

NEOCONSTITUCIONALISMO: DIREITO NATURAL DA PÓS-MODERNIDADE?

Por RICARDO DIP (*)

A Juan Antonio Widow

Lê-se em passagem de uma das mais importantes obras da literatura dos Países Baixos, *Max Havelaar*, escrita, no século XIX, por Multatuli (pseudônimo de Eduard Douwes Dekker):

Meirinho: “Sua Senhoria, este é o homem que matou Barbertje.”

Juiz: “Deve ser enforcado. Como foi que ele a matou?”

Meirinho: “Cortou-a em pequenos pedaços e deitou-lhe sal.”

Juiz: “Isso foi muito mal. Deve ser enforcado.”

Lothario: “Sua Senhoria, eu *não* matei Barbertje! Eu a alimentei e a vesti e eu me preocupei com ela. Há testemunhas que dirão que sou um homem bom e *não* um assassino.”

Juiz: “Homem, você deve ser enforcado! A seu crime, você está juntando a arrogância! Não é conveniente que alguém, acusado de um crime, se considere a si próprio como um homem bom.”

Lothario: “Mas, Sua Senhoria, há testemunhas que confirmam. E agora que sou acusado de assassinato...”

Juiz: “Você deve ser enforcado. Você cortou Barbertje em pedaços. Você deitou-lhe sal. E você está cheio de orgulho... Três crimes capitais! E quem é essa mulher?”

Mulher: “Eu sou Barbertje!”

Lothario: “Graças a Deus! Atente, Sua Senhoria! Vê que eu não a matei?”

Juiz: “Hummm... sim... está bem. Mas, que me diz do sal?”

Barbertje: “Não, Sua Senhoria, ele nunca me jogou sal. Ao contrário, ele tem sido muito comigo. Ele é um homem muito nobre!”

Lothario: “Aí tem, Sua Senhoria, ela diz que eu sou um bom homem.”

Juiz: “Hummm... então a *terceira* acusação é válida. Meirinho, leve-o. Deve ser enforcado. É culpável de arrogância. Secretário, cite, nos precedentes, a jurisprudência do patriarca de Lessing”».

(*) Universidad Registral de San Pablo.

1. É conhecido o emblemático episódio –difundido até pela indústria do cinema– em que um oficial nazista, durante os processos do Tribunal de Nuremberg, explicou a um seu colega, médico e militar norte-americano, que as atrocidades do nacional-socialismo germinaram a contar do dia em que se aceitou, sem resistência, matar o primeiro inocente. Se houvesse ali então um observador menos comprometido com os julgamentos cifrados à exclusiva vingança dos vencedores, teria ele notado que, no banco dos réus, ao lado dos militares alemães, se sentava também uma *concepção jurídica*: ali, com seu mais vistoso traje –vestindo o normativismo de Kelsen–, se juntava aos delinquentes de guerra um possível crime contra a humanidade: o *direito moderno*.

Pensou-se então, reativamente, no regresso da ética ao mundo de um direito cego aos valores, e o quarto de hora que se confessara na Corte de Nuremberg pôde resumir-se nos cinco minutos de filosofia jurídica que Gustav Radbruch dedicou, em 1945, na célebre circular destinada aos estudantes de Heidelberg. Já não era mais o tempo de adotar a *lei do soldado*, «ordens são ordens», «a lei é a lei», porque se reconhecia que essa concepção de que a *lei vale por ser lei* «foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as normas mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas». E ao chegar a seu quinto minuto de filosofia pós-guerra, Radbruch advertia que «há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo» (1).

O pensamento jurídico daquele *day after* dos meados do século XX orientou-se nesse mesmo sentido: foi assim que ao lado do *reino das regras* –normas com mandato preciso e claro de conduta–, incluiu-se no gênero normativo a classe dos *princípios*, normas finalísticas, dirigidas a um «estado ideal de coisas» (2), normas incompletas, sem referência expressa a suportes de fato, normas inacabadas, de conteúdo largamente indeterminado e dirigidas ao melhor dos mundos ideais, ao modo de um *mandato de otimização* (3). Por mais, contudo, que se houvesse então buscado alguma sorte de referência a uma ordem *substantiva* de princípios, a nova legística não retornou ao caminho do pensamento jurídico tradicional: sua visão do direito natural parecia (e ainda insiste nessa linha) (4) esgotada no iusnaturalismo racionalista (5), cujas premissas desaguam no positivismo (6). Não sendo, àquela altura, capaz de perceber o

(1) Radbruch, Gustav, *Filosofia do Direito*, tradução portuguesa de Luís Cabral de Moncada, ed. Arménio Amado, Coimbra, 1962, págs. 211-4.

(2) Ávila, Humberto, *Teoria dos Princípios*, ed. Malheiros, São Paulo, 2004, pág. 70.

(3) Cfr., por manifesto, *brevitatis causa*, os escritos de Ronald Dworkin, Robert Alexy e John Rawls.

(4) Por muitos, no pensamento da constitucionalística atual, veja-se essa redução do iusnaturalismo ao iusnaturalismo racionalista, *tout court*, em Gregorio Peces-Barba, *La Constitución y los derechos*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 66.

