo. A justiça dá a cada um o seu direito, isto é, nada mais e nada menos que a coisa devida, e, além disso, é preciso jamais perder de vista que nem tudo neste mundo pode ser coisa devida. Há coisas, bens materiais ou imateriais, que, por sua natureza, simplesmente não podem ser coisas devidas enquanto objeto da justiça. E o amor é claramente uma delas. A razão disso não deveria ser difícil de entender. Isto é, embora o STJ tenha trocado os pés pelas mãos de maneira lamentável nessa questão, não deveria ser difícil entender que o amor não pode ser uma coisa devida em justiça.

No caso em análise, indenização por abandono afetivo é indenização por falta de amor. O amor nesse caso é tomado, equivocadamente, como a coisa devida, a cuja falta se atribui um sofrimento que, por sua vez, encontra-se na base da demanda por uma indenização pecuniária. É verdade que o sofrimento, como resultado de um dano, pode ser causa do dever de indenizar. Também não se discute que a falta de amor paterno possa ser causa de um dano terrível, seguido de sofrimento intenso. O que é inaceitável, no entanto, é conceber o amor como um direito, como algo devido em justiça.

E não se ultrapassa essa objeção pela afirmação de que amar é faculdade e cuidar é dever, de forma a se atribuir ao pai uma específica negligência em relação ao dever de cuidar (e não à faculdade do amar). É o caso concreto mesmo que mostra o erro dessa afirmação. O sofrimento da filha abandonada pelo pai não se deve à falta de cuidado. Ela recebeu cuidados da mãe e do pai, na medida em que este realizou o pagamento da pensão alimentícia estipulada. As coisas não aconteceram do jeito que ela gostaria que tivessem acontecido, mas é inegável que ela tenha recebido o cuidado de uma família. O que ela realmente não recebeu do pai, e especificamente do pai, foi amor.

Neste ponto, a realidade do caso em análise impõe a necessidade de dizer uma ou duas palavras sobre o amor. Ao contrário do direito, que tem natureza de coisa devida, o amor tem natureza de dom. Amor tem natureza de um presente<sup>7</sup>. Josef Pieper, uma das principais referências filosóficas de Bigotte Chorão, e um dos maiores filósofos alemães de todos os tempos, abre seu belíssimo tratado sobre o amor com uma passagem de Santo Tomás que

---

<sup>7</sup> A distinção entre justiça e amor também se revela, como observa Bigotte Chorão, por meio da referência à alteridade: “Tem-se entendido que a alteridade distingue, de certo modo, a justiça do *amor*, pois, enquanto a primeira supõe referências a ‘outro’, a quem tem de se satisfazer um débito, o segundo implica tendência para a unidade e para o dom. Como observa J. Pieper, entre os que se amam não se diz ‘isto é meu e isto é teu’, mas, antes, ‘isto é nosso’ (BIGOTTE CHORÃO, 1994, p. 80).

revela o sentido do amor como o presente essencial: “O amor é o dom essencial, tudo o mais que nos é dado sem que o mereçamos se converte em dom em virtude do amor”. No original: *Amor habet rationem primi doni, per quod omnia dona gratuita donantur.* (I, 38, 2).

E mais, amor tem natureza de um presente dado com liberdade e alegria. Como bem observa Pieper, até mesmo Kant, que por princípio desconfia do valor moral de tudo que uma pessoa faça por inclinação, não consegue deixar de perceber, em sua reflexão sobre o amor ao próximo, que amar o próximo significa “cumprir *de bom grado* todas as obrigações que se tem para com ele. Mas – pergunta-se Pieper – o que significa esse *de bom grado* que Kant mesmo destaca na sua *Crítica da Razão Prática*? Evidentemente significa cumprir esses deveres com alegria.” (PIEPER, 2006, p. 373, tradução nossa).