(5) Cfr. Queiroz, Cristina, *Direitos Fundamentais*, ed. Coimbra, 2002, págs. 13-4.

(6) Cfr. Grasso, Pietro Giuseppe, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 25.

direito à margem de textos, a nova técnica legislativa verbalizou, junto às regras jurídicas, os princípios que, transpositivados, passaram a formar o ambiente do reino legal para o pós-guerra. Alguns problemas assediavam, no entanto, esse novo reino de normas –que se designou de pós-positivismo (7) e faz parte importante do «paradigma constitucionalista» (8), pois ele tinha de conviver com a relativa mas larga indeterminação dos princípios e, além disso, tinha de assegurar que os princípios positivados se mantivessem, o mais possível, à margem de futuras intervenções supressivas, no todo ou em parte.

Respondeu-se a este problema de sobrevivência dos princípios mediante, para logo, a atribuição de *força normativa às constituições* (9). O tema, que remete a Konrad Hess (10), compreende a ampla imperatividade da constituição sobre o domínio das normas infraconstitucionais, que se vinculam, dessa maneira, aos princípios impostos pela constituição: o novo direito constitucional assume o papel que o pensamento iusnaturalista clássico reservara ao direito natural (11), (12). Os antigos ramos do direito –o civil, o penal, o comercial– (13) não apenas passaram a subordinar-se à normativa constitucional mas assim, gradualmente, tenderam a sujeitar-se a ela cada vez mais, na medida em que as constituições se tornaram crescentemente extensas e difusas, subtraindo espaços normativos que outrora eram próprios das órbitas subconstitucionais. Além, todavia, dessa superioridade do ápice –para usar a expressão de Kelsen– da pirâmide normativa, era preciso proteger os princípios constitucionalizados, o mais possível, contra eventual instabilidade interna ao direito constitucional, sob pena de frustrar-se o «princípio da primazia» da constituição (14). Tratou-se de prevenir esse risco por meio da técnica da *rigidez das constituições*, com a adoção seja de limites materiais relativos para as revisões constitucionais, assim, por exemplo, o requisito de maiorias legislativas qualificadas –causa principal, parece, do que Lowenstein chamou de «universalismo

(7) Cfr. Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, ed. Saraiva, São Paulo, 2004, págs. 248 *et seq.*

(8) Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 2004, págs. 309-10.

(9) Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, págs. 61 *et seq.*

(10) Hesse, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991.

(11) Grasso, Pietro Giuseppe, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno, o.c.*, pág. 15.

(12) Ou, mais propriamente: o direito constitucional substitui, no novo constitucionalismo, o princípio da *sindérese*, suas conclusões próximas e, dentro em certos limites, a referência à natureza das coisas.

(13) Ver Canaris, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, tradução ao português por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, ed. Almedina, Coimbra, 2006.

(14) Cfr. Gomes Canotilho, J. J., e Moreira, Vital, *Fundamentos da Constituição*, ed. Coimbra, 1991, pág. 289.

da Constituição escrita»– (15), seja de indicação textual de disposições intangíveis (16) ou limitações materiais absolutas (17), cláusulas pétreas impeditivas da revisão constitucional derivada (18), apoiando-se na tese nuclear de que, numa lição de Carl Schmitt, «os órgãos competentes para concertar uma lei de reforma da Constituição não se convertem em titular ou sujeito do Poder constituinte» (19).

A constitucionalização –ou mais que isso, a *fundamentalização*– de princípios, acomodada com as técnicas de rigidez, ainda, porém, que resguardasse esses princípios contra interferências ablatórias no plano legislativo, persistiu sob o domínio da *indeterminação de conteúdo*, na órbita de um mandato inacabado, a exigir procedimentos de substantivação, com a exigência de um órgão jurisdicional para completar as normas abertas e garantir os direitos fundamentais e a legitimidade de atuação do poder público. Esse órgão judiciário, em palavras de Cristina Queiroz, atuará ao modo de um «substituto funcional da Revolução» (20), trasladando, de fato, a supremacia legicêntrica –centrada na lei– à supremacia judicial –assentada nas sentenças dos tribunais–. Com efeito, à multiplicidade de possíveis significados normativos nos princípios constitucionalizados tinha de pôr-se o problema pragmático da eleição de um singular mandato ótimo, o que apontou para a *praxis* judicialista de complementação do sistema constitucional aberto e controle da compatibilidade vertical das normas subconstitucionais e até mesmo horizontal das normas de revisão das constituições (21). Historicamente, essas idéias já se encontram presentes de algum modo na Constituição italiana de 1947, na Lei Fundamental de Bonn (1949), bem como nas expansivas jurisdições constitucionais da Alemanha (1951), da Itália (1956) e, seguidamente, de muitos outros Estados, sendo compreensível que as técnicas legísticas adotadas pelo novo constitucionalismo –*standards* (22), cláusulas gerais, tipos abertos, elementos normativos do tipo– passassem a espelhar-se crescentemente nos textos subconstitucionais, também eles submetidos à dificuldade de conciliar-se com o sistema principiológico aberto das constituições e empurrados para o que se chamou de

(15) Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, tradução castelhana de Alfredo Gallego Anabitarte, ed. Ariel, Barcelona, 1964, págs. 159-60.

(16) Id., pág. 189

(17) Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constitucional*, ed. Almedina, Coimbra, 1998, págs. 944-6.

(18) Cfr. Ferreira Mendes, Gilmar, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, ed. Saraiva, São Paulo, 2004, págs. 435 *et seq.*

(19) Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, tradução ao castelhano por Francisco Ayala, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, pág. 120.

(20) Queiroz, Cristina, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*, Coimbra ed., 2000, pág. 9.

(21) Ver Bachof, Otto, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, ed. Almedina, Coimbra, 1994.

(22) Cfr. Timsit, Gérard, *Les noms de la loi*, ed. Puf, Paris, 1991, págs. 122 *et seq.*

«metamorfose da ciência da legislação» (23). Como é fácil observar, à abertura estendida do ordenamento jurídico –da constituição dos Estados a suas normas ínfimas– corresponde a muito maior extensão do sistema jurídico, com o acréscimo de competência para o poder judicial de controle da constitucionalidade e complemento já não apenas dos princípios constitucionais mas também das normas seja constitucionais, seja infraconstitucionais: quanto mais extensa a indeterminação jurídico-legal mais ampla é a co-determinação do direito (24).

Esse quadro por si só revela-se complexo no plano de uma teoria da interpretação constitucional e da hermenêutica jurídica em seu gênero –uma vez que à idéia, um tanto simplificada é bem verdade, da subsunção (25) e da silogística próprias do legalismo, abre-se ensejo a uma larga concretização judicial do direito, por meio da *ponderação justificada de valores*. A confiança nos critérios de justificação racional –o que se chamou de «autêntica obsessão pela racionalidade»– (26), não esconde a manifesta dificuldade quer de objetivar o quanto possível a mediação judiciária, evitando o exercício de mero decisionismo e situacionismo judicial, quer de superar os graves problemas da polarização dos muitos órgãos jurisdicionais, acarretando, de fato, o que Allain Peyrefitte designou *justice-loterie* (27).

Essas já relevantes preocupações com o tema da hermenêutica discricionária –a envolver uma complicada rede de liberdades (p. ex., ética, epistemológica) dos tribunais que, tendente ao que se denominou *hermeneutisme* (28), corre o risco de desembocar num desconstrucionismo oposto às metas de segurança da doutrina legal– têm ainda o concurso de, ao menos, dois importantes fatores atuais de indeterminação política e jurídica.

O primeiro deles responde à perda de certezas tradicionais, perda essa que se identifica por uma *indistinta aditividade dos opostos* (29). O Estado e o Direito da pós-modernidade contaminam-se desse modelo sincrético dos modos atuais da cultura. Acusa-se, assim, uma agnosia do Estado pós-moderno quanto aos valores universais e permanentes: contrastado com o fato da variedade das situações sociais em todo o mundo, o Estado pós-modernista e seu Direito convivem com a *indeterminação*: já não sinalizam o universalismo

(23) Blanco de Moraes, Carlos, *Manual de Legística*, ed. Verbo, Lisboa, 2007, págs. 37 et sqq.

(24) Id., *ib.*, pág. 121.

(25) Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, 2005, págs. 38-41.

(26) Queiroz, Cristina M. M., *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*, o.c., pág. 156.

(27) Peyrefitte, Alain, «Le chevaux du lac Ladoga», in *De la France*, ed. Omnibus, Paris, 1992, pág. 594.

(28) Ver Elissalde, Yvan, *Critique de l'interprétation*, ed. Vrin, Paris, 2000, 12 et sqq.

(29) Cfr. nossa introdução à obra conjunta *Tradição, Revolução e Pós-Modernidade*, ed. Millennium, Campinas, 2001, pág. XIII.

dos modelos políticos e jurídicos ocidentais (30). Isso se revela com características similares no âmbito hermenêutico e epistemológico, ali propiciando o predomínio ordinário da *intentio lectoris* sobre a *intentio operis*: «*Seule la main de Dieu* (disse Yvan Éliassalde) *arrête la plume de l'interprète*» (31), e com a incerteza normativa –a interpretação ao infinito– vem o que Antoine Garapon denominou *trouble identitaire* (32), a perda da segurança de orientação.