Agora, qual a relevância dessas considerações para a solução do caso em análise? Essas considerações talvez não levem muito longe, mas levam ao cerne do que precisa ser entendido. É da falta de tudo aquilo que o pai só poderia dar de forma livre e com alegria que vem o sofrimento da filha. Um abraço, um beijo, um carinho, a preocupação sincera e tudo o mais que, combinado, viesse a dar ensejo à alegria e ao conforto de uma filha de saber-se amada pelo pai. É dessa falta que decorre o dano psicológico. E é aí que se encontra o ponto decisivo. Isso que o pai não deu de forma livre e com alegria, que configura, por sua vez, o que se veio a denominar de abandono afetivo (e que não é outra coisa que não desamor), simplesmente não pode ser dado em justiça, porque não pode ser dado sem liberdade e alegria. Uma coisa que somente pode ser dada com liberdade e alegria não pode ser caracterizada como um direito e, desse modo, não pode estar na base de um dever de indenizar, por maior que tenha sido o dano e o sofrimento produzidos pela sua falta. Mas isso não é uma injustiça?! Não. Isso não é uma injustiça. Recursar a amar uma filha é algo muito pior do que uma injustiça, mas não é uma injustiça em sentido próprio. A decisão do STJ de condenar o pai ao pagamento de compensação pecuniária pelo abandono afetivo de uma filha tem, certamente, a louvável intenção de corrigir um mal e de colaborar para que males da mesma natureza não se repitam, mas ao se equivocar em relação à natureza específica desse mal, chamando de injustiça o que é desamor, o STJ, por querer remediar um mal que não lhe compete, falha com o bem que lhe é próprio.

## **5. Considerações finais**

Talvez um dos problemas mais graves da concepção normativista do direito, que

Revista *Estudos Filosóficos* nº 14/2015 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967

<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>

DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG

Pág. 161 - 173

orienta a grande maioria dos juristas contemporâneos, seja a sua atitude voluntarista de fundo. A atitude voluntarista simplesmente não se conforma com a realidade e, menos ainda, com as limitações que a realidade impõe ao direito. É claro que as leis podem alterar a realidade. Mas há limites. Nem tudo pode ser transformado em direito. Há outras virtudes neste mundo além da justiça. A tentação de acabar com todos os males do país por lei, decreto ou por decisão judicial é quase que irresistível para um voluntarista, mas o ser quase irresistível simplesmente não faz com que ela deixe de ser uma tentação baseada numa ilusão. Falando sobre as leis na Suma Teológica, Santo Tomás se pergunta se pertence à lei humana coibir todos os vícios, e sua resposta é não. Não compete à lei coibir todos os vícios como também não lhe compete preceituar os atos de todas as virtudes (Cf. Suma Teológica. I-II, 96, 2, 3).

Essas são teses importantes do realismo jurídico clássico. Teses que se opõem ao voluntarismo e que são, hoje, tanto mais relevantes quanto mais disseminadas se encontram as concepções marcadas pelo voluntarismo. O realismo jurídico clássico é uma longa e rica tradição do pensamento. E se há algo que se pode afirmar com absoluta certeza quanto à obra de Bigotte Chorão, é que ela tem a natureza de um elo na corrente dessa tradição, que a estica no tempo e a enriquece.

#### **Referências:**

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2001.

AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles*. Trad. de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003.

BIGOTTE CHORÃO, Mário. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito – V. I – O Conceito de Direito*. Coimbra: Almedina, 1994.

\_\_\_\_\_. *Pessoa Humana, Direito e Política*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Senado, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: 1988 / Caio Tácito. Brasília: Senado Federal e Revista *Estudos Filosóficos* nº 14/2015 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967

<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>

DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG

Pág. 161 - 173

Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Da Filosofia Jurídica Contemporânea em Portugal. *Revista Telemática de Filosofia del Derecho*, n. 6, 2002/2003, p. 21-38.

FORST, Rainer. *Kontexte der Gerichtigkeit: Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

HERVADA, Javier. *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Para que serve a Teoria do Direito?. *Videtur*, São Paulo, v. 30, São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. *Conteúdo do Direito e Normatividade Justificada na Teoria Pura do Direito: Uma Crítica às Teses de Joseph Raz*, In: Oliveira, Júlio Aguiar de e Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.), Hans Kelsen – Teoria Jurídica e Política, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 105-128.

PIEPER, Josef. *Schriften zur Philosophischen Anthropologie und Ethik: Das Menschenbild der Tugendlehre*. Hrsg. von Berthold Wald. Hamburg: Feliz Meiner, 2006.

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999.

SPAEMANN, Robert. *Felicidade e Benevolência: Ensaio sobre a Ética*. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1996.

## **The neo-thomist legal philosophy of Mario Bigotte Chorão**

**Abstract:** This paper offers a summarized overview of Bigotte Chorão's philosophy of Law, presenting its key elements and defending its contemporary relevance. Bigotte Chorão is the most important proponent of the legal classical realism within the spectrum of philosophy of Law in Portugal and a leading figure in a renewed neo-thomist tradition.

**Keywords:** Classic legal realism; Natural law; Bigotte Chorão; Neo-thomism.

Data de registro: 23/03/2015

Data de aceite: 30/04/2015