Em acréscimo, a fundamentalização dos direitos –ou seja, sua constitucionalização em um grau específico de dignidade protetiva: superioridade formal no ordenamento jurídico, procedimento agravado de revisão, petrificação de alguns supostos, eficácia imediata sobre a atuação dos poderes públicos– (33), essa fundamentalização, na linha do novo constitucionalismo, está submetida a um critério não-tipológico ou de *numerus apertus*, e, nesse âmbito, não apenas as constituições estão aptas a, formalmente, recepcionar novos direitos fundamentais –que já se acham, ao menos, em quarta geração ou dimensão– (34), mas também se viabilizou o reconhecimento de direitos fundamentais não-constitucionalizados (35). É avistável que essa abertura do sistema de fundamentalização aumenta o domínio da correspondente atuação judiciária, rompendo com a identificação primitiva entre princípios e textualística legal, acolhendo-se princípios extrapositivos também sujeitos à tarefa de complementação judiciária. Em paralelo, ainda que não isenta de controvérsias, tem-se indicado a investidura estatal na titularidade de alguns direitos fundamentais. Tema particularmente espinhoso, porque, suposta ao menos a factualidade dessa atribuição, com ela se adivinha o risco de um tendencial primado dos «direitos fundamentais do Estado» com a interferência compressiva nos direitos fundamentais das pessoas privadas –reconhecer-se-ia, pois, direitos *mais* fundamentais do que outros (36). Tem-se aí uma espécie de *configuração hipostática*: os mais relevantes direitos fundamentais se determinariam e confundiriam com as ações do Estado; isto é, esses direitos fundamentais traduzir-se-iam na ação do Estado, no Estado em ato (37).

Diante do vulto desses problemas, pode perguntar-se se o novo constitucionalismo corresponde a uma forma histórica de ressurgimento do direito natural, em que, por meio da positivização de princípios –sobretudo os referi-

(30) Cfr. Chevallier, Jacques, *L'Etat post-moderne*, ed. L.G.D.J., Paris, 2004, págs. 12 et sqq.

(31) Éliassalde, Yvan, *o.c.*, pág. 24.

(32) Garapon, Antoine, *Le gardien des promesses*, ed. Odile Jacob, Paris, 1996, pág. 119.

(33) Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição, o.c.*, págs. 348-8.

(34) *Brevitatis studio*, Wolfgang Sarlet, Ingo, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, págs. 54 et sqq.

(35) Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, ed. Coimbra, 1998, tomo IV, págs. 152-61; Wolfgang Sarlet, Ingo, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, págs. 92 et sqq.

(36) Otero, Paulo, *A Democracia Totalitária*, ed. Principia, Cascais, 2001, 154 et sqq.

(37) Cfr. López Calera, Nicolás María, *Yo, el Estado*, ed. Trotta, Madrid, 1992.

veis à dignidade da pessoa humana—, o jurídico está reportado à onticidade do justo apurável em *cada caso*, mediante a apreciação de *atos*, singularmente aferidos pelos juízes em busca de atender a natureza da coisa e a natureza das coisas (38). A extensão desses princípios, contudo, e sua inserção na esfera da normatividade expressa pode levar-nos a algumas indagações inquietantes: com a reserva estatal de determinação e sobredeterminação das normas, não estaremos apenas, na expressão de Robert Dahl, diante de um «novo normativismo»? Um normativismo de sistema aberto, no qual as normas são ora mandatos precisos e claros —vale dizer, são regras—, ora, diversamente, são mandatos incompletos: são princípios, mas são sempre normas (39). Estaríamos acaso nas fronteiras de uma distinção entre um sistema ortodoxo de autopoiese jurídica, fortemente regulativo, e um normativismo aberto, uma autopoiese heterodoxa, em que a «abertura cognitiva» não se limita aos fatos mas, até mesmo com força retroativa, *escolhe na elasticidade dos princípios o sentido de uma regra?* (40). Isso não testemunha, entretanto, a reiteração pós-moderna de um poder estatal onicompreensivo em que o direito se define e retroopera a partir da cabeça dos juízes? (41). Vale dizer, não será que estamos diante *apenas* de uma *outra* espécie de positivismo, o positivismo judicial, em que o direito se figura como um grande código revestido por uma toga? O volume das interpelações pertinentes não parece acomodar-se aos limites estreitos de uma palestra. Mas talvez se possa ensaiar alguma consideração propedêutica das questões, cotejando-as com referências paradigmáticas do pensamento jurídico tradicional.

2. Se tomarmos em conta a várias vezes secular sentença de Aristóteles: «*O homem é, por natureza, um animal político*» (42), dele podemos inferir a conclusão de que o homem *é naturalmente* inclinado ao fim da Sociedade política, equivale a dizer: *ao bem comum político* (43). É que os homens tendem, por sua própria natureza, a tudo aquilo que os aperfeiçoa —e que eles conhecem e apetezem como seu bem, como um seu fim. Essa inclinação não somente diz respeito a bens particulares, mas se estende a bens que são comuns, entre eles o bem da cidade —ao qual, até mesmo, propendem os homens de modo *formalmente* diverso (44) e superior ao de sua atração natural pelos bens particulares (45). Deve-se isso ao fato de que os bens possuem tanto maior bondade

(38) Ver Ayuso, Miguel, *¿Ocaso o eclipse del Estado?*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 24.

(39) Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, o.c.

(40) Cfr. Timsit, Gérard, *Les figures du jugement*, ed. Puf, Paris, 1993, págs. 110 et sqq.

(41) Cfr. Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, tradução castelhana de Manuel Martínez Neira, ed. Trotta, Madrid, 2003, pág. 31.

(42) Aristóteles, *Política*, 1.253a.

(43) Reitera-se aqui, em alguns aspectos, o que já expusemos em «Sobre a Crise Contemporânea da Segurança Jurídica», in *Registro de Imóveis (vários estudos)*, ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2005, págs. 91 et sqq.

(44) Aquino, S. Tomás de, *Suma Teológica*, IIa-IIæ., q. 58, art. 7º, *ad secundum*.

(45) Koninck, Charles de, *De la primauté de bien commun contre les personnalistes*, ed. L'Université Laval e Fides, Québec-Montreal, 1943, págs. 129-133.

quanto seja o fim comum de um maior número de entes (46). O bem comum político é um todo em que se incluem, de maneira *ordenada*, muitos e vários bens ou perfeições singulares, podendo dizer-se que o bem comum da cidade emerge da ordem e da disposição adequada desses bens particulares (47). Ora, a essa reta ordem e disposição da cidade, Aristóteles dá o nome de *justiça* (48).

Todavia, a existência de disposições *naturais* no homem, chamado, por sua natureza, a ser justo e a observar o primado do bem comum político, não significa uma automática passagem da potência ao ato correspondente, o que apenas responderia a uma eventual natureza humana *impecável*. O crime, porém, já se disse com razão, *est vieux comme le monde* (49) e nunca deixou de acompanhar a história do homem decaído: «*L'histoire de l'humanité* –disse agudamente Maurice Hauriou– *est le commentaire perpétuel du meliora proboque, deteriora sequor*» (50). Dahrendorf falará numa «insociável sociabilidade do homem» (51). Sem a justiça, contudo, não é possível a *paz na cidade*, e não se viabiliza a tranqüilidade que deriva da ordem –*pax omnium rerum, tranquillitas ordinis* (52), *ordem* que outra coisa não é do que a disposição adequada das coisas diferentes e das coisas iguais (53): em uma só palavra, *justiça*. Por isso, diante da tragédia do pecado na história dos homens, sempre será necessário –*ubi societas, ibi ius*–, o *temor do castigo* (54), o temor que se inflige pela *disciplina das leis* (55), cuja missão é também a de ensinar ao homem o que é justo *ut in pluribus*.

Assim, a vocação natural dos homens para o bem comum e a justiça exige, indispensavelmente, algum modo pelo qual possam os homens ser ensinados acerca do objeto da justiça, isto é, sobre como devem agir na vida política. Saber, enfim, qual é o *direito*, saber (sobre e concretamente) o que se deve e (sobre e singularmente) o que não se deve agir, demanda o concurso de suas regras e medidas, ou seja, a existência de *leis* que enunciem normas naturais e humanas, o direito das gentes, normas genéricas e estamentais, alguns princípios com suas várias classes (assim os princípios gerais de Direito, os ético-jurí-

(46) S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 90, art. 2º, *ad secundum*.

(47) Assim, lê-se em S. Tomás de Aquino: «O bem particular está ordenado ao bem do todo como a seu fim...» (*Suma Contra os Gentios*, Livro 1, n. 86); «é manifesto que o bem da parte é para o bem do todo» (*Suma Teol.*, Ia.-IIæ., q. 92, art. 1, *ad tertium*); «é manifesto que todas as partes são ordenadas à perfeição do todo» (*Suma Contra os Gentios*, Livro 3, n. 112).

(48) Aristóteles, *o.c.*, I.253a.

(49) Merle, Roger, e Vitu, André, *Traité de droit criminel*, ed. Cujas, Paris, 1997, n. 1.

(50) Hauriou, Maurice, *Aux sources du droit - Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, ed. Bloud & Gay, Paris, 1933, pág. 40.

(51) Dahrendorf, Ralf, *Ley y orden*, tradução de Luis María Díez-Picazo, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 58.

(52) S. Agostinho, *De civitate Dei*, Livro 19, cap. 13, n. 1.

(53) Id., *ib.*

(54) S. Isidoro de Sevilha, *Etimologias*, Livro 5, nº 20.

(55) S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 95, art. 1º, *respondeo*.

dicos, os tradicionais de cada País, os políticos e os extraídos da natureza das coisas) (56), as instituições jurídicas, os decretos dos governantes, as respostas dos jurisprudentes, a doutrina firme dos Tribunais, limitadamente as sentenças judiciárias singulares, como determinação conflitual do direito, e as convenções particulares, sua determinação *privatum conductum*.

A abolição do reino da lei jurídica não leva, de fato, à lei do amor (57), mas ao realista estabelecimento da lei do mais forte, como o sintetizou um conhecido adágio atribuído a Lacordaire: «*Entre le faible et le fort c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui libère*». Porque, sendo o homem «*ni ange ni bête, mais homme*» (58), a abolição da autoridade política conduz à desordem e à injustiça: «*qui veut faire l'ange fait la bête*» (59).

Instituir a objetividade das leis, para por meio delas sinalizar aquilo que é justo em princípio, confere de logo a *segurança do direito*, que ensina a *res iusta* —conclusiva ou determinativamente, segundo os casos—, assim prontamente interessando à virtude da justiça, e seu objeto, o direito, e também revelando uma vertente psicológica, que é a *segurança de orientação*: os homens necessitam saber em que se devem fiar, a que se ater, quais as *regras do jogo*, quais as regras da vida jurídica singular. Isso é indispensável para que todos possamos exercitar o *direito* de observância de nossos *deveres* de justiça e de exigir que, a nosso próprio respeito, se observem também os deveres jurídicos correspondentes. A lei, pois, é uma *asseguração jurídica* —é a segurança de uma regulação obrigatória— (60) que propicia a aquisição pessoal de uma *certeza do direito*.

É verdade que não basta a simple objetivação normativa para instituir o direito, pois, assim já o advertira Cícero, em célebre passagem do *De Legibus*, «*se os mandatos dos povos, os decretos dos imperadores, as sentenças dos juízes fundassem o direito, direito seria o roubo, o adultério, a falsificação do testamento, se em seu apoio tivessem os votos ou aprovação da multidão*», e, na mesma esteira, ouviu-se de Baumann que «*não pode existir uma ordem socialmente correta e moralmente reprovável*» (61). Mas se, de um lado, a *segurança in-justa* é inadmissível, não menos o será uma *justiça in-segura, in-certa*, resultante do que já se designou de jacobinismo jurídico (62), cujo marco de deliberação é o

(56) Vallet de Goytisolo, Juan, *Metodología de las Leyes*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, págs. 345 et sqq.

(57) Galéot: «Supprimez toute organization sociale, ce n'est pas la 'loi d'amour' qui s'établit, c'est la loi de la violence...» (*Les systèmes sociaux et l'organisation des nations modernes*, ed. Nouvelle Librairie Nationale, Paris, 1920, pág. 137).

(58) Pascal, *Pensées*, nº 140-522.

(59) Id., nº 375-678.

(60) Utz, Arthur Fridolin, *Ética Social*, tradução castelhana de Alejandro Ros, ed. Herder, Barcelona, 1965; tomo 2, pág. 16.

(61) Baumann, Jürgen, *Derecho Penal*, tradução ao castelhano por Conrado A. Finzi, ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 3.

(62) Dabin, Jean, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, ed. Sirey, Paris, 1929, pág. 622.

infinito (63). A segurança jurídica é uma condição da justiça –*præter justitiam, sed pro iustitia*– (64), e ela também, a exemplo da justiça, interessa ao bem comum político. Não surpreende, desse modo, que, reconhecida a segurança jurídica como algo *essencial* à vida política –um seu *princípio*, dirá Gomes Canotilho, para quem «o indivíduo tem o direito de poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas» (65), um seu *valor*, assim o afirmou Paul Roubier –«... nous avons reconnu l'existence d'une première valeur, qui est la sécurité juridique»– (66), a segurança se reconheça como um *direito fundamental*.

Joseph Délos, professor que foi da Faculdade livre de Direito de Lille, assim sentenciara, em meados do século passado, a que se tornaria talvez a mais célebre definição de segurança jurídica: «la sécurité est la garantie donnée à l'individu que sa personne, ses biens et ses droits ne seront pas l'objet d'attaques violentes ou que, si celles-ci viennent à se produire, protection et réparation lui seront assurées par la société» (67). E, depois de registrar que «pour le positivisme et le volontarisme juridiques, le droit positif est du droit par son origine, et non par son but social», averbou Délos que a segurança exige a instituição de um formalismo jurídico, que «protege contra o arbitrário, a imprecisão e o imprevisto». Estar em segurança, disse esse autor, é ter a segurança de que a situação estável não será modificada a não ser por meio de procedimentos societários; procedimentos, de conseguinte, regulares –conformes à *regula*– e legítimos –conforme a *lex (iusta)*. Nessa mesma linha, compreende-se a gráfica expressão de Radbruch, ao dizer que «o bem comum, a justiça e a segurança exercem um condomínio sobre o direito...» (68), e que Recasens Siches tenha afirmado que «o direito não nasceu como culto puro da justiça, mas para saciar uma sede de segurança» (69).

Indicações costumeiras no pensamento tradicional acerca do conceito de lei jurídica eram a de ser ela efeito da *razão* e também *regra e medida* dos atos humanos. Com essas mesmas notas, S. Tomás de Aquino inaugurou o Tratado das Leis na *Suma Teológica* (70), ensinando que, sendo próprio da lei, mandar

(63) Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1.113a.

(64) Peña, Luño, *Derecho Natural*, ed. Hormiga de Oro, Barcelona, 1954, pág. 219.

(65) Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, o.c., pág. 250.

(66) Roubier, Paul, *Théorie générale de droit*, ed. Sirey, Paris, 1951, pág. 318.

(67) Délos, Joseph, «Les buts du droit : bien commun, sécurité, justice», in *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, ed. Sirey, Paris, 1938, tomo 3, pág. 41.

(68) Radbruch, Gustav, *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, o.c., tomo 3, pág. 58.

(69) Recasens Siches, Luis, *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, o.c., tomo 3, pág. 127.

(70) S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia-IIæ., q. 90, art. 1º.

e proibir —o que já era antiga lição de S. Isidoro de Sevilha— (71), seu poder imperativo é, essencialmente, *ato da razão*, pois «ordena a outro fazer uma coisa, intimando-lhe a ordem ou significando-lhe o que há de fazer» (72), e essa ordenação é ato racional. Prosseguia S. Tomás: «Imperar não é mover de qualquer modo, mas com uma intimação que enuncia uma ordem a outro...» (73). Não é da lei, enquanto ato racional, mover *quocunque modo*, senão que indicar a *regra e medida* dos atos humanos, ordenando o que se manda agir e o que se proíbe de agir. Daí a importância de a lei ser *clara*, assim já lhe exigia a lição de S. Isidoro, para evitar que, de sua obscuridade, se induzisse o erro (74).

Dessa maneira, tanto que honestas, justas, possíveis, de acordo com a natureza e em harmonia com os costumes pátrios, o lugar e as circunstâncias temporais (75), as leis ministram as regras e medidas para as ações humanas conformadas ao que sucede ordinariamente, confortando o juízo da *stínesis*, virtude especial anexa à da prudência, que, relativamente às ações particulares, dispõe à atuação segundo o comum das coisas (76).

Quanto à utilidade dessas leis, já Aristóteles, no livro da *Retórica*, assentara célebre lição: «*melhor é que todas as coisas estejam reguladas pela lei do que deixá-las ao arbítrio dos juizes*» (77); e S. Tomás ensinou também que «*é mais fácil encontrar uns poucos sábios que bastem para instituir leis justas do que os muitos que se requereriam para julgar retamente cada caso particular*» (78). Por isso, recomenda o pensamento tradicional «*deixar pouquíssimos assuntos ao arbítrio humano*» (79).

Sempre se avistaram, contudo, casos extraordinários, casos que refogem do curso normal dos acontecimentos e que, bem por isso, não podem julgar-se segundo as regras comuns. Diz S. Tomás não ser possível instituir uma lei jurídica absolutamente universal (80), de sorte que o legislador considera apenas os dados ordinários, que falham algumas vezes, exigindo-se um juízo excepcional, perspicaz, próprio da virtude da *gnome*, que é outro hábito potencial da prudência, visando à consecução *casual* do que é justo *non secundum legem scripta*, mas segundo aquilo que dita a justa razão e o bem comum. Esse fim singular é próprio da *epiquéia*, parte subjetiva da justiça, que antes se ajusta ao espírito da lei do que a sua letra (81). Mas a *epiquéia*, enquanto hábito que

(71) S. Isidoro de Sevilha, *Etimologias*, Livro 5, nº 19.

(72) S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 17, art. 1º, *respondeo*.

(73) Id., *ib.*, Ia.-IIæ., q. 17, art. 1º, *ad primum*.

(74) S. Isidoro de Sevilha, *Etimologias*, Livro 5, nº 21.

(75) Id., *ib.*, Livro 5, nº 21.

(76) S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 51, art. 3º.

(77) Aristóteles, *Retórica*, I.354a31.

(78) S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 95, art. 1º, *ad secundum*.

(79) S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 95, art. 1º, *ad primum*; Domingo de Soto, *De Iustitia et Iure*, Livro 1, q. 5, art. 1º; Francisco de Vitoria, *De potestate Papae et Concilii relectio*, ns. 7 e 12; Luis de León, *De Legibus*, cap. 6.

(80) S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, IIa.-IIæ., q. 120, art. 1º.

(81) S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, IIa.-IIæ., q. 80, art. 1º, *ad quintum*; q. 120, arts. 1º e 2º.

inclina a vontade a cumprir o justo em circunstâncias particulares, e a *gnome*, enquanto julga dos meios de realizá-la, não se dirigem a afastar-se da regra e medida *universal* do justo, senão que a apartar-se da letra da lei quando, num dado caso *particular*, cumprir essa letra é afrontar-lhe o espírito e os fins exatamente a que ela visa: trata-se aí do que se indicou ser a cláusula *rebus sic stantibus* de cada norma (82).

3. Essas lições da doutrina tradicional não parecem conciliar-se de modo plenário com a larga órbita de insegurança que, redundando já da *hipertrofia dos princípios* jurídicos, acresce da tarefa de sobredeterminação do direito que, de maneira ordinária, se confere aos juízes para, em cada caso mas *para além de cada caso*, serem a voz que supre o *silêncio* das regras e medidas (83). Se ao juiz antes se conferia a última palavra para as soluções de direito na conflito casual, agora, em rigor, nunca se dispensa que toda definição jurídica sempre suponha a realidade ou a virtualidade da *iurisdictio* (84). Já se pôde acaso antever: «...dónde no pueden intervenir jueces (disse Alvaro d’Ors), no hay tampoco derecho. De ahí que podamos definir el derecho como ‘aquello que aprueban los jueces’» (85), (86). Houve quem visse nessa orientação orsiana um rasgo de fenomenologismo, uma recorrência do protestantismo em geral e do pensamento de Calvino em particular, uma exorbitância do subjetivismo da criação judiciária do direito, comprometendo-se com isso a noção –tomista– de *obiectum iustitiae* (87). Exagero ou não nessa acentuação crítica, o fato é que não parece se deva passar ao largo de que o próprio *conteúdo* de muitos dos princípios inseridos nas normativas contemporâneas exigiria prudente análise, sobretudo se se pensa num seu alguma vez propositado menosprezo do *topos* da tradição (88), designadamente a cristã, a ponto de já acenar-se a uma *cris- tofobia institucionalizada* (89).

(82) Kaufmann, Armin, *Teoría de las Normas*, tradução ao castelhano por Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Valdés, ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 128.

(83) Cfr. Timsit, Gérard, *Les noms de la loi, o.c.*, págs. 151 et sqq.

(84) Cfr. Thury Cornejo, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, pág. 232.

(85) Ors, Álvaro d’, *Una introducción al estudio del Derecho*, ed. Rialp, Madrid, 4ª ed., 1979, pág. 30.

(86) Por mais que eu próprio tenha buscado uma solução discreta para a afirmação de d’Ors: assim minha palestra «Prudencia e Imprudencia Judicial: Tradición y Revolución», proferida no Seminário de 2003, realizado na Faculdade de Direito da Universidade Católica Argentina, Faculdade em que pontifica Felix Adolfo Lamas, idealizador e organizador, desde 1998, de anuais símiles importantes seminários.

(87) Elías de Tejada, Francisco, *Tratado de Filosofía del Derecho*, ed. Universidad de Sevilla, 1977, tomo 2, págs. 142-5.

(88) Cfr. Lamas, Félix Adolfo, «Tradición, Tradiciones y Tradicionalismos», e Albisu, Delia María, «La Tradición como Tópico», in *Tradição, Revolução e Pós-Modernidade, o.c.*, págs. 17 et sqq. e 237 et sqq.

(89) Jaeghere, Michel de, *Enquête sur la christianophobie*, ed. Renaissance Catholique, Paris, 2006.

Sem negar que, entre os princípios positivados, muitos há que traduzem, materialmente, as primeiras conclusões da lei natural, nem recusar que possam os juízes, a exemplo do que atuariam *suficientemente* com os tradicionais recursos da equidade e da *gnome*, manejar com senso de justiça os princípios normativos, ultrapassando o espartilho da mecânica da subsunção de uma «legalidade arqueológica» (90), o fato é que, por sua mesma estruturação, o modelo legal do novo constitucionalismo, dele, parece, apenas poderá dizer-se que, só *acaso*, propiciará uma experiência *iusnaturalista*, quer por sua convivência com uma cultura de agnosticismo jurídico, quer ante a praxe de uma sobredeterminação que desborda os julgamentos de *casos*, quer, enfim, à conta de significados eticamente controvertíveis e politicamente revolucionários (91). É muito impressionante, por exemplo, o fato de que, em nossos tempos, não falte, aqui e ali, numa *pretendida* esfera de princípios fundamentais, um «direito» de a mulher matar um inocente (*i.e.*, praticar o aborto direto).

Talvez, para ultimar esta pequena palestra, seja interessante observar que, ao cabo de alguns ensaios de praxis neoconstitucionalista, a intensa polarização de julgados levou, no Brasil, à instituição de mecanismos aptos a «regular os princípios» —ou seja, a, de fato, converter judicialmente a indeterminação dos princípios em textos regulatórios. Isso se opera, segundo a Constituição brasileira, mediante o efeito vinculativo e contra todos das decisões definitivas de mérito, proferidas pela Suprema Corte Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade (92), bem como por meio da edição de súmulas dessa Corte com eficácia vinculante (93). O resultado prático parecerá —por seu *suposto geral e abstrato*— a implantação de um plenário *reino de regras*, apenas que, em vez de vindas do Parlamento, ditadas, para empregar a expressão de Édouard Lambert, por um *gouvernement des juges*. De fato, se a palavra judicial de co-determinação do direito não se limita à situação do caso singular, mas tem uma inevitável vocação genérica, está-se diante de um governo de juízes: emerge aí o que Gérard Timsit designou «poder ventrí-

(90) Timsit, Gérard, *Gouverner ou juger*, ed. Puf, Paris, 1995, pág. 126.

(91) Cfr. Callado de Oliveira, Gilberto, *A Verdadeira Face do Direito Alternativo*, ed. Juruá, Curitiba, 2006.

(92) Art. 102, § 2º, da Constituição Federal brasileira de 1988 —CF/88, com a redação que lhe deu a vigente Emenda Constitucional, EC nº 45, de 8-12-2004: «As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal».

(93) Art. 103-A, CF/88, com a redação da EC nº 45, de 8-12-2004: «O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei».

loquo», um poder que tende a falar por sua boca em lugar da lei... um poder vencido pela «*tentação de ser ele próprio a lei, em vez de dizê-la*» (94).

A proposital indefinição normativa aparece nesse quadro rematada por uma tendência de *standardização jurídica*: já se dizem e multiplicam *normas sobre normas*, para atender a ansiedade pelo uniforme. Se é isso, *se é disso que se trata*, estaremos já no domínio de um *normativismo*... mas então um normativismo privado do socorro de um Judiciário que ainda possa excepcionar *casualmente*, pela equidade e a gnome, umas normas cuja interpretação se faz uníssona e *erga omnes*. O remédio é muito pior do que a enfermidade.

(94) Timsit, Gérard, *Les figures du jugement*, o.c., pág. 199.